TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

(TBK m. 115 ve m. 116 Hükümleri Çerçevesinde)

YAĞIZ KÖKMEN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

(TBK m. 115 ve m. 116 Hükümleri Çerçevesinde)

YAĞIZ KÖKMEN

Danışman: **Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN**
Jüri Üyesi: **Prof. Dr. Mehmet DEMİR**
Jüri Üyesi: **Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2022

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN
(Danışman)

Üye: Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Üye: Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA

ONAY
Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.
…/…/2022

Prof. Dr. Serap ÇABUK
Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. …. / …. /2022

Yağız KÖKMEN

ÖZET

SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİ
(TBK m. 115 ve m. 116 Hükümleri Çerçevesinde)

Yağız KÖKMEN

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Danışman: Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN
Temmuz 2022, 179 sayfa

Tazminat yükümlülüğü anlamıyla sorumluluk, haksız fiilden veya sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanabilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu ayrıma bağlı olarak, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu birbirinden farklı kısımlarda düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, sözleşmenin taraflarının kanuni hükümlerden daha farklı kurallar düzenlemesi mümkündür. Bu nedenle taraflar, TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerine uygun bir sorumsuzluk anlaşmasıyla borçlunun sözleşmesel sorumluluğunu sınırlandırabilirler. Ancak, haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TBK m. 60 hükmünde düzenlenen sorumluluk sebeplerinin yarışması durumlarında, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edip edemeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, amaçsal yorumu gereğince haksız fiil sorumluluğunun esas amacının zararın giderilmesi (telafisi) olduğu sonucuna varılacak ve sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılabileceği kabul edilebilecektir.

Anahtar kelimeler: Sorumsuzluk anlaşması, sözleşme özgürlüğü, sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, sorumluluk sebeplerinin yarışması.

ABSTRACT

THE IMPACT OF THE EXEMPTION CLAUSES ON THE TORT LIABILITY
(Under Art. 115 and Art. 116 of Turkish Code of Obligations)

Yağız KÖKMEN
Master Thesis, Department of Private Law
Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN
July 2022, 179 pages

As the meaning of compensate damages, liability can result from tort or breach of contract. In accordance with this distinction, the liability of tort and contract is regulated in different parts of the Turkish Code of Obligations No. 6098. Under the principle of freedom of contract, the parties have the ability that set different rules than the legal provisions of the agreement. For this reason, the parties may limit the contractual liability of the debtor with an exemption clause in accordance with the provisions of Articles 115 and 116 of the Turkish Code of Obligations. However, there is no legal regulation on whether or not the tort liability may be limited to the exemption clauses. Therefore, in the event of competition for legal liability reasons, it is necessary to examine whether the exemption clauses can affect tort. In our opinion, it will be concluded that the primary purpose of tort liability is to compensate the damage (compensation) and may be limited by exemption clauses.

Keywords: the principle of freedom of contract, exemption clauses, tort liability, contractual liability, competition for reasons of legal liability.

ÖN SÖZ

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk programı kapsamında hazırlanan çalışmamızın konusunu, sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiil sorumluluğuna etki edip etmeyeceği oluşturmaktadır. Çalışmanın esas amacı, sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı ve eğer mümkün ise bunun hangi sınırlar çerçevesinde geçerli olacağını ortaya koymaktır.

Tez çalışmasının konusunun belirlenmesinden sonuçlandığı ana kadar geçen sürede, hiç kuşkusuz, koşulsuz manevi-maddi destek sağlayan ailelerin ve tezin gelişmesine katkı sunan birçok değerli bilim insanının yeri yadsınamaz. Bu nedenle bu sürece büyük katkı sağlayan kişilere teşekkür etmek, sorumluluğumdur:

Öncelikle hayatımın her anında fikirlerimi önemseyen ve fikirlerim doğrultusunda yaşayabilme olanağı sağlayan en büyük şansım olan sevgili anneme, babama ve ablama bu süreçte yanımda oldukları için sonsuz teşekkür ederim. Ayrıca bu süreçte benden desteklerini asla esirgemeyen ve zorlu pandemi sürecinde bana çalışma ortamı sağlayan halalarıma teşekkür ederim.

Fakültenin ikinci sınıfından itibaren bana güvenen ve desteğini asla esirgemeyen sevgili hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Nurcihan Dalcı Özdoğan'a ne kadar teşekkür etsem az kalır. Kendisi çalışmanın konusunun belirlenmesi ve tezin meydana getirilmesi sırasında yaptığı yönlendirmelerle, verdiği tavsiyelerle, gösterdiği sonsuz ilgi ve anlayışla kuşkusuz çalışmaya en önemli desteği sağlayan kişidir.

Yine hem lisans hem de yüksek lisans eğitimimde üzerimde çokça emekleri olan değerli hocalarım; Prof. Dr. Fatih Bilgili, Prof. Dr. Ömer Korkut, Doç. Dr. Dursun Ali Demirboğa, Doç. Dr. Hakan Albayrak, Dr. Öğr. Üyesi A. Özge Yenice Ceylan, Arş. Gör. Furkan Özdemir, Arş. Gör. M. Fatih Cengil, Arş. Gör. Esra Bulut, Arş. Gör. Yiğit Çelik ve Arş. Gör. Tahsin Mavzer'e ayrı ayrı teşekkürlerimi sunarım.

Tez hazırlama sürecimde aile sıcaklığını hep hissetmemi sağlayan ve varlıklarıyla beni güçlü hissettiren biricik dostlarım sevgili Av. Ebru Güven'e ve Demet Çelik'e ayrıca teşekkür ederim. Hep var olmanız dileğiyle.

Birlikte yüksek lisans yaptığım ve tez aşamasında görüşlerine danıştığım arkadaşım Av. İlayda Gül Çindirli'ye teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca değerli arkadaşım Av. Tuncay Süslü'ye en zor konularda görüş bildirerek beni aydınlattığı ve tezin yazımı aşamasında sabırla yardım ettiği için teşekkürlerimi sunarım.

Her konuda yanımda olan ve beni destekleyen değerli arkadaşlarım, Av. Helin Bayraktar, Dr. Berfin Bayraktar ve tüm Bayraktar ailesi, Av. Büşra Güder, Dr. Tuğrul Gezer ve Stj. Av. Barış Kaplan başta olmak üzere tüm arkadaşlarıma ayrı ayrı teşekkür ederim.

Ciddi önyargılarla başladığım Almancayı bana sevdiren ve neredeyse 4 yıl boyunca bana sonsuz destek veren değerli Almanca öğretmenim Yasemin Kaynat Mergen'e ve hukuki çevirilerde zorlandığım anlarda daima destek olan değerli arkadaşım Av. Emel Terzi'ye teşekkür ederim.

Son olarak hem çalışma hayatımda hem tezimde bana yardımcı olan başta değerli meslektaşım Av. İlgen Ercan Çimen'e ve bütün iş arkadaşlarıma ayrı ayrı teşekkürlerimi sunarım.

Yağız KÖKMEN

Adana / 2022

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET ..... **iv**
ABSTRACT ..... **v**
ÖN SÖZ ..... **vi**
KISALTMALAR ..... **xiv**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
SORUMSUZLUK ANLAŞMASI KAVRAMI

I. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER **6**
A. SORUMLULUK VE SORUMSUZLUK KAVRAMLARI **6**
1. Borç İlişkisi ve Borç Ayrımı 6
2. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin Belirlenmesi ve Ayrımı 7
a. Asli-Yan Yükümlülük Kavramları 8
aa. Asli Yükümlülükler ve Kaynağı 8
bb. Yan Yükümlülükler ve Kaynağı 9
b. Koruma Yükümlülükleri 10
3. Sorumluluk Kavramı 13
a. Malvarlığı ile Sorumluluk 13
b. Tazminat Yükümlülüğü Anlamıyla Hukukî Sorumluluk 14
aa. Genel Olarak 14
bb. Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu 15
cc. Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu Arasındaki İlişki 17
dd. Sözleşme Görüşmeleri Sorumluluğu (*Culpa in Contrahendo*) 19
B. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ AMACI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ 21
1. Sorumsuzluk Anlaşmasının Amacı 21
2. Sorumsuzluk Anlaşmasının Genel Özellikleri 22
a. Hukuken Sözleşme Niteliğindedir 22
b. Malvarlığına Etkisi Bakımından Tasarruf İşlemi Niteliğindedir 23
c. Zararın Doğumundan Önce Yapılması Gerekmektedir 24
d. Herhangi Bir Şekle Bağlı Değildir 25

II. ROMA-İSVİÇRE HUKUKUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ DÜZENLENİŞİ 25
A. ROMA HUKUKUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 25
B. İSVİÇRE HUKUKUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 26
1. Sorumsuzluk Anlaşmasının Yasalaşmasına Zemin Hazırlayan Gelişmeler 26
2. 1869-1871: *Munzinger* Tasarısı'nda Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Hükümler 27
3. 1875-1877: *Fick* ve Komisyon Tasarısı 28
4. 1879 Tasarısı ve 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu 29
III. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNA ETKİSİ 30
A. İFA ENGELLERİ VE SÖZLEŞME SORUMLULUĞU KAVRAMLARI 30
1. Genel Olarak 30
2. Sözleşmeye Aykırılık Halleri 31
B. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ KÖTÜ İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞA ETKİSİ 32
C. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ TEMERRÜDE ETKİSİ 33
IV. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU BAKIMINDAN YAPILAN SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI: *SAF SORUMSUZLUK ANLAŞMASI* 34
V. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ ÇEŞİTLERİ 35
A. GENEL OLARAK 35
B. DAR ANLAMDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI: TBK M. 115 VE M. 116 36
1. Genel Olarak Kusur Kavramı 36
2. Kusurun Derecelendirilmesi 39
a. Genel Olarak 39
b. Ağır Kusur 40
aa. Kast 40
c. Hafif Kusur 42
C. GENİŞ ANLAMDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI 43
1. Kavram 43

2. Zararın Türü Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmaları 44
a. Zarar Kavramı ve Menfaat Kavramıyla İlişkisi 44
b. Zarar ve Tazminat Arasındaki İlişki 45
c. Zarar Türleri 46
d. Olumlu (İfa) Zarar ile Bütünlük Menfaati Kavramları ve Ayrımı 47
3. Zararın Miktarı Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmaları 49
a. Genel Olarak 49
b. Sorumsuzluk Anlaşması Niteliğindeki Götürü Tazminat Anlaşmaları 51
aa. Azami Götürü Tazminat Anlaşması 51
4. Çok Aşamalı Sorumsuzluk Anlaşmaları (Mehrstufigen Freizeichnungen) 53
VI. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ BENZER HUKUKİ KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI 54
A. İBRA 54
B. ZARARA RIZA GÖSTERME 55
C. *PACTUM DE NON PETENDO* (ALACAĞINI TALEP ETMEME TAAHHÜDÜ) 58
D. BORCUN KAPSAMININ SINIRLANDIRILMASI/DEĞİŞTİRİLMESİ ANLAŞMASI 59

İKİNCİ BÖLÜM
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI ARACILIĞIYLA SINIRLANDIRILMASI VE SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ GEÇERLİLİK SINIRLARI

I. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HUKUKÎ DAYANAĞI: SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ 60
II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASININ TARİHSEL SÜRECİ 61
III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI: EMREDİCİ HÜKÜMLER .. 63
A. GENEL OLARAK 63
B.EMREDİCİ HÜKÜM KAVRAMI 64
C. EMREDİCİ HÜKÜMLERİN TESPİTİ 64

D. TBK M. 27/I'DE YER ALAN KAVRAMLAR İLE EMREDİCİ HÜKÜMLERİN TESPİTİ 65
IV. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLE KORUNAN HUKUKİ MENFAATLER 68
A. GENEL OLARAK 68
B. KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI 68
C. GENEL AHLAKIN KORUNMASI 71
D. KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI 72
1. Genel Olarak 72
2. Kişi Varlığı Zararları Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmaları 73
a. Genel Olarak 73
b. Öğretide Kişi Varlığı Zararları Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmasını Reddeden Görüşler 74
c. Öğretide Kişi Varlığı Zararları Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmasını Kabul Eden Görüşler 76
V. TBK M. 115 HÜKMÜ UYARINCA SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ YASAL SINIRLARI 78
A. GENEL OLARAK 78
B. HAFİF KUSUR İLKESİ: TBK M. 115/I 79
C. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI YASAKLARI: TBK M. 115/II VE M. 115/III HÜKÜMLERİ 82
1. Genel Olarak 82
2. TBK m. 115/II ve m. 115/III'ün Yaptırımı: Kesin Hükümsüzlük 86
VI. TBK M. 116 HÜKMÜ UYARINCA SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI 87
A. GENEL OLARAK BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİSİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU 87
B. YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI 88
C. TBK M. 116/II HÜKMÜ: SINIRSIZ SORUMSUZLUK İLKESİ 91
D. TBK M. 116/III: SORUMSUZLUK ANLAŞMASI YASAĞI 93

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN SORUMSUZLUK ANLAŞMASIYLA SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK 96
II. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI 100
A. GENEL OLARAK SORUMLULUK SEBEPLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI 100
B. TERMİNOLOJİ VE TEMEL KAVRAMLAR 102
C. TALEPLER ARASINDAKİ İLİŞKİLER 103
1. Genel Olarak 103
2. Kanun Hükümlerinin Yarışması Görüşü (*Theorie der Gesetzeskonkurrenz*) ... 105
3. Taleplerin Yarışması Görüşü (*Theorie der Anspruchkonkurrenz*) 106
III. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİNİN TARİHÇESİ 107
A. ROMA HUKUKUNDA KONUNUN ELE ALINIŞI 107
B. ÇAĞDAŞ HUKUKTA KONUNUN ELE ALINIŞI 108
IV. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI DURUMUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİLE ETKİSİ 110
A. GENEL OLARAK 110
B. ÖĞRETİDE SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİLE ETKİ EDECEĞİ HAKKINDAKİ GEREKÇELER 112
1. Sorumsuzluk Anlaşmasının Haksız Fiil Sorumluluğundan Feragat Niteliği Taşıdığı Görüşü 112
2. Sorumsuzluk Anlaşmasının Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olduğu Görüşü 113
3. Sorumsuzluk Anlaşmasının Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanmaması Halinde Anlamsız Hale Geleceği Görüşü 114
4. Görüşümüz 117
V. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN EMREDİCİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ 123
A. GENEL OLARAK 123
B. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU KURUMUNUN AMAÇSAL YORUMU 125

1. Genel Olarak 125
2. Birincil Amacın Zararın Önlenmesi Olduğu Görüşü 127
3. Birincil Amacın Zararın Telafisi Olduğu Görüşü 128
C. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN EMREDİCİ OLUP OLMADIĞI İLE İLGİLİ TARTIŞMA VE GÖRÜŞLER 130
1. Öğretide Sorumluluğun Tamamlayıcı Nitelikte Olduğu Yönündeki Görüş 131
2. Öğretide Sorumluluğun Emredici Olduğu Yönündeki Görüşler 133
a. Sorumluluğun Emredici Olduğunu Zararı Önleme Amacı ile Açıklayan Görüş 133
b. Sorumluluğun Emredici Olduğunu Nitelikli Susma ile Açıklayan Görüş 136
VI. YARGITAY VE ÖZELLİKLE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİLE ETKİSİ BAKIMINDAN TUTUMU 139
VII. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN SÖZLEŞME İLE ÖNCEDEN ORTADAN KALDIRILMASI MESELESİ: SAF SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI 143
A. GENEL OLARAK 143
B. SÖZLEŞME İLİŞKİSİ UĞRUNA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ORTADAN KALDIRILMASI 144
C. SAF SORUMSUZLUK ANLAŞMASI İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ORTADAN KALDIRILMASI 145
VIII. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİNİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ 153
A. TAM (TÜMEL) HÜKÜMSÜZLÜK 153
B. KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK 153
SONUÇ 156
KAYNAKÇA 161

KISALTMALAR

AcP. **:** Archiv für die civilistische Praxis

AJP **:** Aktuelle Juristische Praxis

Art. **:** Artikel

Aufl. **:** Auflage

AÜHFD **:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYM **:** Anayasa Mahkemesi

BATİDER **:** Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BATİHAE **:** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

Bd. **:** Band

BGB **:** Bürgerliches Gesetzbuch

BGE **:** Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

Bger **:** Schweizerisches Bundesgericht

bkz. **:** Bakınız

c. **:** contra

C. **:** Cilt

Çev. **:** Çeviren

DEÜHFD **:** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Diss. **:** Dissertation

DİÜHFD **:** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dp. **:** Dipnot

E. **:** Esas

EBK **:** 818 sayılı Borçlar Kanunu

Einl. **:** Einleitung

EÜHFD **:** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f. : Fıkra

f./ff. : folgende

FG : Festgabe

Fn. : Fussnote

HD. : Hukuk Dairesi

hrsg. : Herausgeber

i.S. : im Sinne/im Sachen

İNÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JZ : JuristenZeitung

K. : Karar

Kger. : Kantonsgericht

MHAD : İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

N. : Paragraf Numarası

Nr. : Nummer

o. : oben

OR : Bundesgesetz über das Obligationrecht vom 30.März 1911

publ. : publiziert

RG. : Resmî Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

SJ : La Semaine Judiciaire (Genève)

SJZ : Schweizerische Juristen- Zeitung

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

v. : vom

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Vorb. : Vorbemerkungen

Y. : Yıl

Yarg. : Yargıtay

YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBBGK. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

yy. : yüzyıl

ZBJV : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

zit. : zitiert(e/n)

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nda sorumluluk, sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu olmak üzere iki farklı rejimde düzenlenmiştir. Taraflar arasında hiçbir hukuki ilişkisinin bulunması gerekmeksizin verilen zararın tazminini, sözleşme dışı sorumluluk rejimi düzenlemektedir. Buna karşılık, taraflar arasındaki mevcut bir hukuki ilişkinin ihlalinden doğan zararın tazmini, sözleşme sorumluluğu rejiminde düzenlenmektedir. Sözleşme dışı sorumluluk, haksız fiilden veya başka bir kanun hükmünden doğabilmektedir. Çalışma konumuz kapsamında yalnızca sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu incelenecektir.

Borçlunun sözleşmeye aykırı davranışının aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi mümkündür. Bu durumda, sorumluluk sebeplerinin yarışmasından bahsedilecektir. Sorumluluk sebeplerinin yarıştığı durumlarda, hâkim, TBK m. 60 hükmü uyarınca zarar gören aksini istemediği takdirde zarar gören bakımından en avantajlı sorumluluk sebebine dayanarak karar verecektir. Kararın zarar gören bakımından en avantajlı sorumluluk sebebine dayanılarak verilmesi, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin karşılaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira, tazmin edilebilecek zarar türleri, özenin ve kusurun değerlendirilmesi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, ispat yükü, kusur karinesi ve kurtuluş kanıtı, birden fazla kişinin dış ilişkide sorumluluğu, zamanaşımı sürelerinin hesaplanması bakımından her iki sorumluluk birbirinden farklı esaslara tabi tutulmuştur. Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu bakımından farklı olarak düzenlenen hükümlerden birisi de sorumsuzluk anlaşmasıdır. Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğu bakımından uygulanacağı yönünde herhangi yasal düzenleme bulunmaması kanun boşluğuna yol açmaktadır. Zira, TBK m. 114/II hükmünde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, sözleşmenin ihlaline kıyasen uygulanacağına yönelik bir atıf yapılmasına rağmen sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen haksız fiil sorumluluğuna uygulanacağı şeklinde bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla, haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı ve sözleşme sorumluluğu için yapılmış bir sorumsuzluk anlaşmasının, sorumluluk sebeplerinin yarışması durumlarında haksız fiil sorumluluğuna uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu karşımıza çıkarmaktadır.

ÇALIŞMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Çalışmanın esas amacı, sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı ve eğer mümkün ise bunun hangi sınırlar çerçevesinde geçerli olacağını ortaya koymaktır. İsviçre-Türk hukukunda sorumsuzluk anlaşmalarını inceleyen çalışmalara bakıldığında, sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırması konusunun birkaç eser dışında detaylı olarak ele alınmadığı göze çarpmaktadır. Söz konusu çalışmalarda, sorumsuzluk anlaşmaları, TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri çerçevesinde ele alınmış ve sorumsuzluk anlaşmalarının özellikleri ve şartları yalnızca sözleşme sorumluluğu açısından incelenmiş, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin sınırlı bir değerlendirme yapılmıştır. Bu durum iki önemli nedene dayanmaktadır. Bunlardan ilki, haksız fiil sorumluluğunda taraflar arasında henüz mevcut bir hukuki ilişki bulunmamaktadır ve sorumluluk hukuka aykırı fiil sonucunda verilen zarar ile doğmaktadır. İkincisi ise, haksız fiil sorumluluğunun toplumdaki herkesin tabi olduğu ve emredici nitelikteki genel davranış kurallarının ihlali sonucunda doğmasıdır. Nitekim, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin (özellikle de sözleşmeye dayalı borç ilişkisi ve özel bağlantı) bulunması durumunda artık sözleşme sorumluluğu uygulanacaktır. Ancak, taraflar arasındaki sözleşmenin veya özel bağlantının ihlâli aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa artık sorumluluk sebeplerinin yarışmasından bahsedilecektir. Bu nedenle, söz konusu durumlarda taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etki edip etmemesi önem arz etmektedir. Bahsetmiş olduğumuz bütün bu durumlardan ötürü, sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiil sorumluluğuna etkisi konusunda detaylı bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırması konusunda yapılacak olan inceleme, sorumluluğun hukuki niteliğinin emredici olup olmadığı çerçevesinde yapılmalıdır. Zira, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını emredici hükümler oluşturmaktadır ve tarafların kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme yapmaları mümkün değildir. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırması hakkında ilk olarak yapılması zorunlu olan, sorumluluğun emredici olup olmadığının incelenmesidir. Yapılacak incelemede, haksız fiil sorumluluğunun lafzi yorumunun yanı sıra amaçsal yorumunun yapılması zorunludur. Haksız fiil sorumluluğunun amaçsal yorumunun yapılabilmesi için ise öncelikle

sorumsuzluk anlaşmalarının genel özelliklerinin, işlevlerinin ve benzer hukuki kurumlar karşısındaki durumunun tespiti, sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen hükümlerin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve bu hükümlerin sözleşme özgürlüğünü hangi sınırlar çerçevesinde sınırladığı, bu sınırlamaların amaçlarının ne olduğunun tespit edilmesi zorunluluk arz etmektedir.

İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, ilk olarak sorumsuzluk anlaşmasının kavramsal olarak tanıtılmasıyla ilgilidir. Bu kapsamda öncelikle borç-borç ilişkisi kavramları hakkında açıklama yapılmıştır. Bu kısımda özellikle borç ilişkisinden doğan yükümlülükler ve bunların işlevleri ele alınmıştır. Yapılan açıklamalar asli-yan yükümlülük ve koruma yükümlülükleri ile sınırlı tutulmuştur. Ardından sorumluluk kavramının malvarlığı ve tazminat yükümlülüğü anlamları arasındaki farkına değinilmiş ve tazminat yükümlülüğü anlamıyla sorumluluğun haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu ayrımına dayanılarak düzenlenmesi nedeniyle bu ayrım inceleme konusu yapılmıştır. Bu kısımda, koruma yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle doğan zarar bakımından ortaya çıkan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) da ayrıca açıklanmıştır. Ardından sorumsuzluk anlaşmasının, amacı ve genel özellikleri ele alınmıştır. Bu incelemelerden sonra genel hatlarıyla sorumsuzluk anlaşmasının Roma-İsviçre hukukunda düzenleniş biçimleri açıklanmıştır. Sorumsuzluk anlaşmasının İsviçre hukukunda kanunlaşma süreci genel hatlarıyla ele alındığı için sorumsuzluk anlaşması kurumunun tarihçesine ilişkin detaylı bir değerlendirme yapılmamıştır. Söz konusu açıklamalardan sonra, sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme sorumluluğuna etkisi ve haksız fiil sorumluluğuna etkisi ayrı başlıklarda açıklanmıştır. Çalışma sistematiği uyarınca sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etkisi üçüncü bölümde inceleneceği için sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisi kısaca açıklanmıştır. Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme sorumluluğuna etkisi ise önemi nedeniyle detaylı olarak incelenmiştir. Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme sorumluluğuna etkisi bakımından öncelikle ifa engelleri ve sözleşme sorumluluğu kavramları açıklanmıştır. Yapılan açıklamalardan sonra sorumsuzluk anlaşmasının kötü ifa ve temerrütten doğan sorumluluğa etkisi ayrı başlıklarda incelenmiş, kötü ifadan doğan sorumluluk üzerinde

durulmuştur. En son, sorumsuzluk anlaşmalarının çeşitleri ve diğer hukuki kurumlardan farkı incelenmiş ve özellikle sorumsuzluk anlaşmasının zararın türü ve miktarı bakımından etkisi inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri detaylı olarak incelenmiştir. Bu bölümde ilk olarak TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinin sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eden emredici nitelikte hükümler olması nedeniyle, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu ilkenin sınırları incelenmiştir. Özellikle sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eden TBK m. 27/I hükmünde yer alan emredici hükümler, ahlak, kamu düzeni ve kişilik hakları kavramları ve bu kavramların sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırlarını teşkil edip etmediği hakkında öğretide yer alan tartışmalar ele alınmıştır. Bahsedilen kavramlardan, ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık detaylı olarak incelenmemiş ancak kişilik hakları kavramı konunun önemi nedeniyle detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Kişilik haklarına aykırılık bakımından yapılan inceleme, kişilik haklarının ihlallerinden birisi olan kişi varlığı zararlarını konu edinen sorumsuzluk anlaşmaları çerçevesinde yapılmıştır. Bu bağlamda kişi varlığı zararlarını konu edinen sorumsuzluk anlaşmalarının hukukumuzda yapılıp yapılamayacağı açıklanmıştır. Ardından borçlu bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları ve borçlunun yardımcı kişilerinin fiilleri bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları ayrı başlıklarda detaylıca incelenmiştir. Çalışmada, sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen genel nitelikteki TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri çerçevesinde inceleme yapılmış olup TBK'nın özel hükümler kısmında yer alan ve her bir sözleşme türü bakımından öngörülmüş olan sorumsuzluk anlaşmaları incelenmemiştir. Aynı şekilde, sorumsuzluk anlaşmalarının genel işlem şartları şeklinde düzenlendiği durumlar da çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, ilk olarak haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşmasının uygulanıp uygulanmayacağının hangi problemlere yol açtığı açıklanmış ve sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğu bakımından yapılıp yapılamayacağı hakkında öğretideki görüşlere kısaca yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra başka bir başlıkta, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun yarışması konusu üzerinde durulmuştur. Bu başlıkta, sorumluluk sebepleri karşılaştırılmış ve sorumluluk sebeplerinin yarışması hakkındaki terminoloji ve temel kavramlara yer verilmiştir. Bu başlıkta ayrıca, sorumluluk sebeplerinin yarışması bakımından yer alan görüşler

açıklanmıştır. Devamında sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile uygulanmasının tarihsel süreci incelenmiş ve özellikle Roma ve Çağdaş hukukta bu konu hakkındaki tartışmalar açıklanmıştır. Bu açıklamalardan hemen sonra sorumsuzluk anlaşmasının hukuken haksız fiil sorumluluğuna etki edeceğini savunan görüşün hangi hukuki gerekçelere dayandığı hakkında inceleme yapılmış ve kendi görüşümüz açıklanmıştır. Kendi görüşümüz açıklandıktan sonra çalışmanın bel kemiğini oluşturan haksız fiil sorumluluğunun amaçsal yorumu hakkında başka bir başlıkta inceleme yapılmıştır. Haksız fiil sorumluluğunun amaçsal yorumu hakkında öncelikle öğretinin görüşleri hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Ardından ayrı bir başlıkta İsviçre-Türk hukukundaki yargı kararlarına yer verilerek borçlar hukukunda, haksız fiil sorumluluğunun amacının ne olduğu detaylıca incelenmiştir. Haksız fiil sorumluluğunun amacı ortaya konulduktan sonra haksız fiilin önceden ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı konusu (saf sorumsuzluk anlaşmaları) hakkında açıklama yapılmıştır. Tezin sonuncu bölümünde ise, sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğinin, asıl borç kaynağı olan sözleşmeye etkisi konusuna yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMSUZLUK ANLAŞMASI KAVRAMI

I. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. SORUMLULUK VE SORUMSUZLUK KAVRAMLARI

1. Borç İlişkisi ve Borç Ayrımı

Borç ve borç ilişkisi kavramlarının yasal herhangi tanımı bulunmamaktadır. Hem borç hem de borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasındaki bir hukuki ilişkidir. Ancak bu kavramlar ile kastedilmek istenen birbirinden farklı nitelikteki hukuki ilişkilerdir. Borç, borçlunun, alacaklıya karşı tek edimi ifa yükümlülüğünün bulunduğu ve alacaklının da yalnızca tek edimi talep hakkını içeren hukuki ilişkidir[1]. Dolayısıyla borç, bir edim

[1] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 5; **ARAL,** Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 30; **EREN,** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara 2021, s. 22; **TEKİNAY,** Selahattin Sulhi/**AKMAN,** Sermet/**BURCUOĞLU,** Haluk/**ALTOP,** Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 6; **OĞUZMAN,** M. Kemal/**ÖZ,** M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul 2020, s. 3; **ANTALYA,** O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 57 vd.; **HATEMİ,** Hüseyin/**GÖKYAYLA,** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2021, s. 11; **ÇETİNER,** Bilgehan/**FURRER,** Andreas/**MULLER-CHEN,** Markus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2021**,** s. 22; **NOMER,** Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 18. Baskı, İstanbul, 2021, s. 15; **TERCIER**, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2020, s. 30, N. 45; **FEYZİOĞLU,** F. Necmeddin, Borçlar hukuku: genel hükümler, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 20; **KILIÇOĞLU,** Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 24. Baskı, Ankara 2020, s. 40; **BİLGİLİ,** Fatih/**DEMİRKAPI,** Ertan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dora Yayıncılık, 16. Baskı, Bursa 2021, s. 22; **İNAL,** H. Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, Papatya Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2009, s. 57; **ŞENOCAK,** Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1995, s. 79; **İPEK,** Eyüp, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 14; **AYDINLI,** İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 15; **WEBER,** Rolf H./**EMMENEGGER,** Susan, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli Verlag, 2. Aufl., Bern 2020, Vorbem zu Art. 97-109, s. 28, N. 70; **VON TUHR,** Andreas/**PETER,** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement), Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1984, s. 45 vd.; **OSER,** Hugo/**SCHÖNENBERGER,** Wilhelm, Schweizer Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Schulthess & Co. AG, 2. Aufl., Zürich 1929, s. 150, N. 6 vd.; **KRAMER,** Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, Einlatung, N. 34; **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm/**JÄGGI,** Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1a, Allgemeine Einleitung, Art. 1-17, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1973, Art. 1-17, s. 150,

ilişkisidir (*Leistungsbeziehung*)[2]. Buna karşın taraflar arasındaki bir veya daha çok talep hakkı, alacak hakkı, edim yükümlülükleri, yan yükümlülükler, yenilik doğuran haklar, külfetler, def'iler gibi çeşitli unsurları da içeriğinde bulunduran hukuki ilişki, borç ilişkisidir[3]. Günümüzde borç ilişkisi; yalnızca edim ilişkilerinden oluşan bir hukuki ilişki olarak değil, içeriğinde çok sayıda farklı unsur bulunduran kompleks bir hak-yükümlülük ilişkisi (*ein komplexes System von Recht-Pflicht-Beziehungen*) olarak kabul edilmektedir[4]. Bu nedenle borç ilişkisinin, kompleks bir yapı (*komplexes Gebilde*)[5] olduğunu kabul etmek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

2. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin Belirlenmesi ve Ayrımı

Borç ilişkisinin kompleks bir hukuki ilişki olarak kabul edilmesi, tarihsel süreçteki değişikliklere dayanmaktadır[6]. Başlangıçta yalnızca edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesi amacına yönelen mübadele (edim) ilişkileri olarak kabul edilen borç ilişkisi, zamanla artan ihtiyaçları karşılamakta yetersiz duruma düşmüştür[7]. Bunun üzerine, borç ilişkisinin edim yükümlülüklerinin yanında hem edimin konusu ve amacına hem de tarafların edim dışındaki mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme yükümlülüklerini içerdiği kabul edilmiştir[8]. Ünlü Alman hukukçu *Stoll*, borç ilişkisinin, edim menfaatinden

---

N. 10; **NEUENSCHWANDER,** Markus, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, s. 15.

[2] **LARENZ,** Karl, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I, Allegemeiner Teil, 13. Aufl., Münih 1987, s. 26.

[3] **ARAL,** s. 30; **EREN,** s. 22; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 5; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 57 vd.

[4] **WIEGAND,** Wolfgang, "Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts (Teil 1)", recht 1997, S. 85, s. 87. Borç-borç ilişkisi kavramları arasındaki ayrım, ünlü Alman hukukçu *Siber'in* çalışmalarına dayanmaktadır. *Siber* borç ilişkisini, içeriğindeki tekil edim ilişkilerinden (borçlardan) bağımsız bir organizma olarak nitelendirmiştir. Bu konuda bkz. **SIBER**, Heinrich, Der Rechtszwang Im Schuldverhaltniss Nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig, 1903, s. 1 vd. Daha sonraları, *Siber'in* organizma olarak nitelendirdiği borç ilişkisi bir başka ünlü Alman hukukçu *Larenz* tarafından, *"zaman içinde işleyen süreç"* olarak adlandırılmıştır. *Larenz*, borç ilişkisinin canlı bir organizma gibi kendi kendine tekrardan doğmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, borç ilişkisi ya tarafların borç ilişkisine uygun veya aykırı davranışlarıyla ya da ilgili kanun hükümleriyle yeniden doğabilecektir. Yazar, bahsetmiş olduğumuz bu açıklamalarına dayanarak borç ilişkilerini *zaman içinde işleyen süreç* ve *anlamlı bir bütün* olarak nitelendirmiştir. Bu konuda bkz. **LARENZ**, s. 26.

[5] Borç ilişkisinin kompleks yapı olduğu yönündeki görüş için bkz. **GERNHUBER,** Joachim, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 9. Türk hukukunda bu yönde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 14.

[6] Borç ilişkisinin içeriğinin tarihsel süreçte yaşadığı değişim hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ADAY,** Nejat, Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 150 vd.

[7] **ŞENOCAK,** s. 80-81.

[8] Borç ilişkisinin edim yükümlülüklerinin yanında birtakım başka yükümlülükleri içerdiği ve bunların ihlâlinin borçlunun sorumluluğuna sebebiyet vermesi gerektiği fikri ilk olarak Alman hukukçu *Staub* tarafından ortaya atılmıştır. Alman hukukundaki tarihsel gelişim hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ARAL,** s. 76 vd.

(*Leistungsinsteresse*) ayrı olarak tarafların ifa menfaati dışındaki mal ve kişi varlığı değerlerini koruma menfaatinin (*Schutzinteresse*) bulunduğunu açıklamıştır[9]. *Stoll,* bu ayrıma dayanarak borç ilişkisindeki yükümlülükleri ikiye ayırmıştır. Bunlardan biri edim yükümlülükleri diğeri ise koruma yükümlülükleridir[10]. Yazar, tarafların ifa menfaati dışındaki mal ve kişi varlığı değerlerini koruyan yükümlülükleri, koruma yükümlülükleri olarak ifade etmiştir.

Aşağıda, borç ilişkisinin içeriğini oluşturan yükümlülükler asli-yan yükümlülük ve koruma yükümlülüğü ayrımı yapılarak incelenecektir.

a. Asli-Yan Yükümlülük Kavramları

aa. Asli Yükümlülükler ve Kaynağı

Asli yükümlülükler, asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülüklerinden oluşmaktadır[11]. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmeyi karakterize ederek sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyen yükümlülüklerdir[12]. Yan edim yükümlülükleri ise sözleşmeyi karakterize etmemesine rağmen sözleşmenin ifasının gerçekleşmesini sağlayan yükümlülüklerdir[13]. Asli yükümlülükler (asli ve yan edim yükümlülüğü), borç ilişkisinin ifası menfaatine (*Erfüllungsinteresse*) hizmet eden yükümlülüklerdir[14]. Edim yükümlülüklerinin temel özelliği, bağımsız olarak ifa davasına konu edilebilmeleridir[15]. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz yan yükümlülüklerin bağımsız olarak ifa davasına konu edilmeleri söz konusu değildir. Yan yükümlülükler, yalnızca ihlali halinde alacaklı zarara uğramışsa, alacaklıya tazminat davası açma yetkisini içeren yükümlülüklerdir.

---

[9] **STOLL,** Heinrich, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", AcP 1932, 136, s. 287-288.
[10] **STOLL,** Abschied, s. 287-288.
[11] **EREN,** s. 32; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 24; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 20; **ŞENOCAK,** s. 83.
[12] **KRAMER,** N. 93; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10-11; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 24; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 20; **ŞENOCAK,** s. 83; **İPEK,** s. 53; **ARAL,** s. 30; **EREN,** s. 31.
[13] **KRAMER,** N. 93; **ARAL,** s. 30; **EREN,** s. 31; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 20; **ŞENOCAK,** s. 84; **İPEK,** s. 57.
[14] Bu nitelikleri sebebiyle edim yükümlülükleri, ifa yükümlülükleri (*Erfüllungspflichten*) olarak da adlandırılmaktadır, (**STOLL,** Abschied, s. 287-288).
[15] **EREN,** s. 31.

bb. Yan Yükümlülükler ve Kaynağı

Borç ilişkisindeki asli yükümlülükler dışında birtakım başka yükümlülükler de bulunmaktadır. Ancak öğretide bu yükümlülüklerin neyi ifade ettiği konusunda karmaşa söz konusudur. Bu yükümlülüklerin hepsini nitelemek amacıyla başlıca; diğer davranış yükümlülükleri (*weitere Verhaltenspflichten*)[16], davranış yükümlülükleri (*Verhaltenspflichten*)[17], bağımlı yan yükümlülükler (*unselbständige Nebenpflichten*)[18], koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*)[19] terimleri kullanılmaktadır[20]. Çalışmada asli yükümlülükler dışındaki bütün yükümlülükler, yan yükümlülük kavramıyla ifade edilecektir.

Yan yükümlülükler üst kavramı altında, bilgi verme, aydınlatma, muhafaza, koruma gibi çok sayıda farklı yükümlülük bulunmakta ve bu yükümlülükler hizmet ettikleri menfaate göre en temelde ikiye ayrılmaktadır. İfa menfaatine hizmet eden yan yükümlülüklere, ifaya yardımcı yan yükümlülükler denilmektedir[21]. Buna karşın, borç ilişkisinin taraflarının ifa dışında kalan mal ve kişi varlığı değerlerinin korunmasına hizmet eden yan yükümlülüklere, koruma yükümlülükleri denilmektedir[22]. Bu şekilde yapılan ayrıma göre hem ifaya yardımcı yan yükümlülükler (aydınlatma, bilgi verme, muhafaza gibi) hem de koruma yükümlülükleri yan yükümlülük üst kavramı ile ifade edilecektir.

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifa edilmesini sağlayan ve alacaklının ifa menfaatinin gerçekleştirilmesini sağlayan yükümlülüklerdir[23]. Bu nedenle ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin hizmet ettiği menfaat, ifa menfaatidir. Örneğin, borçlu satış sözleşmesi uyarınca sattığı meyveleri, bozulmayacak bir ortamda muhafaza etmekle yükümlüdür. Buna aykırı davranarak meyvelerin bozulmasına sebebiyet vermesi durumunda, alacaklının ifa menfaatini ihlal

[16] **LARENZ,** s. 10 vd.
[17] **SEROZAN,** Rona, "Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD., Yıl 2, S. 3, 1968, s. 117; **ANTALYA,** O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 3, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 460; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 129; N. 119.
[18] **KRAMER,** N. 91.
[19] **STOLL,** Abschied, s. 289.
[20] Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **ARAL,** s. 37 vd.
[21] **EREN,** s. 38.
[22] **EREN,** s. 38; **İPEK,** s. 73; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 63.
[23] **KRAMER,** N. 91; **EREN,** s. 38; **İPEK,** s. 73; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 63.

edecektir. İfaya yardımcı yan yükümlülüklerin bir başka önemli türü, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülükleridir[24]. Borçlunun, alacaklının satılan eşyadan tam olarak faydalanabilmesi için gerekli bilgileri verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Borçlunun gerekli bilgileri vermemesi, alacaklının satılan eşyadan tam olarak faydalanamamasına ve zarara uğramasına neden olabilecektir[25]. Böyle bir durumda, alacaklının ifa menfaati ihlal edilmiş olacaktır.

b. Koruma Yükümlülükleri

Borç ilişkisinin taraflarının bütünlük menfaatlerinin korunmasına hizmet eden yan yükümlülüklere, koruma yükümlülükleri denilmektedir[26]. Koruma yükümlülüklerinin hizmet ettiği menfaat, edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin aksine, alacaklının ifa menfaatinin gerçekleştirilmesine yönelik değildir. Bu yükümlülükler, borç ilişkisinin taraflarının ifa dışındaki mutlak haklarını (mülkiyet, beden bütünlüğü vb.) değerlerinin korunmasına hizmet etmektedir[27].

Koruma yükümlülüklerinin yasal dayanağı, tarafların sosyal temasa sonucunda aralarında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2/I'e dayalı kurulmuş olan güven ilişkisidir[28]. Bu aşamada taraflar arasında kurulan güven ilişkisi, hiçbir edim yükümlülüğü içermemektedir. Edim yükümlülükleri içermemesi nedeniyle, taraflar arasındaki kurulan bu ilişki, *edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi*[29] olarak adlandırılmaktadır[30]. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, taraf iradelerinden

[24] **ERBEK,** Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010, s. 33.
[25] Örneğin, satılan eşyanın özellikleri hakkında alacaklıya eksik bilgi verilmesi ve alacaklının satın aldığı eşyayı asıl değerinden daha düşük bir fiyata satması.
[26] **STOLL,** Abschied, s. 287-288; **KRAMER,** N. 97; **SEROZAN,** Bağımsız, s. 118; **AYDINLI,** s. 1; **EREN,** s. 40; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 16; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10-11; **İNAL,** s. 316.
[27] **STOLL,** Abschied, s. 287-288.
[28] **AKYOL,** Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 45.
[29] **SEROZAN,** Bağımsız, s. 118; **EREN,** s. 44; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 16; **AYDINLI,** s. 1; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10-11; **AKYOL,** s. 46; **İNAL,** s. 316.
[30] Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri hakkında detaylı bilgi için bkz. **SEROZAN,** Bağımsız, s. 111 vd. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi ve *culpa in contrahendo* arasındaki ilişki hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **DEMİRCİOĞLU,** Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 130 vd.

bağımsızdır ve TMK m. 2/I'deki dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Bu nedenle bu ilişkiler, sözleşmeye dayalı borç ilişkileri değil, *kanuni borç ilişkileridir*[31].

