

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN “İMKÂNSIZLIK” HALİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Erkam Haşim BULUT¹

ÖZET

“Culpa in contrahendo” kavramına ilk olarak Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından 1861 tarihli makalesinde yer verilmiş olup Jhering’i bu kavramı kullanmaya iten motivasyon, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışlarıyla sözleşmenin geçersizliğine yol açan tarafın, karşı tarafın zararını karşılaması gerektiğine dair görüşüdür. Zira sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek çeşitli masraflar yapmış olabileceği gibi, bazı menfaatlerden de feragat etmiş olabilir. Bu nedenle, bazı şartların da var olması halinde, sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın belirli kayıplarının tanzim edilmesi gerekmektedir. İmkânsızlık hali de hukukumuzda sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep olarak kabul görmüş olup bu imkânsızlığın çeşitli halleri kanunumuzda kendisine yer bulmuştur. Fakat, kanundaki düzenleme, imkansızlığın söz konusu olması durumunda sözleşmenin geçersiz olacağını öngörmekteyse de sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararı karşısında sahip olduğu bir hukuki imkana yer vermemektedir. Doktrinde, sözleşmenin konusunun imkânsız olması sebebiyle sözleşmenin geçersiz olmasına kusuruyla yol açan tarafın zarardan culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir. İşbu makalede, hangi imkânsızlık hallerinde sözleşmenin geçersiz olduğu, culpa in contrahendo sorumluluğunun imkânsızlık halinde uygulanabilirliği ve sorumluluğun kapsamı ele alınacaktır. Söz konusu hususlar ele alınırken, her ne kadar “culpa in contrahendo” terimi kanunda yer almasa da genel hükümler itibarıyla kanun hükümlerinden yararlanılacak, bu terime mahkeme kararlarında sıkça atıfta bulunulduğu için söz konusu kararlara yer verilecek ve elbette culpa in contrahendo sorumluluk türünün oluşmasında çok önemli rolü oynayan doktrin görüşleri açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Culpa in Contrahendo, Sözleşme, İmkânsızlık, Geçersizlik, Kusur

¹ Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, erkam.bulut@istanbul.edu.tr, (ORCID No: 0000-0001-8579-509X)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.06.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30.07.2020

APPEARANCE OF CULPA IN CONTRAHENDO RESPONSIBILITY IN CASE OF IMPOSSIBILITY

ABSTRACT

The notion of “culpa in contrahendo” was first used in the article of German jurist Rudolf von Jhering in 1861 and the motivation that leads Jhering to use this notion is the opinion that the party who makes an agreement invalid with his wrongful acts should compensate the loss of opposing party. Because, the opposing party of the agreement might either make expenses or renounce benefits by relying on validity of the agreement. For this reason, in the presence of some other conditions, the certain losses of the party relied on validity of the contract should be compensated. Impossibility has been accepted as a reason for the invalidity of contract in Turkish Law and various aspects of this impossibility have been included in the law. Although the regarded rule in the Turkish Law regulates that the contract will be invalid in case of impossibility, it does not include a legal opportunity that the other side of the contract has due to the loss caused by the invalidity of the contract. In the doctrine, it is accepted that the party that leads to invalidity of a contract its subject is impossible due to its wrongful acts shall be responsible within the scope of “culpa in contrahendo responsibility” for the loss suffered by the opposing party due to the invalidity of the contract. In this article, in which cases of impossibility the contract is invalid, the applicability of culpa in contrahendo responsibility in case of impossibility and the scope of the responsibility will be discussed. While the issues is being discussed, although the notion of culpa in contrahendo does not take a place in the Code of Obligation, the provisions of the code will be utilized with regard to the general provisions, since the notion is cited by the Courts, the verdicts in question will be disclosed and the doctrine arguments which played a significant role in being constituted the culpa in contrahendo responsibility will be explained.

Key Words: *Culpa in Contrahendo, Agreement, Impossibility, Invalidity, Fault*

GİRİŞ

Borç ilişkisi, borçlu ile alacaklı arasında var olan bir hukuki ilişki olup bir borcu doğuran olay veya işlemten ötürü borçluya, bir davranışta bulunma (yapma), bir davranıştan kaçınma (yapmama) veyahut bir şey verme (verme) edimlerini yüklemektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), genel hükümlerde borcun kaynağı olarak üç sebep düzenlemiştir. Bunlar: sözleşme (TBK 1-48), haksız fiil (TBK 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK 77-82)'dir.² Culpa in

² TBK'da üç temel borç kaynağı öngörülmesine rağmen, bunlar dışında “kanundan doğan borçlar” adıyla borçlarında doğacağı kabul edilmekte; buna örnek olarak vekaletsiz iş görme (TBK 526 vd.), yoksulluk nafakası (TMK 175) örnek verilebilir. Daha fazla bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, A; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni*

contrahendo sorumluluğu ise TBK dâhil herhangi bir kanunda herhangi bir düzenlemede yer almayan bir kavram iken; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 2 nci maddesi çerçevesinde dürüstlük kuralından kaynaklanan ve içeriği özen ve koruma yükümlülüğünden ibaret bulunan borç ilişkisinin bir ihlali şeklinde değerlendirilmektedir.³ Esasında doktrinde “akıt öncesi sorumluluk” olarak adlandırılan culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetinin ne olduğu tartışılmış; kimi yazarlar bu sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk olduğu kanaatindeyken diğerkimi yazarlar ise bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedirler. Bir kısım yazar ise, bu sorumluluğun TMK m.2'den doğan kendine özgü bir sorumluluk olduğu kanaatinde dirler.⁴ “Culpa in contrahendo” terimini ilk kullanan Jhering de, bu sorumluluğun teorik çerçevesini oluştururken, kusurun sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleştiğini ve karşı tarafın bundan zarar gördüğünü ileri sürmüş; böylelikle, bu sorumluluk türünü sözleşmesel sorumluluğa yaklaştırmıştır. Alman kanun koyucu da bu teoriden etkilenererek sözleşme öncesi sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk altında kategorize etmiş; fakat, tazminatın hesaplanmasında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ilkeleri esas almıştır.⁵

İfade edilmelidir ki, culpa in contrahendonun hukukumuz bakımından bu denli önem kazanmasını sağlayan en önemli etkenlerden birisi, bu kurumun altında yatan sözleşme görüşmelerinin yapısıdır. Zira ekonomik bakımdan en asgari tutarda bir malın konu olduğu sözleşmelerde dahi tarafların bir sözleşme görüşmesi içinde olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanında, özellikle ekonomik hayatın gelişmesi sonucu beliren yeni üretim alanları, ticari ve iktisadi alanda yeni girişimlere yol açmaktayken en basit sözleşmeye bile taraf olan kişiler arasındaki psikolojik ve iktisadi ilişkiler, güven duygularının daha yoğun ve içten biçimde oluşmasını zorunlu kılmaktadır.⁶ Bu durum da, taraflar arasında oluşan bu haklı güvenin bir şekilde hukuken korunmasını gerektirmektedir.⁷ İşte

Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 37; REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 11. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2018, s. 57.

³OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* C.1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 38.

⁴ Tartışmalar için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi./AKMAN, Galip Sermet /BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla.;*Borçlar Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.976 vd.;ALTUNKAYA, Mehmet; *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 2004, s. 158 vd.

⁵ NEDZEL, Nadia; A Comparative Study Of GoodFaith, FairDealing, AndPrecontractualLiability, TulaneEuropean& Cıvıl Law Forum, Vol.12, 1995, 113.

⁶ULUSAN, İlhan; “*Culpa in Contrahendo Üstüne*”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s 297.

⁷ TRAKMAN, Leo E. / SHARMA, Kunal; The Binding Force Of Agreements To Negotiate in Good Faith, The Cambridge Law Journal, November 2014, Vol. 73, No. 3 pp. 598-628, 2014, p.608.

culpa in contrahendo sorumluluğu, bu nev'i bir ihtiyacın hasıl olması üzerine tarafların haklı olarak oluşan güvenlerinin boşa çıkarılması sebebiyle uğradığı zararların tazmini amacıyla ortaya çıkmıştır.

Culpa in contrahendonun yabancı hukuktaki düzenlenişine baktığımızda, Türk Borçlar Kanunu'nun mehzaz olma özelliğı taşıyan İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu hususun düzenlenmediğine şahit oluyoruz. İsviçre Hukukunda, bu sorumluluğun temelini teşkil eden ilkeler, çeşitli hükümlerde somutlaşmıştır.⁸ Hem Türk Hukuku hem de İsviçre Hukuku bakımından çok önemli etkileri bulunan Alman Hukukuna baktığımızda ise farklı bir manzara ile karşılaşmaktayız. Alman Medeni Kanunu BGB eski §307 nci maddesine göre, imkânsızlık, -bilinip bilinmemesinden bağımsız olarak- sözleşmenin butlanına sebebiyet vermekte idi. Fakat 2002 yılında yapılan değışiklikle bu hüküm kaldırılmış ve getirilen yeni §311 ile baştaki imkânsızlığın sözleşmeyi geçersiz kılmadığı ve imkânsızlığı bildiğı halde aydınlatma yükümüne aykırı olarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan tarafın tazminle yükümlü olduğı düzenlemesi getirilmiştir.⁹

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetinin genel olarak tartışılması konumuz bakımından ayrı bir özellik teşkil etmediğinden bu konudaki tartışmalara girmekten sarf-ı nazar etmekteyiz. Fakat imkânsızlık halinin özellik arz ettiğı durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetine dair gerekli açıklamalar yapılacaktır.

Bu çalışmada ilk olarak bir kesin hükümsüzlük hali olarak imkânsızlık meselesi ele alınacak; imkansızlığın tanımı yapılacak ve imkansızlığın genel olarak sınıflandırılması irdelenecektir. Zira imkânsızlık, türüne göre akdin hükümsüzlüğüne sebebiyet verecekken konumuz açısından önemli olan husus, hangi imkansızlık türünün sözleşmenin hükümsüzlüğüne sebebiyet vereceğidir.

İkinci olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğüne sebebiyet veren imkânsızlık hali irdelenecek; buna ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Zira imkânsızlık hali her durumda akdin geçersizliğine sebebiyet vermeyecek olup akdin hukuken geçersiz sayılabilmesi için imkansızlığın kanunen sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermesi gerekmektedir. Hukuki açıdan sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren imkansızlığın söz konusu olması için, var olması gereken şartlar bu başlık altında değerlendirilecek; sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle hükümsüz olmasında kusurlu bulunan tarafın culpa in contrahendo sorumluluğundan sorumlu olup olamayacağı, sorumlu olacaksa hangi şartlar altında sorumlu olacağı bahsi ele alınacaktır.

⁸DEMİRCİOĞLU, Reyhan; Culpa in Contrahendo Sorumluluğı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Tezi, Ankara, 2007, s. 48.

⁹ALTUNKAYA; s.156.

Sonuç bölümünde ise kesin hükümsüzlük sebebi olan imkansızlık halinde kusurlu olan tarafın sorumluluğuna ilişkin nihai değerlendirmelere yer verilecektir.

1. KESİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEBİ OLARAK İMKÂNSIZLIK HALİ

İmkânsızlık kavramının hukukene ne anlama geldiğinin ifade edilebilmesi için öncelikle ifanın hukukene ifade ettiğİ anlamın irdelenmesi gerekmektedir. 6098 Sayılı TBK’da “ifa” nın tanımı yapılmamış iken doktrinde¹⁰ yapılan tanımlara göre ifa, “*borçlanılan edimin yerine getirilmesi*” şeklinde açıklanabilir. Edim ise borçlanılan borcun konusu, yani borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğı davranış anlamına gelmekte olup bu davranış, yapma, yapmama veya verme tarzında tezahür etmektedir.¹¹

Tıpkı ifa ve edim gibi imkânsızlık kavramı da kanunda tanımlanmamış, bu kavramın da tanımlanması doktrine bırakılmıştır. Doktrinde ise imkânsızlık kavramı için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir görüşe¹² göre imkânsızlık, “*edimin içeriğinde herhangi bir değişim olmaksızın borçlunun etkinliğiyle ifanın aynen gerçekleştirilmesinin sürekli olarak mümkün olmaması*” iken bir başka görüşe¹³ göre imkânsızlık, “*ya borcun baştan itibaren muteber şekilde doğmasını ya da doğduktan sonra ifasını önleyen engellerin ortaya çıkması*” manasına gelmektedir. İmkânsızlık, öğretide objektif ve sübjektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım, borcun kimin için ifa edilemez olduğı hususunda bir fark ortaya koyduğı gibi aynı zamanda borcun akıbeti hususunda da bir farklılık ortaya çıkarmaktadır. Edimin hiç kimse tarafından ifa edilememesi objektif imkânsızlık hali iken; edimin bizzat borçlu tarafından ifa edilemediğı fakat üçüncü kişiler tarafından ifa edilebildiğı/edilebileceğı imkânsızlık hali ise sübjektif imkânsızlık halidir.