Koruma yükümlülüklerinin sözleşme kurulmadan önce ihlali durumunda, haksız fiil sorumluluğu veya *culpa in contrahendo* söz konusu olacaktır. Taraflar arasında hiçbir hukuki ilişkinin bulunmadığı durumlarda koruma yükümlülüklerinin ihlali, haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet vermektedir. Buna karşın, tarafların sözleşme görüşmeleri amacıyla sosyal temasa geçmeleri sonucunda aralarında TMK m. 2/I'den doğan güven ilişkisinin olduğu durumlarda *culpa in contrahendo*'dan bahsedilecektir[32].

Koruma yükümlülüklerinin kaynağı olan kanuni borç ilişkisinin, taraflar arasında sözleşme kurulduğu ihtimalinde, sözleşmeye dahil olup olamayacağı öğretide tartışmalıdır[33]. Burada, taraflar arasındaki edim yükümlülükleri içermeyen ve kanuni borç ilişkisinin, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme ilişkisine dahil olup olamayacağı problemi gündeme gelecektir. Bu konu, Alman hukuku ve İsviçre-Türk hukuku öğretileri tarafından farklı şekillerde ele alınmaktadır[34]. Kanuni borç ilişkisinin sözleşme kurulduktan sonra hangi hukuki nitelikte devam edeceği konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birisi, dönüşme teorisi (*Umschlagstheorie*) diğeri ise birlik teorisidir (*Einheitsheorie*).

- Öğretide *Canaris* tarafından savunulan birlik teorisi uyarınca, koruma yükümlülüklerinin yasal dayanağı olan kanuni borç ilişkisi, sözleşme kurulduktan sonra hukuki varlığını korur ve sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin yanında varlığını devam ettirir[35]. Bu görüş uyarınca, koruma yükümlülüklerinin kaynağı olan kanuni borç ilişkisi ile edim yükümlülüklerinin kaynağı olan edim ilişkisi birbiriyle yan yana mevcut olacaktır. Buna göre, taraf iradelerinden bağımsız nitelikteki koruma yükümlülüklerinin hukuki niteliği, sözleşme kurulduktan sonra herhangi bir

[31] **SEROZAN,** Bağımsız, s. 118; **EREN,** s. 44; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 16; **AYDINLI,** s. 1; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10-11; **AKYOL,** s. 46; **STOLL,** Abschied, s. 287-288; **İNAL,** s. 107 vd.
[32] Haksız fiil sorumluluğu ve *culpa in contrahendo* hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, 3, s. 15 vd.
[33] Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **ARAL,** s. 121 vd.
[34] Bu durumun sebebi, koruma yükümlülüklerinin Alman hukukunda geliştirilmiş bir kavram olup İsviçre-Türk hukukuna uzun bir süre sonra dahil olmasıdır**, (ARAL,** s. 121).
[35] **CANARİS,** Claus Wilhelm, "Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", JZ, 1965, 15/16, s. 478 vd. Bu yöndeki diğer yazarlar için bkz. **FROST,** Marina, Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten, Berlin 1981, s. 213 vd.

değişikliğe uğramayacaktır. Bunun sonucunda, koruma yükümlülüklerinin sözleşmesel değil kanuni yükümlülükler olduğu sonucuna varılacaktır.

- Öğretide *Larenz* tarafından savunulan dönüşme teorisine göre, koruma yükümlülüklerinin kaynağı olan kanuni borç ilişkisi, sözleşme kurulduktan sonra taraflar arasındaki sözleşmeye dayalı borç ilişkisine dahil olur. Bir başka deyişle, taraflar arasında sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, daha önceki kanuni borç ilişkisi, sözleşmeye dayalı borç ilişkisine dahil olur ve böylece taraflar arasında sözleşmesel nitelikte bir borç ilişkisi bulunur. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada, koruma yükümlülükleri, tarafların iradesine dayanan sözleşmesel yükümlülük *(vertragliche Pflicht)* niteliği kazanır[36]. *Larenz'e* göre koruma yükümlülükleri sözleşmesel değil, yasal yükümlülükler olarak kabul edildiği takdirde, sorumsuzluk anlaşmasının koruma yükümlülüklerinin ihlalinden doğan zarar bakımından geçerli olup olmayacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Zira, sözleşmesel olmayan ve taraf iradelerinden tamamen soyut olan bir yükümlülüğün ihlalinden doğan zararın, bir sözleşmeyle sınırlandırılması çelişkilidir[37]. Kanaatimizce, koruma yükümlülüklerinin sözleşme kurulduktan sonra sözleşmesel bir yükümlülük olacağını ve ihlali halinde doğacak zararın taraflarca sınırlandırılabileceğini kabul etmek daha doğru olacaktır[38].

İsviçre hukukunda, koruma yükümlülüklerinin sözleşmeye dayalı borç ilişkisine dahil olup olamayacakları hakkında daha farklı bir değerlendirme yapılmaktadır. Federal Mahkemeye göre koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifasını (*ordnungsgemässe Erfüllung*) garanti eden davranış yükümlülüklerinin[39] bir türünü oluşturmaktadır[40]. Mahkemeye göre, borç ilişkisinin taraflarının ifa menfaatini gerçekleştirmek için koruma, muhafaza, bilgi verme, aydınlatma gibi yükümlülükleri bulunmakta ve bu yükümlülüklerin tamamı davranış yükümlülükleri olarak

[36] Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulmasından sonraki koruma yükümlülüklerinin sözleşmesel yükümlülük olarak kabul edilmesi, hiçbir zaman koruma yükümlülüklerinin TMK m. 2/I'e dayanan güven ilişkisinden bir başka deyişle kanundan doğdukları gerçeğini değiştirmez. Bu konuda bkz. **LARENZ,** s.14.
[37] Bu konuda detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **LARENZ,** s. 103 vd.
[38] Türk hukukunda aynı yönde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 18.
[39] Davranış yükümlülükleri, bizim terminolojimizde yan yükümlülük olarak adlandırılmaktadır.
[40] BGer Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 6.1, (www.swisslex.ch., **ERİŞİM,** 21.06.2021).

adlandırılmaktadır. Böylece Mahkeme, koruma yükümlülüklerini yalnızca gereği gibi ifa ile ilişkilendirilebildiği ölçüde, başka deyişle sözleşme ile bağlantılı olduğu takdirde sözleşmesel yükümlülük olarak kabul etmektedir[41]. Mahkeme, koruma yükümlülüklerinin ihlalinde taraflar arasında sözleşmenin bulunmadığı veya sözleşme ile bağlantısı olmayan durumlarda haksız fiil sorumluluğunu uygulamıştır[42].

3. Sorumluluk Kavramı

a. Malvarlığı ile Sorumluluk

Alacak hakkı uyarınca alacaklının, borca aykırı davranan borçlunun malvarlığına başvurarak, alacağını elde etme yetkisi bulunmaktadır[43]. Alacak hakkı, yalnızca borçludan edimi talep etme hakkını içermemektedir. Alacak hakkı, borca aykırı davranan borçlunun malvarlığına Devlet zoruyla başvurarak, alacağını elde etmesi yetkisini de içermektedir[44]. Borca aykırı davranan borçlunun, malvarlığı ile sorumlu olmasına malvarlığı ile sorumluluk denilmektedir[45]. Bütün borç ilişkileri, zorunlu olarak sorumluluk unsuru içermektedir[46]. Bu özelliği nedeniyle malvarlığı ile sorumluluk, borç

---

[41] Federal Mahkemenin koruma yükümlülükleri hakkında vermiş olduğu kararlar hakkında oldukça detaylı bir inceleme için bkz. **ARAL,** s. 138 vd. Ayrıca bkz. **ŞENOCAK,** s. 83 vd.

[42] Örneğin Federal Mahkeme, buz hokeyi maçında yeterli koruma önlemlerinin alınmaması nedeniyle seyircilerden birinin yaralanmasına ilişkin bir kararında, gösteri düzenleyen kişiyi, sözleşmesel olarak sorumlu tutmamıştır. Bu kararın gerekçesi, buz hokeyi maçına gelen seyircilerin maç girişinde bilet ücretini ödememeleri ve gösteri düzenle aralarında bir sözleşme bulunmamasına dayandırılmıştır. Mahkeme, gösteri düzenleyeni OR Art. 41 (TBK m. 49) uyarınca sorumlu tutmuştur. Mahkemenin bu yöndeki çeşitli kararları için bkz. **ŞENOCAK,** s. 83 vd.

[43] Roma hukukunda hem kişisel hem de malvarlığı ile sorumluluk doğabilmekteydi. Ancak modern hukuk sistemleri borçlunun kişisel sorumluluğu ilkesini reddederek borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu ilkesini kabul etmişlerdir, (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 29).

[44] **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 22 vd.

[45] **ACKERMANN,** Josef, Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden, Diss. Zürich 1932, s. 13; **ERTEN,** Ali, Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumluluk Şartları, Olgaç Matbaası, İstanbul 1977, s. 33; **LÖRTSCHER,** Thomas, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977, s. 1; **BAŞALP,** Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 4; **REİSOĞLU,** Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 35; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 20; **EREN,** s. 87; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 22; **NOMER,** Genel, s. 30; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 47, N. 132; **FEYZİOĞLU,** s. 20.

[46] Borcun bu yönü, öğretide ilk defa *Brinz* tarafından ortaya konulmuştur. **RADO,** Türkan, "Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 10, S. 1-2, 1944, s. 230.

ilişkisinin varlığını garanti eden bir unsurdur[47]. Borçlunun ifaya zorlanamadığı bir borç ilişkisi modern borçlar hukukunda kabul edilmemektedir[48].

b. Tazminat Yükümlülüğü Anlamıyla Hukukî Sorumluluk

aa. Genel Olarak

Sorumluluk en temel tanımıyla, başka bir kişinin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü olarak açıklanmaktadır[49]. Bu anlamıyla sorumluluk; bir davranış veya olay sonucunda doğan zararı tazmin yükümlülüğünü belirlemekte ve taraflar arasında tazminat yükümlülüğünden oluşan bir borç ilişkisi meydana getirmektedir[50]. Sorumluluğun bu anlamını ifade etmek üzere, *sorumluluk yükümlülüğü* veya *-den sorumluluk* kavramları da kullanılmaktadır[51]. Çalışma konumuz olan sorumsuzluk anlaşması bağlamında sorumluluk ve sorumsuzluk kavramları ile kastedilen yalnızca tazminat yükümlülüğüdür. Başka bir deyişle, çalışmada sorumluluk teriminin kullanıldığı her kavram (sorumluluk sebebi, sorumsuzluk, sorumluluk rejimi vb.) yalnızca tazminat yükümlülüğü anlamıyla kullanılacaktır.

Sorumluluk, tarafları arasında önceden bir hukuki ilişki gerekip gerekmemesine göre, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır[52]. Tarafları arasında önceden bir hukuki ilişkinin varlığı gerekmeksizin verilen zararı tazmin yükümlülüğü, sözleşme dışı sorumluluktur. Sözleşme dışı sorumluluk kendi içerisinde kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[53]. Sözleşme sorumluluğu ise aralarında önceden mevcut bir hukuki ilişkinin ihlaliyle verilen zararı

---

[47] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 29; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 47, N. 132; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 22 vd.

[48] *"…Borçlunun sorumluluğu ilkesi gereğince; bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı, Devlet zoruyla alacağını veya alacağının yerine geçecek olan bir miktar parayı elde edebilecektir."*, (Bkz. YHGK.'nin 9.6.2020 tarih ve E. 2020/94, K. 2020/358 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021]). Borç ilişkisi ve sorumluluk arasındaki ilişki hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ADAY,** s. 67 vd.

[49] **TANDOĞAN**, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 3; **HONSELL,** Heinrich/**ISENRING,** Bernhard/**KESSLER,** A. Martin, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schultess Verlag, Diss. Zürich 2013, s. 4; **OFTINGER,** Karl/**STARK,** Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht-Band I: Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, 5. Auflage, Zürich 1995, §1, N. 5; **KELLER,** Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Stämpfli Verlag, 6. Auflage, Bern 2002, s. 33.

[50] **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 3; **OFTINGER/STARK,** §4, N. 5; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 4; **KELLER,** s. 33; **EREN,** s. 88; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 117; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 16.

[51] **ERTEN,** s. 33.

[52] **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 3.

[53] **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 7.

tazmin yükümlülüğüdür. Sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımı, sorumluluğun yalnızca sözleşme ve haksız fiil ile sınırlı olduğu gibi bir çağrışım yapmaktadır. Halbuki hukukumuzda sorumluluk sebepleri, sözleşme ve haksız fiil ile sınırlı olmayıp sözleşme dışı başka sorumluluk sebepleri de bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmada, sözleşme dışı sorumluluk kavramı değil, çalışma konumuzun da içinde olduğu daha sınırlı bir alanı kapsayan, haksız fiil sorumluluğu kavramı tercih edilecektir. Haksız fiil sorumluluğu kavramı ise hem kusur hem de kusursuz sorumlulukları kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

bb. Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu

Sözleşme sorumluluğu rejimi, taraflar arasında önceden mevcut olan bir hukuki ilişkinin ihlali nedeniyle doğan zararın tazminini düzenleyen kurallardan oluşmaktadır[54]. Haksız fiil sorumluluğu ise, taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı gerekmeksizin verilen zararın tazmini yükümlülüğünü düzenlemektedir[55]. Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu TBK'nın farklı kısımlarında düzenlenmektedir.

- Sözleşme sorumluluğu rejimi, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında *"Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları"* başlığı altında madde 112 ile 126 arasında düzenlenmiştir. Borçların ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen ilk ve temel hüküm niteliğindeki TBK m. 112 hükmü şu şekildedir: *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* Söz konusu hüküm borçluya, borçlarını (yükümlülüklerini) hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklıya verdiği zararı tazmin yükümlülüğü getirmektedir.
- Haksız fiil sorumluluğu rejimi, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında *"Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri"* başlığı altında madde 49 ile 76 arasında, borç kaynaklarından birisi olarak düzenlenmiştir. Haksız fiil

[54] **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 7; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 93, N. 30; **EREN,** s. 553.
[55] **ÇAĞA,** Sema, "Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi", Seminer Yarışması, 1972-1973, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 1-2; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 7; **KELLER,** s. 54; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 5; **EREN,** s. 553.

sorumluluğunda, doğrudan doğruya kanun tarafından taraflar arasında konusu tazminat yükümlülüğü olan bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen ilk ve temel hüküm niteliğindeki TBK m. 49 hükmü şu şekildedir: *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür."* Söz konusu hükümde, genel haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğu temelinde düzenlenmiştir[56].

Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu, tazmin edilebilecek zarar türleri, özenin ve kusurun değerlendirilmesi, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, ispat yükü, kusur karinesi ve kurtuluş kanıtı, birden fazla kişinin dış ilişkide sorumluluğu, zamanaşımı sürelerinin hesaplanması bakımından birbirinden farklı esaslara tabi tutulmuştur[57]. Sözleşme sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu rejiminden ayrı ve bağımsız olarak, TBK m. 112-126 hükümleri arasında düzenlenmesi, bu iki sorumluluk rejiminin birbirinden ayrıldığını açıkça göstermektedir. İsviçre-Türk öğretisinde de hâkim görüş[58], bu iki sorumluluk rejiminin birbirinden farklı olduğunu kabul etmektedir[59].

Hem sözleşme hem de TBK m. 49'daki kusur esasına dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, kusurlu olarak gerçekleştirilen hukuka aykırı bir davranış ile uygun nedensellik bağı içerisinde zararın doğmuş olması gerekmektedir[60]. Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğundan bahsedilebilmesi için söz konusu dört unsurun (hukuka aykırılık, kusur, zarar, uygun illiyet bağı) kümülatif olarak bulunması

---

[56] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 497; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 89; **EREN,** s. 553.

[57] Ancak burada TBK m. 114/II hükmünün gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Zira, TBK m. 114/II uyarınca; *"Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."* Söz konusu hükme göre, sözleşme sorumluluğu bakımından herhangi bir hüküm bulunmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğu hükümleri kıyasen sözleşme sorumluluğuna uygulanacaktır. Örneğin, tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m. 51 hükmü, haksız fiil sorumluluğunda düzenlenmesine rağmen TBK m. 114/II hükmündeki atıf sayesinde, kıyasen sözleşme sorumluluğuna da uygulanacaktır.

[58] **OFTINGER/STARK,** §4, N. 32 vd.; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 34; **EREN,** s. 553; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 373, N. 1185. Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, III.

[59] Kanunundaki haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu şeklindeki bu düalizm (ikilik), güncel bir nitelik taşımadığı ve çağımıza uygun olmadığı için öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. **SEROZAN**, Rona, Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007, s. 715 vd.

[60] **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 310.

gerekmektedir[61]. Ancak sözleşme sorumluluğunda, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, taraflar arasında mevcut bir sözleşmenin bulunması da gerekmekte ve sözleşmeye aykırılık sonucunda alacaklının zarara uğramış olması gerekmektedir[62].

Her ne kadar sözleşme ile haksız fiil sorumluluğu farklı kısımlarda ve farklı kurallar çerçevesinde düzenlense de bu sorumluluklar arasında özel bir ilişki söz konusudur[63]. Sorumluluklar arasındaki bu özel ilişki, edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri arasındaki ilişkiye dayanmaktadır[64]. Zira daha önce bahsettiğimiz üzere, koruma yükümlülükleri esasen haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturmaktadır. Ancak, taraflar arasındaki özel bağlantı veya sözleşmenin olduğu durumlarda, koruma yükümlülükleri artık hukuken sözleşmesel yükümlülüğe dönüşmektedir[65].

Aşağıda haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasındaki ilişki genel hatlarıyla incelenecektir.

cc. Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu Arasındaki İlişki

Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri arasındaki ilişkiye dayanan özel bir ilişki bulunmaktadır. Bu sorumlulukları birbirinden ayırt edilmesini sağlayan unsur ise hukuka aykırılık unsurudur[66]. Sözleşme sorumluluğunda hukuka aykırılık, sözleşmeye aykırılık olarak adlandırılmakta ve sözleşmesel yükümlülüklere (asli veya yan yükümlülük)[67] (*vertraglichen Pflichten*) aykırılık anlamına gelmektedir[68]. Buna karşın, haksız fiil sorumluluğunda sözleşmesel yükümlülükler değil, sözleşme dışı yükümlülükler ihlal edilmektedir (*ausservertragliche Pflichtverletzung*)[69]. Sözleşme dışı yükümlülüklerin belirlenmesi, TBK m. 49/I'de *"hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren…"* şeklinde ifade edilen hukuka aykırılık unsuruyla gerçekleştirilmektedir[70]. Dolayısıyla, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi zarar verenin davranışının hukuka aykırı kabul edilmesine

[61] Kusursuz sorumluluk esasına dayanan haksız fiil sorumluluklarında ise kusur unsuru aranmamaktadır.
[62] **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 7.
[63] **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 277.
[64] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 93, N. 30; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 277. Edim ve koruma yükümlülükleri hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, A, s. 10 vd.
[65] Bkz. Birinci Bölüm, I, 2.
[66] **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 277.
[67] Yükümlülükler hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, A, s. 10 vd.
[68] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 92, N. 27.
[69] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 93, N. 30.
[70] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 93, N. 30.

bağlıdır. *"Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık genel davranış kurallarına aykırılıktır. Ancak bu davranış kuralı sözleşmedeki gibi taraflarca tespit edilmemiştir; genel hukuk düzeninden çıkartılmalıdır*[71]*."* Hukuka aykırılıktan bahsedilebilmesi için ya temel bir koruma normu ya özel bir koruma normu ya da TBK m. 49/II'deki ahlaka aykırılık söz konusu olmalıdır[72].

Haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuru bakımından öğretide, üç farklı teori ileri sürülmektedir. Bunlardan birincisi objektif hukuka aykırılık teorisi, ikincisi sübjektif hukuka aykırılık teorisi ve sonuncusu da üçüncü hukuka aykırılık teorisidir. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre, mutlak koruma normlarına (yaşam hakkı, mülkiyet hakkı vb.) veya özel koruma normlarına aykırı olan her davranış hukuka aykırı niteliktedir. Buna karşın sübjektif hukuka aykırılık teorisini savunan görüşe göre, davranışın hukuka aykırılık niteliğinin belirleyen ölçüt, zarar verenin bu davranışı yerine getirirken yetkisiz olmasıdır. Bu teoriye göre hukuka aykırılık yalnızca zarar verenin böyle bir davranışta bulunma hakkının/yetkisinin bulunmadığı takdirde söz konusu olacaktır. Bu teorilerin yanı sıra öğretide, üçüncü hukuka aykırılık teorisi olarak adlandırılan bir başka teori daha bulunmaktadır. Bu teoriye göre bir davranışın hukuka aykırı olmasını sağlayan bu davranışın ihlal ettiği norm değil zarar verenin özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığıdır. İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüş, objektif hukuka aykırılık teorisini kabul etmektedir[73].

Bir davranışın hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi durumunda ise haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında yarışma ilişkisi bulunmaktadır. Sorumluluk sebeplerinin yarışması olarak adlandırılan bu durum hakkında üçüncü bölümde detaylı olarak açıklama yapılacağı için tekrara düşmemek amacıyla burada ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz[74].

---

[71] **BAYSAL,** Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 51'den naklen.

[72] **ÇAĞLAYAN AKSOY,** Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 10 vd.

[73] Hukuka aykırılık kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. **KANETİ,** Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Hukuk Yayınları, Haziran 2007, s. 77 vd. Ayrıca bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY,** s. 10 vd.

[74] Sorumluluk sebeplerinin yarışması hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II, s. 100 vd.

dd. Sözleşme Görüşmeleri Sorumluluğu (*Culpa in Contrahendo*)

Sözleşme öncesi aşamada görüşme kusurlarından doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*[75]), sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada görüşenlerden birinin veya yardımcı kişilerinin, diğer görüşmeciye, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan güven ilişkisinden doğan yükümlülükleri ihlali nedeniyle verdiği zarardan sorumluluktur[76]. Sözleşme yapma amacıyla sosyal temas veya özel bağlantı (*Sonderverbindung*) içine girmiş taraflar arasında bir hukuki ilişki doğmaktadır[77]. Söz konusu görüşme ilişkisi, TMK m. 2/I'deki dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisidir[78]. Güven ilişkisini başlatan olgu, taraflar arasındaki özel bağlantıdır[79]. Taraflar, aralarındaki özel bağlantı sonucunda birbirlerinin mal ve kişi varlığı değerleri üzerinde etki yapma imkân ve ihtimaline kavuşmuş olurlar ve bunun sonucunda aralarında bir güven ilişkisi kurulur[80]. Taraflar arasındaki güven ilişkisinden, edim yükümlülükleri dışında; bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmelerini ciddi bir şekilde yürütme yükümlülüğü, karşı tarafın mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme (koruma) yükümlülüğü şeklinde birtakım başka yükümlülükler doğmaktadır[81]. Söz

---

[75] **KIRCA,** Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s. 148 vd.; **KALKAN OĞUZTÜRK,** Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 101 vd.; **DEMİRCİOĞLU,** s. 59 vd.; **DURAK,** Yasemin, "Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo", SÜHFD, C.25, S.1, 2017, s. 265; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 585; **EREN,** s. 1256; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10 vd.; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 249.

[76] *Culpa in contrahendo* hakkında çeşitli tanımlar için bkz. **SEROZAN,** Bağımsız, s. 111; **EREN,** s. 1254; **VON TUHR/PETER,** s. 192 vd.

[77] **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 237; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 106 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10 vd.; **EREN,** s. 1254.

[78] Yargıtay güven ilişkisini, şu şekilde ifade etmektedir: *"Gerçekte de; sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlâl ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Fikret Eren, a.g.e., s. 1084, 306 vd., İlhan Ulusan, a.g.e., s. 286).,* (Bkz. YHGK.'nin 1.12.2010 tarih ve E. 2010/13-593, K. 2010/623 sayılı kararı, [www.kazancı.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021]). Taraflar arasındaki güven ilişkisini ifade etmek üzere; özel bağlantı, işlem temasından doğan güven ilişkisi, işlem temasından doğan ilişki, özel ilişki gibi farklı kavramlar da kullanılmaktadır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **DEMİRCİOĞLU,** s. 209 vd.

[79] **AYDINLI,** s. 12; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 250 vd.; **ERBEK,** s. 25 vd.

[80] **AYDINLI,** s. 70; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 250 vd.; **ERBEK,** s. 25 vd.

[81] Sözleşme görüşmeleri aşamasında doğan yükümlülükler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 250 vd.

konusu yükümlülüklerin, kusurlu olarak ihlal edilmesi sonucunda karşı tarafa zarar verilmesi halinde, *culpa in contrahendo* söz konusu olmaktadır.

Culpa in contrahendo'nun, hukuki niteliği tartışmalıdır. *Culpa in contrahendo* bir görüşe göre haksız fiil[82], bir görüşe göre kendine özgü bir sorumluluk[83] ve başka bir görüşe göre sözleşmesel sorumluluk[84] olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce *culpa in contrahendo,* hukuken sözleşmesel niteliktedir. Zira, haksız fiil sorumluluğunda, taraflar arasında önceden kurulmuş herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda taraflar arasındaki hukuki ilişki, hukuka aykırı davranıştan doğan zarar aracılığıyla kurulmaktadır. Buna karşın, sözleşme sorumluluğu, taraflar arasındaki mevcut bir hukuki ilişkinin ihlali sonucunda doğmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme sorumluluğu iradi olarak kurulan, haksız fiil sorumluluğu ise tesadüfen kurulan bir borç ilişkisidir[85]. Taraflar arasında güven ilişkisinin kurulduğu yerde, bunun ihlali haksız fiil olarak değerlendirilemeyecektir[86]. Nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin *culpa in contrahendo'ya* kıyasen sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağı hem Yargıtay[87] hem de öğretideki hâkim görüş[88] uyarınca kabul edilmektedir.

---

[82] **KILIÇOĞLU,** s. 85 vd.

[83] **JÄGGI**, Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, FG Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, 193 vd. Federal mahkeme bir kararında *culpa in contrahendo'*nun ne sözleşme sorumluluğu ne de haksız fiil sorumluluğu olmadığını, bu sorumluluğun kendine özgü bir sorumluluk olduğunu ifade etmiştir (BGE 134 III 390 E. 4. 3. 2, [www.swisslex.ch., **ERİŞİM,** 21.06.2021]). Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **DEMİRCİOĞLU,** s. 108 vd.

[84] **EREN,** s. 1268; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 979; **VON TUHR/PETER,** s. 192 vd.; **SEROZAN,** Bağımsız, s. 111; **NOMER,** Genel, s. 436; **DEMİRCİOĞLU,** s. 77 vd.; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 106 vd.

[85] **SEROZAN,** Bağımsız, s. 122 vd.; **EREN,** s. 1268; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 585.

[86] **SEROZAN,** Bağımsız, s. 124; **EREN,** s. 1268; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 106 vd.; **DEMİRCİOĞLU,** s. 77 vd.; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 585; **NOMER,** Genel, s. 436.

[87] Yargıtay, *culpa in contrahendo*'ya kıyasen sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: *"(...) sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlığın; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur."* (YHGK.'nin 13.2.2013 tarih ve E. 2012/1220, K. 2013/39 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021]).

[88] Bu görüşteki yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 10-11; **EREN,** s. 1265; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 585; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 979; **VON TUHR/PETER,** s. 192 vd.; **SEROZAN,** Bağımsız, s. 111; **DEMİRCİOĞLU,** s. 77 vd.; **NOMER,** Genel, s. 436; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 479 vd.

B. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ AMACI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

1. Sorumsuzluk Anlaşmasının Amacı

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle ileride doğma ihtimali bulunan zarar doğmadan önce yapılan ve kanun hükümlerince öngörülen sorumluluk rejimini borçlu lehine değiştiren anlaşmalara, sorumsuzluk anlaşmaları denilmektedir[89]. Sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla yasal sorumluluk rejimlerinden daha hafif bir içerikte bir sorumluluk rejiminin uygulanması kararlaştırılmaktadır[90]. Sorumluluğun hafifletilmesi, borçlunun sorumlu olmasının şartlarının zorlaştırılması[91] veya sorumlu olunan tazminatın kapsamının sınırlandırılması şeklinde gerçekleşebilmektedir. Ayrıca, alacaklının borçluya karşı tazminat talebini ileri sürmesini zorlaştıran anlaşmalar da sorumsuzluk anlaşması olarak kabul edilmektedir[92].

Sorumsuzluk anlaşmaları, tazminat yükümlülüklerinden başka, borç ilişkilerinden (özellikle de sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinden) doğmuş veya doğacak olan başka yükümlülükleri sınırlandırması veya ortadan kaldırması hukuken mümkün değildir[93]. Dolayısıyla sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini, yan yükümlülükleri, koruma

---

[89] Sorumsuzluk anlaşmalarının çeşitli tanımları için bkz. **AKMAN,** Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 12; **KAHVECİ,** Nalan, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu * Yürürlük Kanunu, C. I, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 917, N. 7; **WIEGAND**, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (hrsg., **HONSELL,** Heinrich**/VOGT,** Nedim Peter**/WIEGAND,** Wolfgang), Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel 2011, Art 100, N. 1; **BEAT,** Zirlick, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Stämpfli Verlag, Bern 2003, s. 5 vd.; **BUOL,** Martina, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Schulthess Polygraphischer Verlag, Diss. Zürich 1996, N. 159 vd.; **SCHRANER,** Hans, Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadenersatzpflicht unter besonderer Berücksichtigung von Vereinbarungen über die Tragung der Bauherrenhaftung, Diss. Zürich 1973, s. 5 vd.; **OESCH,** Thomas, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978, s. 126 vd.; **KAMM,** Michael, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht: Ein Vergleich, Bergisch Gladbach, Köln 1985, s. 26; **SCHNYDER VON WARTENSEE,** Marguerite, Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1945, s. 30 vd.; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 494, N. 4 vd.; **ERTEN,** s. 2-3; **BAŞALP,** s. 27; **EREN,** s. 1209; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 433; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 562; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 769; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 395, N. 1262; **ACKERMANN,** s. 6; **LÖRTSCHER,** s. 6 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 880.

[90] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 494, N. 4.

[91] **KAMM,** s. 26.

[92] Bu tür sorumsuzluk anlaşmaları geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmalarıdır. Geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmaları hakkında bkz. Birinci Bölüm, V, s. 42 vd.

[93] **VON TUHR,** Andreas**/ESCHER,** Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement), Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1984, s. 120. Özellikle belirtmek gerekir ki, sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşmenin ifasının özenle yerine getirilmesini sağlayan *özen yükümlülükleri* üzerinde, hiçbir işlevi bulunmamaktadır, (**AKMAN,** s. 9).

yükümlülüklerini veya özen yükümlülüklerini sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar, hukuken sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilemeyecektir[94]. Bahsedilen anlaşmalar olsa olsa borcun kapsamının sınırlandırılması (değiştirilmesi) veya riskin paylaştırılması anlaşması gibi farklı nitelikteki anlaşmalar olarak nitelendirilebilir[95].

2. Sorumsuzluk Anlaşmasının Genel Özellikleri

a. Hukuken Sözleşme Niteliğindedir

Sorumsuzluk anlaşması hukuken, iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşme niteliğindedir[96]. Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme niteliğinde olmasının en önemli sonucu, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sonucunda meydana gelebilmesinde kendini göstermektedir.

Uygulamada sıklıkla; "çalınan eşyalardan sorumlu değiliz", "özel eşyalardan sorumluluk kişilere aittir", "inşaat alanına girmek tehlikelidir", "Kullanım koşullarını kabul ederek sitemizden herhangi bir şekilde yararlanmanız halinde yapacağınız bütün işlemlerle ilgili sorumluluğu kabul etmiş olursunuz" gibi kayıtlara rastlanmaktadır. Bu tür kayıtlar genellikle genel işlem şartları olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışma kapsamında burada açıkladığımız kayıtlar ise genel işlem şartı niteliğinde olmayan tek taraflı kayıtlardır. Genel işlem şartı niteliğinde olmayan bu kayıtlar ilan biçiminde herkes tarafından görülebilecek yerlere asılmakta veya internet sitelerinde yayınlanmaktadır. İşte bu türdeki sorumluluğu ortadan kayıtlar hukuken sorumsuzluk anlaşması kapsamında değerlendirilemezler[97]. Bu nitelikteki ilanların hukuken sorumsuzluk anlaşması sayılmamasının sebebi ise sorumsuzluk anlaşmasının hukuken bir sözleşme niteliğinde olmasıdır. Sorumsuzluk anlaşması hukuken sözleşme niteliğinde olmasına rağmen bu

---

[94] **AKMAN,** s. 12.

[95] Borcun kapsamının değiştirilmesi ve sınırlandırılması anlaşmaları hakkında bkz. Birinci Bölüm, VI, s. 58.

[96] **AKMAN,** s. 12; **ERTEN,** s. 89; **BAŞALP,** s. 27; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 880; **EREN,** s. 1209 vd.; **KILIÇOĞLU,** s. 828; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 433; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 411.

[97] **ERTEN,** s. 116-117. Buna karşın bu tarzdaki bir ilanın varlığı haksız fiil bakımından tarafların sorumluluğuna etki edebilmektedir. Şöyle ki, çevresine bu tarzda bir ilan asılmasına rağmen tehlikeli bir alana giren kimse TBK m. 52 uyarınca *"birlikte kusurlu"* olacak ve eğer bir zarara uğrarsa bu zararda kendi kusuru ile olduğu için tazminattan indirim sebebi doğacaktır. Bu hususta bkz. **BAŞALP,** s. 54; **AKMAN,** s. 38.

nitelikteki ilanların söz konusu olduğu durumlarda, taraflar arasında bir öneri-kabul ilişkisi bulunmamaktadır[98].

b. Malvarlığına Etkisi Bakımından Tasarruf İşlemi Niteliğindedir

Sorumsuzluk anlaşmaları hukuki niteliği itibarıyla sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemidir. Bir başka ifadeyle sorumsuzluk anlaşmaları borç doğuran sözleşmeler değildir. Sorumsuzluk anlaşması uyarınca alacaklı, gelecekte malvarlığının aktifinde yer alması gereken bir tazminat alacağı üzerinde tasarrufta bulunmaktadır[99].

Malvarlığında hali hazırda mevcut olan bir hakkı doğrudan etkili olacak bir şekilde değiştiren, sınırlandıran, ortadan kaldıran veya devreden hukuki işlemlere tasarruf işlemleri denilmektedir[100]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kural olarak tasarruf işlemleri malvarlığında mevcut bir hak üzerinde yapılabilmektedir. Ancak öğretide *önceden tasarruf görüşü* uyarınca gelecekte doğacak alacak haklarının da tasarruf işlemlerine konu olabileceği kabul edilmektedir[101]. Bu görüş uyarınca gelecekteki alacak hakkının, tasarruf işlemine konu olması halinde, bu tasarruf işlemi önceden yapılmış tasarruf işlemi şeklinde ifade edilmektedir[102]. Önceden yapılmış bir tasarruf işlemine konu olan gelecekteki alacak hakkı bakımından tasarruf işlemi etkisini, alacak hakkının doğmasının ardından gösterecektir[103].

Alacaklı bakımından tasarruf işlemi niteliğinde olan sorumsuzluk anlaşmaları borçlu bakımından ise kazandırıcı işlem niteliğindedir[104]. Kazandırıcı işlemler, taraflardan en az birinin malvarlığına menfaat sağlayan hukuki işlemlerdir[105]. Hukuki

---

[98] **BAŞALP,** s. 54.
[99] **AKMAN,** s. 12; **ERTEN,** s. 90; **BAŞALP,** s. 38.
[100] **OĞUZMAN,** M. Kemal/**BARLAS,** Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 26. Bası, İstanbul 2020, s. 186; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 46; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 71, N. 208; **NOMER,** Genel, s. 41.
[101] Bu konu hakkındaki detaylı tartışmalar için bkz. **HAMAMCIOĞLU VARDAR,** Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 305 vd.
[102] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 879; **HAMAMCIOĞLU VARDAR,** s. 310.
[103] Buna göre, tasarruf işleminin doğrudan etkileyeceği hak üzerindeki etkisi tasarruf işleminin yapılma anında hüküm ve sonuçlarını doğuracak şeklinde değil, başka bir işleme gerek duyulmaksızın bu etkinin meydana gelerek hüküm ve sonuçlarını doğurması şeklinde anlaşılmalıdır, (**DALCI,** Nurcihan, Alacağın Toptan Temliki, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 51).
[104] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s.879; **AKMAN,** s. 13-14; **EREN,** s. 190 vd.
[105] Bu bağlamda kazandırıcı işlemler, kazandırma kavramının altında yer alan işlemlerdir. Zira kazandırma hukuki işlem dışında maddi bir fiil, bir kişinin emeğinden yararlanma veya ifa yoluyla da gerçekleşebilir, **HAMAMCIOĞLU VARDAR,** s. 39.

işlemlerin hepsinde kural olarak bir hukuki sebep bulunmaktadır. Hukuki sebep, taahhüt işleminin doğrudan izlediği amaç olarak tanımlanmaktadır[106]. Üç farklı hukuki sebep olduğu kabul edilmektedir. Buna göre hukuki sebep, alacak ve iktisap sebebi (*causa credendi veya acquirendi*), ifa sebebi (*causa solvendi*) ve bağışlama sebebidir (*causa donandi*) şeklinde ayrılmaktadır[107]. Bu bağlamda kazandırıcı işlemlerin de hukuki sebebi olmak zorundadır. Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından karşımıza en çok alacak sebebi (*causa credendi*) ve bağışlama sebebi (*causa donandi*) çıkmaktadır. Taraflarca borçlu bakımından bir karşı edim yükümlülüğü kararlaştırılmış olan sorumsuzluk anlaşmalarının hukuki sebebi *causa credendi* olacaktır. Sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun karşı edim yükümlülüğünün bulunmadığı olasılığında ise sorumsuzluk anlaşmasının hukuki sebebi, *causa donandi* olacaktır[108].

c. Zararın Doğumundan Önce Yapılması Gerekmektedir

Sorumsuzluk anlaşmasının yapılma zamanı en geç zararın doğumundan öncedir[109]. Zarar doğduktan sonra sorumsuzluk anlaşmasının yapılması mümkün değildir. Zarar doğduktan sonra yapılan ve borçlunun sorumlu olmayacağını düzenleyen anlaşmalar hukuki nitelikleri itibarıyla ya ibra ya da sulh anlaşması niteliğindedirler[110]. Bu durum daha çok tarafların sorumsuzluk anlaşmasını sözleşmeye sonradan eklemeleri durumunda önem kazanmaktadır. Sorumsuzluk anlaşması taraflarca uygulamada en sık esas sözleşmeye eklenen bir yan anlaşma (*pactum adiectum*) şeklinde düzenlenmektedir[111]. Taraflar daha sözleşme yapılma aşamasında sorumsuzluk anlaşmasını da sözleşmeye eklemeleri halinde zarar zaten henüz doğmamış olacaktır. Ancak sözleşme ilişkisi başladıktan sonra böyle bir sorumsuzluk anlaşmasını eklemeleri durumunda, artık zararın doğup-doğmadığı ayrımı yapılarak taraflar arasındaki

---

[106] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 117-118; **HAMAMCIOĞLU VARDAR,** s. 56; **EREN,** s. 193 vd.
[107] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 117.
[108] Örneğin bir kira sözleşmesinde yer alan bir sorumsuzluk anlaşması uyarınca kiralayanın taşınmaza vereceği zarardan herhangi bir sorumluluğu olmayacağı ancak bunun karşılığında kiralayan kiraladığı taşınmazı o çevrede bulunan ortalama kiralananlardan daha fazla bir ücret ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Görüldüğü üzere bu ihtimalde kiralayan ile kiracı arasında bir menfaat ilişkisi bulunmakta, kiracı sorumsuzluk anlaşmasını bağışlama sebebi ile değil alacak sebebine dayanarak yapmaktadır.
[109] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 882; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 454; **AKMAN,** s. 44; **EREN,** s. 1208; **BEAT,** s. 107.
[110] **AKMAN,** s. 44; **BEAT**, s. 107.
[111] **SEROZAN,** Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 279.

anlaşmanın hukuki niteliği belirlenecektir. Bir başka deyişle, tarafların sözleşmeye daha sonra sorumsuzluk anlaşması eklemeleri durumunda, eğer bu anlaşma eklendiği tarihte bir zarar ortaya çıkmışsa bu anlaşma artık sorumsuzluk anlaşması olarak değil, ibra veya sulh anlaşması olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır[112].

d. Herhangi Bir Şekle Bağlı Değildir

Borçlar hukukunda kural şekil serbestisidir. Bu durum TBK m. 12 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre, aksi öngörülmediği durumlarda kural şekil serbestisi olup taraflar istedikleri şekilde sözleşme yapabileceklerdir. Sorumsuzluk anlaşması bakımından ise ilgili hükümlerde herhangi bir şekil zorunluluğu öngörülmüş değildir. Bu nedenle genel kural geçerli olacak ve sorumsuzluk anlaşmaları bakımından şekil serbestisi ilkesi uygulanacaktır. Şekil serbestisinin uygulanmasının anlamı, sorumsuzluk anlaşmalarının sözlü bile yapılabileceğidir[113].

Çalışma sistematiği uyarınca aşağıda sorumsuzluk anlaşmalarının Roma ve İsviçre hukukunda düzenleniş biçimleri incelenecektir.