TBK’nın Genel Hükümler kısmında imkânsızlıkla ilgili özellikle dört adet düzenleme bulunmaktadır. Bunlar:

- i. TBK m. 27 (Sözleşmenin konusunun imkânsızlığı)
- ii. TBK m.112 (Borcun hiç veya gereğı gibi ifa edilmemesi)
- iii. TBK m.136 (Borcun sona erme sebebi olarak imkânsızlık)
- iv. TBK m.137 (Borcun kısmi sona erme sebebi olarak imkânsızlık)

Bu hükümlerin haricinde ceza koşuluna ilişkin olarak düzenlenmiş TBK m. 182 dışında TBK’nun “Özel Borç İlişkileri” kısmında da imkânsızlığa dair çeşitli

¹⁰OĞUZMAN / ÖZ; s. 249.

¹¹OĞUZMAN / ÖZ; s.6.

¹²SEROZAN, Rona.; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C.3, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s.14.

¹³AKINTÜRK, Turgut; *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:212, Ankara, 1966, s.33.

düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁴ TBK 112, TBK 136 ve TBK 137 nci maddeler sonraki imkânsızlık hallerini düzenlemektedir. TBK 112 nci madde borcun kusurlu olarak sonradan imkânsızlığını; TBK 136 ve 137 ise borcun kusursuz olarak sonradan imkânsızlığını düzenlemektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun -ileriki bölümlerde açıklanacağı üzere- sözleşmenin akdedilmesinden önceki davranışlardan doğan bir sorumluluk tipi olması hasebiyle, konumuz açısından sonraki imkânsızlık hallerini düzenleyen TBK 112, 136 ve 137 nci maddeler tartışma konusu olmayıp; bu makalede yalnızca “baştaki imkânsızlık” halini düzenleyen TBK m. 27 çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

6098 Sayılı TBK’nın 27/1 hükmüne göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Hükümden anlaşılabacağı üzere, sözleşmenin yapılması sırasında sözleşmenin konusunu teşkil eden edimlerden herhangi birisinin objektif olarak imkânsız olması halinde sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere edimin objektif olarak imkânsız olması demek, edimin ifasının herkes için imkânsız olması manasına gelmektedir. Mesela, bir satım sözleşmesine konu edilen mal, sözleşmenin akdedilmesinden önce yanıp yok olmuşsa yapılan sözleşme kesin hükümsüzdür. Fakat satış sözleşmesine konu edilen malın satıcıya ait olmaması durumunda sübjektif imkânsızlık hali ortaya çıkacak ve sözleşme sırf bu sebepten dolayı kesin hükümsüz olmayacaktır. Bu durumda satıcı borcunu yerine getiremeyecek ve alıcıya karşı TBK 112 hükmü gereğince sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, taraflarca sözleşmede taahhüt edilen edimlerin sözleşmenin kurulmasından sonra objektif veya sübjektif olarak imkânsız hale gelmesi, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmayacaktır.¹⁵ Kesin hükümsüzlük, edimlerden birinin sözleşmenin kurulmasından önce objektif olarak imkânsız olması halinde sözleşmenin tabi olacağı hukuki haldir.

Sözleşmeyi kesin hükümsüz kılan baştaki objektif imkânsızlık fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir. Şöyle ki, bir heykeltıraş yaptığı heykeli örneğin Ahmet’e satmıştır. Fakat satım sözleşmesine konu olan heykelin sözleşmenin akdedilmesinden önce kırılmış olduğu anlaşılmış ise bu durumda fiili bir imkânsızlık söz konusudur. Buna karşılık, özel mülkiyete konu olamayan bir arsa (örneğin orman arazisi) satım sözleşmesine konu edilmişse bu durumda hukuki imkânsızlık söz konusudur.

İfade edilmelidir ki, sözleşmenin geçersizliğine etki eden imkânsızlık halinin sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Bu imkânsızlığın sonradan anlaşılması, sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı

¹⁴GÜNDOĞDU, Fatih; *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2014, s.41.

¹⁵NOMER, Haluk Nami; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.89.

gerçeğini değiştirmez. Fakat taraflar, sözleşme akdedilirken taahhüt ettikleri edimin ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesiyle hareket etmişlerse sözleşme geçerlidir. Bununla beraber, sözleşme yapılırken tarafların böyle bir düşüncesinin olmaması halinde, sözleşme akdedilirken imkânsız olan edimin sonradan şartların değişmesi ile mümkün hale gelmesi sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz. Buna karşılık, sözleşme yapılırken ifası mümkün olan edim, sözleşmenin yapılmasından sonra imkânsızlaşırsa, bu imkânsızlık, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu durumda sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen imkânsızlık söz konusu olacak ve borçlunun kusurlu olup olmamasına göre ifa imkânsızlığı (TBK 136 vd.) veya borcun ifa edilmemesi (TBK 112)'ne ilişkin hükümler uygulanacaktır.¹⁶ Örneğin, sonraki imkânsızlığın borçluya yüklenebilecek bir kusurdan dolayı ortaya çıkması durumunda aynen ifa talebi alacaklı bakımından tazminat talebine dönüşür.¹⁷

2. BAşTAKİ İMKÂNSIZLIK SEBEBİYLE CULPA IN CONTRAHENDO ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUK

Konumuz açısından incelenmesi gereken mesele, sözleşme konusu edimin sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız olduğunun taraflardan birisince bilindiği halde karşı tarafı bu husus hakkında bilgilendirmeyip bu davranış yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü olmasıdır. Zira sözleşme konusu edimin sözleşmenin akdinden önce imkânsız olması, TBK 27'ye göre sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacak ve bu imkânsızlığı bilen tarafın kusurlu davranışı (bilgilendirmemesi) sebebiyle karşı taraf bir zarara uğrayabilecektir. Karşı tarafın sözleşmenin geçerli olduğuna dair düşüncesi sebebiyle uğramış olduğu bu zarardan hiç şüphesiz buna kusuruyla yol açan taraf sorumludur. Doktrinde bu sorumluluğun culpa in contrahendo sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir.¹⁸

Bir sözleşmenin kurulmasından önce taraflar, çoğu zaman bir araya gelerek sözleşmenin içeriği hakkında görüşme yaparlar. Henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada yani görüşme aşamasında dahi taraflar birbirlerine karşı TMK'nın 2 nci maddesine göre özen yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Sözleşmenin henüz kurulmamış olması sebebiyle tarafların birbirlerine karşı göstermek zorunda olduğu özen, bir edim yükümlülüğü değil; koruma yükümlülüğüdür. Tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıyla beraber

¹⁶OĞUZMAN/ÖZ; s.88-89; Tarafların imkânsızlığın ortadan kalkacağı düşüncesiyle sözleşme akdetmeleri durumu için bkz. Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K. (Yargıtay Kararları Dergisi 2006/12, 1944).

¹⁷ ÖZÇELİK Ş. Barış; Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C.63, Sa.3, Ss.569-622, Ankara 2014, s.572.

¹⁸NOMER, s.89; OĞUZMAN/ÖZ; s.90.

birbirleri arasında bir güven ilişkisi hâsıl olur.¹⁹ Tarafların özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmeleri halinde taraflar nezdinde oluşan haklı güven bir şekilde zedelenir ve bu sebepten dolayı ilgili taraf zarara uğrarsa, kusurlu taraf culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olur. Fakat bu sorumluluğun mahiyeti doktrinde tartışılmış olup yukarıda açıklandığı üzere sorumluluğun kaynağını sözleşmeye, haksız fiile, kendine özgü sorumluluk tipine dayandıran üç temel görüş mevcuttur. Biz de, sözleşmenin akdedilmesi öncesi yapılan görüşmelerde, taraflarda haklı bir güvenin ihdas edilmesi sebebiyle taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız sözleşme benzeri bir ilişkinin meydana gelmesi, buna karşılık bu güvenin özen yükümlülüğüne aykırı davranılmak suretiyle zedelenmesinden ötürü bir sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olduğunu düşünmekte ve culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluğa dayandıran görüşe katılmaktayız. Bunun sonucu olarak; culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin olarak borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulacak; kusuru ile zarara sebep olan taraf, kusursuzluğunu ispat külfeti altında olacak, yardımcı kişinin verdiği zararı tazmin yükümlülüğünden gerekli özenin gösterildiğini ispatlayarak kurtulamayacak ve zamanaşımı süresi 10 sene olarak uygulanacaktır.²⁰

Baştaki imkânsızlık halinde culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması bakımından Serozan'ın fikri de önem arz etmektedir. Serozan, baştaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin batıl olduğu durumlarda kusurlu davranışlarıyla karşı tarafı zarara uğratan kimsenin culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu olması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, bu kusur sorumluluğunun sınırlarının belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Şöyle ki, baştaki imkânsızlık durumunda, TBK'da sonraki imkânsızlık halleri için düzenlenmiş hükümlerin (TBK 112, 136 ve 137) kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini, böylece zarara uğrayan tarafın sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımının olumsuz sonuçlarından kurtulabileceğini ileri sürmektedir. Bunun yanında bir diğer alternatif çözüm olarak, kusurlu olan tarafın garanti sorumluluğu altında olduğunu ve bu nedenle kesin hükümsüzlük yaptırımına başvurmaya gerek kalmaksızın doğrudan bu sorumluluk türü kapsamında karşı tarafa kusuruyla zarar vermiş olan tarafı sorumlu tutulabileceğini dile getirmektedir. . Bu görüşüne dayanak olarak ise TBK'da alacağın devrinde garanti sorumluluğunu hüküm altına alan TBK 191 hükmünü ve taşınır satımına ilişkin olan TBK 219 hükmünü örnek göstermektedir.²¹ Fakat Serozan'ın bu görüşleri öğretilerde eleştirilmiştir. Yazarın ilk görüşü, konusu başta imkânsız olan

¹⁹ KESSLER Friedrich / FINE Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", Harvard Law Review, Vol. 77, No: 3, pp: 401-450, January 1964, p.404.

²⁰ OĞUZMAN/ ÖZ; s.475.

²¹ SEROZAN, Rona; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3* (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı ile Birlikte) Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.172 vd.

sözleşmenin TBK m. 27 marifetiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacağı ve bu sebeple sonraki imkânsızlık hükümlerinin baştaki imkânsızlık hali için kıyasen uygulanamayacağı sebebiyle; ikinci görüşü ise TBK'da garanti sorumluluğu kapsamında düzenlenen hükümlerin belirli durumlar için getirildiği ve bu hükümlerin baştaki imkânsızlık lehine genişletilemeyeceği sebebiyle eleştirilmiştir.²²

Bu noktada ifade edilmelidir ki, Yargıtay bir kararında²³ culpa in contrahendoyu akit görüşmelerinden doğan sorumluluk şeklinde nitelemiş; sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında oluşan güven ilişkisinin zedelenmesinin sorumluluk sebebi olduğu hususunda hüküm kurmuştur. Karara göre tarafların henüz sözleşme imzalamamış olsalar dahi sözleşme görüşmeleri sebebiyle bir araya gelmesiyle birbirleri arasında korunmaya değer hukuki ilişki kurulur. Bu kararın “sözleşmenin geçersiz olmasının tarafların özen yükümlüğünü kaldırmadığına” dair ilk cümlesi, olması gereken hukuk bakımından gayet yerinde olup Yargıtay, aşağıda yer verdiğimiz kararı ile sonradan bu karar ile koyduğu ilkenin aksine hüküm kurmuştur.

²²AKŞENER, Fırat; *Türk ve İngiliz Hukukunda Borca Aykırı Davranılacağına Önceden Belli Olması Durumu*; Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 33.

²³ Yargıtay 13. HD, 13.11.1995 T., 1995/9375 E., 1995/9860 K.Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Mahkemece az yukarda açıklandığı şekilde sözleşme geçersiz kabul edilmiş, ne var ki sözleşme geçersiz olsa da (BK. md. 20/1) davacıların sözleşme öncesi sorumluluklarını gerektirir bir kusurları bulunup bulunmadığı üzerinde durulup düşünülmemiştir. Oysa; sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de; akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar; aktin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. md. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin aktin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: III, Ankara-1990, Sh. 306 vd.). Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel'in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır...”