II. ROMA-İSVİÇRE HUKUKUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ DÜZENLENİŞİ

A. ROMA HUKUKUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Roma hukukunda sorumsuzluk anlaşmalarına yönelik, detaylı düzenlemelere rastlanmamasına rağmen bu anlaşmaların belirli sınırlar dahilinde yapılabilmekte olduğu ifade edilmektedir[114]. *Justinianus* döneminde *dolus* (kast) ve *culpa lata* (ağır ihmal) için sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün olmamakla birlikte, *culpa levis* (hafif ihmal) bakımından sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği, kabul edilmiştir[115]. Kasten verilen

---

[112] Zararın doğduğunu taraflar bilmiyorsa bu durumda sorumsuzluk anlaşması niteliğini koruyacaktır. Ancak taraflar zararın doğduğunu biliyorsa ve sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa artık bu anlaşma ibra veya sulh niteliğinde olacaktır. Bu hususta bkz. **ACKERMANN,** s. 26; **AKMAN,** s. 44; **BEAT,** s. 107.
[113] **BUOL,** N. 159; **BAŞALP,** s. 35; **BEAT**, s. 107.
[114] **BEAT**, s. 107.
[115] **BAŞALP,** s. 65; **KOSCHAKER,** Paul/**AYİTER**, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 1993, s. 195 vd.; **RADO,** Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 41.

zararlar ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı bulunmuş ve bu nedenle kasten verilen zarardan doğan sorumluluğun kaldırılması geçersiz sayılmıştır[116]. *Culpa lata, dolus* ile eşdeğer tutulduğu için *culpa lata* bakımından da sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz kılınmıştır[117]. Roma hukukundaki sınırlar, hukukumuzda sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

Roma hukukunda detaylı olarak düzenlenmeyen sorumsuzluk anlaşmaları, tarihsel süreçte ilk olarak 19. yy. ortalarında detaylı bir şekilde tartışılmaya başlanmış ve kanuni düzenlemeleri yapılmıştır. 19. yüzyılda sorumsuzluk anlaşmalarının önem kazanmasının nedeni, demiryolu ve denizyolu taşımacılığında yaşanan önemli gelişmelerdir[118]. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle kısaca demiryolu ve denizyolu taşımacılığında yaşanan gelişmeler açıklanacak ardından İsviçre hukukunda hangi aşamalardan geçerek düzenlendiği incelenecektir.

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

1. Sorumsuzluk Anlaşmasının Yasalaşmasına Zemin Hazırlayan Gelişmeler

İsviçre'de ilk demir yolu 1847 yılında Zürih ve Baden arasında toplam 30 km uzunluğunda inşa edilmiştir. İlk önce, demir yollarının merkezi planlanıp işletilmesi kararlaştırılmış, fakat sürecin yavaş ilerlemesi üzerine 1852 yılında parlamento inşa sorumluluğu özel firmalardan yararlanma izni ile kantonlara bırakılmıştır[119]. Özel şirketlerin demir yollarını işletebilmesi için kantonlardan onay alması zorunlu tutulmuştur[120]. Eski yöntemlerle yapılan taşımacılığa göre demiryolu ve denizyolunda yaşanan bu yeni taşıma teknikleri kaza olasılığının da beraberinde artmasına neden

[116] **BAŞALP,** s. 65; **AKMAN,** s. 50; D.50.17.23 ve D.16.3.1.7, (Digestaların Latince metinleri ile Almanca tercümeleri için bkz. **PETER,** Hansjörg, Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht: mit Verweisen auf einige ausländische Rechte, Schulthess Verlag, Zürich 2000, s. 89-90 ve s. 92). **BERGER,** Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1991, s. 615; **AKMAN,** s. 50; **KOSCHAKER/AYİTER,** s. 197; **RADO,** Roma Hukuku, s. 27.

[117] Ağır ihmalin kast ile eşdeğer olduğuna yönelik. D. 50.16. 226: *"Magna culpa dolus est (Ağır ihmal kasttır).",* (**BERGER,** s. 572'den naklen).

[118] Sorumsuzluk anlaşmalarının demiryolu bakımından geçirdiği tarihsel süreç hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ERTEN,** s. 41 vd.

[119] www. tr.wikipedia.org, (**ERİŞİM,** 31.07.2021).

[120] **AKMAN,** s. 51.

olmuştur. Yükleme ve boşaltma işlemleri için ihtiyaç duyulan kişi sayısı ve nitelikleri artmış, çok sayıda kişi bu işlemlere katılır hale gelmiştir. Bu durumda yükleme ve boşaltım sırasında daha çok zarar doğmasına neden olmuştur. İşte bütün bu etkenler bu yolları işleten özel şirketlerin kendi sorumluluklarını sınırlandırma veya ortadan kaldırma ihtiyacını doğurmuştur[121]. Şirketler bu ihtiyaçları uyarınca taşımadan önce taşınan eşya ile ilgili veya bu eşyanın geç teslimi ile ilgili ortaya çıkan zararlar bakımından sorumluluklarını sınırlandıran anlaşmaları yaparak taşıma işini gerçekleştirmeye başlamışlardır[122]. Yapılan bu anlaşmalar tamamen özel şirketlerin lehine olup taşınan eşyaların sahiplerinin ve yolcuların aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Böylece sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve tek bir tarafa fayda sağlayan bu sözleşmeler ciddi bir adaletsizlik meydana gelmesine zemin hazırlamıştır.

2. 1869-1871: *Munzinger* Tasarısı'nda Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Hükümler

İsviçre parlamentosu tarafından İsviçreli Hukukçu *Walther Munzinger'e* İsviçre Ticaret Kanun'u[123] tasarısını hazırlama görevi verilmiştir[124]. *Munzinger* hazırlamış olduğu tasarıda sorumsuzluk anlaşmalarına adaletsiz sonuçlar yarattığı için karşı çıkmıştır. 1864 tarihinde hazırlanan Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 321. maddesi şu şekildedir:

"Posta, demiryolları ve buharlı gemi idareleri, bizzat kanun izin vermedikçe, taşıyıcının tazminat sorumluluğunu düzenleyen kanun hükümlerini, sözleşme yoluyla ve kendi faydalarına önceden kaldıramazlar ve sınırlandıramazlar.

Bu hükme aykırı olan sözleşme hükümleri, herhangi bir hukuki etki doğurmazlar[125]."

Munzinger hazırlamış olduğu bu tasarıyla açıkça taşımacılık yapan özel şirketlerin sorumluluğunun sınırlandırılmasının ve kaldırılmasının mümkün olmayacağını öngörmüştür. Böylece ticari hayatta egemen şirketlerin taşınan eşyalar bakımından ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesini benimsemiştir.

---

[121] **ERTEN,** s. 41-42.
[122] **AKMAN,** s. 51.
[123] İsviçre Hukukunda, Özel hukukun Ticaret, Borçlar, İcra-İflas alanlarının hepsini içermesi 1868 yılında olmuştur, (**BAŞALP,** s. 80).
[124] **BAŞALP,** s.81; **BEAT**, s. 74.
[125] **AKMAN,** s. 51-52.

1868 yılında ise *Munzinger'e* İsviçre parlamentosu tarafından Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlama görevi verilmiştir. *Munzinger'in* hazırladığı tasarıda, 136. madde uyarınca kasttan doğan sorumluluğu kaldıran anlaşmalar kesin hükümsüz; ağır ihmalden doğan sorumluluk ise hâkimin denetimine tabi kılınmıştır. Hâkim takdir yetkisini kullanarak sözleşmeyi geçerli veya geçersiz kılacak yani sözleşmeyi denetleyecektir. 1871 Tasarısı'nda ise yalnızca kasttan doğan sorumluluk kesin hükümsüz kılınmış; ağır ihmal ile ilgili herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir[126]. Ancak bu tasarıda sorumsuzluk anlaşması yalnızca sözleşmesel sorumluluk uyarınca ele alınmış ve kanunun *"İfa Etmeme"* başlığı altında düzenlenmiş olup haksız fiil sorumluluğu altında böyle bir hükme yer verilmemiştir[127].

3. 1875-1877: *Fick* ve Komisyon Tasarısı

1873 tarihinde *Munzinger'in* vefatı nedeniyle Parlamento tarafından *Heinrich Fick'e* kanun tasarısı hazırlaması görevi verilmiştir. *Fick*, 1875'te ikinci tasarıyı komisyona sunmuş ve yayınlamıştır. Komisyon görüşmelerinin sonunda 1877 tarihinde üçüncü tasarı kabul edilip yayınlanmıştır[128]. Tasarılarda 84. maddede haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşmaları; 141-142. maddelerinde ise sözleşme sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşmaları öngörülmüştür. *Fick'in* bu iki tasarısının ortak noktası her iki tasarıda da haksız fiil sorumluluğu alanında sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı hakkında açıkça ilk defa özel bir hükme yer verilmiş olmasıdır. Tasarılarda yer alan 84. madde şu şekildedir:

"Her kim kast ya da ihmal ile hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verirse, bu zararın giderilmesi ile sorumlu olur.

Sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşma ile tamamen ya da kısmen bertaraf edilmesi mümkün değildir. Ancak hukuka aykırılık sadece sözleşme gereği yükümlenen edimin ifa edilmemesinden kaynaklanıyorsa, bu durumda madde 141 ve madde 142 fıkra 2 uygulama alanı bulur[129]."

---

[126] **BAŞALP,** s. 81, dp. 301-302.
[127] **BEAT**, s.74; **BAŞALP,** s. 82.
[128] **BAŞALP,** s. 81'den naklen.
[129] **BAŞALP,** s. 82'den naklen.

Maddeden anlaşıldığı üzere tasarılarda haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşması genel olarak kesin hükümsüz sayılmıştır. *Fick'in* neden *Munzinger'in* aksine, açıkça haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşmalarını kural olarak yasaklaması hakkında, içinde bulunduğumuz tarihten bir yorum yapmak oldukça zordur. Zira, 84. maddenin ikinci fıkrasının yapılma amacını ve neden haksız fiil sorumsuzluğunun mümkün olmadığının düzenlendiğini açıklayan, hiçbir yazılı belge (Komisyon protokolü, yazışmalar vs.) bulunmamaktadır[130]. *Fick'in* haksız fiil sorumluluğu bakımından böyle bir yasak getirmesi, aynı dönemde tren ve deniz taşımacılığı ile ilgili kanunu hazırlayan kişi olması ile ilişkilendirilmiştir[131].

4. 1879 Tasarısı ve 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu

Fick'in yukarıda açıkladığımız tasarısı, öngördüğü yasakla toplumdaki bireyleri, özel şirketlere karşı korumaktadır. Ancak bu tasarı, egemen şirketlere karşı bireyi koruma amacıyla sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereğinden fazla bir şekilde yok sayılması, eleştirilere yol açmış ve yeni tasarıda 84. maddenin ikinci fıkrası kanun metninden çıkarılmıştır[132].

1879 Tasarısının ardından 1881 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1881 tarihli OR'da Art. 114 ve Art. 115 hükümlerinde sorumsuzluk anlaşmaları düzenlenmiştir. Bu iki hüküm günümüzde yürürlükte olan İsviçre Borçlar Kanunundaki Art. 100 ve Art. 101 hükümleri ile çok büyük ölçüde uyum içindedir.

1881 tarihli OR Art. 114 hükmü uyarınca; borçlunun sözleşmeyi yerine getirmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararlardan hafif ihmali bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak bir istisna durum öngörülmüş ve eğer borçlu alacaklının hizmetinde ise veya sorumluluk kamusal imtiyaza tabi bir faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanıyorsa, hâkim takdir yetkisini kullanarak sorumsuzluk anlaşmasını hükümsüz kılabilecektir[133].

---

[130] Bu konu hakkında bir komisyon üyesinin 84. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin silinmesi gerektiğini, böyle bir cümlenin "sözleşme özgürlüğünü" son derece kısıtlayan ve haksız fiil sorumluluğunu kaldıran bir anlaşmanın ahlaka aykırı olmayacağını söylediği ve bu kaydın mevcut tek kayıt olduğu hakkında bkz. **BEAT**, s. 75, dp. 369. Ancak komisyon üyesinin bu itirazına rağmen komisyon 84. maddeyi aynen kabul etmiştir. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **BEAT**, s. 75, dp. 369.

[131] **BEAT**, s. 76; **BAŞALP,** s. 82-83.

[132] **BEAT**, s. 77.

[133] **BAŞALP,** s. 84-85.

1881 tarihli OR Art. 115 hükmü uyarınca; borçlu kendi otoritesine tabi olan aile üyelerinden, çalışanlarından ve işçilerinden sorumludur. Tüzel kişiler de bir işletme işletiyorlarsa, temsilcilerinin, çalışanlarının ve işçilerinin işlerini ifası sırasında verdikleri zararlardan sorumludur. Hükmün ikinci fıkrasında ise borçlunun, ifa yardımcısının verdiği zararlardan doğan sorumluluğunun kaldırılabileceği düzenlenmiştir. Ancak borçlu alacaklının hizmetinde ise veya sorumluluk kamusal imtiyaza tabi bir faaliyetin yürütülmesinden ileri gelmişse, borçlu sorumluluğunu ancak hafif ihmal için önceden bertaraf edebilecektir[134].

III. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

A. İFA ENGELLERİ VE SÖZLEŞME SORUMLULUĞU KAVRAMLARI

1. Genel Olarak

Sözleşme, tarafların ulaşmak istedikleri amaçlarını dış dünyaya açıklayabilmesini sağlayan planlı bir araçtır[135]. Taraflar, sözleşmede kararlaştırdıkları belirli bir sözleşmesel yükümlülük programı (*vertraglichen Pflichtenprogramms*) ile birtakım amaçlara ulaşmayı hedefler[136]. Tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaçların gerçekleşmesi, sözleşmede kararlaştırılan sözleşmesel yükümlülük programına uygun bir ifa ile yerine getirilebilir. Zira borç ilişkisinde tarafların güttüğü nihai amaç, edimin tam ve doğru biçimde yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesidir. Ancak bazı hallerde, borçların ifa sürecinde bazı aksaklıklar yaşanır ve bu aksaklıklar sonucunda borç hiç veya gereği gibi ifa edilemez. Bu aksaklıklar çok çeşitli şekillerde olabilir. Bu durumlara örnek olarak şu durumlar verilebilir: alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdü, imkânsızlık

---

[134] Bu düzenleme, sorumsuzluk anlaşmaları bakımından güncel OR Art. 101/III ile örtüşmektedir. OR Art. 101 hükmü şu şekildedir: *"1.Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer, vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.*
2.Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.
3.Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden."

[135] *"Taraflar dışarıya açıkladıkları iradeleriyle, karşılıklı olarak birbirlerini sözleşmede belirledikleri hukuki sonuçlarla bağlayarak, değerlendirdikleri ve arzuladıkları edimlerle yararlarının gerçekleşmesini (ifasını) sağlarlar.",* (**ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 211'den naklen).

[136] **WEBER/EMMENEGGER,** Vorbem zu Art. 97-109, s. 30, N. 65.

(alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkânsızlığı veya borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkânsızlık), kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme), işlem temelinin çökmesi, *culpa in contrahendo* vb. Öğretide bütün bu durumları ifade etmek üzere, *ifa engelleri* kavramı kullanılmaktadır[137]. Borcun ifa engelleri nedeniyle tam ve doğru olarak ifa edilememesi sonucu alacağını elde edemeyen alacaklının başlıca üç imkânı bulunmaktadır. Bunlar birinci olarak ifa davası ve cebri icra, ikinci olarak tazminat davası ve son olarak sözleşmeden dönmedir[138].

İfa engelleri kavramı, sözleşme sorumluluğu kavramından daha geniş bir kavramdır. Daha önce bahsedildiği üzere, sözleşme sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için borçlunun kusurlu davranışı sonucunda alacaklının zarara uğramış olması gerekmektedir[139]. Buna karşın ifa engelleri kavramının kapsamına giren bütün kavramlar, borçlunun sorumluluğuna sebebiyet vermemektedir. Örneğin, TBK m. 136 uyarınca; *"Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer."* borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık her ne kadar bir ifa engeli olsa da burada borçlunun sözleşme sorumluluğu söz konusu değildir. Dolayısıyla, ifa engeli oluşturan durum sonucunda alacaklının zarara uğraması ve bu durumun borçlunun kusurlu bir davranışı sonucunda gerçekleşmesi durumunda sözleşme sorumluluğundan bahsedilebilecektir[140].

2. Sözleşmeye Aykırılık Halleri

Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında başlıca düzenlenen sözleşmeye aykırılık halleri; kusurlu ifa imkânsızlığı, kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) ve borçlu temerrüdüdür. Kusurlu ifa imkansızlığında edimin ifası, sözleşmenin kurulmasından

---

[137] **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 131-132; **HAVUTÇU,** Ayşe, İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 329. İfa engelleri kavramının eleştirisi için bkz. **WEBER/EMMENEGGER,** Vorbem zu Art. 97-109, s. 15, N. 25 vd. İfa engelleri kavramı yerine *ifa bozukluğu* kavramının daha üstün tutulması gerektiği yönünde bkz. **DALCI ÖZDOĞAN,** Nurcihan; "İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması", İnÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 288, dp. 6.

[138] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 372 vd.

[139] Bkz. Birinci Bölüm, I, A, 3, s. 16.

[140] Türk hukukunda ifa engellerinin düzenlenmesi; ifa engellerinin başka ülkeler ve bazı uluslararası metinler ile karşılaştırılması ve eleştirilmesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **SEROZAN,** Rona; "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", (BK Tasarısı), HPD, Mayıs 2006, S. 6, s. 50 vd.

sonra borçlunun kusurlu davranışı sonucunda imkânsız hale gelmektedir[141]. Borçlunun temerrüdünde ise, edim ifa edilebilir olmasına rağmen zamanında ifa edilmemektedir[142]. Kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrüt dışında kalan bütün durumlar, kötü ifa teşkil etmektedir[143]. Kötü ifada, edim yükümlülükleri veya yan yükümlülükler ihlal edilmektedir[144]. İfa amacıyla yerine getirilen edimin, sözleşme veya kanunda öngörülen nitelikleri taşımadığı kötü ifa durumlarında, ayıplı ifa söz konusudur[145]. Dolayısıyla ayıplı ifa, edimin nitelik veya kapsamı yönünden kötü ifa oluşturmaktadır[146]. Borçlunun, edim yükümlülükleri dışındaki yan yükümlülükleri ihlâl etmesi de kötü ifadır[147]. İhlal edilen yan yükümlülük hem aydınlatma, bilgilendirme gibi ifaya yardımcı yan yükümlülükler hem de koruma yükümlülüğü olabilir.

B. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ KÖTÜ İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞA ETKİSİ

Yukarıda bahsedildiği üzere hem edim yükümlülüklerinin hem de yan yükümlülüklerin ihlali kötü ifa oluşturmaktadır. Sorumsuzluk anlaşması, kural olarak kötü ifaya sebebiyet veren yükümlülüğün niteliğine bakılmaksızın, bütün kötü ifa halleri için uygulanabilecektir. Dolayısıyla, sorumsuzluk anlaşması ile hem ayıplı ifadan hem de yan yükümlülüklerin ihlalinden doğacak olan tazminat yükümlülüğünün sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkündür. Ayıplı ifa bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında satım, kira, eser sözleşmeleri hakkında özel hükümler

---

[141] **İPEK,** s. 235; **EREN,** s. 1167; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 443; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 283; **NOMER,** Genel, s. 375; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 596.

[142] **İPEK,** s. 235; **EREN,** s. 1163; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 475; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 504; **NOMER,** Genel, s. 408; **ÇETİNER/FURRER/MULLER-CHEN,** s. 623.

[143] Ancak burada belirtmemiz gerekir ki öğretide bizim terminolojimizde kötü ifa olarak adlandırılan durumları ifade etmek üzere; *sözleşmenin müspet ihlali* veya *gereği gibi ifa etmeme* terimleri de kullanılmaktadır. Öğretide bir kısım yazar, sözleşmenin müspet ihlali kavramını tercih etmektedir. Bu yöndeki yazarlar için bkz. **ARAL,** s. 88; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 972 vd.; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 346. Başka bir kısım yazar ise gereği gibi ifa etmeme kavramını tercih etmektedir. Bu yöndeki yazarlar için bkz. **NEUENSCHWANDER,** s. 45; **EREN,** s. 1047 vd. Çalışmada kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrüt dışında kalan diğer durumları ifade etmek üzere kötü ifa kavramı tercih edilecektir. Kötü ifa ve gereği gibi ifa etmeme kavramlarını birbiri yerine kullanan yazarlar için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, 472; **NOMER,** Genel, s. 398; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 400; **İPEK,** s. 265.

[144] **ARAL,** s. 108-109; **NEUENSCHWANDER,** s. 45 vd.

[145] **NEUENSCHWANDER,** s. 45 vd.; **ARAL,** s. 75 ve 112; **EREN,** s. 1167; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 501 vd.

[146] **NEUENSCHWANDER,** s. 45 vd.; **ARAL,** s. 75.

[147] **İPEK,** s. 265; **ARAL,** s. 111 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 501 vd.

düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK'nın özel hükümlerinde düzenlenen sözleşmeler bakımından yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmaları hakkında öncelikle ilgili hükümlerdeki düzenlemeler uygulanacaktır. Özel hükümlerde düzenlenen sözleşmeler hakkında yapılan sorumsuzluk anlaşmaları konumuzun dışında olup çalışmada yalnızca yan yükümlülüklerin ihlalinden doğan kötü ifa durumları incelenecektir.

Kötü ifa sonucunda alacaklının uğradığı zarar, olumlu-olumsuz zarar veya bütünlük menfaatinin ihlali niteliğinde olabilir. Aşağıda açıklayacağımız üzere kanaatimizce, sorumsuzluk anlaşması kural olarak bütün zarar türleri bakımından yapılabilecektir[148]. Buna karşın, daha önce bahsedildiği üzere tarafların ifa menfaati dışında kalan ve esasen haksız fiil sorumluluğu uyarınca korunan (mülkiyet, kişilik hakları vb.) bütünlük menfaatlerinin ihlali söz konusu olduğunda sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olamayacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Zira, burada ihlal edilen hukuki değerler mutlak hak niteliğindeki mülkiyet hakkı, kişilik hakları gibi sözleşmeye yabancı olan değerlerdir. Özellikle de kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı hakkında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konu, çalışma sistematiği uyarınca zararın türü bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kısmında incelenecektir[149].

C. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ TEMERRÜDE ETKİSİ

Sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinin, temerrüde etki edip edemeyeceği tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş uyarınca, sorumsuzluk anlaşmaları kural olarak her türlü sözleşmeye aykırılık bakımından yapılabilmektedir[150]. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, sistematik ve amaçsal yorum yapılarak, temerrüt bakımından da sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kabul edilmektedir[151]. Buna aykırı bir yorum, sözleşme sorumluluğunu düzenleyen hükümler arasında farklı hukuki sonuçların uygulanmasına sebebiyet verecek ve hukuken doğru bir

[148] Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, V, C, 2, s. 44.
[149] Bkz. Birinci Bölüm, V, C, s. 43 vd.
[150] **BAŞALP,** s. 102 vd.
[151] **KAMM,** s. 113; **WEBER/EMMENEGGER,** Art 100, s. 499, N. 36; **BUOL,** N. 600 vd.; **ERTEN,** s. 200. Karşı görüş için bkz. **BUCHER,** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 348. Yazara göre, sadece sözleşmenin müspet (olumlu) ihlali olarak nitelendirilen hallerde sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin kanunda öngörülen sınırlar uygulanacaktır. Edimin hiç ifa edilmemesi halinde sorumlu olunmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasına ise uygulanamayacaktır.

yorum olmayacaktır[152]. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmalarının TBK m. 117-126 hükümleri arasında düzenlenen temerrüt hükümleri bakımından da uygulama alanı bulacağı, öğretide haklı olarak kabul edilmektedir[153].

IV. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU BAKIMINDAN YAPILAN SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI: *SAF SORUMSUZLUK ANLAŞMASI*

Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil bakımından yapılıp yapılamayacağı çalışmamızın esas konusunu oluşturmakta olup bu konu aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır[154]. Buna karşın çalışma sistematiği içerisinde bu kısımda kısaca haksız fiil bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşması kısaca açıklanacaktır.

Tartışmalı olmakla birlikte öğretide, taraflar arasında mevcut herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve yalnızca haksız fiil sorumluluğunun kaldırılmasına yönelik sorumsuzluk anlaşmasının da yapılabileceği kabul edilmektedir[155]. Zarar görenin, henüz doğmamış ancak ileride zarar verenin hukuka aykırı davranışı sebebiyle doğması olası olan tazminat taleplerini, bu talepler doğmadan önce zarar veren lehine sınırlandırdığı veya ortadan kaldırdığı sorumsuzluk anlaşmalarına saf sorumsuzluk anlaşmaları (*reinen Haftungsausschlußvereinbarungen*)[156] denilmektedir. Haksız fiil sorumluluğundan doğacak olan tazminat taleplerini sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak amacıyla yapılan saf sorumsuzluk anlaşmalarına; yalın sorumsuzluk anlaşması veya izole sorumsuzluk anlaşması (*isolierter Freizeichnungsklauseln*)[157] da denilmektedir. Örneğin, komşusu için tehlike yaratan bir yapısı bulunan taşınmaz sahibi ile komşu taşınmaz sahibi arasında yapılan ve tehlike yaratan taşınmaz nedeniyle meydana gelebilecek zararlardan doğan tazminat yükümlülüğünü kaldırdığı bir

[152] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 499, N. 36; **BUOL,** N. 600 vd.
[153] **KAMM,** s. 113; **WEBER/EMMENEGGER,** Art 100, s. 499, N. 36; **BUOL,** N. 600 vd.; **ERTEN,** s. 200.
[153] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 499, N. 36; **BUOL,** N. 600 vd.
[154] Bkz. Üçüncü Bölüm.
[155] Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından yapılan saf sorumsuzluk anlaşmaları hakkında bkz. **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** Dila, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s. 200-201. Ayrıca bkz. **ERTEN,** s. 127-128.
[156] **LARENZ,** s. 554.
[157] **ERTEN,** s. 156.

sorumsuzluk anlaşması niteliği itibarıyla saf sorumsuzluk anlaşmasıdır[158]. Bu konu hakkında detaylı incelemeler aşağıda yapılmış olduğu için bu kısımda bu kadar açıklama yapmakla yetiniyoruz[159].

V. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ ÇEŞİTLERİ

A. GENEL OLARAK

Sorumsuzluk anlaşması ile kanun tarafından öngörülmüş olan sorumluluk rejiminin sınırlandırılması, zarar veren/borçlu lehine bir durum yaratmaktadır. Zira sorumluluk rejimi uyarınca tazminat yükümünün borçlusunun durumu hafifletilmektedir. Sorumluluk rejiminin borçlu lehine sınırlandırılması çeşitli şekillerde söz konusu olabilir. Ancak TBK'da yer alan sorumsuzluk anlaşması ile ilgili hükümler yalnızca ***kusur kriteri*** çerçevesinde düzenlenmiştir. Sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği kusur ilkesi uyarınca değerlendirilmekte ve özellikle de zararın türünün ve miktarının sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı bakımından hiçbir önemi yoktur[160]. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği bakımından kusurun derecesi, yani yoğunluğu önem arz etmektedir.

Sorumluluğun yalnızca kusur bakımından sınırlandırılması, sorumluluk rejiminin sınırlandırılmasının yalnızca bir türünü oluşturmaktadır. Sorumluluğun yalnızca kusur bakımından değil daha farklı şekillerde sınırlandırılması mümkündür. Öğretide sorumsuzluk anlaşmasının konusunu yalnızca kusurun oluşturduğu ve yalnızca kusurun oluşturmadığı sorumsuzluk anlaşmaları bakımından farklı kavramlar kullanılmıştır. *Başalp*, yalnızca kusur konusunda yapılan anlaşmaları, *dar anlamda sorumsuzluk anlaşması*; diğer anlaşmaları ise *geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması* şeklinde ifade etmektedir[161]. *Lörtscher* yalnızca kusur bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını, *gerçek sorumsuzluk anlaşması*; diğer anlaşmaları ise, *gerçek olmayan sorumsuzluk anlaşması* olarak ifade etmektedir[162].

---

[158] Yapı sahibinin sorumluluğu bakımından yapılan saf sorumsuzluk anlaşmaları hakkında bkz. **BAŞ,** Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk TBK m. 69 (TBK m. 58), On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2011, s. 217. Bu konuda ayrıca bkz. **ERTEN,** s. 214.
[159] Bkz. Üçüncü Bölüm, VII, C, s. 145 vd.
[160] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 494, N. 4 ve N. 7.
[161] Bu ayrım için bkz. **BAŞALP,** s. 8 vd.
[162] Bu ayrım için bkz. **LÖRTSCHER,** s. 6-7.

Kanaatimizce sorumsuzluk anlaşmalarını en açık şekilde ifade eden kavramlar, *Başalp'in* kullandığı kavramlardır. Bu nedenle çalışma kapsamında sorumsuzluk anlaşmalarını ifade etmek üzere öğretide *Başalp'in* yaptığı ayrımı benimsenerek *dar anlamda sorumsuzluk anlaşmaları* ve *geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması* kavramları kullanılacaktır.

B. DAR ANLAMDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI: TBK M. 115 VE M. 116

Yukarıda bahsettiğimiz konusunu yalnızca kusurun oluşturduğu sorumsuzluk anlaşmaları, dar anlamda sorumsuzluk anlaşması olarak adlandırılmaktadır. Dar anlamda sorumsuzluk anlaşmalarında *kusurunun yoğunluğu* esas alınmaktadır. Bir başka deyişle, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışındaki kusurun yoğunluğu çerçevesinde, sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmadığı belirlenmektedir. TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde öngörülen sınırlamalar yalnızca dar anlamda sorumsuzluk anlaşmalarını kapsamaktadır.

Sorumsuzluk anlaşmasının kusur ölçütü bağlamında düzenlenmesi nedeniyle kusur kavramının incelenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda aşağıda borçlar hukuku bağlamında kusur kavramı ele alınacaktır.

1. Genel Olarak Kusur Kavramı

Kusur kavramı, hukuk düzenleri tarafından açıkça tanımı yapılmış bir kavram değildir[163]. Bunun sebebi ise insan davranışının hangi oranda özgür iradesiyle, hangi oranda mevcut şartların zorunlu sonucu olarak gerçekleştirildiğinin bilinememesi

[163] *"(…) Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. Yine, öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir…"*, (YHGK.'nin 19.06.2015 tarih ve E. 2014/77, K. 2015/1712 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 31.07.2021]).

hakkındaki felsefi tartışma yatmaktadır[164]. Öğretide kusur için yapılan en genel tanıma göre kusur, hukuken kınanan davranıştır[165].

Kusur, hukukumuzda kural olarak tazminat yükümlülüğünün kurucu unsurlarından birisidir. Kusurlu olarak verilen zarar tazmin edilir ilkesi, hukuk bilincinin derinlerinde gömülü olan temel bir ilkedir. Kusurun tazminat yükümlülüğünün özü olmasının temeli, etik ilkeler ile sıkı bağlar içinde bulunmasına dayanmaktadır. Nitekim, hukuk ve ahlak tarih boyunca daima yakın bir ilişki içinde olmuştur. Etik ilkeler, çoğu defa hukuktan önce *apriori* gelen doğrulardır[166]. Etik bakımından sorumluluğun temelinde ise insanın özgürlüğü kavramı bulunmakta ve insanın özgürce verdiği kararların sonuçlarından ahlaken sorumlu olacağı kabul edilmektedir[167]. Söz konusu durum özellikle kusur sorumluluğu için kendine özgü bir boyut taşır. Hukuk sistemi, kusuruyla zarara sebep olan kimsenin tazminatla yükümlü olduğunu ifade ederken esasında kişinin özgür ve sorumlu bir varoluşta olduğunu açıklamaktadır. Kişi, davranışlarını özgürce belirler ve bu yüzden bu davranışlarının sonuçlarından da sorumludur. Bu nedenle, kusur esasına dayanan sorumluluk ile sözleşme özgürlüğü ortak bir kaynaktan doğmaktadır. Bunun sonucunda ise insanın özgürlüğü, aynı zamanda sorumlu olarak kabul edilmesine bağlanmaktadır[168].

Kusur sorumluluğu; hukuk düzeninin, toplumdaki her bir kişinin birlikte yaşanılan kişilerin hukuki değerlerine karşı saygı duyma (*neminem laedere*) temel ilkesini kabul ettiğini göstermektedir[169]. Her kim gerekli özeni göstermediği için başkasının zarar görmesine olursa bu zararı karşılamakla yükümlüdür. Bu bağlamda öğretide, bireylerin birbirlerini zarardan korumak için hangi özen derecesi ile sorumlu olduklarına, etik değerlere başvurmadan karar verilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, kusurun derecesi esasen etik aracılığıyla belirlenir[170].

---

[164] **OĞUZMAN,** M. Kemal/**ÖZ,** M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul 2020, s. 55.
[165] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 55; **EREN,** s. 643; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 492.
[166] **SCHRANER,** s. 17-18.
[167] **SCHRANER**, s. 18.
[168] **SCHRANER**, s. 18.
[169] **HATEMİ,** Hüseyin, Borçlar Hukuku: Genel Bölüm: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 32.
[170] **SCHRANER**, s. 18-19.

Öğretide etik değerler aracılığıyla yapılan bu kusur derecelendirmesine, sübjektif kusur teorisi denilmektedir[171]. Bu teoriye göre kusur, aslında kişinin irade eksikliğidir. Zira bir kimsenin herhangi bir davranışının şahsen kınanabilmesi için davranışın kendisine bir irade eksikliği olarak yüklenebilmesi gerekir. Davranış, bir kimseye kişisel becerileri ona başka türlü davranma olanağı tanıdığı takdirde irade eksikliği olarak yüklenebilecektir[172].

Buna karşın modern öğretide hâkim görüş, kusur kavramının sübjektif şekilde değil objektif şekilde değerlendirilmesini kabul etmektedir[173]. Bu görüş, objektifleştirilmiş kusur teorisi olarak adlandırılmaktadır[174]. Bu görüş uyarınca kusur, sübjektif kusur teorisinde olduğu gibi etik temele dayanan bir kavramdır. Ancak bu görüş, kusurun tamamen etik değerler çerçevesinde, sübjektif olarak incelenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, kusurun değerlendirilmesinde, hukuk düzeninin öngördüğü ilkelerin ve bu bağlamda yasal düzenlemelerin de ölçüt olarak kabul edilmesi gerekmektedir[175]. Bu nedenle *ortalama kişi ölçütü (örnek davranış modeli)*, kusur değerlendirilmesinde ölçüt alınmalıdır. Örnek davranış modeline göre, bir kimsenin içinde bulunduğu sosyal çevredeki ortalama kişi ölçütü belirlenmekte ve bu davranışlara aykırılık teşkil eden davranışlar kusur olarak adlandırılmaktadır[176]. Bu bağlamda bir kimsenin kusurlu olup olmadığının tespiti, içinde bulunduğu sosyal ortamdaki ortalama bir kişinin davranışına bakılarak yapılacak ve kişilerin bu ortalama davranıştan sapan her davranışı kusur olarak değerlendirilecektir.

Örnek davranış modelinden (herkesin yükümlü olduğu objektif davranışlardan) sapan her davranış, kusurun objektif yüzünü oluşturmaktadır[177]. Bu davranışı, zarar

---

[171] Kusurun bu şekilde belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C. II, s. 60; **NOMER,** Genel, s. 179.

[172] **KOŞAR**, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s. 64.

[173] Türk hukukunda bu yönde bkz. **İMRE,** Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, s. 10s. 28 vd.; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 50 vd.; **EREN,** s. 643; **KOŞAR**, s. 81 vd. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **BREHM,** Roland, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 4. Aufl., Basel 2013, Art. 41, N. 170; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 77; **OFTINGER/STARK,** §6, N. 4.

[174] **KOŞAR**, s. 44.

[175] Öğretide *Oğuzman/Öz,* kusurun objektifleştirilmesinin kusur kavramı ile bağdaşmadığını ifade etmektedir. Yazarlar, böyle bir objektifleştirme durumunda kusur olmadan kusura dayanan sorumluluk yaratılacağını ileri sürmektedir. Bu hususta bkz. **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 60.

[176] **KOŞAR**, s. 44; **EREN,** s. 644; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 348.

[177] **KOŞAR**, s. 71; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 105; **EREN,** s. 646; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 350.

verenin kınanmasını beraberinde getirmektedir. Bunun yanı sıra, zarar verenin örnek davranış modelinden sapan her davranışı, zarar verenin bu davranışı yaparken bunun sonuçlarını idrak etme yeteneği olup olmadığı değerlendirmesine de tabi tutulacaktır. Bu ise kusurun sübjektif yüzünü oluşturacaktır[178]. Sonuç olarak kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki yüzü bulunduğu hem öğreti[179] hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir[180].

2. Kusurun Derecelendirilmesi

a. Genel Olarak

Zarar verenin, davranışının sonucunu bilerek ve isteyerek (göze alarak) zarar verici fiilde bulunması durumunda kişinin kastı bulunmaktadır[181]. Bir kimsenin zararlı sonucu istememesine rağmen bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeterli derecede kullanmaması durumunda ise kişinin ihmali bulunmaktadır[182]. Bir başka deyişle bir kimsenin durum ve koşulların gerekli kıldığı tedbirlerin almaması ve özeni göstermemesi durumundan ihmali bulunmaktadır[183]. Öğretide kusurun derecelendirilmesi konusunda çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Kusur hakkında yapılan bir ayrıma göre kusur temelde ağır kusur ve hafif kusur olarak ikiye ayrılmaktadır[184]. Bu ayrıma göre kast ve ağır ihmal, ağır kusur olarak değerlendirilmekte; hafif ihmal ise hafif kusur olarak değerlendirilmektedir. Bu ayrıma karşı öğretide kusurun hafif veya ağır diye ayrılmasının mümkün olmadığı kusurun yalnızca kast ve ihmal olarak ayrılabileceği ifade

---

[178] **KOŞAR**, s. 71-72; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 105; **EREN,** s. 646; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 350.
[179] **KOŞAR**, s. 71-72; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 105; **EREN,** s. 646; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 350.
[180] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki yüzü bulunduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *"Sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsuru olan kusur; borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranıştır. Bu itibarla benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gerekli özeni göstermeyen borçlu kural olarak kusurludur. Gösterilmesi gereken özenin derecesini, borçlunun kendi işlerinde göstermeyi adet edindiği özen ile makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özen belirlemektedir.* ***Bunlardan birincisi sübjektif bir kriter oluştururken, ikincisi objektif bir kriter oluşturmaktadır.****",* (YHGK.'nin 10.06.2020 tarih ve E. 2017/14, K. 2020/395 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 31.07.2021]).
[181] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 56; **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 517, N. 92; **EREN,** s. 649; **REİSOĞLU,** s. 170; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 493; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 45.
[182] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 492; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 57; **EREN,** s. 651; **REİSOĞLU,** s. 170; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 46.
[183] **KOŞAR**, s. 172; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 492; **EREN,** s. 646; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 350.
[184] TBK m. 51, 52, 115 ve 116 hükümlerinde yer alan kavramlar bu ayrımın benimsendiğini göstermektedir. Aynı yönde bkz. **BAŞALP,** s. 221, dp. 152.

edilmiştir[185]. Kanun koyucu ise bu ayrımlar arasında "ağır-hafif kusur" ayrımını benimsemiştir[186]. Çalışmada kanunda kusurun derecelendirilmesi bakımından yapılan bu ayrımı dikkate alarak, ağır kusur başlığı altında kast ve ağır ihmal; hafif kusur başlığı altında ise hafif ihmal incelenecektir.

b. Ağır Kusur

aa. Kast

Kast, zarar verenin, davranışının sonucunu bilerek ve isteyerek zarar verici fiilde bulunmasıdır[187]. Hukuk düzeni, sözleşme uyarınca yükümlülük altına giren (veya haksız fiil uyarınca genel yükümlülükleri bulunan) borçlunun/zarar verenin bilerek ve isteyerek sözleşmenin diğer tarafı olan alacaklıya karşı zarar verecek şekilde hareket etmesini reddetmektedir. Kasıtta *tasarlama* ve *isteme/göze alma* olmak üzere iki unsur bir arada bulunmaktadır[188]. Zarar veren hukuka aykırı fiilinin sonucunu tasarlamakta ve bu sonucu ya istemekte ya da göze almaktadır. Zarar verenin hukuka aykırı fiilini tasarlamasının ardından bu fiilinin sonucunu istemesi durumunda *doğrudan kast*; bu fiilin sonucunu istememesi ancak göze alması durumunda ise *dolaylı kasttan* bahsedilecektir. Doğrudan kastta zarar veren tasarladığı hukuka aykırı fiilinin sonucunu aynı zamanda istemektedir[189]. Doğrudan kasta örnek olarak kiracının bilerek ve isteyerek kiraya verenin evinin pencerelerini kırmasını verebiliriz. Dolaylı kasıtta ise zarar veren tasarladığı hukuka aykırı fiilinin sonucunu istememekte ama hukuka aykırı bu fiilin sonucunu göze almaktadır[190].

---

[185] **EREN,** s. 655, dp. 256.

[186] Bu kavramın TBK'da yer almasının yanlış olduğu ve bu kavramların tamamen kanundan çıkarılması yönünde eleştiriler için bkz. **ATAMER,** Yeşim M., Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, 2006, s. 10 ve s. 31.

[187] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 56; **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 517, N. 92; **EREN,** s. 649; **REİSOĞLU,** s. 170; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 493; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, 45; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 350.

[188] **KOŞAR**, s. 159; **EREN,** s. 649.

[189] **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 415, N. 123; **KOŞAR**, s. 159; **EREN,** s. 649.

[190] Bkz. Yarg. 11. HD'nin 03.11.2015 tarih ve E. 2015/12007, K. 2015/11441 sayılı kararı, (www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 31.07.2021). Söz konusu kararda Yüksek mahkeme, taşıyıcının uyması gereken şartlara uymayarak taşıdığı eşyaya zarar vermesinin dolaylı kast olarak nitelendirileceğini şu şekilde ifade etmiştir: *"(...) davalı K2'nun yükseklik sınırına riayet etmeyerek taşıttaki eşyanın üst geçide çarpması sonucunda eşyanın hasara uğramasına yol açtığından BK.'nun 42. maddesi uyarınca ve davalı F1 Otomotiv ve Taşımacılık Ltd. Şti.'nin TTK'nın 781. maddesi gereği taşıyıcı sıfatıyla zarardan sorumlu olduğu, üst yükleme sınırına riayetsizlik **'dolaylı kast'** olarak nitelendirilen bir ağır kusur hali teşkil ettiğinden…".* Dolaylı kast kavramı hakkında ayrıca bkz. **KOŞAR**, s. 161.

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kusurun kast derecesinin hiçbir türü sınırlandırılamaz veya ortadan kaldırılamaz. Bir başka deyişle zararı meydana getiren kastın doğrudan mı yoksa dolaylı kast mı olduğu önemsizdir. Kast sonucu meydana gelecek zararlar TBK m. 115 hükmü uyarınca sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla ortadan kaldırılamaz veya sınırlandırılamaz.

bb. Ağır İhmal

Ağır ihmal; bir kişinin, aynı durumda ve koşullar altında bulunan bir kişiden beklenebilecek en basit özeni bile göstermeyerek dikkatin çoğu elementini ihlal etmesidir[191]. Örneğin, trafik kurallarına uymamak. Ağır ihmal yalnızca bir güç eksikliği değil aynı zamanda bir irade eksikliğidir ki bu yüzden derece olarak kasta çok yakındır. Kişi ağır ihmalde yükümlülüğünü yerine getirme konusunda umursamaz davranmaktadır[192]. Ağır ihmalin kabul edildiği yargı kararlarına örnek olarak şu durumlar verilebilir:

- Bilgisayar korsanlığı yönünde çok sayıda belirti olmasına rağmen bankanın ödeme emrinde kimlik kontrolünü yerine getirememesi[193],
- İşveren tarafından yeterince eğitilmemiş bir çalışana kusurlu ve tehlike bir makinenin bırakılması[194],
- Tazminat fonuna sosyal güvenlik katkı paylarının ödenmesi konusunda yöneticinin yönetim kurulu tarafından denetlenmemesi[195].