Yargıtay, yukarıda alıntılanan karar ile ortaya koyduğu ilkenin aksi yönünde verdiği kararında²⁴, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyeti itibariyle “akit öncesi sorumluluk” olduğunu kabul etmiş fakat nihai hükmü itibariyle kanımızca isabetsiz olan bir karara imza atmıştır. Karara katılmamaktayız, zira yukarıda açıklandığı üzere, tarafların TMK m. 2 gereğince birbirlerine karşı tabi olduğu “özen yükümlülüğü” edim yükümlülüğünden bağımsız bir koruma yükümlülüğüdür. Zira özen yükümlülüğünün yöneldiği amaç, asli ve tali edim yükümlülüklerinin yöneldiği amaçtan tamamen farklı olduğu gibi doğum anı itibariyle de asli ve tali edim yükümlülüklerinden farklı zamanda –somut edim ilişkisi kurulmadan önce- doğmaktadır. Bu nedenle özen yükümlülüğü edim yükümlülüğünden bağımsız sayılmalıdır.²⁵ Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan borçlardan herhangi birinin hatta sözleşmenin kendisinin geçersiz olması edim yükümlülüğünden bağımsız olan koruma yükümlülüğünün ortadan kalkmasını gerektirmez. Tarafların Yargıtay’ın da belirttiği gibi akit öncesi yükümlülüğü söz konusudur ve bu sorumluluğa aykırı davranışları halinde verdikleri zarardan sorumlu olmaları gerekmektedir. Aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere, culpa in contrahendo sorumluluğunun imkânsızlık halindeki görünümü, sözleşmenin başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle batıl olmasından dolayı, taraflardan birinin bundan zarar görmesinde ortaya çıkacaktır. Yani sözleşmenin hükümsüz olması, imkânsızlık halinde culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için bir engel değil; bilakis bir ön şarttır. Bu sebeple Yargıtay’ın bu kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun baştaki imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkabilmesi için bu sorumluluk tipinin dayanağından bağımsız olarak çeşitli unsurların var olması gerekmektedir. Zira culpa in contrahendo sorumluluğunu ister sözleşmesel sorumluluğa, ister haksız fiil sorumluluğuna dayandırılabilir isterse kendine özgü bir sorumluluk tipi olduğunu kabul edelim, her türlü kabulde dahi imkânsızlık özelinde culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmemiz için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Her ne kadar

²⁴ Yargıtay 13. HD. 30.04.2003 T., 2003/176 E., 2003/5376 K.İlgili kararda Yargıtay “...Dava konusu taşınmazın içinde eski eser niteliğinde çeşme bulunması nedeniyle Anıtlar Yüksek Kurulunca ruhsat verilmediği ve bu nedenle taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren geçersiz olduğu mahkemenin de kabulündedir. Davacı ihaleye girmesinden sonra bir takım hazırlık çalışmaları yaptığını ileri sürerek iyiniyetle yapmış olduğu bu giderlerin sözleşme öncesi sorumluluğa dayanarak davalıdan tahsilini istemiştir. Modern Hukukda "Culpa in Contraento" olarak nitelendirilen akit öncesi sorumluluk ancak geçerli sözleşmelerde söz konusu olur. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi sözleşme yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl ise yok hükmünde sayılır. Bu sözleşmeye dayanılarak akit öncesi sorumluluk ileri sürülüp hak talep edilemez....” şeklinde bir hüküm kurmuştur.

²⁵ SEROZAN, Rona; “Culpa in Contrahendo”, “Aklin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,, C.2, Sa.3., Ss.108-129, İstanbul 1968, s.119.

bu makalenin çeşitli satırlarında bu unsurlara atıf yapılmış olsa dahi her bir unsurun bir arada açıklanmasının faydalı olduğuna inanıyoruz. İmkânsızlık durumunda culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için oluşması gereken şartlar şunlardır:

i. Baştaki imkânsızlık söz konusu olmalıdır.

Daha önce de ifade edildiği üzere imkânsızlık, zamana göre baştaki ve sonraki imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılmakta; hareket noktasını sözleşmenin akdedildiği an teşkil etmektedir. Culpa in contrahendo çerçevesinde taraflardan birinin sorumlu olabilmesi için imkânsızlığın sözleşmenin akdedilmesinden önce hâsıl olmuş olması ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bu imkânsızlığın mevcut olması gerekmektedir.²⁶ Fakat yine ifade edilmelidir ki, sözleşmenin yapılması sırasında borcun konusu imkânsız olmakla birlikte taraflar, borç konusunun ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesi ile hareket etmekteyseler yapılan sözleşme geçerlidir.²⁷ Baştaki imkânsızlık halinin söz konusu olmaması halinde borcun imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olması durumu söz konusu değildir.

ii. İmkânsızlık objektif nitelikte olmalıdır.

İmkânsızlık herkes için söz konusu ise objektiftir fakat borçlu için söz konusu olup üçüncü kişiler tarafından borç ifa edilebilir ise sübjektif imkânsızlık söz konusudur. Sözleşme taraflarından birisinin culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için borcun objektif nitelikte imkânsız olması gerekmektedir. Şayet borç sübjektif ise yani, borç borçlu tarafından ifa edilememesine rağmen üçüncü kişiler için ifa edilebilir ise kesin hükümsüzlük sebebi olan imkânsızlık hali gerçekleşmemiş olur ve bu durumda somut olaya göre borçlu, borcun ifa edilememesinden sorumlu tutulmalıdır.

iii. İmkânsızlık halinin taraflardan birisince biliniyor olması ve karşı tarafın bilgilendirilmemiş olması gerekmektedir. (Kusurluluk şartı)

İmkânsızlık halinin başta gerçekleşmiş olması ve objektif olması şartları sözleşmenin kesin hükümsüz olması şartlarından olup imkânsızlık halinin taraflarca bilinip bilinmemesinin kural olarak sözleşmenin hükümsüz olması bakımından bir etkisi yoktur. Borcun konusunun imkânsız olduğu taraflardan birisince bilindiği halde bu durum hakkında karşı tarafın aydınlatılmaması, aydınlatmayan tarafın kusurlu olduğuna işarettir. Fakat dikkat edilmelidir ki, bu bahiste kusur, imkânsızlığın bilindiği halde karşı tarafın aydınlatılmaması, yani koruma yükümlülüğünün ihlal edilmesinden ileri gelmektedir. Yoksa baştaki imkânsızlığa kusuruyla sebep olmak bu bahis bakımından bir önem arz etmemektedir. Konumuz açısından önem taşıyan husus da taraflardan birinin

²⁶EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.267.

²⁷OĞUZMAN/ ÖZ; s.89.

sözleşme görüşmeleri süresince dürüst davranma yükümlülüğünü ihlal etmeleridir. Zira sözleşme taraflarının birbirleri ile sözleşme görüşmeleri yapmaya başlamalarıyla birbirlerine karşı dürüst davranma yükümlülüğü doğmaktadır. Söz konusu bu dürüst davranma yükümlülüğü kapsamında taraflar birbirlerine karşı ciddi olmalı ve karşı tarafın menfaatlerini olabildiğince himaye etmelidirler.²⁸ Örneğin satım sözleşmesine konu olan bir evin yangında kül olduğunu bilen ve buna rağmen karşı tarafı aydınlatmayarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan taraf bu anlamda kusurlu addedilecektir. Evin yandığını bilen tarafın yangının gerçekleşmesinde hiçbir kusurun olmaması, sözleşmenin kurulmasında özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla kusur, imkânsızlığa sebep olmak bağlamında anlaşılmamalı; imkânsızlığı bildiği halde karşı tarafı aydınlatmayarak sözleşmenin kurulmasını sağlamak şeklinde anlaşılmalıdır.

Esasında Türk/İsviçre Hukukunda genel hüküm olarak bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığından kural olarak sözleşme taraflarından her birisinin bizzat sözleşmenin geçerlilik koşullarının var olduğunu araştırması gerekmektedir. Bu esasa göre, taraflardan herhangi birisinin karşı tarafın yapmadığı araştırma hususunda karşı tarafı bilgilendirmek gibi bir görevi bulunmamaktadır. Ancak dürüstlük kuralları, diğer tarafa sözleşmenin geçerliliğini engelleyebilecek durumlar hakkında bilgi vermeyi emredebilmelidir. Eğer taraflardan birisi, diğer taraftan geçerlilik koşulları hakkında bilgi istemesine rağmen yanlış bilgilendiriliyorsa bir istisnanın varlığı kabul edilmeli ve yanlış bilgi veren tarafın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu hususta, doktrindeki görüş²⁹, şeklen geçersiz bir sözleşmenin kuruluşuna kasten neden olan tarafın dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ettiğini ifade etmektedir.³⁰

İfade edilmelidir ki, yalnızca taraflardan birinin değil karşı tarafın da başlangıçtaki objektif imkânsızlığı bilerek hareket etmesi durumunda, tazminat talep etme hakkı tamamen yok olmaz, bunun yerine artık culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanan tazminat talebinde TBK m. 52 uyarınca indirime gidilmesi uygun olur. Zira, ilgili taraf da objektif nitelikteki bu edimin imkânsızlığını bilmekte ve bu sebeple güveni özel olarak korunmayı hak etmemektedir. Tüm bunların yanında her iki tarafa da imkânsızlık hususunda

²⁸ NOVOA, Rodrigo; Culpa In Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law And The United Nations Convention On Contracts For The International Sales Of Goods (CISG), Arizona Journal Of International & Comparative Law Vol. 22, No. 3 2005, p. 593.

²⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme*, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2008, (Hatemi/Serozan/Arpacı İle Birlikte) S.327.

³⁰ GEZDER, Ümit; *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2009, s. 160.

hiçbir kusur atfedilemiyorsa bu takdirde tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.³¹ Zira culpa in contrahendo çerçevesinde sorumluluk için kusurun varlığı şarttır.

iv. Taraflardan birisi kusur sebebiyle zarara uğramış olmalıdır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için yukarıda sayılan şartların yanında, aydınlatılmayan tarafın imkânsızlık sebebiyle zarara uğramış olması gerekmektedir. Buradan anlaşılması gereken, taraflardan birisinin imkânsızlığı bildiği halde karşı tarafı aydınlatmayıp aslında batıl olan bir sözleşmenin akdedilmesini sağlaması ve sözleşmenin akdedilmesi sebebiyle karşı tarafın zarara uğramasıdır. Yani taraflardan birisi kusurlu davranışıyla karşı tarafı aydınlatmayıp sözleşmenin akdedilmesine sebep olmakla birlikte karşı taraf bundan herhangi bir zarar görmemişse culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Sözleşmenin imkânsızlığından dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa bu sefer olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımının yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki, kusurlu tarafın sözleşmenin imkânsızlığından dolayı tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar, karşı tarafın uğradığı olumsuz zarardır.³² Kaldı ki, taraflardan birisinin karşı tarafın kusurlu davranışıyla geçersiz sözleşmeye taraf olmasından dolayı uğramış olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü, culpa in contrahendonun “imkânsız ifayı vadedenin sorumsuzluğunu düzeltme fonksiyonu” ndan kaynaklanmaktadır.³³ Yalnız ifade edilmelidir ki, doktrinde baştaki imkânsızlık halinde sözleşmenin butlanı sonucuna ulaşmaya gerek kalmaksızın, kusurlu tarafın garanti sorumluluğu altında olduğu görüşüne yukarıda yer verilmiş ve bu görüşe yönelik eleştiriler açıklanmıştı.³⁴ Bu görüşün somut olaya uygulanması halinde –ki teori ve uygulama buna pek

³¹AKBULUT, Pakize Ezgi; “*Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:8, No:2, 2018, s. 185.

³² Hiç şüphesiz, culpa in contrahendo çerçevesinde doğan olumsuz zararın tazmin edilmesi meselesi, doktrinde ciddi eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerden bir kısmı, uygulamada olumsuz zararın hesaplanmasının güçlüğü noktasında toplanmaktayken bir diğer kısmı ise; “olumsuz zarar” adı altında talep edilecek kalemlerin alacaklıyı dürüstlük kuralına da aykırı olabilecek şekilde sözleşmeden dönme yoluna itmesine işaret etmektedir. Yine olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımının teorik olarak yeterince gerekçelendirilemediği ve bu ayrımın pratik bir yarar sağlamadığı görüşü de doktrinde dile getirilmiş ve gerçekleşen zararın, olumlu-olumsuz zarar ayrımından yola çıkılarak değil de hakime geniş takdir yetkisi veren TBK 51 çerçevesinde nedensellik bağı gözetilerek tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. ERGÜNE Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 376 vd.; POSTACIOĞLU, İlhan: Temsilden Doğan Zarar ve Zıyanın Tazmini, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: VI, S. 1-2, 150 Nüshasından Ayrı Bası, s. 1-9, İstanbul 1950, s. 8-9.