---

[191] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 495; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 58; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 54-55.
[192] **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 518, N. 95.
[193] BGer Urteil 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016 E. 2.4.3. Karar için bkz. **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 421, N. 137. Bu konuda Yargıtay'ın da aynı yönde bir kararı şu şekildedir: *"(...) bir güven kurumu olan bankanın uhdesinde bulunan müşteriye ait parayı muhafaza konusunda gereken her türlü tedbiri alması gerektiği, bilirkişi heyeti tarafından sunulan raporda ayrıca telefon bankacılığı sistemlerinin kurulması, güvenli şekilde işletilmesi ve mudilerin mevduatlarının özenle korunmasının bir güven kurumu olan bankaların önemli bir sorumluğu olduğu, bankanın müşterilerin hesaplarında bulanan parayı kötü niyetli kişilerin eylem ve işlemlerine karşı koruyacak mekanizmaları ve güvenlik önlemlerini geliştirmesi gerektiği belirtilmekle davalı bankanın tam kusurlu ve sorumlu bulunduğu…",* (Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, 03.07.2020 tarihli ve 2018/336 E., 2020/390 K. sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 31.07.2021]).
[194] BGer Urteil 4A_132/2010 vom 5. Mai 2011 E. 3.3. Karar için bkz. **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 421, N. 137.
[195] BGer Urteil 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018 E. 4.2. Karar için bkz. **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 421, N. 137.

Ağır ihmalin ağır kusur olarak değerlendirilmesi nedeniyle, sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkün değildir. Dolayısıyla ağır ihmali nedeniyle zarara sebep olan borçlu, bu zarardan doğan tazminat yükümlülüğünü sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlayamayacak veya ortadan kaldıramayacaktır.

c. Hafif Kusur

Hafif kusur, aynı durum ve koşullar altında sadece çok dikkatli ve özenli bir kişinin gösterebileceği düzeydeki dikkat ve özene aykırı şekilde hareket edilmesidir[196]. Başka bir deyişle, çok dikkatli ve özenli bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması, ağır değil hafif kusur olarak derecelendirilmektedir[197]. Hukukumuzda hafif kusur ile ifade edilmek istenen, hafif ihmaldir. Hafif ihmalin kabul edildiği yargı kararlarına örnek olarak şunlar verilebilir:

- Yolun sağında bulunan bisiklet sürücüsünün, yolun sol tarafından gelmekte olan gece otobüsünün hızını ve mesafesini yanlış değerlendirmesi[198],
- Elverişsiz meteorolojik koşullara rağmen pilotun yerinde ön inceleme yapmaması[199],
- Müvekkilinin açık talimatına rağmen, avukatın inşaat işçisinin ipotek hakkını düzeltmemesi[200].

[196] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 496; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 59; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 55; **EREN,** s. 654; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 156-157; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 348-349.
[197] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 496; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 59; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 55; **EREN,** s. 654; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 156-157.
[198] BGer Urteil 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 4.2.3 und 4.3.3. Karar için bkz. **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 421, N. 141.
[199] BGer Urteil 4C.10/2001 vom 7. August 2001 E. 3c. Karar için bkz. **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 421, N. 141.
[200] BGE 117 II 563 E. 3 S. 568 f. Karar için bkz. **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 99, s. 421, N. 141.

C. GENİŞ ANLAMDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

1. Kavram

Sorumluluğun kusur dışındaki başka kriterler aracılığıyla sınırlandırıldığı anlaşmalara, geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmaları denilmektedir[201]. Borçlar Kanunumuzda, yalnızca kusur bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları hakkında düzenlemeler bulunmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmalarının kusur dışında başka kriterler bakımından yapılması durumunda, söz konusu anlaşmaların niteliğine ve geçerliliğine yönelik hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmalarının incelenmesi başka bir monografiye konu olabilecek kapsamdadır. Bu doğrultuda aşağıda uygulamada en çok karşılaşılan geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması türleri hakkında açıklama yapılacaktır.

Geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmalarına geçmeden önce, çok önemli bir noktaya dikkat çekmemiz gerekmektedir, *sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğinin yalnızca kusur unsuru çerçevesinde yapılması*. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu'nda sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, yalnızca kusur unsuruyla düzenlenmiştir. Bu nedenle, sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen hükümler yalnızca dar anlamda sorumsuzluk anlaşmalarına[202] değil geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmalarına da uygulanacaktır. Bir başka deyişle, sorumsuzluk anlaşmasının sınırını oluşturan kusur unsuru, bütün sorumsuzluk anlaşması çeşitlerine uygulanacaktır[203]. Sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen hükümlerde, sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik kriteri bakımından aynı ölçüt kullanılmıştır, *borçlunun davranışı kriteri*[204]. Bu nedenle, borçlunun sorumluluğunun farklı kriterler uyarınca hangi ölçütlerle sınırlandırıldığı hiçbir önem taşımamakta, yalnızca borçlunun kusuru bakımından değerlendirme yapılarak sorumsuzluk anlaşması geçersiz kılınabilmektedir. Örneğin, borçlunun tazminat yükümlülüğünün 1000 TL ile sınırlandırıldığı bir sorumsuzluk anlaşmasında,

[201] Bkz. Birinci Bölüm, V, A, C, s. 43 vd.
[202] Dar anlamda sorumsuzluk anlaşmaları için bkz. Birinci Bölüm, V, B, s. 35.
[203] **KUONİ,** Anina, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Dike Verlag, Diss. Zürich 2016, s. 100, N. 313; **BUOL,** N. 273.
[204] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 508, N. 62.

sınırlandırılan tazminat miktarına bakılarak sorumsuzluk anlaşması geçersiz kılınamayacaktır[205].

Öğretide sorumsuzluk anlaşmalarının her türü için yalnızca kusur kriteri çerçevesinde değerlendirme yapılması, haklı olarak eleştirilmektedir. *Weber/Emmenegger,* sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen hükümlerin yalnızca kusur kriteri uyarınca bir sınırlama getirmesinin; sözleşmenin tarafları arasındaki adil risk dağılımının, salt kusur unsuruna indirgenmesi anlamına geldiğini ve bu düzenlemelerin yetersiz olduğunu ifade etmektedir[206]. Yazara aynen katılmakta olup sorumsuzluk anlaşmaları bakımından yalnızca kusur kriterinin uygulanmasının, son derece yanlış bir tercih olduğu kanaatindeyiz. Zira modern ticari hayatta sözleşme tarafları arasındaki adil risk dağılımının, salt kusur unsuru çerçevesinde yapılması mümkün değildir. Günümüzde yaşanan teknolojik ve ekonomik gelişmeler nedeniyle, taraflar arasındaki sözleşmenin adil risk dağılımının yapılabilmesi için kusur dışında çok farklı kriterlerin dikkate alınması gerekmektedir. Sonuç olarak hem OR Art. 100 ve Art. 101 hem de TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri ticari hayat bakımından söz konusu esnekliği sağlayabilecek nitelikte olmayıp güncel ekonomik gereksinimleri karşılayamayacak niteliktedir[207].

2. Zararın Türü Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmaları

a. Zarar Kavramı ve Menfaat Kavramıyla İlişkisi

Yasal bir tanımı bulunmayan zarar kavramı kısaca, bir kimsenin malvarlığında[208] rızası dışında meydana gelen azalma olarak açıklanmakta[209] ve sorumluluğun en önemli

---

[205] Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından borçlunun davranışı kriteri ölçütünün dikkate alınacağı, mahkeme kararlarınca da kabul edilmektedir. Federal Mahkeme bir kararında taraflar arasında sorumluluğun üst sınırının belirlendiği bir sorumsuzluk anlaşmasını, borçlunun ağır kusuru bulunduğu gerekçesiyle geçersiz kılmıştır. Bu karar için bkz. BGE 102 II 256 E. 4 S. 263 vd., (www.swisslex.ch., **ERİŞİM,** 17.08.2021).

[206] **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 494, N. 7.

[207] **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 494, N. 7. Aynı yönde bkz. **BAŞALP,** s. 408.

[208] Burada sözü edilen, maddi zararlardır. Şöyle ki zarar kavramı, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda zarar kavramı, maddi ve manevi zararların bütününü kapsamaktadır. Buna karşın dar anlamda zarar kavramı, yalnızca maddi zararı içermektedir. Dolayısıyla yalnızca malvarlığında meydana gelen bir eksilmeyi ifade etmektedir. İsviçre-Türk hukukunda zarar, dar anlamıyla kullanılmaktadır. Bu nedenle, zarardan bahsedilebilmesi için zarar görenin mal varlığında bir eksilme olması zorunludur. Bu konuda bkz. **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 63.

[209] **ERGÜNE,** Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 22 vd.; **BREHM,** Art. 41, N. 70; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 64 vd.; **EREN,** s. 1078; **ARAL,** s. 157; **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 97, s. 152, N. 80; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 855; **GÜNDÜZ,** D. Şefika, Olumlu Zarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 13 vd.

unsurunu oluşturmaktadır[210]. Menfaat kavramı, zarar kavramının belirlenmesinde ölçüt alınan ve dayandığı temeli ifade etmekte kullanılan bir kavramdır[211]. Menfaat ve zarar kavramları arasındaki bu ilişki[212] nedeniyle öğretide bu kavramlar birbirlerinin yerine kullanılmaktadır[213]. Çalışmada da zarar ve menfaat kavramları birbirilerinin yerine kullanılacaktır.

Zarar, zarar verici olay sonucunda menfaatlerde ortaya çıkan eksilmenin sonucunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle zarar, alacaklının zarar verici olayın meydana gelmemesine olan menfaatinden ibarettir[214]. Dolayısıyla zarar, menfaatin ihlal edilmesini değil; menfaatin ihlalinden doğan *eksilmenin sonucunu* oluşturmaktadır. Söz konusu eksilme, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde (fiilî zarar/*damnum emergens*) ya da malvarlığının aktifinin artmasına veya pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde (kâr mahrumiyeti/*lucrum cessans*) şeklinde gerçekleşebilmektedir[215]. Fiili zarar ve yoksun kalınan karın toplamı, zararı oluşturmaktadır[216].

b. Zarar ve Tazminat Arasındaki İlişki

Tazminat yükümlülüğü; zararın tazminine, ihlal edilen menfaatlerin eski haline iadesine yönelmektedir[217]. Tazminatın, kural olarak, zararın azami miktarını aşmaması gerekmektedir. Zira tazminatın amacı; zarar görenin, zarar verici olay gerçekleşmeseydi

---

[210] Nitekim, zarar olmadan sorumluluktan bahsedilemeyecektir.

[211] Menfaat-zarar kavramları arasındaki ilişkinin tarihsel süreci hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **TOPUZ,** Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 32.

[212] Menfaat kavramını, ilk defa zarar kavramıyla eş anlamlı olarak kullanan yazar *Mommsen'dir*. Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ERGÜNE,** s. 24 vd. Menfaat ve zarar kavramlarının farklı kavramlar olduğu yönündeki görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **GÜNDÜZ,** s. 13 vd.

[213] Zarar ve menfaat kavramlarının eşanlamlı olarak kullanılmasının sebebi, İsviçre-Türk hukukunda da hâkim görüş olan fark teorisi olarak adlandırılan görüşe dayanmaktadır. Fark teorisini kabul eden görüş için bkz. **VON TUHR/PETER,** s. 84; **OFTINGER/STARK,** § 2, N. 9; **BREHM,** Art. 41, N. 70b; **KELLER,** s. 26; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 548; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 514; **EREN,** s. 837 vd.; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 64; **REİSOĞLU,** s. 168. Fark ve somut zarar teorilerinden birini tercih etmenin doğru olmayacağı ve her iki teorinin de birbirini tamamladığı yönünde bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. **ERGÜNE,** s. 16; **GÜNDÜZ,** s. 21.

[214] **ARAL,** s. 158; **EREN,** s. 838.

[215] **BREHM,** Art. 41, N. 70; **TOPUZ,** Maddi Zarar, s. 32; **OFTINGER/STARK,** § 2, N. 9; **NOMER,** Genel, s. 180; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 548; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 64; **EREN,** s. 837 vd.; **REİSOĞLU,** s. 168; **GÜNDÜZ,** s. 13; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 514; **ERGÜNE,** s. 11.

[216] **ERGÜNE,** s. 11.

[217] **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 252; **OFTINGER/STARK,** § 2, N. 9, N. 66; **BREHM,** Art. 41, N. 97; **BİRİNCİ UZUN,** Tuba, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 43.

içinde bulunacağı duruma getirmektir. Tazminat aracılığıyla zarar gören, zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hale getirilemeyecektir. Bu duruma, tam tazmin ilkesi denilmektedir ve bu konuda üçüncü bölümde açıklama yapılacaktır[218].

c. Zarar Türleri

Zarar hakkında birbirinden farklı ayrımlar yapılmakta olup bu ayrımlar, zararın hangi çerçeveden ele alındığına göre değişmektedir. Zarar, hukuken korunan menfaatler çerçevesi uyarınca ayrıma tabi tutulduğunda; kişi varlığı zararları (*Personenschaden*), malvarlığı zararları (*Sachschaden*) ve diğer zararlar (*sonstiger Schaden*)[219] şeklinde üç farklı türden oluşmaktadır[220]. Başka bir ayrıma göre zarar, maddi zararlar (*Vermögensschaden*) ve manevi zararlar (*immateriellen Schaden*)[221] olarak ayrılmaktadır. Yapılan bir başka ayrıma göre ise, doğrudan zararlar ve dolaylı zararlar olarak ayrılmaktadır[222]. Zarar bakımından yapılan bu ayrımlar birer katalog görevi görmekte ve zarar kavramının açıklanmasını kolaylaştırmaktadır. Bu ayrımlardan hiçbirisi yanlış veya doğru olarak nitelendirilmemekte, yalnızca çalışma kapsamında zararın hukuki olarak ifade edilmesi bakımından bir tercihi oluşturmaktadır.

Çalışma bakımından önem arz eden zarar türleri, olumlu-olumsuz zarar ve bütünlük menfaatinin ihlalidir. Sözleşme sorumluluğunda karşımıza çıkan olumlu-olumsuz zarar, haksız fiil sorumluluğunda yer almamaktadır. Buna karşın, sözleşme görüşmeleri sırasında (*culpa in contrahendo*) veya sözleşmenin ifası sırasında veya ifası vesilesiyle bütünlük menfaatlerinin ihlali durumlarında, sözleşme sorumluluğu

---

[218] Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, V, B, 3, s. 128-129.

[219] Öğretide, diğer zararlar *(sonstiger Schaden)* olarak ifade etmiş olduğumuz bu zarar türü bakımından terminoloji karmaşası bulunmaktadır. Diğer zararlar olarak ifade ettiğimiz bu zarar türü için kullanılan diğer kavramlara örnek olarak; *saf malvarlığı zararları, salt malvarlığı zararları, birincil malvarlığı zararları* kavramları verilebilir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **BUZ,** Vedat; "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler", BATİDER, C. XXIX, S. 2, Ankara 2013, s. 35-36.

[220] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 187, N. 248.

[221] Manevi zarar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ARIDEMİR GENÇ,** Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 210 vd.; **İNCEOĞLU,** M. Murat; "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", BATİDER, C. XXIV, Aralık 2008, S. 4, s. 77-78.

[222] Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının ayıp sorumluluğu ile ilişkisi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **KARA,** Doğan; "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", GSÜHFD, S. I, İstanbul 2018, s. 483 vd.

hükümleri uygulanacaktır[223]. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, modern borçlar hukukuna göre sözleşme sorumluluğu yalnızca olumlu-olumsuz menfaatlerin ihlalini değil; aralarında özel bağlantı veya sözleşme bulunan tarafların bütünlük menfaatlerinin ihlalini de kapsamaktadır.

Olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya kötü ifası nedeniyle uğranılan zarardır[224]. Buna karşın olumsuz zarar, "(…) hüküm doğurduğuna güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğranılan zarardır[225]." Olumsuz zarar, sözleşmenin hiç veya kötü ifası nedeniyle değil; sözleşmenin kurulamaması, sona erdirilmesi veya geçersiz olması nedeniyle doğmaktadır[226].

Olumlu ve olumsuz zarar ve bütünlük menfaatlerinin ihlali arasındaki ilişkinin incelenmesi çalışma sınırlarını oldukça aşacağı için aşağıda yalnızca olumlu zarar ve bütünlük menfaati kavramları incelenecektir[227]. Bu doğrultuda aşağıda, önce olumlu zarar ve bütünlük menfaati kavramları açıklanarak aralarındaki ayrım incelenecek ardından, bütünlük menfaatinin bağımsız olarak mı yoksa olumlu menfaat kapsamında mı talep edileceği açıklanacaktır. Ayrıca bütünlük menfaatinin ihlalinde doğan zararın, olumlu zarar ile sınırlı olup olmadığı açıklanacaktır.

d. Olumlu (İfa) Zarar ile Bütünlük Menfaati Kavramları ve Ayrımı

Olumlu zararın sözleşme sorumluluğuna dayanmasının sebebi, taraflar arasındaki özel bağlantı veya sözleşmedir[228]. Buna karşın, rastlantısal nitelikteki haksız fiil sorumluluğunda, taraflar arasında özel bağlantı veya sözleşme olmadığından, olumlu menfaatten bahsedilemeyecektir[229]. Ancak, sözleşmeye aykırı davranış sonucunda hem ifa menfaatinin hem de bütünlük menfaatinin aynı anda ihlal edilmesi hatta yalnızca

---

[223] Bkz. Birinci Bölüm, I, A, 3, s. 18 vd.
[224] **GÜNDÜZ,** s. 24; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 200, N. 288; **EREN,** s. 1056; **TOPUZ,** Maddi Zarar, s. 89; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 386; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 855.
[225] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 386'dan naklen.
[226] **ERGÜNE,** s. 24; **VON TUHR/PETER,** s. 86; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 342; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 386.
[227] Olumlu-olumsuz menfaat ve bütünlük menfaati hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **LÜCHINGER,** Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht, Universitätsverlag, Freiburg 1999, N. 346 vd. Ayrıca bkz. **ERBEK,** s. 25 vd.
[228] **LÜCHINGER,** N. 93; **VON TUHR/PETER,** s. 86; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 342; **EREN,** s. 1013; **FEYZİOĞLU,** s. 474; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 855-856.
[229] **ERGÜNE,** s. 24; **LÜCHINGER,** N. 93; **VON TUHR/PETER,** s. 86; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 342.

bütünlük menfaatlerinin ihlal edilmesi mümkündür. Bu nedenle, bütünlük menfaati ve olumlu menfaat arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

Olumlu zarar, sözleşmenin tam ve doğru bir şekilde ifa edilmemesinden doğan zarardır[230]. Bu zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya yönelik menfaatinden ibarettir[231] ve alacaklının malvarlığının sözleşmeye aykırılıktan sonraki durumu ile iyi bir ifa halinde arz edeceği durumu arasındaki farktan oluşmaktadır[232]. Dolayısıyla olumlu zararın kapsamına hiç veya kötü ifa nedeniyle alacaklının uğramış olduğu bütün zararlar girmektedir. Hem edim yükümlülüklerinin ihlalinden (ayıplı ifa) doğan zarar hem de yan yükümlülüklerin ihlalinden doğan zarar olumlu zarar niteliğindedir[233]. Örneğin, banyodaki küveti tamire gelen ustanın, küveti tamir ederken kırması durumunda alacaklının malvarlığı değeri *küvet değeri* kadar eksilmektedir. Bu durumda küvetteki değer kaybı, olumlu zarar kapsamında talep edilecektir. Zira, alacaklının küveti tam ve doğru olarak tamir edilmesi yönünde ifa menfaati bulunmaktadır. Burada ayıplı ifa sonucunda alacaklının ifa menfaati ihlal edilmektedir.

Ancak, aynı örnekte ustanın küveti doğru olarak tamir etmiş olmasına rağmen, alacaklıyla konuşurken elindeki çekici düşürüp banyonun fayanslarını kırması sonucunda alacaklıya zarar vermesi de mümkündür. Bu durumda alacaklının malvarlığı, *fayans değeri* kadar eksilecektir. Burada, alacaklının ifa menfaati değil, ifa menfaati dışında kalan bütünlük menfaatleri ihlal edilmiştir. Bütünlük menfaatinin ihlalinin, olumlu zarar içerisinde olup olmadığı tartışmalıdır[234]. Bir görüşe göre, alacaklının yalnızca bütünlük menfaatinin ihlali edildiği durumlarda bu zararın olumlu zarara dahil edilmesi mümkün değildir[235]. Bu görüşe göre, bütünlük menfaati ile korunan değerler, ifa menfaati dışındaki mal ve kişi varlığı değerleridir (mülkiyet, bedensel bütünlük vb.). Bir başka deyişle, bütünlük menfaati, ifa menfaatinden tamamen soyut bir niteliktedir. Bu nedenle bütünlük menfaatinin olumlu zarardan az veya fazla olması mümkündür[236]. Ancak bu görüş kabul edilse bile alacaklının zararı bakımından uygulanacak olan sorumluluk, sözleşme

---

[230] **GÜNDÜZ,** s. 24; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 200, N. 288; **LÜCHINGER,** N. 114; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 855; **EREN,** s. 1056; **TOPUZ,** Maddi Zarar, s. 89; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, N. 1266.
[231] **GÜNDÜZ,** s. 24; **LÜCHINGER,** N. 114; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 200, N. 288.
[232] **ARAL,** s. 164.
[233] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 200, N. 288; **ERBEK,** s. 25.
[234] Bu konuya ilişkin olarak bkz. **ARAL,** s. 165.
[235] **LÜCHINGER,** N. 114; **GÜNDÜZ,** s. 69-70; **ERGÜNE,** s. 24.
[236] Bu durumlara verilen çeşitli örnekler için bkz. **ERGÜNE,** s. 24 vd.

sorumluluğu hükümleridir[237]. Bu nedenle öğretide haklı olarak edimin kötü ifasından doğan bütün zararların olumlu zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[238]. Bu görüşe göre olumlu zarar, ifa zararı (*Nichterfüllungsschaden*) olarak adlandırılmaktadır[239]. Böylece olumlu (ifa) zarar, yalnızca edimin ifası menfaatini değil, aynı zamanda kötü ifa edilmemesi menfaatini de kapsamaktadır. Nitekim, alacaklının malvarlığı ayıplı ifa olmasa bile yan yükümlülüklerin kötü ifası sonucunda eksilmiştir. Böylece olumlu zarar hem ihlal edilen ifa menfaatinin hem de ihlal edilen bütünlük menfaatinin, tazminat yoluyla gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.

Burada hemen belirtmemiz gerekir ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin, sorumluluk sebeplerinin yarıştığı durumlarda haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılabileceği kabul edildiği takdirde, sorumsuzluk anlaşması haksız fiil sorumluluğuna da etki edecektir. Böylece hem ilk görüşe göre bütünlük menfaatinin ihlali hem de ikinci görüşe göre olumlu zarar olarak değerlendirilen zarar türleri bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir.

Bütünlük menfaatinin olumlu zarar içerisinde kabul edilmesin bakımından asıl açıklanması gereken problem, bütünlük menfaatleri içerisinde yer alan kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşmasının yapılıp yapılamayacağıdır. Zira, kişi varlığı zararları, TMK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri ile emredici olarak korunan kişilik haklarının, beden veya ruh bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucunda uğradığı malvarlığı zararlarını ifade etmektedir. Başka deyişle, kişi varlığı zararları, kişinin TMK m. 23 ve TBK m. 27/I uyarınca emredici olarak korunan kişilik hakkı değerlerinin ihlalinin sonucunda doğmaktadır. Bu konu ikinci bölümde incelenecektir[240].

3. Zararın Miktarı Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmaları

a. Genel Olarak

Geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması niteliğindeki sorumsuzluk anlaşmalarının bir türü, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkacak olan tazminatı miktar olarak sınırlandırmaktadır. Bu anlaşmalara örnek olarak aşağıdaki durumlar verilebilir:

---

[237] **ARAL,** s. 165; **NEUENSCHWANDER,** s. 43; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 112, N. 210.
[238] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 112, N. 210; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 650; **ERBEK,** s. 25.
[239] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 199, N. 286.
[240] Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, IV, D, 2, s. 73 vd.

- Tazminatın bir üst limitle sınırlandırılması,
- Tazminatın karşı edim değeri ile sınırlandırılması[241],
- Yalnızca belirli bir malvarlığı değerine yönelik icra takibi yapılacağı veya birtakım malvarlığı değerleri bakımından icra takibi yapılamayacağı[242],
- Tazminatın, yalnızca borçlunun sigorta şirketinin sorumlu olduğu miktar ile sınırlı olması[243],
- Zararın sadece belirli yüzdesinden sorumlu olunacağı[244] gibi anlaşmalar verilebilir.

Çalışma kapsamında yalnızca tazminatın üst limitle sınırlandırılmasının söz konusu olduğu sorumsuzluk anlaşmaları incelenecektir. Tazminatın üst limitle sınırlandırılması ve götürü tazminat anlaşması arasında nasıl bir ilişki bulunduğunun açıklanması gerekmektedir. Zira götürü tazminat anlaşması uyarınca taraflar arasında tazminat bakımından bir üst limit belirlenmekte olup bu anlaşma geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması kavramı ile yakın bir ilişki içerisindedir.

Sözleşmenin tarafları, sorumluluklarını sınırlandırmak amacıyla sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda doğabilecek tazminat miktarı bakımından üst bir limit belirleyebilirler. Bu durumda borçlu, sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunda verdiği zararın tazmini bakımından yalnızca taraflar arasında önceden belirlenmiş olan üst limit ile sorumludur. Öğretide bu şekilde yapılan anlaşmalara götürü tazminat anlaşması denilmekte ve şu şekilde tanımlanmaktadır: *"Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının*

---

[241] *"Taraflar, doğrudan veya dolaylı olarak bu sözleşmeden kaynaklanacak kendi aralarındaki tüm ihtilaflarda diğer taraftan talep edebilecekleri her türlü tazminat miktarının (mali sorumluluğun) Alıcı'nın lisans bedeli olarak ödediği miktarla sınırlı olduğunu beyan, kabul ve taahhüt etmişlerdir."*, (**BAŞALP,** s. 51'den naklen).

[242] **VON TUHR/PETER,** s. 18 vd. Örneğin; *"Sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda alacaklı, borçlunun yalnızca taşınır eşyalarına başvurabilecektir. Alacaklı, borçlunun taşınmaz eşyalarına başvuramayacaktır."* şeklindeki bir anlaşma, borçlunun yalnızca belirli malvarlığı değerleri ile sorumlu olmasını sağlayacaktır.

[243] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 509, N. 69.

[244] **BAŞALP,** s. 51.

malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlenmesidir[245]*."*

Götürü tazminat anlaşmasının ana amacı, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelmesi beklenen tipik zararın tespit edilmesi ve zararın tespit edilmesi sonucu alacaklının uğradığı zararı ispat yükümlülüğünden kurtulmasıdır[246]. Götürü tazminat TBK'da düzenlenmemiştir. Bu nedenle öğretide farklı şekillerde götürü tazminat anlaşmalarının yapılabileceği ifade edilmektedir. Götürü tazminat anlaşmaları bakımından çalışmamız kapsamında bizi ilgilendiren ayrım zararın tazminini ispat etme bakımından yapılan ayrım şunlardır[247]: nispi götürü tazminat (Aksi ispat edilebilen), kısmen nispi götürü tazminat (Asgari/Azami) ve mutlak götürü tazminat (Aksi ispat edilemeyen).

Sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda doğacak olan tazminat miktarının üst sınırının belirlendiği götürü tazminat anlaşmaları içerisinde, "azami götürü tazminat anlaşmaları" ve "mutlak götürü tazminat anlaşmaları" sorumsuzluk anlaşması niteliğindedir[248]. Bu doğrultuda bu anlaşmalar aşağıda farklı başlıklarda açıklanacaktır.

b. Sorumsuzluk Anlaşması Niteliğindeki Götürü Tazminat Anlaşmaları

aa. Azami Götürü Tazminat Anlaşması

Taraflar, azami götürü tazminat anlaşmaları yaparak tazminat yükümlüsünün ödeyeceği götürü tazminat miktarını yukarı doğru sınırlandırmaktadır[249]. Burada alacaklının zararı, azami götürü tazminat anlaşmasında belirlenen üst sınırdan *daha fazla olsa bile* alacaklı zararını ispat ederek bunu borçludan talep edemez. Tazminat alacaklısının yalnızca anlaşmada belirlenen üst sınıra kadar tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Buna karşın, borçlu, tazminat alacaklısının azami götürü tazminat

---

[245] Bu tanım için bkz. **BİRİNCİ UZUN,** s. 25; **KAPANCI,** Berk, Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 656-657.

[246] **BÖRÜ PARLAK,** Şafak; "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", TBBD, S. 129, Ankara 2017, s. 208. Bunun dışında götürü tazminat anlaşması ile taraflar olası bir durumda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık olması halinde bu uyuşmazlığın çözümü için yapılacak yargılama masraflarını azaltmaktadırlar. Ayrıca bu anlaşma ile taraflar daha net bir şekilde kar-zarar değerlendirmesi yaparak sözleşme ile amaçladıkları ekonomik menfaatleri daha kolay bir şekilde belirlemiş olmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. **BİRİNCİ UZUN,** s. 54-55.

[247] Götürü tazminat anlaşmalarının türleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **BİRİNCİ UZUN,** s. 63 vd.

[248] **BİRİNCİ UZUN,** s. 137; **KAPANCI,** s. 667.

[249] **BİRİNCİ UZUN,** s. 137.

anlaşmasında belirlenen üst sınırdan daha az miktarda olduğunu ispat edebilir ve ispat ettiği miktarı ödemekle borcundan kurtulabilir. Dolayısıyla azami götürü tazminat anlaşmasında alacaklının üst sınırdan daha fazla miktarda tazminat talep hakkı olmamasına rağmen borçlunun ispat ettiği takdirde anlaşmada belirlenen üst sınırdan daha az miktarda tazminat ödeme imkânı bulunmaktadır[250]. Azami götürü tazminat anlaşması, tarafların sorumluluk rejimi bakımından alacaklının durumunu kötüleştirmekte buna karşın borçlunun durumunu ise iyileştirmektedir. Zira, borçlunun tazminatın daha az miktarda olduğunu ispatlayarak daha az miktarda tazminat ödeme imkânı bulunmakta buna karşın alacaklının zararı, üst sınırdan fazla olsa bile aşan zararını talep imkânı bulunmamaktadır.

bb. Mutlak Götürü Tazminat Anlaşması

Tarafların mutlak götürü tazminat anlaşması yapmaları durumunda, taraflar götürü tazminat edimini mutlak şekilde tek bir değer üzerinden kararlaştırmaktadır[251]. Mutlak götürü tazminat anlaşması uyarınca ne borçlu ne de alacaklı sözleşmede kararlaştırılan değerden başka bir değerden sorumlu tutulamazlar. Burada, tazminat borçlusunun anlaşmada kararlaştırılan miktar ne ise yalnızca bu miktar üzerinden sorumluluğu söz konusudur. Mutlak götürü tazminat anlaşması, tazminat borçlusunun sorumluluğu bakımından bir üst sınır belirlemesi nedeniyle sorumluluk rejiminde alacaklının durumunu kötüleştirmektedir. Bu nedenle bu anlaşmalar da geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuç hem azami hem de mutlak götürü tazminat anlaşmalarının hukuken geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olmasıdır. Dolayısıyla her iki anlaşma da TBK m. 115 ve m. 116'daki emredici hükümlerin denetimine tabi tutulmalıdır[252]. İsviçre Federal Mahkemesi de tazminatın miktar olarak sınırlandırıldığı bu anlaşmaların yalnızca OR Art. 100 (TBK m. 115) uyarınca öngörülen emredici sınırlar çerçevesinde geçerli olabileceğini kabul etmiştir.

---

[250] **BİRİNCİ UZUN,** s. 69.
[251] **BİRİNCİ UZUN,** s. 70; **KAPANCI,** s. 667.
[252] **BİRİNCİ UZUN,** s. 62-63; **BÖRÜ PARLAK,** s. 217; **BAŞALP,** s. 11.

Mahkeme yalnızca borçlunun hafif kusurlu olduğu durumlar bakımından bu şekilde yapılan götürü tazminat anlaşmalarının geçerli olabileceğini ifade etmiştir[253].

4. Çok Aşamalı Sorumsuzluk Anlaşmaları (Mehrstufigen Freizeichnungen)

Çok aşamalı sorumsuzluk anlaşmaları, tarafların birden fazla yönden sorumluluklarını bir araya getirerek sınırlandırdıkları anlaşmalardır[254]. Öğretide çok aşamalı sorumsuzluk anlaşmalarını ifade etmek üzere, birleşik sorumsuzluk anlaşması terimi de kullanılmaktadır[255]. Bu anlaşmalar hukuken geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması niteliğindedir. Çok aşamalı sorumsuzluk anlaşmalarında, kusur, tazminatın üst limiti, zararın türü gibi farklı unsurlar bir araya getirilerek, beraber sınırlandırılmaktadır. Örneğin, *"Her 10 tonluk yük için yalnızca 10.000 TL maddi zarardan sorumlu olup diğer hiçbir zarar türünden kişisel bir zarar doğsa dahi hafif kusurumuz olduğu takdirde sorumluluk kabul etmemekteyiz"* şeklindeki bir sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla borçlunun hangi tür zararlar bakımından sorumlu olacağı, sorumluluğunun miktar olarak üst limiti ve hangi tür kusuru ile sorumlu olmayacağı belirlenmiş olacaktır. Bir başka örnek olarak, *"Alacaklının işbu sözleşmeden doğan tazminat talepleri bakımından yalnızca yoksun kalınan kârdan sorumluluğumuz bulunmakta olup diğer zarar türleri bakımından herhangi bir sorumluluğumuz bulunmamaktadır. Yoksun kalınan kârdan sorumluluğumuz ise yalnızca A şehrinde yer alan B taşınmazı ile sınırlıdır."* şeklinde yapılan bir sorumsuzluk anlaşması borçlunun sorumluluğunu yalnızca belirli bir zarar türü ve belirli bir malvarlığı değeri ile sınırlandırmaktadır[256]. Görüldüğü üzere böyle bir anlaşma; zarar türü, zarar miktarı ve kusur türünün bir arada yer aldığı bir sorumsuzluk anlaşmasıdır.

[253] BGE 102 II 256 E. 4 S. 263 vd., (www.swisslex.ch., **ERİŞİM,** 17.08.2021).
[254] **BAŞALP,** s. 52; **BEAT,** s. 115.
[255] **BAŞALP,** s. 52.
[256] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 509, N. 66.

VI. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ BENZER HUKUKİ KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İBRA

Borçlar Kanunumuzun üçüncü bölümü *"Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi"* başlığı altında m. 132'de düzenlenmiş olan ibra, hukuken borcu sona erdiren sözleşme niteliğindedir. Buna göre, taraflar karşılıklı anlaşarak borcu tamamen veya kısmen ortadan kaldırabileceklerdir. İbra sözleşmesinin konusu alacaklı bakımından alacak hakkı, borçlu bakımından ise borçtur. İbra sözleşmesi aracılığıyla alacaklı ve borçlu karşılıklı anlaşarak alacaklı bakımından alacağı ve borçlu bakımından borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırırlar[257]. İbra hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemi ve bir sözleşmedir. Tarafların karşılıklı irade beyanları ve kabulleri olmadan borcun ibra ile sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır[258].

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere ibra sözleşme olmasının yanında alacak hakkı üzerindeki etkisi bakımından bir tasarruf işlemidir. Zira ibra aracılığıyla doğrudan doğruya alacak hakkına etkide bulunulmaktadır ve ortadan kaldırılmaktadır[259]. İbranın konusu olan alacak hakkı doğmuş olan bir alacak hakkıdır. Yani ibra doğmamış bir alacak hakkı üzerinde değil, doğmuş olan bir alacak hakkı üzerinde yapılabilecektir. İşte ibranın sorumsuzluk anlaşmasından ayrılmasının temel sebebi de budur. Sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla alacaklı ve borçlu henüz doğmamış bir alacak hakkını (tazminatı) sınırlandırmakta iken, ibra aracılığıyla doğmuş olan yani mevcut bir alacak hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Bir başka deyişle sorumsuzluk anlaşması zararın doğumundan önce

---

[257] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 985; **NOMER,** Genel, s. 443; **REİSOĞLU,** s. 400.
[258] Bu noktada *"feragat"* ve *"ibra"* farkından bahsetmek gerekmektedir. Ayni haklar ve yenilik doğuran haklar bakımından hakkın sona erdirilebilmesi feragat aracılığıyla mümkün iken alacak haklarının sona erdirilmesi ibra aracılığıyla mümkün olacaktır. Bunun sebebi bu hakların hukuki özellikleri arasındaki farklardan meydana gelmektedir. Ayni haklar, hak sahibinin mutlak olarak üzerinde hakimiyetinin bulunduğu haklardır. Ayni hak sahibi bu hakkını istediği şekilde tek taraflı olarak sona erdirebilecektir. Aynı şekilde yenilik doğuran haklar da hukuken tek taraflı bir şekilde sona erdirilebilen haklardandır. Bunlardan farklı olarak alacak haklarının tek taraflı olarak sona erdirilmesi kanun uyarınca mümkün değildir. Alacak hakkının sona erdirilebilmesi için borçlunun da kabulü aranmış ve taraflar arasında bir sözleşme uyarınca (ibra) bunun mümkün olduğu düzenlenmiştir, İbra sözleşmesi kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. **GÜMÜŞ,** M. Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 68 vd.
[259] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 987; **EREN,** s. 1407.

yapılmak zorunda olup zararın ortaya çıkmasından sonra bir anlaşma yapılırsa bu anlaşma hukuken ibra niteliğinde olacaktır[260].

Öğretide sorumsuzluk anlaşmasını önceden yapılan (öncelenmiş) ibra olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar sorumsuzluk anlaşmasının da ibra gibi tasarruf işlemi olduğunu, bu iki işlem arasındaki tek farkın zamansal olduğunu, bu nedenle sorumsuzluk anlaşmasının aslında öncelenmiş bir ibra olduğunu ifade etmektedirler[261]. İbra uyarınca mevcut olan bir alacak engellenecek iken sorumsuzluk anlaşması uyarınca tazminat alacağı henüz doğmadan engellenmiş olacaktır. Zarar ortaya çıktığında doğması gereken tazminat alacağı hiç doğmamış olacaktır[262]. İbra ile sorumsuzluk anlaşması arasındaki bu zamansal fark bizi şöyle bir sonuca götürmektedir: zarar ortaya çıktıktan sonra yapılan ibra ile taraflar borçlunun bütün sorumluluğunu ortadan kaldırabileceklerdir. Böyle bir ihtimalde TBK m.115 ve m. 116'da sorumsuzluk anlaşmaları için öngörülmüş olan sınırlandırmalar uygulanmayacaktır. Zira ibra, hukuken sorumsuzluk anlaşması niteliğinde değildir[263].

B. ZARARA RIZA GÖSTERME

Haksız fiil sorumluluğunda rıza, zarar gören tarafın, zarar verenin kendisine yönelttiği haksız fiile izin vermesidir[264]. Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik[265]. Haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsurunun, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki alt unsuru bulunmaktadır. Burada bir davranışın hukuka aykırı olarak sayılabilmesi için olumlu ve olumsuz unsurlar aynı anda değerlendirilerek bir hukuka aykırılık değer yargısına ulaşılabilecektir[266]. Bu nedenle kısaca hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz unsurlarını inceleyeceğiz.

Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, zarar verici bir davranışın hukuka aykırı nitelikte olup olmadığı bakımından yapılan değerlendirmedir. Buna göre bir davranış,

---

[260] **BAŞALP,** s. 73.
[261] **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 279; **ACKERMANN,** s. 25-26; **BEAT**, s. 330.
[262] **AKMAN,** s. 14.
[263] Ancak unutulmamalıdır ki emredici hükümlere aykırı bir ibra geçersiz kılınabilecektir.
[264] **KANETİ,** s. 243 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 593; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 31; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 103; **AKMAN,** s. 21; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 135-136; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 22.
[265] Bkz. Birinci Bölüm, I, A, 3, s. 16.
[266] **KANETİ,** s. 237-238; **EREN,** s. 500.

zarar verici sonucu yasaklayan bir hukuk kuralına aykırılık oluşturuyorsa bu davranış hukuka aykırı bir davranıştır. Dolayısıyla bu aşamada, haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuru bakımından zarar verici davranışın hukuka aykırı olup olmadığı incelenmektedir. Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmamasıdır. Olumsuz unsur, zarar verici davranışın bu davranışı yasaklayan bir kuralını ihlal etmesine rağmen somut olaydaki bu davranışın hukuka aykırı olmasını engellemektedir. Bir başka ifadeyle, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi biri bulunuyorsa, söz konusu zarar verici davranış artık hukuka aykırı bir davranış olarak değerlendirilemeyecektir[267].

Zarar verici nitelikteki bir davranışın, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu sağlayıp sağlamadığı bakımından bir değerlendirme yapılırken, bu iki unsur kümülatif olarak değerlendirilmektedir. Bunun sonucunda, zarar verici bir davranış her ne kadar hukuk düzenince yasaklanmış olan bir kuralın ihlaline yol açsa da somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması halinde bu davranış hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Bu durumda artık hukuka aykırılık unsurundan bahsedilemeyeceği için haksız fiil sorumluluğu hiç doğmayacaktır. Hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılan bu sebepler, TBK m. 63'te düzenlenmiştir. Ancak burada TBK m. 63'ün, *"Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler"* şeklindeki başlığının isabetli olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Zira hukuka aykırılık unsurunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki unsuru bulunmakta ve bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirebilmek için bu iki unsurun aynı anda bulunması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, bir davranış hukuka aykırı olup ardından TBK m. 63'te sayılan hukuka uygunluk sebepleri bulunduğu için tekrardan hukuka uygun hale gelmez. Bu davranış en başından itibaren, hukuka uygun bir davranıştır. Bu nedenle TBK m. 63 hükmünün başlığının *"Hukuka uygunluk sebepleri"* olması gerekmektedir[268].