³³GEZDER Ümit; s. 157.

³⁴ Bkz. Bölüm 2

yanaşmamaktadır- tarafların imkânsızlığı bilmesine rağmen sözleşme akdetmeleri durumunda tarafların edimlerini yerine getireceği hususunda örtülü bir garanti sözleşmesi akdetmiş olabileceği kabul edilebilir ve böylece sözleşmenin butlanı sonucuna gitmeksizin olumlu zarar talebi ileri sürülebilir.³⁵

Esasında sorumluluğun kapsamı, bu anlamda olumsuz zararın tanımını da ortaya çıkarmaktadır. Olumsuz zarar kavramı ilk defa “akdin yapılamamasındaki menfi menfaat” adıyla Jhering tarafından ortaya atılmış; bu kavram yaratılırken Roma kaynaklarından yararlanılmıştır. Roma hukukunun kabul ettiği “actioexempto” terimi, mülkiyete ve tedavüle konu teşkil etmesi hukuken caiz olmayan bir şeyin satımı durumunda bu hususu bilmeyen alıcının zararlarını telafi amacına hizmet etmekteydi.³⁶ İşte bu terimden yararlanılarak türetilen olumsuz zarar, geniş anlamda herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat iken; dar anlamda ise sözleşme öncesindeki bir yükümlülüğün ihlali sebebiyle ortaya çıkan zarar verici olayın gerçekleşmemesindeki menfaattir. Yani olumsuz zararın tazmin edilmesiyle zarar verici olayın gerçekleşmemesi halinde alacaklının içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanması hedeflenmektedir.³⁷

Başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olması durumunda kusurlu olan taraf, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin olarak karşı tarafta oluşan güveni boşa çıkarmaktadır. Yani olumsuz zarar, hükümsüz sözleşmenin geçerli bir biçimde akdedildiğine, akdedileceğine yahut geçersizlik bilinmesine rağmen edimin ifa edileceğine dair oluşturulan haklı güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana gelmektedir.³⁸ Yoksa kusurlu tarafın baştaki imkânsızlık sebebiyle sorumluluğu, sırf zararın ortaya çıkmasından ileri gelmemekte; zararın, oluşturulan güvenin sözleşme öncesi yükümlülüklerle aykırılık sebebiyle boşa çıkarılmasından kaynaklanması gerekmektedir. Ulaşılan bu sonuç, kusurlu tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı uğranılan bütün zarardan değil; yalnızca oluşan güvenin boşa çıkarılması ile nedensellik bağı kurulabilen zarardan sorumlu olduğunu ortaya koymaktadır. Yani sözleşme taraflarından birisinin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için ihmal derecesindeki kusuruyla karşı tarafın olumsuz zararına sebep olması gerekmektedir.³⁹ Dolayısıyla örnek vermek gerekirse, geçerli bir sözleşme akdettiğine ilişkin güveni boşa çıkarılarak zarar gören bir kimse, söz

³⁵ ERGÜNE; s.244; SEROZAN Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt: III, 4. Bası*, İstanbul, Filiz Kitabevi, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Arpacı İle Birlikte) 2016, § 14, N. 21.

³⁶ ADAL, Erhan; *Akit Öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 8.

³⁷ ERGÜNE; s. 37.

³⁸ ERGÜNE; s.38.

³⁹ FILIPOVIC, Mihaela, Braut / VEHOVEC MarjetaTomulic; Precontractual Liability in EU And Croatian Law, UDK 340.137:347.447.5(497.5:4-672EU). pp. 13-32, September 2016, p.15.

konusu sözleşmeyi kurmaya yönelik yaptığı masrafları (örn. noter masrafı) ve kaçırdığı fırsatları olumsuz zarar adı altında talep edebilecekken; ilgili sözleşmeden elde edileceği öngörülen karı isteyemeyecektir. ⁴⁰ Yargıtay bir kararında,⁴¹ geçersiz sözleşmeye dayanarak kaçırılan fırsat kapsamında olumsuz zarar istenmesi olanağının bulunmadığına karar vermiştir.

Yargıtay bir başka kararında⁴² da culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanması halinde yalnızca menfi zararın istenebileceğini ortaya koymuş olup somut olay bakımından menfi zararın sınırının ne olacağını da belirlemiştir. Bu karar ile Yargıtay, sözleşmenin baştan itibaren hukukî imkânsız olması sebebiyle batıl olduğuna, tarafların sözleşmeyi ifa amacıyla birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri alabileceklerine, sözleşmenin hukukî imkânsız olması sebebiyle hükümsüz olmasında kusurunun olması halinde kusurlu tarafın, zarara uğrayan tarafın yalnızca menfi zararını tazminle yükümlü olduğuna karar vermiş olup menfi zararın sınırını somut olayda çizmiştir.

⁴⁰ ERGÜNE; s.44.

⁴¹ Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K.

⁴² Yargıtay 15. HD, 07.05.1981 T., 1981/331 E., 1981/1050 K. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “...Bu durumda projesine göre 5 katlı yığına bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi hukukî imkânsızlık nedeniyle BK. nun 20/1. maddesi gereğince baştan itibaren batıldır. Çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi 9 Haziran 1975 tarihinde çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince imkânsız bulunmaktadır. Taraflar ileri sürmeseler bile hâkimin butlanı re'sen nazara alması icap eder. Sözleşme batıl olduğundan herhangi bir hukukî sonuç, başka ifade ile taraflar için bir borç veya alacak meydana getirmez. Ne var ki davalı müteahhitler iktisap ettiklerini nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek ve kusurlu iseler davacıların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradıkları menfi zarar tazmin etmek zorundadırlar. Müteahhitler bir inşaat taahhüdü altına giren meslek adamı sıfatıyla gerekli özeni göstermeden sözleşmenin uygulanması için inşaat yerindeki eski binaları yıkmaları nedeniyle kusurludurlar ve davacıların uğradığı menfi zarardan sorumlu olmaları gerekir. Ancak burada davacıların tazmini gerekli zararı, eski binaların değeri, başka söyleyişle yıkılmış olan binaların inşaat değeri değil, yıkım sonunda ortaya çıkan ve davalı üstencilerin sattığı veya götürdükleri anlaşılan enkazın bedelidir. Çünkü açıkça ortaya koyduklarına göre davacıların amacı eski binayı yıkıp müteahhit aracılığıyla arsa payı karşılığı burada yeni bir bina yaptırmaktır. Bugün için imar mevzuatı ve afet işlerine ilişkin yönetmelik uyarınca davacıların eski binaların bulunduğu ve tevhit edilmiş arsa üzerinde karkas bir bina yaptırmalarına hukukî ve fiil engel yoktur. Bu nedenle kendileri tarafından da yıkılması zorunlu olan binaların inşaat değeri davacıların menfi zararı olarak kabul edilemez. Şu halde mahkemenin bilirkişi aracılığı ile davanın açıldığı Mart/1979 tarihindeki rayiçlere göre enkaz bedelini tespit etmesi ve bu para tutarının davalılardan alınmasına karar verilmesi gerekir.”