Rıza her zaman bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir. Emredici hukuk kuralları çerçevesinde zarar görenin rızası geçerli değildir. Zarar görenin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için rızanın hukuka uygun olması gerekmektedir[269]. Bu durum karşımıza tasarruf yetkisi bakımından çıkmaktadır. Kişinin

[267] **KANETİ,** s. 237-238; **EREN,** s. 501; **REİSOĞLU,** s. 163.
[268] **KANETİ,** s. 237-238; **EREN,** s. 679; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 103.
[269] **KANETİ,** s. 245; **REİSOĞLU,** s. 163; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 32; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 103; **AKMAN,** s. 22.

üzerinde tasarruf edebileceği alanlara ilişkin bir rıza göstermediği durumlarda bu rıza geçersiz bir rıza olup hukuka uygunluk sebebi sayılmayacaktır[270]. Bu şekildeki geçersiz bir rızanın gösterilmiş olması olsa olsa TBK m. 52 uyarınca birlikte kusur sayılacak ve zarar verenin sorumluluğun kapsamının daraltılmasında bir indirim sebebi olarak işlev görebilecektir[271].

Hem sorumsuzluk anlaşması hem de rıza zararın doğumundan önce yapılmak zorundadır. Zarar verici davranışın gerçekleşmesinden sonra rıza gösterme, hukuken rıza niteliğinde olmayıp yalnızca tazminat talebinden vazgeçme iradesi olarak yorumlanabilir[272]. Yani zarar verici fiilden sonra gösterilen rıza, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemekte, zarar verenin haksız fiil sorumluluğu doğmaktadır. Buna karşın zarar görenin, zarar doğduktan sonraki iradesi, haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünü talep etmeme yönünde bir irade olup, borçludan herhangi bir talepte bulunmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, zarar verenin haksız fiil sorumluluğu sınırlandırılmamakta veya ortadan kalkmamaktadır. Halbuki zarar görenin rıza göstermesi söz konusu olsaydı haksız fiil sorumluluğu hiç doğmamış olacaktı. Sonuç olarak rıza ve sorumsuzluk anlaşması kavramları eşit kavramlar değildir. Rıza hukuka uygunluk sebebi iken sorumsuzluk anlaşması davranışın hukuka aykırılığı ile alakalı bir anlaşma olmayıp yalnızca zarar verici davranış sonucunda doğabilecek olan tazminat taleplerini en baştan sınırlandırmakta veya ortadan kaldırmaktadır[273].

Sorumsuzluk anlaşması ile rıza arasındaki en temel fark ise sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme niteliğinde olmasına rağmen rızanın sözleşme niteliğinde olmamasıdır. Rıza gösterme, hukuken tek taraflı bir irade beyanı iken sorumsuzluk anlaşması sözleşme niteliğindedir[274]. Ancak bazı durumlarda rıza, sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneri ve kabul beyanlarının zorunlu unsuru olup bu durumlarda rızanın

---

[270] **BAYSAL,** Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 43 vd.; **NOMER,** Genel, s. 164; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 103; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 31-32; **AKMAN,** s. 22.

[271] **NOMER,** Halûk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 173; **BAYSAL,** Birlikte Kusur, s. 43; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 490-491; **KANETİ,** s. 246-247.

[272] **KANETİ,** s. 244; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 32; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 490; **AKMAN,** s. 22. Öğretide *Oğuzman/Öz,* böyle bir durumda gösterilen icazetin, doğmuş olan tazminat sorumluluğunun ibra ile ortadan kalkması sonucunu doğurabileceğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 26.

[273] **BAŞALP,** s. 209.

[274] **POLAT,** Alperen, Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 29-30.

sözleşme niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Bu konu hakkında aşağıda açıklama yapıldığı için tekrara düşmemek amacıyla burada yalnızca ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz[275].

Çalışma konumuz bakımından önem arz eden bir başka konu ise rıza kavramının feragat kavramı ile olan ilişkisidir. Ancak bu kavramlar arasındaki inceleme çalışma sistematiği uyarınca aşağıda yapılacaktır[276].

C. *PACTUM DE NON PETENDO* (ALACAĞINI TALEP ETMEME TAAHHÜDÜ)

Pactum de non petendo; alacaklının, borç ilişkisini sona erdirmeden, borçluya karşı alacak hakkını ileri sürmeyeceğini taahhüt ettiği sözleşmedir[277]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu sözleşme uyarınca ne borç ilişkisi ne de alacak hakkı ortadan kalkmaktadır. Borç ilişkisi ve alacak hakkı devam etmekte ancak alacaklı, alacak hakkını ileri sürmeyeceğini taahhüt etmektedir. Dolayısıyla *pactum de non petendo* borç doğuran bir sözleşme niteliğinde iken sorumsuzluk anlaşması tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak alacaklı, alacak hakkını ileri sürmeyeceğini taahhüt etse bile alacağını devredebilecek, yenileyebilecek veya bir başka borcu ile takas edebilecektir[278].

Pactum de non petendonun konusunu oluşturan alacak hakkı, doğmuş olan alacak hakkıdır. Sorumsuzluk anlaşması ile *pactum de non petendo* arasındaki en önemli farkı da bu zamansal farklılık oluşturmaktadır. Sorumsuzluk anlaşması uyarınca henüz doğmamış olan bir tazminat alacağı ortadan kaldırılmakta, alacak hakkı hiç doğmamaktadır; *pactum de non petendo* da ise alacak mevcut olup alacaklı doğmuş olan bu alacağı talep etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Bu nedenle *pactum de non petendo* bakımından kanunda herhangi bir sınırlandırma bulunmamakta iken sorumsuzluk anlaşmaları bakımından birtakım sınırlandırmalar öngörülmüştür. Sorumsuzluk anlaşmasındaki alacak hakkı daha ortaya çıkmadan ortadan kaldırıldığı için kanun koyucu alacaklının korunmasını, alacaklının iradesine üstün tutmuştur. Bunun tersine, zaten

[275] Bkz. Üçüncü Bölüm, VII, B, s. 144 vd.
[276] Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B, 4, s. 117 vd.
[277] **AKMAN,** s. 19; **VON TUHR/PETER,** s. 700.
[278] **BAŞALP,** s. 74; **AKMAN,** s. 19.

mevcut olan bir alacak bakımından *pactum de non petendo* yapılması bakımından alacaklının iradesini, alacaklının korunmasına üstün tutmuştur.

Pactum de non petendo ile sorumsuzluk anlaşması arasındaki bir başka farklılık da açılmış bulunan davalarda ileri sürülebilme özellikleri bakımından kendini gösterir. Alacaklının alacağını dava ile talep etmesi halinde, eğer ortada bir *pactum de non petendo* varsa borçlu bu sözleşmeyi def'i olarak ileri sürüp borcu ödemekten kurtulabilirken; eğer ortada bir sorumsuzluk anlaşması varsa bu durum itiraz teşkil edecek ve borçlunun ileri sürmesine gerek kalmadan re 'sen hâkim tarafından dikkate alınacaktır[279].

D. BORCUN KAPSAMININ SINIRLANDIRILMASI/DEĞİŞTİRİLMESİ ANLAŞMASI

Sorumsuzluk anlaşmalarından bahsedilebilmesi için ortada borca aykırı bir davranışta bulunulması bir başka ifadeyle sözleşmesel sorumluluğun doğmasına yol açacak bir davranışın söz konusu olması gerekmektedir[280]. Bu nedenle sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kural bu anlaşmaların borcun kapsamını etkilememektedir. Sorumsuzluk anlaşmaları yalnızca borca aykırı davranış sonucunda meydana gelme ihtimali olan sorumluluğu sınırlandırmakta veya ortadan kaldırmaktadır[281]. Buna karşılık, *"bir kişinin belirli bir edimi baştan taahhüt etmemesi, yani üstlenilen borcun kapsamının yedek hükümlere nazaran sınırlandırılması veya yedek hükümlerde öngörülen belirli bir borcun hiç üstlenilmemesi (Verpflichtungsausschluss) hâllerinde sorumluluğun doğmayacak olması, ortada ihlal edilecek bir yükümlülüğün bulunmaması, dolayısıyla bu davranışın yerine getirilmemesinin borca aykırılık oluşturmamasından kaynaklanır[282]."* Bu bağlamda en bariz verilecek örnekler sözleşmelerde yer alan koşul şartlarıdır. Buna göre sözleşmenin geciktirici veya bozucu koşula bağlanması ve bu nedenle sözleşmenin hükümlerinin doğmaması veya ortadan kalkması söz konusu olduğu durumlarda artık borca aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Zira burada zaten borç hiç doğmamış olacaktır[283].

---

[279] **BAŞALP,** s. 74; **BEAT**, s. 7-8; **BUOL,** N. 233. Karşı görüş için bkz. **ACKERMANN,** s. 25 vd.
[280] **ÖNAY,** Işık/**KARAŞAHİN,** Y. Alperen; "Borcun Kapsamına ve Riskin Paylaşılmasına Dair Anlaşmaların Sorumsuzluk Anlaşmalarından Ayırt Edilmesi Sorunu", BATİDER, C. XXXV, S. 4, Ankara 2019, s. 46.
[281] **AKMAN,** s. 9 vd.
[282] **ÖNAY/KARAŞAHİN,** s. 46'dan naklen.
[283] Bu konu hakkında çeşitli örnekler için bkz. **LÖRTSCHER,** s. 7 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI ARACILIĞIYLA SINIRLANDIRILMASI VE SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ GEÇERLİLİK SINIRLARI

I. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HUKUKÎ DAYANAĞI: SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sorumsuzluk anlaşmasının hukuki dayanağı[284], Türk özel hukukunun temel ilkeleri olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleridir[285]. Sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği ilkesinin anayasal olarak güvence altına alınarak hukuki ilişkilerde kullanılmasını sağlayan ilke olup[286] hukukumuzda 1982 Anayasanın 48. maddesi ve TBK'nın 26. maddesinde düzenlenmiştir. TBK m. 26 hükmü uyarınca; *"Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."* Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü uyarınca taraflar, yalnızca sözleşmenin içeriğini değil; yapılan sözleşme uyarınca hangi tarafın, ne zaman ve hangi ölçüde sorumlu olacağını belirlemekte özgürdürler[287]. Taraflar kendi aralarındaki hukuki ilişki bakımından ister sorumluluklarını ağırlaştırabilmekte isterse sınırlandırabilmektedirler.

---

[284] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 496, N. 8; **ERTEN,** s. 67-68; **BAŞALP,** s. 15-16.

[285] **KAŞAK,** F. Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 39; **KARABAĞ BULUT,** Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 3; **AKBULUT,** Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 16-17; **ATEŞ,** Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 34; **KIRKBEŞOĞLU,** Nagehan**,** Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 23; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 222, N. 708; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 500; **EREN,** s. 336; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 363.

[286] Anayasa Mahkemesi sözleşme özgürlüğü ilkesini şu şekilde ifade etmektedir; *"Sözleşme özgürlüğü ise özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü, Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir."* **AYM,** 08.10.2015 tarihli ve E.2014/126, K.2015/86 sayılı kararı, (RG, 22.10.2015, No. 29510, s. 7-8). Dolayısıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesi yardımıyla taraflar özgür iradeleri uyarınca istedikleri şekilde sözleşme yapabileceklerdir. Bu nedenle irade özerkliği ilkesi sözleşme özgürlüğü ilkesi aracılığıyla işlev kazanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkeleri arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. **KAŞAK,** s. 45.

[287] **KAŞAK,** s. 63; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 496, N. 8.

Borçlar hukukumuza egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, taraflar hiç veya kötü ifadan doğan zararlara kimin, hangi ölçüde ve hangi şartlar altında katlanacağını;

-Kanun tarafından öngörülmüş olan sorumluluğu onaylama ve detaylandırma,

-Sorumluluğu güçlendirme[288],

-Tamamen veya kısmen sorumluluğu sınırlandırma bakımından özgürce kararlaştırabilirler[289].

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere sözleşme özgürlüğü ilkesi borçlar hukukumuzun temel ilkesidir. Buna karşın bu ilke sınırsız olmayıp belirli sınırlar dahilinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu doğrultuda aşağıda sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları ele alınacaktır.

II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASININ TARİHSEL SÜRECİ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kaynağını liberal ekonomik anlayıştan almaktadır[290]. Liberal ekonomik anlayış uyarınca bireyleri sınırlamak yerine ilke olarak arz ve talepten oluşan serbest piyasa ekonomisini benimsenmektedir[291]. Bu anlayışa göre, bireyler kendi menfaatlerini dengeleyebilmek amacıyla iradeleri doğrultusunda özgürce sözleşmeler yapabilmelidir[292]. Özel hukuka da hâkim olan irade özerkliği ilkesi uyarınca, kişilerin, taraf oldukları hukuki ilişkileri kendi iradeleri doğrultusunda arzu ettikleri şekilde serbestçe gerçekleştirebilme hakları bulunmaktadır[293]. Anayasa Mahkemesi irade özerkliği ilkesini; *"Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak*

---

[288] Sorumluluğun güçlendirilmesi kanunda düzenlenmemiştir. Ancak sözleşme özgürlüğü sayesinde yapılması mümkündür. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, TMK m. 23 ve m. 24 ayrıca TBK m. 27 hükmü sınırlarıdır.

[289] **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 406-407; **EREN,** s. 1208-1209.

[290] **SCHWENZER,** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Stämpfli Verlag, Bern 2016, N. 25.04; **KAŞAK,** s. 41.

[291] **BEAT,** s. 16-17.

[292] **KAŞAK,** s. 21-22; **EREN,** s. 336; **ERTEN,** s. 74.

[293] **KAŞAK,** s. 38; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 363; **AKBULUT,** s. 16-17; **ATEŞ,** s. 34; **KIRKBEŞOĞLU,** s. 23; **LÖRTSCHER,** s. 127.

ulaşabilmeleridir." şeklinde ifade etmiştir[294]. Borçlar hukukunda kural irade özerkliği, istisna ise irade özerkliğinin sınırlandırılmasıdır[295].

Liberalizmin erken dönemlerinde bireyci felsefeden temelini alan irade özerkliği ilkesi, tarafların sözleşme yaparken tamamen eşit şartlarda olduğunu, her bireyin kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilecek yetilere sahip olduğunu, dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmelere müdahale edilmemesi gerektiğini kabul etmektedir[296]. Bu dönemde mutlak sözleşme özgürlüğü uygulanmakta, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerektiği kabul edilmektedir[297]. Ancak sanayileşme sonucu toplumdaki bireyler arasında giderek artan güç farklılıkları ve yaşanan ekonomik buhranlar sonucu bu görüş ciddi şekilde eleştirilmiş ve hukuk düzeni içerisinde yeni ilkeler ortaya çıkmıştır. 20. yüzyılın başında liberal ekonomi anlayışının savunduğu mutlak sözleşme özgürlüğü ilkesi etkisini kaybetmeye başlamış ve bu dönemde sözleşme adaleti ilkesi görünür hale gelmeye başlamıştır[298]. Sözleşme adaleti ilkesi, tarafların eşit şartlar altında sözleşme yapabilmesi gerekliliğini savunmaktadır. Zira mutlak sözleşme özgürlüğü yardımıyla sözleşmenin ekonomik olarak güçlü olan tarafı sözleşmenin zayıf olan tarafı ile tamamen kendi lehine olan sözleşmeler yaparak kendi konumunu güçlendirmekte ve bu durum sözleşmenin zayıf olan tarafının korunmasını zorunlu kılmaktadır[299]. Bu nedenle erken liberal dönemde kabul edilen mutlak sözleşme özgürlüğü ilkesi reddedilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme adaletinin sağlanabilmesi amacıyla çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır[300].

---

[294] **AYM,** 08.10.2015 tarihli ve E.2014/126, K.2015/86 sayılı kararı, (RG, 22.10.2015, No. 29510, s. 7-8).
[295] **KAŞAK,** s. 39.
[296] Dönemin hâkim bakış açısı *"Laissez faire (Bırakınız yapsınlar)"* olarak da bilinen tarafların tamamen serbest olduğu bir ekonomik düzenin kabul edilmesi idi. Bu öğreti hakkında detaylı bilgi için bkz. **ATASOY,** Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 6 vd.
[297] **KAŞAK,** s. 23 vd.
[298] Sözleşme adaleti ilkesinin tarihsel süreci hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ATAMER,** Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 30 vd.
[299] **ATAMER,** GİŞ, s. 20 vd. Yazar bu nedenle haklı olarak, sözleşme özgürlüğünün yalnızca biçimsel bir özgürlük haline geldiği ve sözleşme özgürlüğü ilkesi yardımıyla aslında güçlü olan tarafın zayıf olan tarafı sömürdüğü bir hukuk düzeni yaratılmakta olduğunu ifade etmektedir.
[300] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sözleşme özgürlüğünün sosyal adalet nedeniyle sınırlandırılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: *"Sorumsuzluk anlaşmalarına getirilen sınırlama daha güçlü durumdaki bankalara karşı daha zayıf durumdaki kişiyi koruma (sosyal adalet) nedenine dayanmaktadır.",* (YHGK.'nin, 21.11.2012 tarih ve E. 2012/11-550, K. 2012/820 sayılı kararı, [www.kararara ma.yargitay.gov.tr., **ERİŞİM,** 31.07.2021]).

III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI: EMREDİCİ HÜKÜMLER

A. GENEL OLARAK

Borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırları TBK m. 27'de düzenlenmiştir. TBK m. 27/I uyarınca, *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür."* Görüldüğü üzere hükümde bazı kavramlar sıralanmış ve bu kavramalara aykırılık halinde yapılan sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir[301]. Söz konusu hükme göre sözleşme,

- Kanunun emredici hükümlerine
- Kamu düzenine (TBK m. 27/I)
- Ahlaka (TBK m. 27/I)
- Kişilik haklarına (TMK m. 23 ve TBK m. 27/I) aykırı olmamak zorundadır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kanunun emredici hükümleri, kamu düzeni, ahlak ve kişilik haklarına uygun olduğu müddetçe geçerli bir ilkedir. TBK m. 27/I hükmünde birden çok kavramın düzenlenmesi ve bu kavramların virgül ile sıralı bir şekilde kaleme alınması öğretide çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmanın odak noktası ise sıralanan bu kavramların sözleşme özgürlüğünün *bağımsız sınırları* olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Ancak belirtmemiz gerekir ki TBK m. 27/I'de cümlenin başında yer alan kanunun emredici hükümleri kavramının sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil ettiği konusunda ise hiçbir tartışma bulunmamakta, tartışma diğer kavramlar bakımından yapılmaktadır.

Bu doğrultuda aşağıda ilk olarak emredici hükümler, ardından emredici hükümler ve TBK m. 27/I'de yer alan diğer kavramlar arasındaki ilişki incelenecektir. İncelemeye geçmeden önce belirtmemiz gerekir ki TBK m. 27/I'de yer alan bu kavramların her biri her biri ayrı ayrı monografi çalışmalarına konu olabilecek kapsamdadır. Kamu düzeni kavramı ne demektir? Bir işlemin ahlaka aykırı sayılması hangi ölçütler göz önüne alınarak yapılacaktır? Kişilik hakları kavramı ile hangi kişilik değerleri korunmaktadır?

[301] TBK m. 27/I hükmünde konusu imkânsız olan sözleşmeler ifadesi de bulunmaktadır. Ancak çalışma konumuz kapsamında yer almadığı için imkânsızlık ele alınmamıştır.

gibi çok çeşitli sorular karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramların tanımlarını yapmak bile mümkün değildir. Zira hepsi özleri itibarıyla son derece sübjektiftir. Bu doğrultuda çalışma kapsamında bu kavramlar en genel hatlarıyla ele alınacaktır.

B. EMREDİCİ HÜKÜM KAVRAMI

Emredici hüküm (*ius cogens*), taraflarca aksinin kararlaştırması mümkün olmayan hükümlerdir[302]. Tarafların emredici hükümlere aykırı bir hukuki işlem yapması mümkün olmayıp bu durumda emredici hükümler tarafların iradesi yerine kendiliğinden hukuki işlemin içeriğine dahil olmaktadır. Buna karşın emredici olmayan hükümler (*ius dispositivum*) ise, en genel tanımıyla, tarafların hükmün aksini kararlaştırabilecekleri hükümlerdir[303]. Öğretide emredici olmayan hükümleri ifade etmek üzere; yedek hükümler, tamamlayıcı hükümler veya yorumlayıcı hükümler gibi çeşitli ifadeler kullanılmaktadır[304]. Emredici hükümlerin aksine tamamlayıcı hükümler, sözleşmede tarafların ilgili hükümden farklı bir düzenleme yapmadıkları veya ilgili hükmün aksini kararlaştırmadıkları takdirde uygulanabilen hükümlerdir[305]. Taraflar, tamamlayıcı hükümlerin kendi aralarındaki ilişkilere uygulanıp uygulanmayacağını serbestçe kararlaştırabilmektedir[306].

C. EMREDİCİ HÜKÜMLERİN TESPİTİ

Bir kanun hükmünün emredici olup olmadığının tespit edilebilmesi için öğretide ilk olarak ilgili hükmün lafzına bakılması gerektiği ifade edilmektedir[307]. Bu tespit bazen

---

[302] **AKİPEK,** Jale/**AKINTÜRK,** Turgut/**ATEŞ,** Derya, Kişiler Hukuku, C. I, Beta Yayınları, 16. Baskı, Ağustos 2021, s. 109; **DURAL,** Mustafa/**SARI,** Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 15. Baskı, İstanbul 2020, s. 130 vd.**;** **OĞUZMAN/BARLAS,** s. 89; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 10, N. 25; **SEROZAN,** Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 24; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 371. Emredici hükümler hakkında detaylı bilgi için bkz. **KAŞAK,** s. 250 vd.

[303] **AKSOY DURSUN,** Sanem, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 90 vd.; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 109; **DURAL/SARI,** s. 131 vd.; **OĞUZMAN/BARLAS,** s. 91; **SEROZAN,** Medeni, s. 88 vd.; **KAŞAK,** s. 250 vd.

[304] Emredici olmayan hükümler için kullanılan farklı kavramlar ve bunların detaylı incelenmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **KAŞAK,** s. 218 vd. Buna karşın bu kavramlar yalnızca öğreti bakımından bir anlam ifade etmektedir. Çalışma kapsamında emredici olmayan hükümleri ifade etmek üzere tamamlayıcı hüküm terimi kullanılacaktır

[305] **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 109; **DURAL/SARI,** s. 131 vd.; **SEROZAN,** Medeni, s. 37.

[306] **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 109; **DURAL/SARI,** s. 131 vd.; **SEROZAN,** Medeni, s. 37.

[307] **DURAL/SARI,** s. 132; **OĞUZMAN/BARLAS,** s. 90; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 109.

son derece kolay olup kanun koyucu hükmün açıkça emredici nitelikte olduğunu ifade etmiş olabilir[308]. Bunun dışında hükmün lafzında "aykırı olamaz" veya "feragat edilemez" gibi ifadelerin bulunması da hükmün emredici olduğunu göstermektedir[309]. Kanun hükmünün emredici olduğunun tespit edilebilmesi için bir başka yol, ilgili hükümde tarafların yaptıkları anlaşmanın kesin hükümsüzlük (geçersizlik) yaptırımına bağlanıp bağlanmadığına bakılmasıdır[310]. Ancak yalnızca lafza bağlı kalınarak bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı belirlenemez. Bu durum TMK m. 1 hükmünde açıkça; *"Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır."* şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle bir hükmün emredici olup olmadığını belirlenirken bu hükmün amacının tespit edilmesi TMK m. 1 uyarınca zorunludur.

D. TBK M. 27/I'DE YER ALAN KAVRAMLAR İLE EMREDİCİ HÜKÜMLERİN TESPİTİ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi ile sözleşme özgürlüğünün sınırlarının düzenlendiği TBK m. 27/I'deki kavramlar arasındaki ilişki oldukça belirsizdir. *Serozan* bu konuyu şu şekilde ifade etmektedir: *"...kişilik hakkına aykırı olan kamu düzenine aykırıdır; kamu düzenine aykırı olan ahlaka aykırıdır, ahlaka aykırı olan da hukuka aykırıdır[311]."* Çalışma uyarınca önem arz eden ve burada değinilmesi gereken nitelikte konulardan birisi olması nedeniyle aşağıda bu kavramların sözleşme özgürlüğünün bağımsız birer sınırı olup olmadıkları meselesi incelenecektir.

Öğretide bir görüş sözleşme özgürlüğünün sınırının yalnızca emredici hükümler olmadığını TBK m. 27/I'de yer alan kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları kavramlarının her birinin bağımsız olarak sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil ettiğini

---

[308] Örneğin, TTK'nin 340. maddesi; *"Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir."* denilerek TTK'nin anonim şirket esas sözleşmeleri ile ilgili düzenlemiş olduğu hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olduğunu ifade etmiştir. TTK m. 340 hükmünün lafzı hiçbir şekilde şüphe içermeyecek şekilde ilgili hükmün emredici nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

[309] Buna örnek olarak, TBK m. 42/II; *"...feragat edilemez."* hükmü gösterilebilir. Daha fazla örnek için bkz. **KAŞAK,** s. 308-309.

[310] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 370; **KAŞAK,** s. 306. Bunlara, TBK m. 27/I; *"...kesin olarak hükümsüzdür."*, TBK m. 334/II; *"...geçersizdir."* gibi hükümler örnek olarak verilebilir. Daha fazla örnek için bkz. **KAŞAK,** s. 307-308.

[311] **SEROZAN,** Medeni, s. 338-339.

savunmaktadır[312]. Bu görüşe göre, sözleşme özgürlüğü ilkesi, tamamlayıcı hükümler veya hukukun başat ilkeleri[313] aracılığıyla da sınırlandırılabilecektir. Bu görüş uyarınca somut olaydaki sözleşme herhangi bir emredici hükmü ihlal etmese dahi hâkim; sözleşmenin, TBK m. 27/I'de birbirinden bağımsız olarak sayılan kavramlara aykırı olup olmadığını birbirinden bağımsız olarak, ayrı ayrı denetlemek zorundadır[314]. Dolayısıyla hâkim tarafından, taraflar arasında yapılan her bir sözleşme bakımından bu kavramların ihlal edilip edilmediği, birbirinden bağımsız bir şekilde değerlendirilmek zorundadır[315]. Birbirinden bağımsız yapılan bütün bu değerlendirmeler sonucunda sözleşmenin kesin hükümsüz olup olmayacağına karar verilebilecektir[316].

Öğretideki diğer görüş ise, sözleşme özgürlüğünün yalnızca emredici hükümler aracılığıyla sınırlandırılabileceğini savunmaktadır[317]. Bu görüşe göre TBK m. 27/I'de sayılan kavramlar, bir hükmün emredici olduğunun lafzen anlaşılmadığı durumlarda, amaçsal yorumda kullanılan yorumlayıcı (*Interpretation*) nitelikte kavramlardır[318]. Bu görüş uyarınca hâkimin değerlendirmesi gereken tek şey, somut olaydaki sözleşmenin emredici bir kanun hükmünü ihlal edip etmediğidir. Bir hükmün emredici olup olmadığını belirleyebilmek için ise bu hükmün amaçsal yorumunun yapılması zorunludur. Bu bağlamda, TBK m. 27/I'de birbirinden bağımsız olarak sayılan kavramlar, hâkimin amaçsal yorum yaparken göz önünde tutması gereken *yorum kriterleridir*[319]. Bir başka deyişle, söz konusu hükümde sayılan kavramlar, yalnızca amaçsal yorumda kullanılacak yorum araçları niteliği taşımaktadır. Hâkim, somut olaydaki sözleşmede ihlal edilen hükmün amaçsal yorumunu yaparken ihlal edilen hükme aykırılığın, kamu düzenine,

---

[312] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 530 vd.; **ATAMER,** GİŞ, s. 184 vd.; **PERRIN,** Jean-François, La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse, SJ 1973, s. 209; **ERTEN,** s. 76-77.

[313] Hukukun başat ilkelerine örnek olarak: iyi niyet (*bona fides*), ahde vefa (*pacta sunt servanda*), kazanılmış haklara saygı, kesin hükme saygı gibi ilkeler verilebilir. Hukukun başat ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **IŞIKTAÇ,** Yasemin/**METİN**, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2020, s. 268 vd. Ayrıca bkz. **ATAMER,** GİŞ, s. 186-187.

[314] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 530. Yazar, bu kavramların *"emredici hükümler"* ile aynı düzeyde sınırlama kriteri olarak maddede hüküm altına alındığını ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **ATAMER,** GİŞ, s. 184 vd.

[315] Bu görüş kabul edildiği takdirde örneğin; taraflar arasındaki bir kira sözleşmesi, kamu düzenine aykırı nitelikte olmasa bile ahlaka aykırı sayılarak kesin hükümsüz kılınabilmektedir.

[316] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 530; **ATAMER,** GİŞ, s. 184-185.

[317] **HATEMİ,** Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 35-36; **LÖRTSCHER,** s. 198-199; **SCHRANER,** s. 10; **KAMM,** s. 170 vd.; **KAŞAK,** s. 483; **KARABAĞ BULUT,** Kişilik, s. 15.

[318] **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 35-36; **KAŞAK,** s. 483; **KARABAĞ BULUT,** Kişilik, s. 15.

[319] **KAŞAK,** s. 484.

ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığını kontrol edecektir[320]. Dolayısıyla kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık kavramları sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırları niteliği taşımayacaktır. Bu kavramlar, sözleşme ile bir kanun hükmün ihlal edilmesi olasılığında, ihlal edilen kanun hükmünün emredici hüküm seviyesine çıkarma işlevi dışında başka hiçbir anlam ifade etmemektedir[321].

Kanaatimizce ikinci görüşü kabul etmek gerekmektedir. Buna göre, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılabilmesi, yalnızca kanun koyucunun bu konu hakkında mutlaka emredici bir hüküm düzenlediği durumlarda söz konusu olacaktır. Kanun koyucu, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmek için; kamu düzeni, ahlak ve kişilik haklarını ilgilendiren konularda emredici hükümler düzenlemelidir. Zira kanaatimizce, bir sözleşmenin emredici bir hükme aykırı olmamasına rağmen kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kılınabilmesi söz konusu olursa *hukuk güvenliği ilkesi* ve *hukuki istikrar* ilkeleri tehlikeye girecektir. Bu nedenle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için mutlaka yazılı bir hükmün bulunması gerekmektedir[322].

Bu görüş kabul edildiği takdirde hâkim, sorumsuzluk anlaşması bakımından yalnızca TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri uyarınca kusur kriteri uyarınca değerlendirme yapabilecektir. Bir başka deyişle, hâkim, somut olaydaki sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağını yalnızca TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerindeki kusur kriteri çerçevesinde değerlendirecek olup kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık bakımından ayrıca değerlendirme yapamayacaktır. Bu görüşün kabul edilmesinin pratik sonucu özellikle kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle, kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerine uygun bir şekilde yapılması mümkündür. Burada, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği bakımından TBK m. 27/I veya TMK m. 23 hükmü değerlendirilemeyecektir.

---

[320] İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında hükmün bu amaçla kanuna konulduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **KARABAĞ BULUT**, Kişilik, s. 14, dp. 34.
[321] **LÖRTSCHER,** s. 198-199.
[322] **HATEMİ,** Hüseyin, Yazılı Olmayan Kamu Düzeni Kuralı, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, İstanbul 2020, s. 290. Aynı yönde bkz. **KAŞAK,** s. 111.

IV. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLE KORUNAN HUKUKİ MENFAATLER

A. GENEL OLARAK

Borçlar hukukunda kural sözleşme özgürlüğü istisna ise sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Emredici hükümlerin istisna olması, emredici hükümlerin *istisnalar dar yorumlanır* ilkesi uyarınca dar yorumlanmasını gerektirmektedir[323]. Bu yorum kuralı uyarınca sözleşme özgürlüğünden daha üstün bir menfaat bulunmadığı sürece bir hükmün emredici olduğu söylenemeyecektir[324]. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere sözleşme özgürlüğünden daha üstün menfaatlerin, TBK m. 27/I'de yer alan kavramlar olduğu ve bu kavramlar aracılığıyla bir hükmün emredici olup olmayacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda aşağıda TBK m. 27/I'de sayılan kavramlar ile korunan menfaatler incelenecektir.

B. KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI

Hukukun en önemli amaçlarından birisi de toplumdaki herkesin ortak menfaatlerini korumak ve bu sayede bir düzen sağlamaktır. Zira hukuk düzeni yalnızca bireylerin özgürlüklerini korumak değil aynı zamanda toplumdaki herkes için geçerli olan ortak menfaatleri saptayıp bunu korumaktadır[325]. Öğretide kamu düzeni kuralları, kamunun menfaatini sağlamak amacıyla düzenlenen ve kamunun menfaatini koruyan nitelikteki kurallar olarak açıklanmaktadır[326]. Kamu düzeni kavramını *Erten* şu şekilde ifade etmektedir: *"Sözleşme özgürlüğünün tek başına uygulanması durumunda geçerli olan hukuk düzeni müesseseleri ve ilkeleri tehlikeye düşürüldüğü zaman, fertlerin özgürlüğünü ve sözleşme özgürlüğünü, toplumun çıkarları yönünden sınırlandıran ilke kamu düzenidir[327]."*

Yukarıda kamu düzeninin amacının toplumda yer alan her bireyin ortak nitelikteki menfaatlerini korumak olduğunu ifade ettik. Borçlar hukuku alanında ise kamu

---

[323] İstisnalar dar yorumlanır kuralı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **YONGALIK,** Aynur; "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirmesi", AÜHFD, C. 60, S. 1, Ankara 2011, s. 3.
[324] **YONGALIK,** s. 3; **ATAMER,** GİŞ, s. 187.
[325] **ERTEN,** s. 86; **NOMER,** Genel, s. 90-91; **ATAMER,** GİŞ, s. 185-186.
[326] **FARJAT,** Gerard, L'Ordre public économique, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1963, s. 29; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 402; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 42; **EREN,** s. 368; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 545-546; **NOMER,** Genel, s. 90; **ATAMER,** GİŞ, s. 185-186; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 88.
[327] **ERTEN,** s. 86.

düzeninin, *ekonomik kamu düzeni* olarak algılanması gerektiği öğretide ifade edilmektedir[328]. Zira kamu düzeninin korunabilmesi için özellikle toplumsal ekonomik düzeninin korunması gerekmektedir. Öğretide *Farjat* ekonomik kamu düzenini, *"ekonomik yapıyı, sosyal ilişkileri, sözleşme içindeki ekonomik dengeyi düzenleyen, sözleşmesel ilişkilerde bağlayıcı kuralların bütünü…"* şeklinde tanımlanmaktadır[329].

Ekonomik kamu düzeninin ilgi alanını bireylerin hukuki pozisyonları ile değil ekonomik pozisyonları oluşturmaktadır. Ekonomik kamu düzeni kuralları, sözleşmedeki özel ve kamu menfaatlerinin dengesini sağlayan kurallardır. Bir başka ifadeyle ekonomik kamu düzeni kurallarının esas amacı, zayıfların korunması ve bireyler arasındaki ekonomik ilişkilerin düzenlenmesini sağlamaktır[330]. Bu bağlamda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde hak ve yükümlülükler arasındaki dengenin bozulduğu sözleşmelerin kamunun menfaatlerine aykırılık taşıdığı kabul edilmektedir[331]. Bütün bu anlatılanları özetlemek gerekirse, ekonomik kamu düzeninin temel amacı, zayıf tarafın korunmasıdır[332].

Kamu düzeninin borçlar hukukundaki amaçları bakımından öğretide herhangi bir tartışma bulunmamasına rağmen bu hükümlerin nasıl tespit edileceği bir başka ifadeyle bu hükümlerin nitelikleri hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır.

Birinci görüşteki yazarlar kamu düzeni hükümlerinin belirlenebilmesi için yalnızca pozitif hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir[333]. Bu görüş uyarınca, hukuk tarafından yazılı olarak düzenlenmemiş hükümlerden başka bağımsız bir kamu düzeni kavramı değerlendirilmesi yapılamaz. Bu görüşteki yazarlar TBK m. 27/I'de yer alan kamu düzeni kavramının sözleşmenin geçersiz kılınmasını sağlayacak bağımsız bir kriter olmadığını, yalnızca emredici hükümlere aykırılığın tespit edilmesinde kullanılabilecek bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Bu yazarlara göre kamu düzenine aykırılık mümkün olmayıp, yalnızca bir kanun hükmünün kamu düzenini korumayı amaçlaması nedeniyle emredici bir nitelik taşıması mümkündür ve bunun sonucunda da yalnızca emredici hükme aykırılıktan

---

[328] **ATASOY,** s. 1.
[329] **FARJAT,** s. 38. Kamu düzeni kuralları hakkında çeşitli tanımlar için bkz. **ATASOY,** s. 34 vd.
[330] **ATASOY,** s. 35.
[331] **ATASOY,** s. 207-208.
[332] **ATASOY,** s. 35.
[333] **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 39; **LÖRTSCHER,** s. 198; **KAMM,** s. 170; **BUOL,** N. 349; **EREN,** s. 369; **KAŞAK,** s. 110-111; **KARABAĞ BULUT,** Kişilik, s. 49; **KIRKBEŞOĞLU,** s. 144 vd.

bahsedilebilir[334]. Karşıt görüşteki yazarlar ise pozitif hukuktan yani yazılı hukuktan bağımsız bir kamu düzeni kavramının olduğunu ileri sürmektedir[335]. Bu görüşteki yazarlara göre kamu düzeni kavramı soyut ve genel bir niteliği haiz olup hâkimin hukukun genel ilkeleri ışığında kamu düzeni kavramını somutlaştırma görevi ortaya çıkmaktadır[336]. Bir başka ifadeyle kamu düzeni kavramı kanunlardan bağımsız soyut bir niteliktedir. Dolayısıyla emredici bir hükme aykırı olmasa bile yedek hükümlere hatta hukukun temel ilkelerine aykırı nitelikte olan bir sözleşme bu sınırlara aykırılık teşkil ediyorsa geçersiz olacaktır[337]. Bu görüşün en temel gerekçesi, kanun koyucunun kamu düzeni kavramını TBK m. 27/I hükmünde, emredici hükümlerden sonra ayrıca ifade etmiş olmasıdır.

Kanaatimizce ilk görüşü üstün tutmak gerekmektedir. Bir başka ifadeyle kamu düzenine aykırılık için mutlaka yazılı bir hüküm olmalıdır. Bunun sebebi ise kamu düzeni kavramının son derece muğlak ve belirsiz olmasıdır. Bir sözleşme emredici bir hükme aykırı olmamasına rağmen kamu düzenine aykırı değerlendirilip geçersiz kılınması davaya bakan hâkime bağlı bir hale gelecek bu ise farklı kamu düzeni değerlendirmelerine sebep olacaktır. Dolayısıyla yedek hükümlere veya yazılı olmayan birtakım ilkelere aykırılık teşkil etmesi nedeniyle hukuki işlemlerin geçersizlik yaptırımına uğratılması söz konusu olursa hukuk güvenliği ilkesi ve hukuki istikrar ilkeleri tehlikeye girecektir[338]. Bu kabul yukarıda ele aldığımız emredici hükümler hakkında yaptığımız tartışmanın doğal sonuçlarından birisidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere emredici hükümler, kanun koyucu tarafından zorunlu olarak yazılı bir şekilde düzenlenmelidir. Bir hükmün emredici olup olmadığını anlamak için ise kamu düzeni kavramı yorumlayıcı niteliği ile devreye girecektir. Dolayısıyla kamu düzeni kurallarının yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Burada kanun koyucunun kamu düzeni kavramını somutlaştırma görevi bulunmaktadır. Kanun koyucu kamu düzenini

---

[334] **HATEMİ,** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 29; **KAŞAK,** s. 111; **KIRKBEŞOĞLU,** s. 144 vd.; **KARABAĞ BULUT,** Kişilik, s. 51-52.

[335] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 548; **ATAMER,** GİŞ, s. 184-185; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 88; **ATEŞ,** s. 159 vd.

[336] **ATAMER,** GİŞ, s. 184-185.

[337] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 546; **ATAMER,** GİŞ, s. 184-185.

[338] *"Kamu düzeni kavramını belirlemek ve tarif etmek güçtür. Fakat diğer taraftan şunu da kabul etmek gerekir ki, bu kavramın bir* ***Demokles Kılıcı*** *olmaktan çıkarılması ve güven verici bir duruma sokulması zorunludur.",* (**HATEMİ,** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 39'dan naklen).

korumak amacıyla yedek hükümlerle veya hukukun temel ilkeleriyle korunan değerleri emredici bir hale getirerek düzenlemeli ve hâkim de bunu uygulamalıdır[339].

C. GENEL AHLAKIN KORUNMASI

Ahlaka aykırılık kavramının sözleşmenin geçerlilik sınırlarını belirleyen bir ölçüt olması bu kavramın içinin doldurulması ve ahlak kavramından ne anlamamız gerektiği konusunda ölçütler belirlememiz gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır[340].

Ahlakın borçlar hukuku uyarınca sözleşme özgürlüğünü sınırlayabilmesi için genel olarak üç görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşler, ahlakın sözleşme özgürlüğünün sınırlarını hangi ölçütler uyarınca belirleyebileceğini somutlaştırmaya çalışmışlardır. Bu görüşleri sırasıyla; *orta düzey birey kriteri*[341]*, hukuki ahlak kriteri*[342] ve *toplumda egemen olan genel ahlak kuralları ve Anayasa ve kanunların temelinde yatan etik prensiplerin birlikte yorumlanması kriteri*[343] olarak ifade edebiliriz.

Bu görüşler içinde kanaatimize üçüncü görüş kabul edilmelidir. Bu görüşe göre toplumun egemen ahlak anlayışı, hukuk düzeninin koyduğu etik ilkelerle birlikte ele alınarak belirlenmeli bu belirleme sonucunda ortaya çıkan ahlak ölçütü sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmaktadır. Bu görüş uyarınca ahlak kavramı için toplumun genel kabul gören ahlak kuralları ve tarih boyunca hukuk düzeninin başat ilkeleri beraber göz önüne alınacaktır. Hâkim sözleşme özgürlüğünü sınırlandırabilmek için önce toplumun genel ahlak kurallarına bakacaktır. Eğer toplumun genel ahlak kuralları ile

---

[339] Aynı yönde bkz. **KAŞAK,** s. 111.

[340] Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından hukuki işlemlerde ahlaka aykırılık ve kamu düzeni kavramının birbiriyle ilişkisi hakkında detaylı karşılaştırma için bkz. **ATASOY**, s. 119 vd.

[341] Bu görüşe göre toplumdaki makul (orta) seviyede dürüst bir kişinin düşüncelerine ve davranışlarına aykırı olan işlemler ahlaka aykırı sayılmaktadır. Hâkim ahlak kavramını somutlaştırırken esnek davranamaz. Toplumdaki makul düzeydeki bir kişinin davranış ve düşünüş tarzını göz önüne alarak somutlaştırma yapmak zorundadır. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 83 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 89; **EREN,** s. 364.

[342] Bu görüşe göre, makul orta düzey bireyin davranışını esas alan ahlak kriteri toplumsal bir "sosyal ahlak" kriteri ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda ise yeni bir kavram olan "sosyal ahlak" kavramının somutlaştırılması gerekecek ve yeni bir bilinmeyen yaratılmış olacaktır. Bu nedenle sözleşme özgürlüğüne getirilecek sınırı teşkil edecek ahlak kavramı için toplum ahlakından tamamen soyutlanmış "hukuki ahlak" kavramı dikkate alınmalıdır. Bu görüşe göre sözleşme özgürlüğüne getirilecek sınırı teşkil eden ahlak bakımından hukuk düzenince başta Anayasa olmak üzere kanunlarca öngörülmüş etik ilkeler esas alınmalıdır. Günümüz küresel dünyasında toplumların kültür farklılıklarını son derece derinleştirmiş gün geçtikçe genel kabul gören ahlak kuralları sayısını azaltmıştır. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **SEROZAN,** Medeni, s. 338; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 108.

[343] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 553; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik, s. 73; **NOMER,** Genel, s. 90; **ATAMER,** GİŞ, s. 153-154.

hukuk düzeninin (Anayasa ve kanunların) başat ilkeleri arasında bir çatışma olursa bu durumda artık sözleşme özgürlüğünü sınırlandırabilmek için hukuk düzenince kabul gören etik ilkeyi üstün tutarak ahlak kavramının içini dolduracaktır[344].

D. KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

1. Genel Olarak

Kişinin varlığının sonucu olarak ruhu ve bedeni üzerinde mutlak hakimiyeti bulunmaktadır. Hukukumuzda kişiliğin korunması amacıyla genel olarak iki hüküm öngörülmüştür. Bunlardan birisi TMK m. 23 hükmüdür[345]. Söz konusu hükümde kişinin kendi rızasıyla kendi kişisel varlığından vazgeçerek hukuki işlemlerde bulunmasını emredici bir şekilde yasaklamıştır. Kişiliğin korunması amacıyla öngörülmüş olan diğer hüküm ise TMK m. 24 hükmüdür[346]. Bu hüküm, kişinin kişiliğini kendi rızası olmadan dışarıdan gelen ihlallere karşı koruyan hüküm niteliğindedir. Sorumsuzluk anlaşması bakımından incelenmesi gereken hüküm TMK m. 23 hükmü olup aşağıda bu hüküm çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

Kişilik hakkının ihlali yoluyla sözleşmenin emredici hükümlere aykırı kabul edilmesi iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan birisi, sözleşmenin konusunun kişilik hakkını ihlal etmesi diğeri ise, sözleşmenin konusunun TMK m. 23'e uygun olmasına rağmen bu sözleşmenin aşırı derecede bağlılık yaratmasıdır. Sözleşmenin aşırı derecede bağlılık yaratması, öğretide *kelepçeleme sözleşmeleri* olarak da ifade edilmektedir. Sözleşmenin konusunun kişilik haklarına aykırı olması durumunda sözleşme, TMK m. 23/II uyarınca geçersiz olacaktır. Bu durumlara örnek olarak; din değiştirme sözleşmesi, para karşılığı boşanma sözleşmesi gibi çok farklı örnekler verilebilir[347]. Çalışma konumuz olan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından bunlar

---

[344] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 553; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s. 104 vd.

[345] TMK m. 23 uyarınca; *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*
Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.
Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."

[346] TMK m. 24 uyarınca; *"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*
Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

[347] **KARABAĞ BULUT**, Kişilik, s. 73.

içerisinde en önemli konulardan birisini de *"kişi varlığı zararlarının"* konusunu oluşturduğu sorumsuzluk anlaşmalarıdır. Bu doğrultuda aşağıda kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı, geçerli ise hangi derecede geçerli olabileceği ele alınacaktır.

2. Kişi Varlığı Zararları Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmaları

a. Genel Olarak

Kişi varlığı zararları, genel olarak ölüm veya yaralanma sonucunda malvarlığında meydana gelen azalmalardır[348]. Kişi varlığı zararları kapsamına; bedensel zararlar, ölüm halinde uğranılan zararlar ve manevi zarar gibi çeşitli zararlar girmektedir. Bedensel zararlar TBK m. 54 hükmünde; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya kaybedilmesinden doğan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde dört kalem halinde sıralanmıştır. Ancak kişi varlığı zararları yalnızca bedensel zarar olarak sınırlanamaz. Nitekim manevi zararlar da kişi varlığı zararları olarak değerlendirilmektedir[349]. Bu nedenle kişi varlığı zararları üst kavram olup içerisinde hem malvarlığı zararlarını hem de manevi zararları bulundurmaktadır. Bir başka ifadeyle kişi varlığı zararları, kişinin bedensel ve ruhsal olarak korunan hukuki değerlerinin ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan zararlardır.

Daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere sorumsuzluk anlaşmaları kural olarak her türlü zarar bakımından yapılabilmektedir[350]. Buna karşın TMK m. 23/II hükmü uyarınca tarafların bedensel ve ruhsal değerlerinin ihlali konusunda herhangi bir hukuki ilişkide bulunması, kesin hükümsüz sayılmıştır[351]. Bu nedenle sorumsuzluk anlaşmasına, TBK m. 27 ve TMK m. 23/II'de yer alan bu sınırlamaların uygulanıp uygulanamayacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, sorumsuzluk anlaşmasının konusunun kişi varlığı zararlarının oluşturduğu anlaşmalar, TBK m. 27 ve TMK m. 23/II uyarınca

---

[348] **BREHM,** Art. 41, N. 76 vd.; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 188, N. 249; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 94; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 96; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 548; **EREN,** s. 597; **NOMER,** Genel, s. 255.
[349] **ARIDEMİR GENÇ,** s. 210 vd.; **İNCEOĞLU,** s. 77-78.
[350] Bkz. Birinci Bölüm, V, C, s. 44.
[351] **KARABAĞ BULUT**, Nil, Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 866.

geçersiz mi sayılacaktır? Yoksa TBK m. 27 ve TMK m. 23/II hükümleri uygulanmayacak ve yapılan sorumsuzluk anlaşması geçerli mi sayılacaktır?

Kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları hakkındaki açıklamalara geçmeden önce, kişi bütünlüğünün ihlalinin konu edildiği sözleşmelerin TMK m. 23/II ve TBK m. 27/I hükümleri uyarınca kesin hükümsüz olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Örneğin, "bana vurabilirsin" veya "beni öldürebilirsin" şeklindeki anlaşma yapılması mümkün değildir ve bu anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Buna karşın taraflar arasındaki sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırı olmasa da borçlunun sözleşme sorumluluğunun kişi varlığı zararları bakımından yapılacak olan bir sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasının, mümkün olup olmayacağının incelenmesi gerekmektedir. Zira sorumsuzluk anlaşmasının geçerlilik sınırlarını oluşturan TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde, kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağı hakkında hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu doğrultuda aşağıda kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı hakkında öğretideki görüşlere yer verilecektir.

b. Öğretide Kişi Varlığı Zararları Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmasını Reddeden Görüşler

Öğretide bir görüş, TMK m. 23/II hükmünün, sorumsuzluk anlaşmalarının emredici sınırlarından birisi olduğunu kabul etmektedir[352]. Bu görüş, tarafların bedensel-ruhsal bütünlüğünü konu alan sorumsuzluk anlaşmalarının (bu bağlamda kişi varlığı bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının) TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bireylerin kişisel değerleri olan bedensel-ruhsal bütünlüğünün ihlal edilmesi mümkün olmayıp bu değerler hukuk düzeni

[352] Türk hukukunda bu yönde bkz. **ARIDEMİR GENÇ,** s. 214; **ŞENOCAK,** s. 254; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 314; **AKMAN,** s. 114-115; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 866; **SEROZAN,** HPD 2006, S. 6, s. 50; **YÜNLÜ,** Semih, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 446 vd. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **FURRER,** Andreas/**WEY,** Rainer, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, (hrsg.: FURRER, Andreas/SCHNYDER, Anton K.), Schulthess Juristische Medien, 3. Auflage, 2016 Zürich, Art. 100, s. 622, N. 19; **OESCH,** s. 126 vd.; **KOLLER,** Alfred, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1980, s. 113 vd.; **SCHNYDER VON WARTENSEE,** s. 69 vd.; **KAMM,** s. 196; **BUOL,** N. 336; **SCHWENZER,** N. 24. 14; **BREHM,** Art. 41, N. 232a; **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 19.

tarafından mutlak surette korunan değerlerdir. Bu nedenle söz konusu değerlerin ihlali, emredici nitelikteki TMK m. 23 hükmü uyarınca korunmakta ve bahsedilen değerlerin sorumsuzluk anlaşmasına konu edilmesi mümkün değildir. Bu görüşün temel gerekçesi, borçlunun alacaklının kişi varlığına zarar vermemek için gereken özeni göstermeme tehlikesinin doğmasının mümkün olabilmesidir[353]. Buna göre, kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının yapılması kabul edildiği takdirde, borçlunun, alacaklıya zarar vermeme konusunda özensiz davranabilme olasılığı doğmaktadır. Bunun sonucunda da hukuk düzeninin korumak istediği bireylerin kişisel değerleri bakımından, olumsuz bir durum yaratılmış olunacaktır.

Öğretide *Akman* ve *Hatemi/Gökyayla* sorumsuzluk anlaşmasının kişi varlığı zararları bakımından yapılamayacağını rıza beyanı ile gerekçelendirmektedir[354]. *Akman'a* göre bir kişinin vücut bütünlüğü ve özellikle yaşamı hakkındaki değerleri ihlal eden nitelikteki hukuki işlemler TMK m. 23/II uyarınca kesin hükümsüzdür[355]. Kanaatimizce yalnızca bu şekilde yapılan bir açıklama hukuken yeterli değildir. Zira TBK m. 63 hükmü uyarınca, zarar görenin hukuken geçerli rızasıyla vücut bütünlüğü değerlerinin ihlal edilmesi hukuka uygun olup her türlü rıza TMK m. 23/II uyarınca geçersiz sayılmamaktadır. *Hatemi/Gökyayla* ise, kişi varlığı değerleri üzerinde yapılan rızanın hukuki olarak geçerli olup olmayacağı değerlendirilerek sonuca varılması gerektiğini ileri sürmektedir[356]. Buna göre rıza, zarar görenin tasarruf yetkisinin olup olmamasına bağlı olarak hukuken geçerli olacaktır. Rıza, rıza gösterenin tasarruf yetkisinin olmadığı durumlarda, *birlikte kusur* olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, bu durumlarda rıza, tazminattan indirim sebebi teşkil edecektir. Buna karşın, rıza gösterenin tasarruf yetkisinin olduğu durumlarda rıza, *hukuka uygunluk sebebi* olarak değerlendirilecektir. Yazarlar, bahsedilen gerekçelerle kişi varlığı zararları bakımından açık bir kural olmadığı sürece, rıza gösterenin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemeyeceğinin ve bu rızanın yalnızca birlikte kusur olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir[357]. Başka deyişle, yazarlara göre kişi varlığı zararları alanında öncelikle uygulanması gereken TMK m. 23/II hükmü olup sorumsuzluk

[353] **ŞENOCAK,** s. 253 vd.; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 866.
[354] **AKMAN,** s. 114-115; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 314-315.
[355] **AKMAN,** s. 114-115.
[356] **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 314-315.
[357] **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 308.

anlaşmaları yalnızca malvarlığı zararları bakımından geçerli olacaktır. Kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşmaları ise kesin hükümsüz olacaktır[358].

c. Öğretide Kişi Varlığı Zararları Bakımından Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmasını Kabul Eden Görüşler

Öğretideki diğer görüş, kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kural olarak geçerli olduğunu savunmaktadır[359]. Bu görüşteki yazarlar, kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının, doğrudan kişilerin bedensel-ruhsal bütünlüğünü ihlalini konu edinmediğini ve bu anlaşmaların tek amacının ihlal sonucunda doğacak olan tazminat taleplerinden borçluyu kurtarmak olduğunu ifade etmektedir[360]. Taraflar, kişi varlığı zararları bakımından yaptıkları sorumsuzluk anlaşmasıyla, kişi varlığı değerleri üzerinde değil; yalnızca bu değerlerin ihlali sonucunda doğacak tazminat talepleri üzerinde tasarrufta bulunmaktadır[361]. Nitekim, zarar sonucunda doğan tazminat talebinin hem malvarlığı zararı hem de kişi varlığı zararına yönelik olma olasılığı söz konusudur. Sorumsuzluk anlaşmasının amacı ise yalnızca bu tazminat alacağı üzerinde bir tasarrufta bulunulmasıdır[362].

Neuenschwander'e göre, borçlunun alacaklının kişi varlığı değerlerini (bedensel ve ruhsal değerlerini) korumak yönünde daha özenli davranmasının gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yazara göre, sorumsuzluk anlaşmalarının yapılma amacı yalnızca tazminat talebi üzerinde etkili olup sözleşmenin ifası için gösterilmesi gereken *özen yükümlülüğü* bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de yazar, yapılan sorumsuzluk anlaşmasının vücut bütünlüğüne herhangi bir etkisi olmadığını ifade etmektedir. Yazar sorumsuzluk anlaşması yoluyla TMK 23/II hükmü ile korunan kişi varlığı değerlerinin sınırlandırılmadığını savunmaktadır[363]. Gerçekten de daha önce de

---

[358] **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 314-315.
[359] **HOCHSTRASSER,** Michael, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006, s. 112 vd.; **İNCEOĞLU,** s. 112; **BAŞ,** s. 155; **BEAT,** s. 278-279; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 499, N. 34; **NEUENSCHWANDER,** s. 102.
[360] **HOCHSTRASSER,** Michael; "Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden", AJP/PJA 2016, Dike Verlag, Zürich 2016, s. 910, (www.swisslex.com, **ERİŞİM,** 11.09.2021).
[361] **BAŞALP,** s. 206; **HOCHSTRASSER,** Personenschäden, s. 910.
[362] **BAŞALP,** s. 293, dp. 393.
[363] **NEUENSCHWANDER,** s. 102. Karşı görüş için bkz. **KAMM,** s. 196 vd. Yazar, her ne kadar sorumsuzluk anlaşmasının amacının zarar sonucunda doğan tazminat talebi üzerinde etkili olsa da buradaki tazminat talebinin kişi varlığını koruyan bir tazminat talebi olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda yazara göre, kişi varlığında meydana gelen bir zararın giderilmesi yönündeki tazminat talebi, kişilerin bedensel ve

belirttiğimiz üzere sorumsuzluk anlaşmasının sözleşmenin özenli olarak ifa edilmesi, bir başka deyişle özen yükümlülüğü, bakımından hiçbir etkisi bulunmamaktadır ve bu anlaşmalar yalnızca zarar sonucunda doğan tazminat talebi üzerinde etkilidir[364].

Öğretide *Lörtscher'e* göre, kural olarak kişilik haklarının ihlalini (bu bağlamda kişi varlığı zararlarını) konu edinen sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu ancak iki istisna halinde bu yasağın geçerli olmayacağını ve sorumsuzluk anlaşmalarının bu iki istisna halinde geçerli olabilecektir[365]. Bu istisnalardan ilki, somut olayda zarar görenin ekonomik durumunun elverişli olması veya riskin sigortalanmış bulunması ve borçlunun sorumsuzluk anlaşmasına rağmen özenle borcunu ifa edeceği kabul edilecekse bu durumda artık yapılan sorumsuzluk anlaşması geçerli olacaktır. İkinci istisna durum ise, sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacak olması nedeniyle satıcının, kamu yararı için çok önemli olan ürünlerini kamuya süremeyecek olması durumudur. Yazarın ifade etmiş olduğu ikinci istisna durum öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira böyle bir durumda satıcının ürünü nedeniyle doğan zararları "sigortalama şansının" olmasının yanı sıra oluşan "zararları ürün fiyatlarına yansıtma şansı" bulunmakta ve bu şekilde zararını karşılayabilme imkânı bulunmaktadır[366]. Konumuz bakımından önem arz eden istisna ise ilk istisna halidir. Bu bağlamda özellikle zararın sigortalanmış olduğu ve borçlunun sorumsuzluk anlaşmasına rağmen özenle borcunu ifa edeceği kabul edildiği durumlarda, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması TMK m. 23/II hükmüne rağmen geçerli sayılmalı ve borçlu hafif kusuru bakımından sorumluluğunu ortadan kaldırabilmelidir. Her ne kadar sorumsuzluk anlaşmasının özen yükümlülüğü üzerinde bir etkisi olmasa da kanaatimizce yazarın bu görüşü isabetlidir. Zira kişi varlığı zararlarından doğan sorumluluk, TBK m. 52 hükmü uyarınca rıza veya birlikte kusur şeklinde tazminat miktarının TMK m. 23'e rağmen sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle hafif ihmalden doğan kişi varlığı zararlarının sorumsuzluk anlaşmasına konu olamayacağı şeklindeki genel bir

ruhsal bütünlüklerini koruyan bir işleve sahiptir. Dolayısıyla yazar, bu tazminat taleplerinin henüz zarar doğmadan bir sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması kişi varlığı değerleri bakımından koruma işlevi gören bir hukuki kurumun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması anlamına gelmekte olduğunu ve bu şekildeki bir sorumsuzluk anlaşmasının TMK m. 23 hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir.

[364] Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, s. 20.

[365] **LÖRTSCHER,** s. 224.

[366] **KAMM,** s. 196 vd.

yasağın kabul edilmesi kanaatimizce mümkün görünmemektedir[367]. Nitekim İsviçre hukukunda her ne kadar hâkim görüş uyarınca kişi varlığı zararlarını konu edinen sorumsuzluk anlaşmalarının TBK m. 27/I ve TMK m. 23/II uyarınca geçersiz olacağı kabul edilse de kişi varlığı zararlarının konu edildiği sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olması yönünde herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir[368].

Kanaatimizce bu görüşün üstün tutulması gerekmektedir. Zira TBK m. 63'teki rıza uyarınca bir kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi şeklindeki bir davranışı hukuka uygun hale getirme tasarruf yetkisi bulunurken böyle bir sonucun karşılıklı iradelerin zorunlu olduğu bir sözleşme aracılığıyla yapılmasının kabul edilmemesi çelişkili bir durum yaratmaktadır[369]. Ayrıca TBK m. 63 uyarınca gösterilen rızanın geçersiz bir rıza olması durumunda bile TBK m. 52 uyarınca tazminatın kapsamının indirilmesi ve hatta bazı durumlarda tamamen kaldırılması şeklindeki kural bile başlı başına kişi varlığı zararları bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz kabul edilmesinin mümkün olmayacağını göstermektedir.

V. TBK M. 115 HÜKMÜ UYARINCA SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ YASAL SINIRLARI

A. GENEL OLARAK

Bu başlık altındaki açıklamalarımıza başlamadan öncelikle TBK m. 115 ve m. 116 düzenlemelerinin son derece özensiz ve karmaşık bir şekilde kanunlaştırıldığını belirtmemiz gerekmektedir. İlgili düzenlemelerin yapılması aşamasında Adalet Komisyonunda yaşanan değişimler, bu düzenlemelerin yalnızca içinden çıkılamaz bir hal almasına neden olmamış, bu düzenlemelerin gerekçelerinde açıklanan amaçları ile

---

[367] Aynı yönde bkz. **BEAT,** s. 280. Yazara göre, kişi varlığının söz konusu olduğu sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği bakımından *"ihlalin ağırlığı/yoğunluğu (Intensität der Verletzung)"* ölçüt olarak dikkate alınmalıdır. Şöyle ki zarar verici davranış sonucunda ölüm veya ağır yaralanma şeklinde "ağır/yoğun bir ihlal" söz konusu ise yapılan sorumsuzluk anlaşması geçersiz olmalı buna karşın bu davranış sonucunda "basit/hafif yaralanma" şeklinde "hafif bir ihlal" söz konusu ise sorumsuzluk anlaşması geçerli kabul edilmelidir. Aksi görüş için bkz. **ARIDEMİR GENÇ,** s. 213, dp. 736.

[368] **HOCHSTRASSER,** Personenschäden, s. 914 vd.

[369] Aynı yönde bkz. **BEAT,** s. 277-278. Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **BAŞALP,** s. 291 vd.

düzenleniş biçimleri arasında ciddi çelişkiler yaratmıştır[370]. Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin maddeler, birden fazla fıkrada, farklı sınırlamaları bünyesinde barındırmakla kalmamış buna bir de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri eklenmiş ve sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin kurallar anlaşılması son derece zor bir hal almıştır. Borçlunun sorumluluğu esasen TBK m. 112'de düzenlenmekte, borçlu bakımından yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmaları ise sorumsuzluk anlaşması başlığıyla TBK m. 115'te birbirinden farklı hükümler altında düzenlenmiştir. Buna karşın hem borçlunun yardımcı kişilerinden sorumluluğu hem de yardımcı kişiler bakımından yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmaları, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk başlığıyla TBK m. 116'de düzenlenmiştir. Dolayısıyla son derece karmaşık bir yapıda ele alınan sorumsuzluk anlaşması hükümlerini değerlendirebilmek, öğretide olduğu gibi bizi de değerlendirme ve açıklama yaparken birçok defa duraksatmıştır.

Bu doğrultuda sorumsuzluk anlaşmalarına yönelik bu karışık düzenlemeleri daha açık bir şekilde anlatabilmek için TBK m. 115 ve TBK m. 116 hükmünü ayrı değerlendirmeyi uygun gördük. Bu nedenle bu başlık altında aşağıda yapılacak olan açıklamalar TBK m. 115 hükmü uyarınca yapılacak olup TBK m. 116 hükmü aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

B. HAFİF KUSUR İLKESİ: TBK M. 115/I

Taraflar arasında, tarafların sorumluluğunu sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi için dört şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. Bunlar:

1. Sorumsuzluk anlaşmasının borçlunun ağır kusuru ile meydana getirdiği zararları ortadan kaldırmaması (Hafif Kusur İlkesi-Ağır Kusur Yasağı),

---

[370] *Antalya* bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *"(...) maalesef Türk Borçlar Kanunu'nun bazı değişiklikler de TBMM Adalet Komisyonu'nda gerçeklemiştir. Adalet Komisyonu Türk Borçlar Kanunu'nu eline aldığı hemen hemen yüz madde değişikliğinin sekseninde hata yapmış, terim ve anlam bütünlüğünü bozmuş, hükümler arası çelişki yaratmıştır. Zaten Komisyonun değişiklik yaptığı maddeler çok fazla olmadığından bu husus fazla göze batmasa da Kanunun 115 ve 116. Maddelerinde olduğu üzere bizim de izah etmekte zorlandığımız noktalardır. Bu eleştiriler katılıyorum, hele TBK 55. Madde Komisyonda ilave edildi ki bu madde tek başına irdelenmeye değer.* ***Komisyon müdahaleyle sorumsuzluk anlaşmalarında yaptığı değişiklikle kanunu geri götürmüş ve amacıyla çelişmiştir.*** *"*, (**ANTALYA,** O. Gökhan, Prof. Dr. Gökhan Antalya Değerlendirme Konuşması, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 351'den naklen).

2. Borçlunun, alacaklı ile hizmet sözleşmesi ilişkisi içinde olmaması (Sorumsuzluk Anlaşması Yasağı),
3. Borçlunun uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat icra etmesi ve bunu kanunun ya da yetkili makamların izni ile yerine getirebiliyor olması (Sorumsuzluk Anlaşması Yasağı).

Buna göre TBK m. 115 bağlamında geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılabilmesi için sayılan bu üç şartın da gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer bu şartlardan biri bile gerçekleşmezse yapılan sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115'in emredici hüküm olması nedeniyle TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacaktır.

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından geçerli ilke, hafif kusur ilkesidir. Bu durum TBK m. 115/I hükmünde; *"Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür."* şeklinde ifade edilmektedir. Kanun koyucu bu hükümle açıkça, ağır kusurun kaldırılması mümkün olmayan bir sorumluluk yarattığını kabul etmiştir. Bir başka deyişle hükmün zıt anlamından, sorumsuzluk anlaşmaları kural olarak yalnızca borçlunun hafif kusurunu kaldırabilecektir.

TBK m. 115 hükmü, borçlunun *pacta sunt servanda* ilkesine (ahde vefa) ve TBK m. 114/I'de yer alan kusur ilkesine taban tabana zıt olarak, sözleşmenin ifasını ağır kusuruyla tehlikeye atmasını engellemek amacıyla tarafların *"tasarruf özgürlüklerini"* sınırlandırmaktadır[371]. Borçlunun sözleşmenin ifasını tehlikeye atması veya ortadan kaldırması hem kusur ilkesine hem de *pacta sunt servanda* ilkesine tamamen aykırıdır. Ağır kusur sorumluluğundan feragat edilememesi, tarafların sözleşmeden doğan özel ilişki ve bu ilişkiden doğan sadakat yükümlülüğünden temeline dayanmaktadır[372]. Taraflar arasında oluşan bu sadakat veya özel güven bağının ağır kusur ile ihlal edilmesi birbiriyle uyumlu değildir[373].

Hukuk düzeni, tarafların aralarında bulunan sözleşme ilişkisi uyarınca birbirlerine hukuki bir bağ ile bağlamaktadır. Bu bağ, hukuk düzenince kurulan bir bağ olduğu için taraflarca bu bağa uygun davranılması gerekmektedir. Tarafların sözleşme ilişkisine uymamaları ise hukuk düzeninin uygun göreceği bir durum değildir. Dolayısıyla hukuk

[371] **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 516, N. 86; **LÖRTSCHER,** s. 156; **BAŞALP,** s. 396 vd.
[372] **WEBER/EMMENEGGER**, Art. 100, s. 516, N. 87; **BUOL,** N. 249.
[373] Bu düşünce ilk olarak Roma hukukunda Dig. 50, 17, 23: *"pactum ne dolus praestetur"* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramın tam açıklaması için bkz. **BERGER,** s. 615.

düzeni uyarınca, aralarında kendi iradeleri ile bir sözleşme ilişkisi yaratan taraflar, artık hukuk düzeninin kurmuş olduğu bir bağ ile birbirlerine bağlıdırlar. Bu bağın, yani sözleşmenin, ihlal edilmesi ise hukuk düzeni tarafından yasaklanmıştır. Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmeleri olasılığında hukuk düzeni devreye girerek taraflar arasında yeni bir hukuki ilişki yaratmakta ve sözleşmeyi ihlal eden tarafı, bu ihlali sonucunda vermiş olduğu zararı tazminle sorumlu tutmaktadır. Buradan anlaşılacağı üzere sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeyi kasten ihlal etmesi hukuk düzeninde korunmamaktadır. Bu bakımdan yalnızca kasten değil ağır ihmal ile de sözleşmeyi ihlal eden taraf sorumlu tutulmaktadır. Bunun sebebi taraflar arasındaki bu özel bağın korunması için kanun tarafından beklenen özenin yerine getirilmemesidir.

Buna karşın hafif kusurun sınırlandırılabilmesi ise hukuk düzenince kabul edilen herhangi bir ilkeyi ihlal etmemektedir. Zira hafif kusurdan sorumlu tutulmak borçlu için risk oluşturmaktadır. Borçlu hafif kusuru olduğu durumlarda tam ve şüphesiz bir şekilde kusurunu örtememektedir (örneğin, kendi özenli performansı yoluyla veya sigorta yoluyla) ve bu durum ileride borçlunun ispat zorlukları yaşamasına sebep olmaktadır. Kusur kavramının hukuk düzenince kabul edilen geçerli tanımları bulunmaması, hafif kusurun hangi ölçütlerle tespit edileceği bakımından belirsiz yaratmaktadır. Borçlunun kusurunun derecelendirilmesi, borçlu kendi özenli performansını ispatlayabilse de çok değişken ölçütlere bağlıdır ve her bir somut olay bakımından ciddi farklılıklar söz konusu olmaktadır. Hafif kusur, kusursuzluğa çok yakındır. Sorumluluk hukukunda hafif kusur, hafif ihmale tekabül etmektedir. Ancak çok dikkatli ve özenli bir kişinin göstermesi gereken bir özenin gösterilmemesi durumunda hafif kusurdan bahsedilebilmektedir. Buna karşın ağır ihmal, kast ve ağır kusura tekabül etmektedir. İşte bu yüzden sorumluluğun hafif kusur bakımından sınırlandırması hukuki çerçevede adaletsiz olmayacaktır[374].

Borçlunun tarafı olduğu sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kuralın hafif kusur ilkesi olduğunu yukarıda ifade ettik. Buna karşın kanun koyucu bazı istisnai durumlarda borçlunun alacaklı ile sorumsuzluk anlaşması yapmasının hafif kusur bakımından bile geçersiz olmasını bir başka ifadeyle tamamen sorumsuzluk anlaşması yasağı söz konusu

[374] Bu bağlamda kanun koyucunun çeşitli kanun hükümleri aracılığıyla hafif kusura hoşgörülü bakış açısıyla yaklaştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin; TBK m. 114/I hükmünde kanun koyucu *"iş özellikle borçlu lehine bir yarar sağlamıyorsa, kusur daha hafif değerlendirilir"* hükmü ile borçlunun yararına olmayan ilişkilerde sorumluluğu yumuşatmıştır. Başka bir örnek olarak TBK m. 527'de yer alan vekaletsiz iş görenin sorumluluğunun hafifletilmesini gösterebiliriz. Bu hükümlerde kanun koyucu açıkça borçlunun sorumluluğu hafifletmiştir.

olduğu durumları düzenlemiştir. Bu düzenlemeler TBK m. 115/II ve m. 115/III hükümleri olup aşağıda incelenecektir.

C. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI YASAKLARI: TBK M. 115/II VE M. 115/III HÜKÜMLERİ

1. Genel Olarak

Borçlunun sorumluluğu, kural olarak yalnızca hafif kusur bakımından sınırlandırılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Ancak bazı istisnai durumlarda borçlunun tarafı olduğu sorumsuzluk anlaşmaları bakımından hafif kusur ilkesi de reddedilmiş, borçlunun sorumsuzluk anlaşması yapması bu istisnai hallerde tamamen yasaklanmıştır. Borçlu bakımından hafif kusur halinde bile sorumsuzluk anlaşması yapılamayacak haller, TBK m. 115 hükmünde iki ayrı fıkrada düzenlenmiştir. TBK'da ise iki ayrı şekilde düzenlenen bu hüküm EBK m. 99/II'de tek bir düzenleme olarak hüküm altına alınmıştı. EBK ve TBK karşılaştırması yaparak hükümde yapılan değişikliklerin altını çizmek hem hükmün amacını hem de değişiklik sürecinde kanun koyucunun özensizliğini gözler önüne serecektir. TBK m. 115 uyarınca borçlu bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmasının hem *uygulanma sınırları* hem de *bu sınırlara aykırılık halinde sorumsuzluk anlaşmasına uygulanacak yaptırım* değiştirilmiştir. EBK m. 99/II ve TBK m. 115/II ve m. 115/III hükümleri şu şekildedir:

TBK m. 115/II'ye göre, "*Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."*

TBK m. 115/III'e göre, *"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."*

EBK m. 99/II hükmü uyarınca, *"Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraati tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükumet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir."*

EBK m. 99/II hükmünde yer alan *"...alacaklı borçlunun hizmetinde ise"* şeklindeki ifade TBK m. 115/II hükmünde *"Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç"* şeklinde değiştirilmiştir. EBK m. 99/II hükmünde yapılan iki değişiklik doğrudan dikkat uyandırmaktadır.

Bunlardan ilki, alacaklının borçlunun hizmetinde olması kriterinin yani alacaklı ve borçlu arasında bir *hizmet ilişkisinin* olmasının; *"borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borcun"* varlığı şeklinde düzenlenmesidir. Bu değişiklik sonucunda kanun koyucu, alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşması bakımından uygulanması gereken sorumsuzluk anlaşması sınırını yalnızca *hizmet sözleşmesine ait herhangi bir borcun varlığına* indirgemektedir. Bir başka deyişle alacaklı ile borçlu arasında *hizmet sözleşmesi dışındaki diğer hukuki ilişkileri* bu maddede düzenlenen sınır bakımından kapsam dışında bırakmış olmaktadır. EBK m. 99/II hükmünün hizmet ilişkisi lafzı önceki kanun döneminde öğretide hizmet ilişkisinin kapsamının belirlenmesi bakımından geniş yorum yaparak alacaklı ile borçlu arasında yalnızca bir hizmet sözleşmesinin varlığının değil alacaklının borçluya *ekonomik veya sosyal bağlılığının* varlığı halinde ve onun talimatlarına uymak zorunda olduğu bütün durumların varlığı halinde uygulanacağı ifade edilmekteydi[375]. TBK m. 115/II hükmünün *hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borç* şeklinde değiştirilmesi karşısında eski dönemde yapılan bu geniş yorum olanağı ortadan kaldırılmış olup taraflar arasındaki ilişki doğrudan hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borca indirgenmiştir. Hükmün bu haliyle uygulanması halinde taraflar arasında hizmet sözleşmesi dışında kurulan hukuki ilişkiler bakımından yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları TBK m. 115/I'deki genel kurala tabi olacaktır. Dolayısıyla burada istisna olarak hüküm altına alınmış bu sınır tarafların diğer hukuki ilişkilerine uygulanamayacaktır[376]. Bunun sonucunda TBK m. 115/II hükmü uyarınca işçi-işveren arasında yapılacak olan sorumsuzluk anlaşması yalnızca taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulacak, tarafların diğer hukuki ilişkileri bakımından TBK m. 115/I genel kuralı uygulanacaktır. Bu bağlamda işçi-işveren arasındaki hizmet sözleşmesi dışındaki örneğin taraflar arasındaki satım sözleşmesi bakımından TBK m. 115/I hükmü uygulanacak ve işveren hafif kusuru bakımından

[375] **KAHVECİ**, s. 920, N. 13; **ERTEN,** s. 230.
[376] **KAHVECİ**, s. 921, N. 14; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 282; **MERAL**, Ö. Oğuzhan, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 1189-1190; **BAŞALP,** s. 368.

sorumsuz kılınabilmektedir. Bu durum ise *zayıf tarafın korunması ilkesine* başlı başına aykırı bir durum yaratmaktadır.

Hükmün gerekçesine bakıldığı takdirde hükmün lafzı ile amacının son derece farklı olduğu görülecektir. TBK m. 115/II hükmünün Adalet Komisyonunun Raporu gerekçesi şu şekildedir*: "...hizmet ediminin, insanın bizzat varlığından bir parça olması, emeğin, Borçlar Kanununun kaynak ülkede kodifikasyonu dönemindeki emek anlayışı ile çağımızdaki değerlendirme kriterlerinin değişmesi, angarya yasağı ve* ***hizmet ilişkisinden kaynaklanan*** *alacak ve tazminatların tam ödenmesi ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bu konudaki hafif kusura veya diğer sebeplere dayalı sorumsuzluk ve tasfiye anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağının açık olması..."* Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesini açıklarken bile açıkça *"hizmet ilişkisinden kaynaklanan"* ifadesini kullanırken TBK m. 115/II fıkrasının yalnızca *"hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borç"* şeklinde hüküm altına alınmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Adalet komisyonunun gerekçesinde açık ve net bir şekilde görüldüğü üzere TBK m. 115/II hükmünün hüküm altına alınmasının nedeni zayıf konumda olan alacaklıyı borçluya karşı korumaktır. Hükmün gerekçesi ve lafzı karşılaştırıldığında TBK'nın 115/II maddesindeki *"Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan…"* şeklindeki ifadenin lafzıyla değil, amacıyla uygulanması zorunluluğu doğmaktadır. Nitekim TMK m. 1 uyarınca; *"Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır."* Bu nedenle öğretide, TBK m. 115/II hükmünün amaçsal yorumu yapılarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce de hükmün amacının bu şekilde açık olması karşısında lafzı ile değil amacı ile uygulanması gerekmektedir[377]. Hükmün amaçsal yorumu sonucunda uygulanmasının sonucunda ise örneğin işçi ve işveren bakımından yalnızca hizmet sözleşmesi bakımından değil taraflar arasındaki bütün sözleşmeler bakımından TBK m. 115/II hükmü devreye girecek ve bu sözleşmelerin hiçbiri bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır.

Hükümde dikkat çeken bir diğer değişiklik ise alacaklının borçlunun hizmetinde olması ölçütünün kaldırılması sonucu alacaklı aleyhine yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına uygulanan bu sınırın artık borçlu aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da uygulama alanı bulmasıdır. Bir başka deyişle, bu madde uyarınca artık

[377] Aynı yönde bkz. **BAŞALP,** s. 367 vd.; **KAHVECİ**, s. 920-921, N. 14.

borçlunun lehine ancak alacaklının aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmaları da bu madde uyarınca geçersiz kılınabilecektir. Halbuki EBK m. 99/II hükmü uyarınca, yalnızca borçlu lehine yapılmış olan ve borçluyu sorumluluktan kurtaran sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz sayılmakta yalnızca alacaklı lehine yapılmış olan ve alacaklıyı sorumluluktan kurtaran sorumsuzluk anlaşmaları ise hükmün uygulama alanına girmemekteydi. Bu düzenlemenin amacına baktığımızda ise amacın apaçık şekilde *"zayıf konumda olan alacaklının korunması"* olmasına rağmen sözleşmenin güçlü tarafı olan borçlunun korunması hükmün amacıyla çelişmektedir. Dolayısıyla hükmün lafzı ile amacının çelişmesi söz konusudur. Bu nedenle öğretide haklı bir şekilde hükmün lafzının uygulanmaması çünkü hükümde örtülü bir boşluk olduğu ifade edilmiştir[378]. Hükümde örtülü bir boşluk olduğunun tespitinin ardından hüküm; yalnızca alacaklı aleyhine ve borçlu lehine yapılmış ve borçlunun hafif kusurunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılması, bunun dışında borçlu aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmalarının hafif kusur bakımından geçerli kabul edilmesi şeklinde uygulanmalıdır.

EBK m. 99/II hükmünde yer alan *"mes'uliyet hükumet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa"* ifadesi TBK m. 115/III hükmünde *"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa"* şeklinde değiştirilmiştir. EBK m. 99/II hükmünde *"kanun tarafından verilen bir sanatın icrası"* kriteri yer almaktayken yeni düzenleme ile *"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütülebiliyorsa"* hüküm altına alınmıştır. Yeni düzenleme uyarınca iki şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. Bunlar, ilk olarak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütülebilmek ve ikinci olarak bu faaliyetin uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat olmasıdır. Yani yeni düzenlemenin sorumsuzluk anlaşmasına uygulanabilmesi için kanun veya yetkili makamların izniyle yürütülen her şeyin değil yalnızca "uzmanlık gerektiren meslek, hizmet veya sanat" olması gerekmektedir[379].

[378] **KAHVECİ**, s. 920-921, N. 13; **BAŞALP,** s. 367-368.
[379] Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD'nin 14.01.2020 tarih ve E. 2019/2045, K. 2020/361 sayılı kararı, (www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 31.07.2021).

2. TBK m. 115/II ve m. 115/III'ün Yaptırımı: Kesin Hükümsüzlük

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından yapılan değişikliklerden belki de en önemlisi, sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğinin türü bakımından yapılan değişikliklerdir. EBK m. 99/II hükmünde; *"Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraati tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükumet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa;* ***haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir."*** denilerek sorumsuzluk anlaşmalarının yapılmasının tamamen yasaklandığı istisnai durumlarda, hakime takdir yetkisi verilmekteydi ve bu anlaşmalar en baştan kesin hükümsüz kabul edilmemekteydi. Dolayısıyla bu hallerin varlığı halinde hâkim, her somut olayın gerekliliğini ayrıca değerlendirecek ve yaptığı değerlendirme sonucunda sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olup olamayacağına karar verme yetkisine sahipti. Buna karşın TBK m. 115/II ve m. 115/III fıkralarında ayrı olarak düzenlenmiş istisna hallerin bulunduğu sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği doğrudan hükümsüz kılınmıştır. TBK m. 115/II ve m. 115/III hükümlerindeki değişiklikler aracılığıyla kanun koyucu belirtilen istisna durumlar halinde artık hâkime takdir yetkisi tanımamış olup bu istisna durumların varlığı halinde hâkimin sorumsuzluk anlaşmasına doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulayacağını hüküm altına almıştır.

Söz konusu bu değişiklik öğretide haklı olarak eleştirilmiş, kanunun ruhuna aykırı bir değişiklik olarak nitelendirilmiştir. *Havutçu* bu durumu şu şekilde ifade etmiştir[380]: *"...Diğer taraftan 818 sayılı BK.m.99/f.2'nin ruhu, tekel durumunun istismarına dayanmaktadır. Bu nedenle en azından burada hâkime takdir hakkı tanınması, kesin hükümsüzlüğün hâkimin takdirine bırakılması isabetli olurdu."* Biz de yazara aynen katılmaktayız. Sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen hükümlerin amacı; zayıf tarafın korunması, tekel durumunun istismarının önüne geçilmesidir. Buna karşın zayıf tarafın korunmasının gerekip gerekmediği hâkimin takdirine bağlanmalıdır. Nitekim her somut olayda zorunlu olarak bir zayıf tarafın bulunduğu yönündeki bir genelleme, sorumsuzluk anlaşması bakımından yapılan düzenlemelerin amacına aykırıdır[381]. Hâkim her somut olayda taraflar arasındaki menfaatleri dikkate alarak, söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının *menfaatler dengesini bozup bozmadığını* takdir edebilmeli ve buna göre

[380] **HAVUTÇU,** s. 329 vd.
[381] **BAŞALP,** s. 188-189; **SEROZAN,** HPD 2006, s. 50 vd.

sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz kılabilmelidir. Bu bağlamda örneğin, iki tarafın da tacir olduğu ve uzmanlığının bulunduğu bir sorumsuzluk anlaşmasının, tarafların hiçbir menfaatini dikkate almadan doğrudan geçersiz kılmak adaletli bir çözüm olmayacaktır. Nitekim OR Art. 100 ve Art. 101 hükümleri uyarınca hâkimin takdir yetkisi bulunmakta olup, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının menfaatler dengesini bozup bozmadığını hâkim takdir etmektedir[382].