SONUÇ

Culpa in contrahendo sorumluluğu gerek yargı kararlarında gerekse doktrin görüşlerinde somutlaşmış olmasına rağmen henüz kanunlardaki yerini almamıştır. Fakat bu sorumluluk tipi, hem ülkemiz hem de yabancı ülke kanunlarında yakın zamanda Almanya'da olduğu gibi düzenlenmesi beklenen hususlardan birisidir. Bunun sebebi, culpa in contrahendo teorisinin, olması gereken hukuk bakımından özen yükümlülüğünün somutlaşması hususunda önemli bir gelişme teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira TMK m. 2/1 ve 2/2 hükümlerinin yalnızca sözleşme dâhilinde değil; madde metninde olduğu gibi hakkın kullanıldığı her an somutlaşabilmesi için culpa in contrahendo teorisinin uygulanması büyük bir önem arz etmektedir.

Culpa in contrahendo teorisinin imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin geçersiz olması halinde zarar gören tarafın zararının tazminini mümkün kılması, özen yükümlülüğünün somutlaşması bakımından çok önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira edimin imkânsızlığı sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bilmesine rağmen karşı tarafı bilgilendirmeyip sözleşmeyi akdeden tarafın özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, culpa in contrahendo teorisi sayesinde müeyyidelendirilebilecek ve taraflarda özen yükümlülüğüne uygun hareket etme bilinci uyanacaktır. Elbette culpa in contrahendo temelli tazmin sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için işbu makalede açıklanan şartların gerçekleşme zorunluluğu söz konusu olup tazmin edilecek zararın da hukuka uygun olarak belirlenmesi gerekecektir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun baştaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunda ortaya çıktığının kabulüyle, kusursuz tarafın sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, olumsuz zarar olarak adlandırılmakta ve bu zarar talep konusu edilebilmektedir. Doktrinde her ne kadar, olumlu-olumsuz zarar ayrımının gereksizliğine ilişkin eleştiriler ileri sürülmekteyse de, baştaki imkansızlık halinin sözleşmenin geçerliliğine izin vermemesi, sözleşmeden doğan menfaatin ortaya çıkmasına yani olumlu zararın talep konusu edilebilmesine engel olmaktadır.

Son olarak, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki mahiyetini sözleşmesel sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu ve atipik sorumluluk tiplerine dayandıran görüşler mevcut olup bizim de katıldığımız görüş, bu sorumluluğun sözleşmesel sorumluluğa dayandırılması gerektiğine yöneliktir.

KAYNAKÇA

ADAL, Erhan; **Akit Öncesi Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.

AKBULUT, Pakize Ezgi; **Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:8, No:2, 2018.

AKINTÜRK, Turgut; **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:212, Ankara, 1966.

AKŞENER, Fırat; **Türk ve İngiliz Hukukunda Borca Aykırı Davranılacağıın Önceden Belli Olması Durumu**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

ALTUNKAYA, Mehmet; **Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 2004.

DEMİRCİOĞLU, Reyhan; **Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Tezi, Ankara, 2007.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ERGÜNE, Serkan; **Olumsuz Zarar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

FILIPOVIC, Mihaela, Braut / VEHOVEC MarjetaTomulic; **Precontractual Liability in EU and Croatian Law**, UDK 340.137:347.447.5(497.5:4-672EU). pp. 13-32, September 2016.

GEZDER, Ümit; **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2009.

GÜNDOĞDU, Fatih; **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2014.

KESSLER Friedrich / FINE Edith, **Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study**, Harvard Law Review, Vol. 77, No: 3, pp: 401-450, January 1964.

KILIÇOĞLU, A; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme**, Filiz Kitabevi, (Hatemi/Serozan/Arpacı ile birlikte), 4. Bası, İstanbul, 2008.

NEDZEL, Nadia; **A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing and Precontractual Liability**, Tulane European & Civil Law Forum, Vol.12, 1995.

NOMER, Haluk Nami; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

NOVOA, Rodrigo; **Culpa In Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law And The United Nations Convention On Contracts For The**

International Sales Of Goods (CISG), Arizona Journal Of International & Comparative Law Vol. 22, No. 3 2005.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1**, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

ÖZÇELİK Ş. Barış; **Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.63, Sa.3, Ss.569-622, Ankara 2014.

POSTACIOĞLU, İlhan: **Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: VI, S. 1-2, 150 Nüshasından Ayrı Bası, s. 1-9, İstanbul 1950.

REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 11. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2018.

SEROZAN, Rona; **“Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.2, Sa.3., Ss.108-129, İstanbul 1968.

SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3 (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme)**, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı ile Birlikte) Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Galip Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TRAKMAN, Leo E. / SHARMA, Kunal; **The Binding Force Of Agreements To Negotiate in Good Faith**, The Cambridge Law Journal, November 2014, Vol. 73, No. 3 pp. 598-628, 2014.

ULUSAN, İlhan; **Culpa in Contrahendo Üstüne**, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K. (Yargıtay Kararları Dergisi 2006/12, 1944).

Yargıtay 13. HD, 13.11.1995 T., 1995/9375 E., 1995/9860 K. (www.legalbank.net sitesinden 19.10.2019 tarihinde erişilmiştir).

Yargıtay 13. HD. 30.04.2003 T., 2003/176 E., 2003/5376 K. (www.legalbank.net sitesinden 19.10.2019 tarihinde erişilmiştir.)

Yargıtay 15. HD, 07.05.1981 T., 1981/331 E., 1981/1050 K.
(www.legalbank.net sitesinden 21.10.2019 tarihinde erişilmiştir).

Yargıtay 15. HD, 05.04.2006 T., 2005/1974 E., 2006/2012 K.
(www.legalbank.net sitesinden 21.10.2019 tarihinde erişilmiştir).