VI. TBK M. 116 HÜKMÜ UYARINCA SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

A. GENEL OLARAK BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİSİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU

Teknoloji ve sanayide yaşanan gelişmeler, günümüz ekonomik ve ticari gelişmelerini gittikçe karmaşık hale getirmiş, borcun şahsen ifası neredeyse istisna hale gelmiştir[383]. Ekonomik hayatta yaşanan bu gelişmeler, sözleşmenin ifa edilebilmesi için beraberinde zorunlu olarak yardımcı kişiler kullanılmasını zorunlu hale getirmiştir[384]. Yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun temelinde; *nimet-külfet (tehlike-yarar), hakimiyet teorisi, garanti teorisi* gibi çok sayıda farklı görüş bulunmaktadır[385]. Kanaatimizce yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun temelinde nimet-külfet (tehlike-yarar) ilkesi; başka deyişle, *fayda sağlayan zarara katlanır ilkesi* bulunmaktadır[386]. Şöyle ki ticari hayatta yardımcı kişileri kullanmak genellikle borçlunun lehine iken çoğu durumda alacaklının aleyhine riskler oluşmaktadır[387]. Borçlunun ifa yardımcısı kullandığı sözleşmelerde, hukuken korunması gereken taraf genellikle alacaklıdır. Yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle sorumlu tutulmalarının amacı, alacaklıyı

---

[382] Öğretide İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısında TBK'daki düzenlemenin aynısı öngörülmüş olup bu durum İsviçre öğretisinde ticari hayat bakımından gerekli esnekliği sağlamadığı için ağır şekilde eleştirilmiştir. Bu doğrultuda detaylı bilgi için bkz. **BAŞALP,** s. 87 vd.

[383] Bu konuda inşaat sözleşmeleri, hasta kabul sözleşmeleri, mimarlık-mühendislik sözleşmeleri, yazılım sözleşmeleri vb. gibi çok sayıda sözleşme akla getirilebilir.

[384] **KAHVECİ,** s. 929, N. 2; **YÜNLÜ,** s. 37.

[385] Hükmün amacını açıklayan görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **ŞENOCAK,** s. 11 vd.

[386] Öğretide yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun hukuki temelinin somut olaya göre değişebileceği ve her somut olayda birden fazla ilkenin bir arada bulunabileceği de ifade edilmektedir. Bu yönde detaylı açıklamalar için bkz. **YÜNLÜ,** s. 54 vd.

[387] **KAHVECİ**, s. 929, N. 3. Yazar, ifa yardımcılarının tüm etkinliklerinin, doğrudan doğruya borçlunun egemenlik alanında gerçekleştirilmesinin alacaklının ifa yardımcılarına müdahale edebilmesinin son derece kısıtladığını; borçlunun ifa yardımcılarının sayısını arttırarak daha çok para kazanacağını bu nedenle ifa yardımcısı kullanmanın borçlunun lehine olduğunu ifade etmektedir.

borçlunun lehine olan bu durum karşısında korumaktır. Zira eğer TBK m. 116 hükmü olmasaydı alacaklı zararını yalnızca, TBK m. 112 hükmüne dayanarak talep edebilecekti. Alacaklının TBK m. 112 hükmüne dayanarak zararını istemesi ihtimalinde borçlu işin görülmesinde, işletmenin örgütlenmesinde, yönetiminde ve denetiminde hiçbir kusurunun olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulacak ve zarara alacaklının katlanması gerekecekti[388].

B. YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Borçlunun yardımcı kişisinin fiilinden sorumlu tutulmasının şartları şunlardır:

(1) Alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisinin bulunması,
(2) Borcun ifasının yardımcı kişilere bırakılması,
(3) Yardımcı kişinin fiilleri nedeniyle alacaklının bir zarara uğramış olması,
(4) Borçlunun farazi kusuru,
(5) Borçlu ile alacaklı arasında TBK m. 116 uyarınca bir sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olmasıdır.

Borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden sorumlu tutulabilmesi bakımından yukarıda saymış olduğumuz bu şartların hepsini incelememiz mümkün olmayıp böyle bir ihtimalde çalışma sınırları son derece aşılmış olacaktır. Bu nedenle çalışmada bu şartlar arasında yalnızca konumuz bakımından önem taşıyan borçlunun farazi kusuru ve sorumsuzluk anlaşması şartları incelenecektir. TBK m. 116 uyarınca yapılan sorumsuzluk anlaşmaları, zaten ayrıca detaylı bir şekilde inceleneceği için burada yalnızca yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk bakımından borçlunun farazi kusuru şartı incelenecektir.

Borçlar hukukunda kural, kişinin kendi fiilinden sorumlu olmasıdır. Yardımcı kişinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 116 hükmü, sözleşmesel sorumluluk türüdür. Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel sorumluluk, kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Buna karşın, TBK m. 116/I hükmünde; *"Borçlu, ...onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür..."* denilerek ne sözleşmenin borçlu tarafının ne de yardımcı kişisinin sorumluluğu bakımından kusur

[388] **KAHVECİ**, s. 929, N. 3; **ŞENOCAK,** s. 6-7.

kriteri yer almamaktadır. Bu nedenle madde lafzına bakıldığında ilk bakışta borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden sorumluluğu kusura bağlı olmayan bir sorumlulukmuş gibi algılanmaktadır. Ancak her ne kadar kanun hükmünde açıkça kusurdan bahsedilmemiş olsa da öğretide yardımcı kişinin sorumluluğunun kusura dayalı olup olmayacağı hakkında tartışma bulunmaktadır. Buna göre, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğunun türü bakımından yapılan tartışma üç farklı görüş altında ele alınmıştır. Bunlar[389]: "kusur sorumluluğu", "kusursuz sorumluluk" ve "farazi kusur."

Öğretide eskiden hâkim olan ancak günümüzde artık savunulmayan görüş uyarınca, borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için zarara sebebiyet veren davranışıyla alacaklıya zarar veren yardımcı kişinin, kusurlu olması gerekecektir[390].

Öğretide bu görüşün tam zıttı olan olarak borçlunun yardımcı kişisinin fiilinden sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca borçlunun yardımcı kişisinin fiilinden sorumlu olması için sorumluluğun diğer şartları gerçekleştiği takdirde ne borçlu ne de yardımcı kişi bakımından kusuru incelenmeyecektir[391]. Sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul eden görüş uyarınca borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden sorumlu olmasının tek şartı yardımcı kişi kullanması olup herhangi bir kusur incelemesi yapılmayacaktır[392].

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz birbirinin zıttı olan bu iki görüş dışında öğretide hâkim olan son görüş ise farazi kusur görüşüdür[393]. Bu görüşe göre borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden dolayı sorumlu olup olmayacağının tespiti için bakılması gereken unsur, zararı doğuran yardımcı kişinin fiilini borçlu bizzat kendisi yapsaydı kusurlu sayılıp sayılmayacağının ve sorumlu olup olmayacağının değerlendirilmesidir[394]. Kural olarak herkesin kendi fiillerinden sorumlu tutulması gerekmektedir. Bir kimsenin başka

---

[389] **EREN,** s. 1203.
[390] **VON TUHR/ESCHER,** s. 128-129.
[391] **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 286; **KAHVECİ,** s. 938, N. 27-28; **AKMAN,** s. 74.
[392] Ancak belirtmek gerekir ki bu görüş uyarınca yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk, her ne kadar kusursuz sorumluluk olarak kabul edilse de mücbir sebepler ve uygun illiyet bağının bulunmadığı durumlarda bu sorumluluk doğmayacaktır. Örneğin, doktorun hastaya modern tıbbın bütün kurallarına uygun olarak tedavi uygulamasına rağmen hastanın vefat etmesi durumunda doktor, sırf yardımcı kişi olarak hemşire kullandığı gerekçesiyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu hususta bkz. **ŞENOCAK,** s. 210 vd.; **YÜNLÜ,** s. 283 vd.
[393] **YÜNLÜ,** s. 287; **NOMER,** Genel, s. 364-365; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 286; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 445; **ERTEN,** s. 219.
[394] **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 101, s. 587, N. 133 vd.; **BUCHER,** s. 351; **ŞENOCAK,** s. 210 vd.; **KAHVECİ,** s. 938, N. 27.

birinin fiillerinden sorumlu tutulması, istisnai bir düzenleme gerektirmekte olup yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluk gibi TBK'da özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu istisnai durum nedeniyle borçluyu, yardımcı kişisi alacaklıya ifa sırasında kusursuz olarak zarar vermiş olsa bile sorumlu tutmak hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Buna karşın borçlu, TBK m. 66 adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından öngörülen özen yükümlülüğünü ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacağı gibi yardımcı kişi alacaklıya kusuruyla zarar verdiği durumlarda kendisinin kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır[395]. Buna karşın öğretideki hâkim görüş borçlunun yardımcı kişisinin alacaklıya kusuruyla bile zarar verse burada borçlunun farazi kusurunun değerlendirmesi gerektiğini ve borçlunun kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden doğan sorumluluğu bakımından her ne kadar farazi kusur bir şart olarak kabul edilse de yardımcı kişinin kusurlu olduğu durumlarda artık buradaki zarara borçlunun katlanması gerekmektedir. Nitekim nimet-külfet ilkesi bakımından yapılacak değerlendirmede borçlunun, alacaklıdan çok daha fazla menfaat sağladığı görülecektir[396]. Örneğin, büyük bir inşaat projesinde, borçlunun yardımcı kişisinin kasten inşaata zarar vermesi durumunda, hangi taraf daha fazla fayda sağladı ise o tarafın zarara katlanması gerekmektedir. Bu durumda yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere başvurulması gereken ilke "nimet-külfet" ilkesi olup fayda sağlayan kimse zarara da o katlanmalıdır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere uygulamada çoğunlukla borçlu taraf en çok fayda sağlayan taraf olup alacaklı hukuken zayıf olan konumda olmaktadır. Ancak bu durum her somut olayda değişebilecektir. Dolayısıyla nimet-külfet ilkesi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalı ve bu değerlendirme sonucunda zarara katlanması gereken taraf belirlenmelidir. Yukarıda vermiş olduğumuz örneğe dönecek olursak burada borçlunun daha çok fayda sağladığı bu nedenle de zarara katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Borçlu, yardımcı kişisinin kusurlu olmasına rağmen kendisinin farazi olarak kusurlu olmayacağını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Bir başka ifadeyle, borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için her ne kadar

[395] **ERTEN,** s. 219 vd. Adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulması için özen göstermesi gereken konular hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **TOPUZ**, Murat; "Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar", Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, **UÇAKHAN GÜLEÇ,** Sema/**BASA,** Necdet, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2018, s. 101 vd.

[396] Aynı yönde bkz. **ERTEN,** s. 219-220.

farazi kusur şart olsa da yardımcı kişinin ağır kusurunun (kast veya ağır ihmal) bulunduğu durumlarda da sorumluluğu söz konusu olmalıdır[397].

Borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden doğan sorumluluğu bakımından bir diğer şart, borçlu ile alacaklı arasında TBK m. 116/II ve m. 116/III uyarınca yapılmış herhangi bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunmamasıdır[398]. Çalışma sistematiği uyarınca borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden doğan sorumluluğun bir şartı olan TBK m. 116/II ve m. 116/III uyarınca herhangi bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunmaması aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

C. TBK M. 116/II HÜKMÜ: SINIRSIZ SORUMSUZLUK İLKESİ

TBK m. 116/II uyarınca; "Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir."

Hükümde *tamamen veya kısmen kaldırılabilir* ifadesi ile yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumluluğun tamamen veya kısmen kaldırılabileceğini ortaya koymuştur. Dikkat edilirse, TBK m. 115 hükmünde *tamamen kaldırılabilir* ifadesi yer almazken yalnızca TBK m. 116/II hükmünde sorumluluğun tamamen kaldırılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle sorumluluğun kaldırılması yalnızca TBK m. 116 hükmünde yer alan yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk bakımından söz konusudur. TBK m. 116/II hükmü bağlamında yapılan bir sorumsuzluk anlaşması, *"sorumluluğun kaldırılması"* anlamına gelmektedir[399].

Kanun koyucunun yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu düzenlemesinin sebebi, borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden doğan sorumluluğunun temelinde, "nimet-külfet ilkesinin" bulunmasıdır[400]. Bir başka ifadeyle TBK m. 116/I hükmünün düzenlenmesinin sebebi, borçlunun yardımcı kişi kullanmakta alacaklıya göre daha fazla menfaati olması ve bu nedenle de yardımcı kişisinin fiillerinden doğan zararlardan sorumlu tutulması düşüncesidir. Buna karşın TBK m. 116/I'de düzenlenen sorumluluğun, TBK m. 116/II ile tamamen ortadan kaldırılabilmesinin düzenlenmesi,

[397] Karşı görüş için bkz. **EREN,** s. 1205.
[398] **KAHVECİ,** s. 939, N. 31; **BAŞALP,** s. 194.
[399] **BEAT,** s. 113-114; **BAŞALP,** s. 48-49.
[400] **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 286; **KAHVECİ**, s. 939, N. 31.

öğretide haklı olarak ağır eleştirilere maruz kalmıştır[401]. Öğretide TBK m. 116/I hükmü ile kabul edilmiş olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun, aynı maddenin ikinci fıkrası ile ortadan kaldırıldığı ve kanun koyucunun açıkça kendisiyle çeliştiği ifade edilmektedir. Biz de öğretideki bu görüşe aynen katılmaktayız. Zira bir sorumluluk yaratılıp hemen ardından bu sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılabilmesinin pek anlaşılır bir yanı olduğunu düşünmüyoruz. Kanaatimizce hem borçlu hem de yardımcı kişiler bakımından yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmaları aynı esaslar çerçevesinde düzenlenmelidir[402]. Bu konu hakkında *Başalp'in*[403]; *"Borçlunun yardımcı kişilerin verdiği zararlardan sorumlu tutulmaması halinde ise, kötü ifa halinde dahi borçluya başvuramayan bir alacaklı profili ile karşı karşıya kalınacaktır. Özellikle çetrefilli bir organizasyon yapısına sahip bulunan büyük şirketler düşünüldüğünde, asıl borçluyla karşı karşıya bile gelmeyen müşterilerin yardımcı kişilerin yol açtığı zararlar nedeniyle kime başvuracağı sorunu önemli bir sorundur. Borçlunun kusurunun bulunmaması gerekçesiyle kendisine başvurulması mümkün olmayacakken, zararın aslında borçlunun ticari/mesleki faaliyeti nedeniyle doğduğu gerçeği borçluyu da sorumlu tutma gereğini beraberinde getirmektedir."* şeklindeki ifadelerine katılmamak mümkün değildir. Dolayısıyla kanaatimizce borçlunun yardımcı kişileri bakımından yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmaları da kural olarak yalnızca yardımcı kişilerin hafif kusuru bakımından geçerli olmalıdır[404].

Sonuç olarak kanaatimizce yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun temelini oluşturan en önemli ilke nimet-külfet ilkesi olup bu ilke nasıl ki sorumluluğun temelini teşkil ediyorsa aynı şekilde sorumluluğun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması bakımından da bir temel teşkil etmelidir[405]. Bu nedenle daha önce de ifade edildiği üzere

---

[401] Hükmün detaylı eleştirisi için bkz. **BAŞALP,** s. 199 vd. Ayrıca bkz. **ŞENOCAK,** s. 242; **AKMAN,** s.75-76. İsviçre hukukunda yapılan eleştiriler için bkz. **EMMENEGGER,** Susan/**NICOLA,** Jegher/**SERAINA,** Graf, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet-oder doch?, Brücken bauen Festschrift für Thomas Koller, Stämpfli Verlag, Diss. Bern 2018, s. 187 vd.; **BEAT,** s. 174-175; **BUOL,** N. 316; **LÖRTSCHER,** s. 266; **SCHRANER,** s. 68 vd.; **OESCH,** s. 77-78.

[402] **BAŞALP,** s. 401. Yazar, haklı olarak her iki sorumluluk rejimi bakımından farklı düzenlemeler öngörülmesinin doğru olmadığını ve her iki sorumluluk rejimi bakımından yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmalarının aynı esaslar çerçevesinde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aksi görüş için bkz. **YÖNET,** Öykü Yağmur, Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 234; **YÜNLÜ,** s. 456.

[403] Aynı yönde bkz. **BAŞALP,** s. 210 vd.

[404] Aynı yönde bkz. **BAŞALP,** s. 199 vd.

[405] Aynı yönde bkz. **BAŞALP,** s. 458 vd.

yardımcı kişi kullanmanın nimetlerinden hangi taraf daha çok menfaat elde ediyorsa, bu nimetlerin riskine de en çok o tarafın katlanması gerekmektedir. Bir başka deyişle, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun kaldırılması için kullanılması gereken ölçüt ***"menfaat dengesi"*** ölçütü olmalıdır[406].

D. TBK M. 116/III: SORUMSUZLUK ANLAŞMASI YASAĞI

TBK m. 116/II hükmü ile sorumluluğun tamamen kaldırılabilme imkanını kanun koyucu hemen bir sonraki fıkrada TBK m. 116/III hükmünde düzenlenen istisnalar halinde yasaklamıştır. Aynı istisna durumlar EBK m. 100/III hükmünde de yer almaktaydı. Ancak EBK m. 100/III ile TBK m. 116/III arasında çok ciddi farklar oluşmuştur. TBK m. 116/III hükmü, EBK m. 100/III'e göre oldukça karmaşık ve farklı bir şekilde düzenlendiğini söylememiz gerekmektedir. Bu bağlamda yapılan değişiklikleri sistematik bir şekilde anlatmak oldukça zor olup elimizden geldiğince basitleştirerek açıklamaya çalışacağız. EBK m. 100/III ve TBK m. 116/III hükümleri şu şekildedir:

TBK m. 116/III hükmü; *"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."*

EBK m. 100/III hükmü; *"Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatin icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir."*

EBK m. 100/III'te hüküm altına alınan düzenleme çerçevesinde, bu fıkradaki koşulların gerçekleşmesi durumunda borçlunun yardımcı kişileri bakımından yalnızca hafif kusurundan sorumlu olmadığına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapabilmekteydi[407].

---

[406] Öğretide *Yünlü,* örnek olarak, bir kişinin yeterince uzman olmadığı bir iş konusunda kendisine başvurulması ancak bu işi yapmak istemediği bir durumda, somut olayda alacaklının menfaat ilişkisi değerlendirildiğinde, borçlunun bu işi kabul etmesi karşısında, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesinin kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **YÜNLÜ,** s. 447. Görüldüğü üzere burada "menfaat ilişkisi" ölçüt olarak değerlendirilmekte ve bu ölçüt uyarınca değerlendirme yapılmaktadır. *Başalp*, çalışmasında birçok yerde ***"menfaat dengesi ölçütünün"*** altını çizmektedir. Bu hususta özellikle bkz. **BAŞALP,** s. 224 ve s. 348.

[407] EBK m. 100/III hükmünde borçlunun yardımcı kişisi ifadesi yer almamaktaydı ve fıkrada yalnızca borçlunun sorumluluğu ifadesi kullanılmıştı. Ancak önceki iki fıkra borçlunun yardımcı kişisi bakımından

Hükmün zıt anlamı uyarınca borçlunun yardımcı kişiler bakımından yalnızca ağır kusuru bakımından bir sorumsuzluk anlaşması yasağı hüküm altına alınmıştı. Buna karşın TBK m. 116/III hükmünde; "…*borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."* şeklinde düzenlenen istisnai durumlarda sorumsuzluk anlaşması yasağı getirilmiştir[408].

EBK m. 100/III'te yer verilen *"alacaklının borçlunun hizmetinde olması"* koşuluna TBK m. 116/III'te yer verilmemiştir. Bu nedenle alacaklının borçlunun hizmetinde olması durumlarında, herhangi bir sorumsuzluk anlaşması yasağının olmadığı söylenebilecektir. Ancak TBK m. 116 maddesinin gerekçesi ve Adalet Komisyonu raporu dikkate alındığında, Kanun koyucunun amacının bu koşulu kaldırmak olmadığını ortaya koymamız gerekmektedir. Adalet Komisyonunun raporu da göz önüne alınarak TBK m. 116/III'teki hükmün TBK m. 115/II birlikte değerlendirildiğinde TBK m. 115/II'de taraflar arasında yer alan hizmet ilişkisi kriteri hem borçlu bakımından hem de borçlunun yardımcı kişisinin fiilleri bakımından uygulama alanı bulacaktır[409]. Bu şekilde değerlendirildiğinde ise EBK m. 100/III'te yer alan düzenlemeden farklı olarak alacaklı borçlunun hizmetinde ise hafif kusur halinde dahi yapılan sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır[410].

Bunlar dışında TBK m. 116/III hükmündeki en önemli değişikliklerden birisi de *"mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatin icrasından tevellüt ediyorsa"* şeklinde hüküm altına alınan EBK m. 100/III hükmünden oldukça farklı olmasıdır[411]. TBK m. 116/III hükmünde yapılan bu değişiklik için tekrara düşmemek için TBK m. 115/III ile hüküm altına alınan *"uzmanlık gerektiren meslek ve kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen işler"* sınırlaması bakımından yukarıda TBK m. 115/III hükmünde yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz zira her iki hükümde aynı şekilde kaleme alınmıştır[412]. Ancak EBK m. 100/III hükmündeki sınırlama uyarınca borçlunun yardımcı kişisinin fiillerinden sorumsuz olacağı yönündeki

---

yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını konu aldığı için bütün olarak baktığımızda son fıkra bakımından da öngörülen istisna borçlunun yardımcı kişisinin fiilleri bakımından sorumluluğu konu alan bir hükümdür.

[408] **KAHVECİ**, s. 939-940, N. 32.

[409] **BAŞALP,** s. 206 ve s. 262 vd.

[410] **BAŞALP,** s. 209; **KAHVECİ**, s. 940, N. 33. Bu konu hakkındaki eleştiriler için bkz. **ÖĞÜZ,** Tufan, Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 108.

[411] **KAHVECİ**, s. 940, N. 34.

[412] Bkz. İkinci Bölüm, V, C, 2, s. 85 vd.

anlaşmaların yalnızca ağır kusur halinde hükümsüz olması kabul edilmişken, TBK m. 116/III hükmü çerçevesinde ise bu durumlarda yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşması tıpkı TBK m. 115/III hükmünde olduğu gibi *"her türlü kusur"* bakımından bu bağlamda hafif kusur halinde de hükümsüz olacaktır[413].

Ayrıca kanaatimizce yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk söz konusu olduğu durumlarda hâkime takdiri hükümsüzlük imkânı tanınmalıdır. Bu bağlamda yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları aynen burada da ifade etmemiz gerekmektedir[414]. Buna göre borçlunun yardımcı kişi kullanmasında menfaati olması durumunda hâkim sorumsuzluk anlaşmasını takdiri hükümsüzlük aracılığıyla kesin hükümsüz kılabilmeli; borçlunun yardımcı kişi kullanmasında menfaatinin olmaması veya alacaklının daha çok menfaatinin olduğu durumlarda ise hâkim takdir yetkisini kullanmayıp sözleşmeyi geçerli kılabilmelidir.

[413] **KAHVECİ**, s. 940, N. 36.
[414] Bkz. İkinci Bölüm, V, C, 2, s. 86.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN SORUMSUZLUK ANLAŞMASIYLA SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda sorumsuzluk anlaşmalarına yönelik hükümlerin yalnızca sözleşme sorumluluğu kısmında ve yalnızca kusur ölçütü göz önünde tutularak kusurun yoğunluğu çerçevesinde düzenlendiğini daha önce ifade etmiştik[415]. Bu nedenle TBK'daki sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümler ortada daima bir esas sözleşme ilişkisi bulunduğu varsayımına dayanmaktadır[416]. İlgili düzenlemelerde ne kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu ne de kusursuz haksız fiil sorumlulukları bakımından hiçbir ifade yer almamaktadır. Halbuki tazminat yükümlülüğü doğuran tek sorumluluk sebebi sözleşmesel sorumluluk değildir. Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin kanuni düzenlemelerdeki bu boşluk karşımıza iki farklı problemi çıkarmaktadır:

- İlk problem, sorumluluk sebeplerinin yarışması söz konusu olduğu durumda taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile uygulanıp uygulanmayacağıdır. Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması sözleşmesel sorumluluğunun yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu da kapsayacak mıdır?
- İkinci problem ise yalnızca haksız fiil sorumluluğunun önceden yapılan bir sözleşme ile sınırlandırılmasının konusunu oluşturduğu bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasının mümkün olup olmayacağıdır. Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere yalnızca haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırıldığı sorumsuzluk anlaşmaları, saf sorumsuzluk anlaşmalarıdır[417]. İşte TBK m. 115 ve m. 116 düzenlemelerinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin herhangi bir ifade bulunmaması ve TBK'da sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen haksız fiile uygulanacağı şeklinde bir atfın bulunmaması, saf

[415] Bkz. Birinci Bölüm, V, A, s. 34.
[416] **AKMAN,** s. 13.
[417] Saf sorumsuzluk anlaşmaları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, VII, C.

sorumsuzluk anlaşmalarının hukukumuzda geçerli olup olmayacağı sorusunu karşımıza çıkarmaktadır[418].

Haksız fiil sorumluluğunun, sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı hakkında öğretide tartışma bulunmakta olup bu tartışma günümüzde hala tam olarak sonuçlanmış değildir. Öğretideki tartışma yukarıda bahsettiğimiz iki problemi açıklamaktan ziyade, bu problemleri içinden çıkılamaz hale getirecek şekilde oldukça karmaşık ele alınmıştır. Şöyle ki, bir kısım yazarlar sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiile etki edip etmeyeceğini yalnızca sorumluluk sebepleri çerçevesinde değerlendirirken, diğer kısım yazarlar yukarıdaki her iki problem bakımından değerlendirmektedir. Bu yazarlar birbirinden farklı gerekçeler ileri sürmekte bu gerekçelerin çeşitliliği ise konuyu çözüme ulaştırmaktan ziyade konuyu daha karmaşık hale getirmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılabilmesi hakkında açıklama yapılan eserlere bakıldığında ilk olarak saf sorumsuzluk anlaşmalarına yönelik tartışmalar ele alınmakta ve açıklanmakta, ardından sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edip etmeyeceği incelenmektedir. Çalışma sistematiğinde ise bu şekilde bir yöntem izlenmeyecektir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, bu problemlerin açıklanabilmesi için öncelikle başka konular hakkında açıklama yapılması gerekliliğidir. Örneğin, sorumluluk sebepleri hakkında açıklama yapılmadan doğrudan sorumsuzluk anlaşmasının sorumluluk sebeplerinin yarışması bakımından nasıl ele alınması gerektiği hakkında açıklama yapılması doğru olmayacaktır. Dolayısıyla bu görüşler ele alınan konunun kapsamı çerçevesinde ilgili olduğu ölçüde ifade edilecektir. Buna karşın her ne kadar yöntem olarak daha farklı bir yol izlenilecek olsa da konunun daha iyi açıklanabilmesi için burada kısaca bu görüşlerin neler olduğunun ifade edilmesini uygun görmekteyiz.

Öğretide sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edip etmeyeceği hakkında üst başlıkta karşıt iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edemeyeceğini

[418] Halbuki bunun tam tersi yani sözleşmeye aykırılık halleri bakımından kıyasen haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı TBK m. 114/II hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

savunurken[419], diğer görüş bu anlaşmanın haksız fiile etki edeceğini savunmaktadır[420]. Bununla birlikte sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edeceğini savunan görüş kendi içerisinde alt başlıklara ayrılmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edeceğini savunan görüşlerden biri sorumsuzluk anlaşmalarının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan doğrudan haksız fiile etki edebileceğini kabul etmektedir[421]. Öğretideki bir başka görüş ise sorumsuzluk anlaşmalarının belirli sınırlar çerçevesinde haksız fiile etki edeceğini ileri sürmektedir. Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile belirli sınırlar dahilinde etki edeceğini savunan görüş kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bu görüşlerden birisi, taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının, TBK m. 115 ve m. 116'da yer alan sınırlara uygun olması durumunda haksız fiile de etki edeceğini

[419] **ALNIAK,** M. İlhan; "Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)", İÜHFM, C. XXXV, S. 1-4, İstanbul 1970, s. 13-14; **BİRSEN,** Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumi Hükümleri, 3. Bası, İstanbul 1954, s. 553; **OKAY,** Sami, Deniz nakliyatında ademi mesuliyet kayıtları hususiyle bunların muteberiyeti meselesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1954, s. 79; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 465; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 300; **YÖNET,** s. 126-127 ve dp. 336; **YUNG,** Walter, La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in: Études et articles, Genève 1971, s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211; **GAUTSCHI,** Georg, Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Max Keller (Hrsg.), Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969, s. 14.

[420] Türk hukukunda bu yönde bkz. **AKMAN,** s. 113 vd.; **ERTEN,** s. 166 vd.; **EREN,** s. 1266; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 308; **İNCEOĞLU,** s. 112; **BAŞ,** s. 155 vd.; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, 414-415; **GÜRSOY,** Kemal Tahir; "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)", AÜHFD, C. 31, S. 1, 1974, s. 180 vd.; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 538; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 886; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 284 ve 296; **BAŞALP,** s. 126-127; **BAŞOĞLU,** Başak, Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 279; **KARANFİL,** Sinan, Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s. 99-100; **KAHVECİ**, s. 918, N. 10; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 866; **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** s. 198; **ŞENOCAK**, s. 139; **TOPUZ,** Adam Çalıştıran, s. 110. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **BEAT**, s. 73 ve s. 86 vd.; **ACKERMANN,** s. 54-55; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 504, N. 49; **BREHM,** Art. 41, N. 230d; **OFTINGER/STARK,** § 13, N. 60; **VON TUHR/ESCHER,** s. 108 vd.; **FURRER/WEY,** Art. 100, s. 620, N. 12; **HOCHSTRASSER,** Freizeichnung, s. 916; **SCHWENZER,** N. 5.05; **BUCHER,** s. 338, dp. 40; **WIEGAND**, Basler Komm., Art. 100, N. 1 ve N. 3; **LÖRTSCHER,** s. 120 vd.; **OESCH,** s. 174; **KAMM,** s. 218 vd.; **KELLER,** s. 410; **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 18; **BECKER,** Hermann, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern 1945, Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N. 4; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 157; **BUOL,** N. 580.

[421] **AKMAN,** s. 113, dp. 7'de yer alan yazarlar. Bu yazarlardan *Oftinger/Stark*, daha eski tarihli eserinde sorumsuzluk anlaşmasının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan haksız fiile de etki etmesi gerektiğini savunurken daha sonraki tarihli eserinde bu görüşünü değiştirmiş ve sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisinin yalnızca belirli sınırlar dahilinde söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bu hususta bkz. **OFTINGER/STARK,** § 13, N. 60.

savunmaktadır[422]. Diğer bir görüşe göre ise sorumsuzluk anlaşmalarının kişi varlığı zararları bakımından yapılması, TBK m. 27/I ve TMK m. 23/II uyarınca mümkün değildir ve bu şekildeki sorumsuzluk anlaşmaları kanuni geçerlilik sınırlarına aykırı ve kesin hükümsüzdür[423]. Bu görüşe göre, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115 ve m. 116'daki sınırlara uygun olsa bile kişi varlığı zararları bakımından yapıldığı takdirde TBK m. 27/I ve TMK m. 23/II uyarınca kesin hükümsüz olacaktır. Bu görüşleri şu şekilde şemalaştırabiliriz:



Saf sorumsuzluk anlaşmasının yapılıp yapılamayacağı hakkındaki tartışma ise genel olarak yukarıdaki tartışma ile benzer bir şekilde yürütülmektedir.

Sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiile etki edip etmeyeceği bakımından yapılacak incelemeye geçmeden önce kısaca sorumluluk sebepleri arasındaki ilişki ve sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiile etki edip etmediğini tarihsel süreçte nasıl incelendiği ele alınmalıdır. Çalışmada öncelikle genel olarak hukukumuzda sorumluluk

[422] **ERTEN,** s. 166 vd.; **BAŞALP,** s. 127; **KAHVECİ**, s. 918, N. 10; **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** s. 198; **TOPUZ,** Adam Çalıştıran, s. 110; **ACKERMANN,** s. 54-55; **LÖRTSCHER,** s. 174 vd.; **BREHM,** Art. 58 N. 137 vd.; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 97, s. 188, N. 248.
[423] **OSER/SCHÖNENBERGER,** Art. 58, N. 17; **AKMAN,** s. 114-115; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 308; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 866; **GÜRSOY,** s. 180; **BAŞOĞLU,** s. 279-280; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3, s. 415; **OESCH,** s. 174; **KAMM,** s. 218 vd.; **BUOL,** N. 578; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 296.

sebeplerinin yarışması hakkında genel bilgiler verilecek ve bunun ardından sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisinin tarihsel süreci ele alınacaktır. Bu açıklamalardan sonra ise sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edeceğini savunan görüşlerin hukuki gerekçeleri incelenecektir.

II. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI

A. GENEL OLARAK SORUMLULUK SEBEPLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Sorumluluğun birden fazla sebebe dayanması durumunda hangi sorumluluk sebebine dayanılarak zararın tazmin edileceği önem taşımaktadır. Sorumluluk sebeplerinin hangisine dayanılacağının önemi ilk olarak zararın kapsamının belirlenmesi bakımından söz konusudur. Bu bağlamda zarar görenin tazminat talebinin kapsamı, farklı sorumluluk sebepleri çerçevesinde farklı şekillerde ele alınmış olabilir. Şöyle ki zarar gören, sorumluluk sebeplerinden biri bakımından bütün zararlarını talep edebilecek iken bir başka sorumluluk sebebi bakımından yalnızca belirli zarar türleri bakımından talepte bulunabilecektir[424]. Bunun yanı sıra sorumluluk sebeplerinden bazıları zarar gören bakımından daha avantajlı iken bazıları daha dezavantajlı niteliktedir. Dolayısıyla zarar gören, kendisi için en avantajlı sorumluluk sebebine dayanarak zararını en düzgün şekilde tazmin edebilme olanağına sahip olacaktır. Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki zarar gören için en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebinin tespit edilmesi son derece önemlidir.

Borçlar Kanunumuzda, somut olayda birden fazla sorumluluk sebebinin bulunması durumu, *"Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu"* başlığı altında yer alan *"Sebeplerin Yarışması"* başlıklı TBK m. 60 hükmünde düzenlemiştir. Hükme göre; "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."*

Zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebi çoğu durumda sözleşmesel sorumluluk olup zarar gören bakımından sözleşmesel sorumluluk haksız fiil sorumluluğuna kıyasla çok daha avantajlıdır. Bu avantajları; kusuru ispat yükümlülüğü,

[424] **BUZ,** s. 25-26.

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve zamanaşımı şeklinde sıralayabiliriz[425]. Buna karşın bazı durumlarda zarar görenin haksız fiil sorumluluğuna dayanması daha lehine olabilmektedir. Bunun en bariz örneği, zarar görenin birden fazla sorumluya başvurabilmesinin yalnızca haksız fiil sorumluluğunda mümkün olmasıdır. Zarar gören, sözleşme sorumluluğu uyarınca yalnızca sözleşmenin karşı tarafına başvurma imkanına sahiptir. Bu nedenle bu ihtimalde zarar görenin haksız fiil sorumluluğuna başvurması daha avantajlıdır[426]. Nitekim alacaklı karşısında birden fazla kişinin haksız fiili uyarınca

---

[425] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarını şu şekilde karşılaştırmıştır: *"Haksız fiil sorumluluğunda zarar gören, failin kusurunu ispatla yükümlü olduğu hâlde (BK m. 42, TBK m. 50/1), sözleşmeden doğan sorumlulukta durum tam tersidir; borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır (BK m. 96, TBK m. 112). Böylece sözleşmeden doğan sorumlulukta, alacaklı borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğünden kurtarılmak suretiyle daha iyi duruma getirilmiştir. Bu itibarla, borçlunun kusursuzluğunu ispatla yükümlü olduğuna ilişkin hükmün aksi taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, zarar görenin tazminat davasını sözleşmeden doğan sorumluluğa dayandırması kendisi için daha elverişlidir (Öz, T./ Oğuzman, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, genişletilmiş 9. baskı, İstanbul 2011, C. 1, s. 504; Tandoğan, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s.533). Buna karşılık, haksız fiil teşkil eden fiille ihlâl edilen normun bir kusursuz sorumluluk hâlini düzenlemesi durumunda kusurun ispatı söz konusu olmayacağından, haksız fiil sorumluluğuna başvurmak zarar gören için daha avantajlı olur. Tazminat yükümlüsüne kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânının tanındığı kusursuz sorumluluk hâllerinde de aynı sonuca varmak mümkündür. Zira sorumlu kişi için kurtuluş kanıtı getirmek çoğu kez kusursuzluğunu ispat etmekten daha zordur (Ayrıntı için; Karan, Y.: Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, https://www.academia.edu/32414535).*
*Değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise, tıpkı eldeki uyuşmazlıkta olduğu gibi, zamanaşımıdır. Haksız fiil sorumluluğunda kanun koyucu sübjektif ve kısa mahiyette, bir yıllık (BK. m 60- TBK m. 72'de ise iki yıllık) zamanaşımı öngörmüş ve her halükârda 'zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz' diyerek objektif, uzun zamanaşımını benimsemiştir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta ise zamanaşımı kural olarak alacağın muaccel olmasından itibaren on yıldır (BK 125, TBK 146), vekâlet sözleşmesinin de dâhil olduğu kimi hâllerde ise bu süre beş yıldır (BK 126/4, TBK 147/5). Bu nedenle, sözleşmeye dayanan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, haksız fiile ilişkin olandan uzunca bir süre önce işlemeye başlamadığı takdirde veya somut olaydaki sözleşme için genel zamanaşımı süresinden farklı daha kısa bir süre öngörülmediği müddetçe ya da aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiilin tabi olduğu ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan uzun olmadığı sürece, zarar gören için sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmak daha elverişli olacaktır. Zira haksız fiil sorumluluğunda bir yıllık kısa, sübjektif zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazmin yükümlüsü kişiyi öğrendiği tarihten, on yıllık mutlak süre ise zarar verici fiil veya olayın vukuundan başlar (**EREN,** F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. baskı, İstanbul 2003, s.797). Ancak aynı fiilin hem sorumluluğu kuran, hem de ceza kanunlarına göre suç teşkil eden mahiyette olduğu hâllerde, bu fiile ceza kanunlarınca daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş ise, tazminatın daha ağır bir müeyyide olan cezalandırmadan daha önce zamanaşımına uğraması tutarlı bir çözüm olmayacaktır. Kanun koyucu bu sebeple ve uyum sağlamak amacıyla ceza dava zamanaşımı devam ettiği müddetçe tazminat iddiasının da ileri sürülebilmesini BK'nın 60/2 maddesindeki 'Şukadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur.' düzenlemesi ile olanaklı hâle getirmiştir.",* (YHGK.'nin 21.03.2019 tarih ve E. 2017/778, K. 2019/329 sayılı kararı, [www.lexpera.com., **ERİŞİM,** 31.07.2021]).

[426] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, haksız fiil sorumluluğunun daha avantajlı olduğu durumları şu şekilde ifade etmiştir: *"Yine, sözleşmeye aykırılık kural olarak sözleşmenin tarafına yönlendirilebilecekken, haksız fiil sorumluluğunda asıl faille birlikte zararın gerçekleşmesine katkıda bulunan kişiler de müteselsil olarak sorumlu tutulabileceklerinden (BK 50, TBK 61) kimi hâllerde zarar görenin tazminat talebini daha fazla*

müteselsil olarak sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 61 hükmünün amacı, alacaklıyı korumaktır. Bir başka ifadeyle TBK m. 61 hükmü, karşısında birden fazla borçlunun bulunduğu alacaklının konumunu güçlendirmektedir[427].

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere sözleşme sorumluluğu çoğu durumda zarar gören bakımından en avantajlı olan sorumluluk sebebidir. Buna karşın taraflar arasında sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olduğu durumlarda zarar görenin tazminat talebini hangi sorumluluk sebebine dayandıracağı konusu çok farklı bir hal almaktadır. Şöyle ki bu ihtimalde tazminat talebi bakımından sözleşme sorumluluğuna dayanma imkânı sorumsuzluk anlaşması ile sona ermekte ve normalde zarar gören için daha avantajsız bir nitelikte olan haksız fiil sorumluluğu tek imkân haline gelmektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etki edip edemeyeceği meselesi önem kazanacaktır. Burada, *"alacaklı/zarar gören sözleşme sorumluluğu uyarınca talep edemediği tazminat talebini, haksız fiil sorumluluğu uyarınca talep edebilecek midir?"* sorusu karşımıza çıkmakta olup çalışma kapsamında açıklamaya çalıştığımız soru da budur.

B. TERMİNOLOJİ VE TEMEL KAVRAMLAR

Sorumluluk sebeplerinin yarışması meselesinin kökeni, Roma hukukuna uzanmaktadır. Meselenin özü, Roma hukukundaki *dava* ve *talep* kavramları arasındaki ilişkiye dayanmaktadır. Roma hukukunda bir hakkın talep edilebilmesi, yalnızca o hakka özgü olarak düzenlenmiş olan dava (*actio*) ile sağlanabilmiştir[428]. Dolayısıyla bir hakka sahip olabilmek için o hakkın dava hakkına da sahip olunması zorunlu tutulmuştur. Başka bir deyişle, talep hakkının yalnızca bir dava aracılığıyla öngörülmüş olması durumunda var olduğu, yoksa böyle bir hakkın söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir. Roma hukukundaki, talep ve dava arasındaki bu ilişki davaların yarışması şeklinde tartışılmıştır. Dolayısıyla Roma hukukunda bu konu hem usul hem de maddi hukuku kapsayan nitelik

---

kişiye karşı ileri sürme imkânı elde edebilmesi bakımından haksız fiile dayanması daha lehine sonuç doğurabilecektir.", (YHGK.'nin 21.03.2019 tarih ve E. 2017/778, K. 2019/329 sayılı kararı, [www.lexpera.com., **ERİŞİM,** 31.07.2021]). Zarar gören ile müteselsil sorumlular arasındaki kanundan doğan müteselsil sorumluluk ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **DALCI ÖZDOĞAN,** Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 60 vd.

[427] **DALCI ÖZDOĞAN,** Müteselsil Sorumluluk, s. 62 vd.

[428] **DİNÇER ARAZ,** Nilgün, Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursus actionum) Genel Bir Bakış, MÜHFHAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, C. 23, S.3, Aralık 2017, s. 236.

taşımıştır[429]. Davacının, hem sözleşmeye dayanan davaya (*actio locati*) hem de haksız fiile dayanan davaya (*actio legis Aquiliae*) dayanma hakkı bulunduğu kabul edilmiştir[430].

Çağdaş hukuka gelindiğinde dava hakkı ile talep hakkının farklı kavramlar olduğu bunların Roma hukukundaki gibi ele alınmaması gerektiği ortaya konmuş ve bunun sonucunda bu iki hak birbirinde ayrılmıştır[431]. Bu kabul sonucunda usul hukuku ve maddi hukuk arasında yaşan bu tartışma maddi hukuka sirayet etmiştir. Roma hukukunda davaların yarışması şeklinde tartışılan bu konu, dava ve talep hakkının birbirinden ayrılmasının ardından artık talepler arasındaki ilişki şeklinde devam etmiştir[432]. Öğretide talepler arasındaki ilişkinin nasıl ele alınması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Talepler arasındaki ilişkiyi ifade etmek üzere çok farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bu konuda *"taleplerin yarışması"*, *"sebeplerin birleşmesi"*, *"kanun hükümlerinin yarışması"*, *"hakların telâhuku"*, *"kümülatif yarışma"*, *"seçimlik yarışma"* gibi çok sayıda farklı kavram örnek olarak verilebiliriz. Borçlar Kanunumuz, talepler arasındaki ilişki içerisinde yukarıda taleplerin yarışması olarak ifade ettiğimiz ilişkiyi karşılamak üzere TBK m. 60 hükmünün başlığında yer alan, *"Sebeplerin Yarışması"* kavramını tercih etmiştir[433].

Talepler arasındaki ilişki üç farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda aşağıda bu konu detaylı olarak ele alınacaktır.

C. TALEPLER ARASINDAKİ İLİŞKİLER

1. Genel Olarak

Zarar görenin birden fazla sorumluluk sebebine dayanma imkânı bulunduğu durumlarda hangi sorumluluk sebebine dayanarak tazminat talebinde bulunacağı bakımından üç farklı olasılık söz konusudur:

---

[429] **DİNÇER ARAZ,** s. 242.
[430] **VON TUHR/ESCHER,** s. 108.
[431] Talep ile *actio* kavramlarının farklı olduğu hakkında bkz. **ÇAĞA,** Sorumlulukların Birleşmesi, s. 24 vd.
[432] **BUZ,** s. 22-23.
[433] Taleplerin yarışması hakkında öğretideki terminoloji ve değerlendirmesi için bkz. **TOSUN,** Çağdaş, Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60), Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 56 vd.

- İlk ihtimal, taleplerin yığılması (kümülasyon) olarak da ifade edilen, *hem-hem de seçeneğidir.* Bu ihtimalde zarar görenin sorumluluk sebeplerinin tamamına dayanma imkânı bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle zarar gören hem A sorumluluk sebebine hem de B sorumluluk sebebine dayanarak talepte bulunma imkanına sahiptir. Taleplerin yığılması uyarınca zarar gören, birden fazla sorumluluk sebebine dayanarak birden fazla defa talepte bulunabilmektedir.
- İkinci ihtimal, taleplerin tekleşmesi (dışlanması) olarak da ifade edilen, *münhasır uygulama seçeneğidir.* Bu ihtimalde zarar görenin talepte bulunması zorunlu olan bir sorumluluk sebebi bulunmaktadır. Taleplerin tekleşmesi uyarınca sorumluluk sebeplerinden birisi diğerini ortadan kaldırmakta ve bu nedenle zarar görenin yalnızca tek bir sorumluluk sebebine dayanarak talepte bulunma imkânı söz konusudur.
- Üçüncü ihtimal, taleplerin yarışması olarak ifade edilen, *ya-ya da seçeneğidir.* Bu ihtimalde zarar gören birden fazla sorumluluk sebebinden yalnızca birine dayanarak talepte bulunabilmektedir. Bir başka ifadeyle bu sorumluluk sebeplerinden ya birine ya da diğerine başvurması gerekmektedir. Taleplerin yarışması uyarınca zarar görenin birbirinden bağımsız birden fazla talep hakkı bulunmaktadır. Zarar gören bu sorumluluk sebeplerinden istediğine başvurarak talepte bulunma imkanına sahiptir.



Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki, taleplerin yığılması çoğu durumda hukuki niteliği itibarıyla mümkün olmayacaktır[434]. Bunun en somut örneği, aynı menfaate hizmet eden iki talebin aynı anda talep edilebilmesinin yasak olmasıdır. Bu yasak sorumluluk hukukunda, çifte tazminat yasağı olarak ifade edilmektedir[435]. Nitekim zarar görenin zararının birden fazla defa tazmin edilmesi, tazminat yükümlülüğünün esas amacı olan zararın telafi edilmesi amacına aykırı olacaktır[436]. Ayrıca böyle bir durum, alacaklının sebepsiz zenginleşmesine de yol açacaktır. Buna karşın farklı amaca hizmet eden menfaatlerin aynı anda talep edilmesi mümkündür. Bunun en somut örneği ise, haksız fiil sonucunda zarar gören kimsenin TBK'nın 53, 54 ve 55. maddelerinde düzenlenen bedensel zararlar bakımından tazminat talepleri ve TBK m. 56 uyarınca manevi tazminat taleplerini aynı anda talep etmesidir. Bu durumda maddi zarar ve manevi zarar taleplerinin ikisi de hukuken tazminat talebi niteliği taşısa da bu iki talep farklı hukuki menfaatlere hizmet etmektedir[437].

Sonuç olarak hukukumuzda kural, taleplerin yığılması ilkesi uygulanarak çifte tazminat talebinde bulunmanın yasak olması olup talepler arasındaki ilişki bakımından yukarıda belirtmiş olduğumuz diğer iki ihtimal değerlendirilmelidir. Nitekim öğretide de talepler arasındaki ilişki bakımından sürdürülen tartışma kanun hükümlerinin yarışması (*Theorie der Gesetzeskonkurrenz*) ve taleplerin yarışması (*Theorie der Anspruchkonkurrenz)* çerçevesinde yapılmaktadır[438].

2. Kanun Hükümlerinin Yarışması Görüşü (*Theorie der Gesetzeskonkurrenz*)

Kanun hükümlerinin yarışması görüşü uyarınca, aynı zarar bakımından tek bir zarar talebi bulunmakta ve aynı zarar bakımından birden fazla talebin meydana gelemeyeceği kabul edilmektedir[439]. Öğretide *von Tuhr/Escher* tarafından savunulan görüş uyarınca sözleşme sorumluluğunu düzenleyen hükümler, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlere göre daha özel nitelikte olup bu iki sorumluluk arasında özel

[434] **BUZ,** s. 28 ve özellikle dp. 28'de yer alan metin.
[435] **BUZ,** s. 24-25; **EREN,** s. 1264; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 536; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 463.
[436] **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 536; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 463.
[437] **BUZ,** s. 28.
[438] **BUZ,** s. 28.
[439] **VON TUHR/ESCHER,** s. 108 vd. Kanun hükümlerinin yarışması kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ÇAĞA,** Sorumlulukların Birleşmesi, s. 17 vd.

hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır[440]. Yazarlara göre, sözleşme sorumluluğu hükümleri daha özel nitelikte, haksız fiil hükümleri ise daha genel niteliktedir. Bu görüş kabul edildiği takdirde somut olaydaki aynı zararın tazmin edilmesi bakımından hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğunun şartlarını sağlaması halinde sözleşme sorumluluğu hükümleri haksız fiil hükümlerini dışlayacaktır. Bir başka ifadeyle sözleşme sorumluluğu özel, haksız fiil sorumluluğu ise genel nitelikte olduğu için özel hüküm genel hükmü dışlar ilkesi uyarınca söz konusu zarar bakımından yalnızca sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Sözleşme sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğunu dışlaması sonucunda artık tek bir talep kalacak yani talepler tekleşecektir[441].

3. Taleplerin Yarışması Görüşü (*Theorie der Anspruchkonkurrenz*)

Daha önce birçok kez belirtildiği üzere talepler arasındaki ilişki bakımından İsviçre-Türk hukukunda günümüzde hâkim olan görüş, yarışma ilişkisidir[442]. Taleplerin yarışması görüşü uyarınca, somut olayda zarar gören ister haksız fiil sorumluluğuna isterse de sözleşme sorumluluğuna göre talepte bulunabilmektedir. Bu durumda birden fazla talep, birbirinden bağımsız bir şekilde yan yana bulunmakta olup bu iki talebin de içeriği aynıdır[443]. Birbirinden bağımsız bu iki talebin içeriğinin aynı olması ise, bu iki talebin bağımsız olarak dava edilememesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, aynı

---

[440] **VON TUHR/ESCHER,** s. 108 vd.

[441] **VON TUHR/ESCHER,** s. 108 vd. Karşı görüş için bkz. **ÇAĞA,** Tahir, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Aarau 1939, s. 137 vd.

[442] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 980; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 463; **EREN,** s. 1264; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1, s. 769; **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 537; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 271; **NOMER,** Genel, s. 436; **KANETİ,** s. 147; **REİSOĞLU,** s. 161; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 299-300; **ÇAĞA,** Sorumlulukların Birleşmesi, s. 1-2; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 33; **SCHWENZER,** N. 5.03, **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 12; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 101 vd.; **OFTINGER/STARK,** I, § 13 N.1 vd.; **BUCHER,** s. 337 vd.; **WIEGAND**, Basler Komm., Einl. zu Art. 97-109, N. 15. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yarışma ilkesini kabul ettiğini şu şekilde ifade etmiştir: *"Bazı durumlarda ise zarar doğurucu eylem hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Başka bir anlatımla, borçlunun zarar görenle arasındaki sözleşmeye aykırı davranışı aynı zamanda genel bir davranış kuralının da ihlâlini teşkil etmekteyse, aynı olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Doktrinde fikir ayrılıklarına rağmen, açıklanan durumun varlığı hâlinde Türk hukukunda hâkim olan görüş bu iki sorumluluğun yarışması (hakların telâhuku) görüşüdür. Hakların yarışmasında, zarar görenin tazminat istemini isterse sözleşmenin ihlâli isterse haksız fiil hükümlerine dayandırma yönünde bir tercih hakkının bulunduğu; dayanılan hukuki sebep açıkça belirtilmediyse, hâkimin önüne gelen olay bakımından hangi sorumluluk hâli zarar gören lehine ise o hükümleri bir bütün olarak uygulaması gerektiği kabul edilir."*, (YHGK.'nin 21.03.2019 tarih ve E. 2017/778, K. 2019/329 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021]).

[443] **ÇAĞA,** Sorumlulukların Birleşmesi, s. 26; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 296-297.

içerikteki iki talep çifte tazminat yasağı uyarınca aynı anda ileri sürülememektedir. Örnek vererek somutlaştıralım. Kiracı A, B'den kira sözleşmesi uyarınca kiraladığı taşınmaza zarar vermiştir. Burada B'nin hem kira sözleşmesinin ihlalinden doğan tazminat talebi hakkı hem de mülkiyet hakkının ihlali sonucu haksız fiilden doğan tazminat talebi hakkı, birbirinden bağımsız olarak *aynı zararın tazmini amacıyla* doğmuştur. Buradaki bağımsız iki tazminat talebi, zarar tazmin edilinceye kadar var olmaya devam etmektedir. B, bunlardan istediğine başvurabilecek, birinden feragat edip diğerini dava konusu yapabilecektir. Böylece B'nin davada dayandığı tazminat talebi reddedilse dahi, diğer sorumluluktan doğan tazminat talebi hala varlığını koruyacaktır. B'nin tazminat taleplerinin her ikisini birden kaybetmesi ancak ya B'nin zararının bu tazminat taleplerinden biriyle tamamen tazmin edilmesi ya da her iki tazminat talebine dayanan davanın da reddedilmesi sonucunda mümkündür.

III. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA ETKİSİNİN TARİHÇESİ

A. ROMA HUKUKUNDA KONUNUN ELE ALINIŞI

Roma Hukukunda borçlunun hafif kusuru ile sebep olduğu zararlar nedeniyle sorumluluğunu önceden yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasıyla kaldırabilmesine izin verildiğini daha önce açıklamıştık[444]. Roma Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun önceden yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılmasının mümkün olduğu *Ulpianus'un* ifadelerinden anlaşılmaktadır[445]. Buna göre Roma'da kadeh yapan zanaatkarlar kendi sakarlıkları sebebiyle kadehin kırılmasına neden olursa bu zarardan sorumlu tutulmakta ancak zanaatkarın kendi sakarlığı nedeniyle değil de zaten daha önceden ayıplı olan bir kadehi kırması halinde sorumlu tutulmayacağını düzenlemektedir. Kendilerine ayıplı mal verilen zanaatkarlar bu nedenle genellikle bir sorumsuzluk anlaşması talep etmekte ve böylece kendi işlerinde oluşan risklerden sorumlu

[444] Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, II, A, s. 25.

[445] *Ulpianus* D.9.2.27.29: *"Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excussatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.",* (**BEHRENDS,** Okko (Hrsg.et al.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, C. II, Digesten 1-10, Heidelberg 1995, s. 751'den naklen). Ayrıca bkz. **BEAT**, 24; **BAŞALP,** s. 76.

olmadıklarını düzenlemekteydiler[446]. İşte yapılan bu anlaşma *Ulpianus'a* göre hem sözleşme hem de *Lex Aquilia* (mala verilen zarar) sorumluluğunu kapsamaktadır[447].

Sonuç olarak zanaatkarların, yapılan bu sorumsuzluk anlaşması sayesinde yalnızca sözleşmeden doğan tazminat taleplerini değil, aynı zamanda haksız fiilden doğan tazminat taleplerini de en baştan bertaraf edebildiği ifade edilmektedir[448].

B. ÇAĞDAŞ HUKUKTA KONUNUN ELE ALINIŞI

Roma hukukunda detaylı olarak incelenmemesine rağmen çağdaş hukuk döneminde sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun birbirleri ile ilişkisi ve özellikle de sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etki edip edemeyeceği ciddi tartışmalara yol açmıştır. 18. yüzyılda hâkim görüş, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun yarıştığı durumlarda her zaman tarafların karşılıklı sorumlu oldukları düzenlemeleri içeren mevcut sözleşmede yer alan kusur derecesinin üstün tutulması gerektiğini zira aksi taktirde kanunda düzenlenen çeşitli kusur dereceleri hükümlerinin geçersiz olacağını ifade etmektedir[449]. Bir başka deyişle sözleşme sorumluluğunun sınırlandırıldığı sorumsuzluk anlaşması, doğrudan sözleşme sorumluluğu ile yarışma halinde olan haksız fiil sorumluluğu üzerinde de etkili olacaktır[450]. Bu görüşü kabul eden yazarlar görüşlerini daha önce bahsetmiş olduğumuz *Ulpian'ın* ifadelerine dayandırmışlardır[451]. Bu görüş uyarınca, haksız fiil sorumluluğunun kaldırılabilmesi için sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışma halinde olması zorunludur. Dolayısıyla yalnızca haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır[452].

19. yüzyılda ise öğretideki hâkim görüş, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğu üzerinde etkili olamayacağını ifade etmektedir[453]. Haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması hakkında 19. yüzyılda ilk olarak *Cocceius* bu yönde

---

[446] **BEAT**, s. 24-25.
[447] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 196; **BEAT**, s. 24-25.
[448] Burada gözden kaçırılmaması gereken en önemli nokta, Roma Hukukunda *Lex Aquilia'nın* emredici nitelikte kabul edilmediğinin tespitidir. Görüldüğü üzere sorumsuzluk anlaşmasının hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırılmasına izin verilmiştir. Dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin emredici olmadığı sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu hususta bkz. **BEAT**, s. 25.
[449] **BEAT**, s. 26.
[450] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 194; **BEAT**, s. 26.
[451] Bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, s. 106. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **BEAT**, s. 26 vd.
[452] **BEAT**, s. 26.
[453] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 197 vd.; **BEAT**, s. 28.

açıklama yapmıştır. Yazar, her iki sorumluluğun tamamen farklı olduğunu ileri sürerek sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Ancak yazarın bu şekildeki gerekçelendirmesi öğretide kabul görmemiştir[454].

Georg Friedrich Krause, öğretide sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etki etmeyeceği görüşü bakımında kabul edilen ilk gerekçelendirmeyi yapan kişi olmuştur. Yazara göre zararın *culpa facti proprii*[455] uyarınca mı yoksa *culpa custodia*[456] uyarınca mı doğduğuna bakılacaktır. Bu bağlamda, doğrudan doğruya olumlu bir davranışla sözleşmenin karşı tarafına verilmiş olan zararlar söz konusu olduğunda *Lex Aquilia* söz konusu olacaktır. Bu durumlarda zarar veren *neminem laedere* ilkesi uyarınca haksız fiilinden sorumlu tutulacaktır[457]. Buna karşın, zarar verenin olumlu bir davranışı değil de bir ihmali söz konusu olduğu takdirde zarar gören bu durumda sözleşmedeki sorumluluk rejimi uyarınca sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle borçlunun bir sözleşme ilişkisi içinde olmasına rağmen olumlu bir davranışı nedeniyle bir zarar meydana geliyorsa, borçlu artık temelini *neminem laedere* ilkesinden alan haksız fiil sorumluluğu uyarınca sorumludur. Eğer borçlunun olumlu bir davranışı olmadan olumsuz bir davranışı (ihmal/*culpa custodia*) nedeniyle bir zarar meydana geliyorsa borçlunun sözleşme sorumluluğu için öngörülen sorumluluk sınırlandırmaları haksız fiil sorumluluğu bakımından da geçerli olacaktır.

Çağdaş hukukta yer alan bu tartışmada ileri sürülen bu görüşlerin aslında hiçbiri yeterli gerekçelendirmeye sahip değildir. Bu konu hakkında *Çağa*, her iki görüşteki yazarların da görüşlerini temellendirebilecekleri fragmentlerin *Corpus Iuris Civilis'te* yer almadığını haklı olarak ifade etmektedir[458].

---

[454] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 195.

[455] Zararın doğrudan karşı tarafın *olumlu (pozitif)* davranışından kaynaklanması. *Culpa facti proprii* kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 195.

[456] Roma hukukunda, sözleşmesel sorumluluk bakımından; ilk başlarda *custodia (gözetim)* sorumluluğu biçiminde *kusursuz sorumluluk* ölçütü benimsenmiştir. *Custodia* (gözetim) sorumluluğu, ariyet, satım, istisna gibi sözleşmeler gereği, başkasına ait bir malı herhangi bir amaçla elinde tutan kişinin, mala gelecek olan birtakım zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olmasını gerektirir. Bu zararlar ise, hırsızlık (furtum) ve üçüncü kişilerin vermiş oldukları zararlardır. Bu durumlarda *custodia* uyarınca, meydana gelen zarar bakımından kusur bulunmasa bile sorumluluk doğmaktaydı. Ancak daha sonra sözleşme sorumluluğu bakımından *culpa* (kusur) sorumluluğuna geçiş yaşanmıştır. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **ZİLELİOĞLU,** Hilal; "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD, C. 39, S. 1, 1987, s. 250 vd.

[457] **BAŞALP,** s. 78, dp. 291; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 195.

[458] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 198.

Görüldüğü üzere tarihsel süreçte haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı hakkında Roma hukukunda açık bir kaynak gösterebilmemize rağmen, bu konu Çağdaş Hukukta oldukça tartışmalı bir hale gelmiştir.

IV. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI DURUMUNDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİLE ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Yukarıda tarihsel sürecini açıkladığımız sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesi konusu, hala öğretide tartışılan ve tam olarak sonuçlanabilmiş bir konu değildir. Bu konu hakkında daha önce de bahsettiğimiz üzere esasen iki zıt görüş bulunmaktadır. Bir görüş sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edemeyeceğini savunurken diğer görüş etki edeceğini savunmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edemeyeceğini savunan görüş hakkında aşağıda detaylı inceleme yapılacağı için burada ilgili bölüme atıf yapmakla yetinmekteyiz[459]. Buna karşın sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edeceğini savunan görüş bakımından bu başlık altında detaylı inceleme yapılması gerekmektedir. Zira sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etki edeceğini kabul eden görüşün/görüşlerin birbirinden farklı gerekçeleri bulunmaktadır.

Bu açıklamalara geçmeden önce belirtmemiz gerekir ki yukarıda sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edeceğini savunan görüş içerisinde bunun belirli sınırlar çerçevesinde olacağını savunan görüşler ile burada açıklanacak olan görüşler karıştırılmamalıdır. Şöyle ki sorumsuzluk anlaşmasının belirli sınırlar dahilinde haksız fiile etki edeceğini savunan görüşler üst başlığı oluşturmakta olup burada açıklanacak olan *sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile olan hukuki etkisi* hakkındaki görüşlerdir.

Bu bağlamda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki ettiğini kabul eden görüşler, üç başlık altında ele alınabilir. Her ne kadar bu üç görüşün ortak noktası mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna da etki etmesi olsa da bu görüşlerin her biri sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesi bakımından farklı hukuki

[459] Bkz. Üçüncü Bölüm, V, C, 2, s. 133 vd.

sonuçları kabul etmektedir. Bu nedenle bu görüşlerin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. İlk görüşe göre, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisi, her iki sorumluluktan doğan tazminat taleplerinin tekleşmesi ile açıklanmaktadır. İkinci görüşe göre, haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuru ile açıklanmaktadır. Son ve öğretideki hâkim görüşe göre ise, taraf iradesi çerçevesinde açıklanmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere taleplerin tekleşmesi görüşü, sözleşme sorumluluğunu özel hüküm, haksız fiil sorumluluğunu ise genel hüküm olarak kabul etmekte ve bu iki sorumluluk sebebinin aynı olayda ortaya çıkması halinde sözleşmeden doğan tazminat talebinin, haksız fiilden doğan tazminat talebini dışlayacağını ve tek bir tazminat talebi olarak varlığını sürdüreceğini kabul etmektedir. Taleplerin tekleşmesi görüşü uyarınca, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki doğrudan doğruya haksız fiilden doğan tazminat talebini etkileyecek olup, burada artık sözleşmesel sorumluluktan doğan tazminat talebinin, haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat talebine etki edip etmeyeceği tartışılmayacaktır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, sözleşmesel sorumluluğun sorumsuzluk anlaşması ile sınırlandırılması nedeniyle bunun doğrudan doğruya ve zorunlu olarak haksız fiil sorumluluğu bakımından da uygulanacaktır[460].

Öğretideki Alman hukuku kaynaklı bir diğer görüş, meseleyi talepler arasındaki ilişki aracılığıyla değil, haksız fiil sorumluluğunun kendisine özgü olan hukuka aykırılık unsuru kapsamında gerekçelendirmeye çalışmaktadır[461].

Öğretide günümüzde hâkim olan görüş uyarınca, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının ***doğrudan doğruya*** ve ***zorunlu olarak*** haksız fiile etki edip etmeyeceği şeklinde bir kuraldan bahsedilemez. Bu görüş, tarafların iradesi ölçütüne dayanmaktadır. Buna göre, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edip etmeyeceği, tarafların iradeleri dikkate alınarak değerlendirilecektir. Somut olayda tarafların sorumsuzluk anlaşması ile haksız fiili de sınırlandırma iradesine sahip olduğu kabul edildiği takdirde sorumsuzluk anlaşması haksız fiile de etki edecektir. Bunun tam tersi yani tarafların iradesinin haksız fiili sınırlandırma yönünde olmadığı kabul edildiği takdirde ise sorumsuzluk anlaşması haksız fiile etki edemeyecektir. Bu görüşleri şu şekilde şemalaştırabiliriz:

---

[460] **VON TUHR/ESCHER,** s. 109-110.

[461] **ENNECCERUS**, Ludwig/**THEODOR**, Kipp/**MARTIN**, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Verschiedene Aufl.), Tübingen Mohr, 1930, § 449, N. 8.



B. ÖĞRETİDE SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİLE ETKİ EDECEĞİ HAKKINDAKİ GEREKÇELER

1. Sorumsuzluk Anlaşmasının Haksız Fiil Sorumluluğundan Feragat Niteliği Taşıdığı Görüşü

Öğretideki bir görüş haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılmasını feragat kavramına dayanarak açıklamaktadır. Bu görüş feragat teorisi (*Verzichtstheorie*) olarak adlandırılmaktadır[462]. Feragat teorisini savunan yazarlar, taraflar arasındaki sözleşmesel sorumluluk için yapılan sorumsuzluk anlaşmasının, *doğrudan doğruya* ve *zorunlu olarak* haksız fiil sorumluluğu için de uygulanacağını ifade etmektedirler[463].

Bu görüşün temeli de esasen yukarıda ifade etmiş olduğumuz kanun hükümlerinin yarışması görüşüne dayanmaktadır[464]. Bu görüş kabul edildiği takdirde sözleşmesel sorumluluktan doğan tazminat talebi doğrudan doğruya, tarafların hiçbir işlemi olmaksızın haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat talebine sirayet edecektir[465]. Bir başka ifadeyle burada esasen, haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat talebi, sözleşmesel sorumluluktan doğan tazminat talebine dönüşmektedir. Bu dönüşüm sonucunda iki tane aynı nitelikte yani tamamen aynı işlevde olan tazminat talebi söz

[462] **BEHREND**, Hugo, Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage, Diss. Greifswald 1900, s. 37; **STIPANSKI,** Hans, Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage, Diss. Greifswald 1901, s. 46 vd.; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 202, dp. 42'te yer alan yazarlar.
[463] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 202; **BEHREND,** s. 37 vd.
[464] Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 2, s. 105-106.
[465] **VON TUHR/ESCHER,** s. 108 vd.

konusu olacaktır. Çifte tazminat yasağının da devreye girmesiyle bu tazminat taleplerinden ikisine dayanmak yasak olduğu için artık tek bir tazminat talebine (sözleşmesel sorumluluktan doğan) dayanılacak, dolayısıyla esasen tek bir tazminat talebi ortaya çıkacaktır.

Bu görüş uyarınca sorumsuzluk anlaşması, tarafların haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırma yönünde örtülü feragati olarak kabul edilecektir[466]. Bir başka ifadeyle, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması, aynı zamanda hukuken örtülü feragat niteliği taşıyacaktır. Dolayısıyla bu görüşün kabul edilmesi halinde, sorumsuzluk anlaşması, kişilik haklarına aykırılık gibi emredici hükümlerin olmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğuna da doğrudan etki edecektir[467].

2. Sorumsuzluk Anlaşmasının Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Sebep Olduğu Görüşü

Öğretide Alman hukukunda savunulan bir başka görüş, taraflar arasında sorumsuzluk anlaşmasının mevcut olması halinde bu anlaşmanın haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık şartını ortadan kaldırdığını bu nedenle de böyle bir durumda haksız fiil sorumluluğunun doğmayacağını ileri sürmektedir[468]. Bu görüş, sorumsuzluk anlaşmasını hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep (*einen Ausschlussgrund der Widerrechtlichkeit*) olarak değerlendirmektedir[469]. Hukuka aykırılık unsuru bakımından tekrara düşmemek amacıyla yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz[470].

Borçlunun sözleşmenin özen derecesine uyarak borca aykırı bir davranışta bulunması durumunda ağır kusur değil hafif ihmal söz konusudur. Bu görüşe göre haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla ortadan kaldırılması yalnızca hafif kusur bakımından mümkün olup borçlu sözleşmenin gerektirdiği özen derecesine

---

[466] Öğretide *Prym'nin* de söylediği gibi: *"taraflar, tüm haksız fiil hukukunu (tıpkı borçlar kanununda yer alan diğer bütün hukuki kurumlar gibi) yeniden düzenleyebilir ve haksız fiil hukukunu ihtiyari nitelikte olan borç ilişkisine bağlı hale getirebilir.",* **(ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 202). Dikkat edilirse yazar haksız fiil hükümlerini tamamlayıcı hükümler olarak nitelendirmektedir.

[467] Burada dikkat çekmek istediğimiz nokta kişilik haklarına aykırılık ile kişi varlığı zararlarının birbirinden farklı kavramlar olmasıdır. Bu iki kavram birbirine karıştırılmamalıdır.

[468] **ENNECCERUS/THEODOR/MARTIN,** § 449, N. 8; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 203

[469] **ENNECCERUS/THEODOR/MARTIN,** § 449, N. 8; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 203.

[470] Bkz. Birinci Bölüm, I, A, 3, s. 18.

uyarak borca aykırı bir davranışta bulunduğu takdirde bu davranış hukuka aykırı sayılamayacaktır[471].

Bu görüşteki yazarlardan *Enneccerus/Theodor/Martin,* BGB § 599 hükmüne örnek vererek, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "Kuşkusuz kanunun § 599 hükmünde ağır kusur bakımından sözleşmesel sorumluluğu sınırlandırdığı gibi fiil bakımından bir 'Hukuka Aykırılığın Sınırlandırılması (Beschränkung der Widerrechtlichkeit)' söz konusu olacak ve sonuç olarak hafif ihmal durumundan haksız fiilin ortadan kaldırılması zorunluluğu doğacaktır[472]." BGB § 599 hükmüne göre[473], ödünç veren yalnızca ağır kusurunda sorumludur. *Enneccerus/Theodor/Martin,* söz konusu hükme atıf yaparak, kanunun sözleşmesel olarak kusuru sınırlandırdığı durumda, haksız fiil sorumluluğunun da sınırlandırılması zorunluluğu doğmaktadır. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılması mümkündür. Ancak yazara göre sorumsuzluk anlaşması, sözleşmesel sorumluluğu kusur; haksız fiil sorumluluğunu ise hukuka aykırılık unsuruyla sınırlandırılmaktadır[474]. Bu görüş sorumsuzluk anlaşmasını, sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu bakımından farklı hukuki sonuçlar yaratan bir kurum olduğunu kabul etmektedir[475].

Son olarak belirtmemiz gerekir ki bu görüş de yukarıda açıkladığımız görüş gibi sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda mevcut sorumsuzluk anlaşmasının doğrudan doğruya ve zorunlu olarak haksız fiil sorumluluğuna sirayet ettiğini kabul etmektedir. Bu görüş kabul edildiği takdirde yukarıdaki görüşte olduğu gibi taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması doğrudan haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

3. Sorumsuzluk Anlaşmasının Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanmaması Halinde Anlamsız Hale Geleceği Görüşü

Öğretideki hâkim görüş, borçlunun sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmasının, yarışma halindeki haksız fiil sorumluluğu bakımından uygulanmadığı takdirde anlamsız ve yanıltıcı (*illusorisch*) olacağını, bu durumda sorumsuzluk

---

[471] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 203.
[472] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 203.
[473] BGB § 599; *"Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten."*
[474] **ENNECCERUS/THEODOR/MARTIN,** § 449, N. 8; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 202.
[475] **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 202.

anlaşmasının haksız fiile etki edeceğini söylemektedir[476]. Bu görüşe göre, sorumsuzluk anlaşması ile sözleşmesel sorumluluğu sınırlandırılmış olan borçlu, dolaylı olarak haksız fiil yoluyla sorumlu tutulduğu takdirde taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması *anlamsız bir monolog* haline gelmektedir[477].

Öğretide bugün hâkim olan görüş, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesi gerektiğini sorumsuzluk anlaşmasının anlamsız hale geleceği argümanıyla gerekçelendirmektedir. Ancak bu görüş, eski öğreti ve yeni öğreti bakımından farklı şekilde gerekçelendirilmektedir. Eski öğreti bu görüşü, mevcut sorumsuzluk anlaşmasının, taraf iradelerinden bağımsız olarak doğrudan doğruya ve zorunlu olarak haksız fiil sorumluluğuna etki edeceğini kabul etmektedir. Buna karşın yeni ve hâkim olan öğretiye göre mevcut sorumsuzluk anlaşmasının, haksız fiil sorumluluğuna etki edebilmesi için taraf iradelerinin yorumlanması zorunludur. Bir başka ifadeyle bu görüş sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesinin doğrudan ve zorunlu değil, taraf iradelerine bağlı olduğunu kabul etmektedir. Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat taleplerinin yarışma halinde olduğu ve yarışan tazminat taleplerinin farklı sorumluluktan doğmuş olsalar bile aynı amacı yerine getirme işlevi gördüğünü ileri süren eski tarihli görüş, bu durumda tazminat taleplerinin *zorunlu olarak* birbirini etkilediğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca, tazminat taleplerinin birinin içeriğinde meydana gelen değişiklik doğrudan doğruya aynı işlevdeki diğer tazminat talebine de sirayet etmektedir[478].

Öğretideki eski görüş uyarınca, eğer taraflar yaptıkları sorumsuzluk anlaşmasında açıkça haksız fiil sorumluluğunu ifade etmeden genel olarak sorumluluklarını sınırlandırırlarsa ilk olarak *argumentum per analogiama* (kıyasa) başvurularak, yapılan sorumsuzluk anlaşmasının tıpkı yukarıdaki feragat teorisi ve hukuka aykırılığı ortadan

---

[476] **VON LISZT,** von Franz, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs: kritische und dogmatische Randbemerkungen, Guttentag, Berlin 1898, s. 14 vd.; **STOLL,** Heinrich, Vertrag und Unrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 1936, s. 201; **AKMAN,** s. 113 vd.; **ERTEN,** s. 166 vd.; **EREN,** s. 1266; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 538; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 886; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 288; **BAŞALP,** s. 126-127; **KAHVECİ**, s. 918, N. 10; **BEAT**, s. 73 ve s. 86.; **ACKERMANN,** s. 47 vd.; **BUOL,** N. 580.; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 504, N. 49; **BREHM,** Art. 41, N. 230d; **SCHWENZER,** N. 5.05; **WIEGAND**, Basler Komm., Art 100, N. 3; **FURRER/WEY,** Art. 100, s. 620, N. 12; **LÖRTSCHER,** s. 121 vd.; **OESCH,** s. 174; **KAMM,** s. 218 vd.; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 206-207. **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 18; **BECKER,** Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N. 4.

[477] **VON LISZT,** s. 14 vd.; **LÖRTSCHER,** s. 121 vd.; **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 18; **STOLL,** Unrecht, s. 210 vd.

[478] **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 18.

kaldıran bir sebep olduğu görüşlerinde olduğu gibi doğrudan doğruya ve zorunlu olarak haksız fiile etki edeceği savunulmaktadır[479]. Bu görüşün temeli, sorumsuzluk anlaşmasının dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanmasında yatmaktadır. Buna göre, sorumsuzluk anlaşmasının yalnızca sözleşme sorumluluğu bakımından geçerli kabul edildiği takdirde taraflar arasındaki bu anlaşma yanıltıcı (*illusorisch*) bir anlaşma olacaktır. Zira toplumdaki kişilerden, bir davranışın sözleşmeye aykırılık mı yoksa haksız fiil mi olduğunu ve hatta bazı durumlarda sorumluluk sebeplerinin yarışabileceğinin söz konusu olabileceğini bilmesi beklenemez. Bu nedenle dürüstlük kuralına uygun bir yorum yapıldığında tarafların iradesinin doğrudan haksız fiili de kapsadığı kabul edilmelidir[480].

Öğretide bugün hâkim olan görüş ise taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesi gerektiğini, aksi takdirde bu anlaşmanın anlamsız hale geleceğini savunmakla birlikte sorumsuzluk anlaşmasının kendiliğinden haksız fiile etki edeceği görüşüne katılmamaktadır. Bu görüşe göre, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edebilmesi için tarafların iradesinin yorumlanması zorunludur[481]. Burada, dürüstlük kuralının yanı sıra tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri ekonomik amaçları da göz önünde bulundurularak yorumda bulunulması gerekmektedir[482]. Dolayısıyla her ne kadar dürüstlük kuralı uyarınca çoğu durumda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile de etki edeceği kabul edilse de bu bir kural olmayıp her durumda somut olarak incelenmelidir. Bu bakımdan tarafların sorumsuzluk anlaşması ile haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırmak istemediklerini ispat ederek, anlaşmayı haksız fiil sorumluluğu bakımından geçersiz hale getirme imkânı her zaman bulunmaktadır[483].

---

[479] **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 18; **BECKER,** Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N. 4. Türk hukukunda bu yönde bkz. **KAHVECİ**, s. 918, N. 10.

[480] **OSER/SCHÖNENBERGER,** Vorbem. zu Art. 41-61, N. 18; **BECKER,** Vorbem. zu Art. 41-61 OR, N. 4.

[481] **AKMAN,** s. 117-118; **ERTEN,** s. 166 vd.; **EREN,** s. 1266; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 538; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 886; **SEROZAN,** İfa Engelleri, s. 288; **BAŞALP,** s. 126-127; **KAHVECİ**, s. 918, N. 10; **BEAT**, s. 73 ve s. 86; **BUOL,** N. 580.; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 504, N. 49; **BREHM,** Art. 41, N. 230d; **SCHWENZER,** N. 5.05; **FURRER/WEY,** Art. 100, s. 620, N. 12; **WIEGAND**, Basler Komm., Art 100, N. 3; **LÖRTSCHER,** s. 121 vd.; **OESCH,** s. 174; **KAMM,** s. 218 vd.; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 206-207.

[482] **LÖRTSCHER,** s. 121; **WEBER/EMMENEGGER,** Art. 100, s. 504, N. 49; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 207.

[483] **ERTEN,** s. 141; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 207.

4. Görüşümüz

Kanaatimizce taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edebilmesi yalnızca taraf iradelerinin bu yönde olması durumunda söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla öğretideki hâkim görüşe aynen katılmaktayız. Şöyle ki, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna doğrudan doğruya ve zorunlu olarak etki edebilmesi, borçlar hukukunun temel ilkeleri olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine aykırı bir yorum olacaktır. Bu nedenle taraflar arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasında, tarafların haksız fiil sorumluluğunu da ayrıca sınırlandırmak isteyip istemediği incelenmek zorundadır. Bu incelemenin yapılması, sözleşmenin yorumu meselesidir[484]. Çalışma kapsamını aşmamak adına sözleşme yorumu hakkında inceleme yapılmayacaktır. Ancak tarafların sorumsuzluk anlaşmalarında hangi ifadeler ile haksız fiil sorumluluğunu da sınırlandırmak istediğini veya hangi kapsamda sınırlandırmak istediğini açıklamamız gerekmektedir.

Sorumsuzluk anlaşmasının kapsamının belirlenmesi bakımından genel yorum ilkelerine başvurulması gerekmektedir[485]. Buna göre sözleşme taraflarının sözleşmede kullandıkları ifadelerin nasıl yorumlanacağı, bazı yorum kurallarına bağlıdır. İlk olarak tarafların meslekleri, yaşları, eğitimleri gibi faktörler tarafların sözleşmede kullandıkları ifadelerin yorumunda dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bir sorumsuzluk şartının haksız fiil sorumluluğu bakımından geçerli olup olmadığın karar verirken ilk olarak bu şekilde bir yorum yapılmalıdır. Tarafların sözleşmede kullandıkları ifadelerin şekli de yorum faaliyetinde kullanılması gereken bir başka kaynaktır. Buna göre örneğin, *"kiracı her türlü sorumluluğu bakımından yalnızca hafif ihmaliyle sorumludur"* veya *"kiracı hafif ihmaliyle sebep olduğu malvarlığı zararlarından sorumlu değildir"* şeklindeki sözleşme maddelerinde tarafların iradeleri kiracının hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması şeklindedir[486]. Dolayısıyla taraflar sorumsuzluk anlaşmasını/şartını ancak açıkça

---

[484] **BAŞALP,** s. 299 vd.
[485] **LÖRTSCHER,** s. 122; **BAŞALP,** s. 299 vd. Genel yorum kuralları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **KAPLAN,** İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 63 vd.
[486] **AKMAN,** s. 118; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 208.

sözleşmenin ihlali kapsamında ele almış olduklarını belirtmedikleri sürece, bu şekilde yorumlanmalıdır[487].

Her ne kadar sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiile etki etmesi bakımından taraf iradeleri ölçütü uyarınca yorum yapılacaksa da kanaatimizce sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiil üzerindeki etkisi bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yukarıda açıklamış olduğumuz, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğundan feragat niteliği taşıdığı ve haksız fiilin hukuka aykırılığı unsurunu ortadan kaldıran bir sebep olduğu yönündeki açıklamalarımız esasen sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil üzerindeki hukuki etkisi bağlamında önem arz etmektedir. Bu doğrultuda feragat ile rıza arasındaki farkları incelemek gerekmektedir. Bu iki kavram benzer görünmesine rağmen aralarında temel farklar bulunmaktadır. Bu nedenle bu iki kavramın kıyaslanması gerekmektedir. Rıza ve feragat kavramları arasında üç temel fark bulunmaktadır:

Her şeyden önce rıza ve feragat hukuki yapıları bakımından farklı kavramladır. Feragat kavramı kanun koyucu tarafından açıkça tanımlanmış bir kavram olmamasına rağmen çok sayıda kanun maddesinde öngörülmüş bir kavramdır[488]. Feragatin tanımlanmasındaki güçlük, feragat anlamına gelen çok sayıda başka kavramların kullanılmış olmasıdır[489]. Öğretide feragat; hukuki işlemle bir hakkın, başkasına devredilmeden veya başka bir hak meydana getirilmeden ileriye etkili ve kesin bir şekilde sonlandırılması şeklinde tanımlanmaktadır[490]. Feragat tek taraflı olabileceği gibi somut olaya göre bazen kanun gereği bazen de işin niteliği gereği iki taraflı olabilmektedir[491]. Feragat sonucu başka bir kimse için kazandırma oluşturmaktaysa feragatin iki taraflı olarak yapılması karşı tarafın da feragati kabul etmesi gerekmektedir[492]. Bunun yanı sıra

---

[487] **BAŞALP,** s. 308; **GÜRSOY,** s. 180 vd.

[488] TMK m. 528 vd.; *"mirastan feragat",* TMK m. 733/II; *"önalım hakkından feragat",* TBK m. 145; *"takas hakkından feragat"* hükümleri ilk olarak akla gelen düzenlemelerdir.

[489] Bunun en bariz örneği TMK m. 733/II hükmünde şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: *"Önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir."* Hükmün aynı fıkrasının ilk cümlesinde önalım hakkından ***"feragat"*** şeklinde ifade edilen kavram ikinci cümlede önalım hakkından ***"vazgeçme"*** şeklinde kaleme alınmıştır.

[490] **PAKSOY,** Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2012, s. 5-6.

[491] Bunun en bariz örneği, TMK m. 528 uyarınca miras hakkından feragatin, sadece miras sözleşmesi ile yapılabileceği düzenlemesidir.

[492] **AKMAN,** s. 12; **ERTEN,** s. 93-94; **PAKSOY,** s. 11.

feragat açık olabileceği gibi örtülü olarak da yapılabilmektedir[493]. Rıza ise kişinin bir şeyi isteme açıklamasıdır[494]. Rıza ile kişi kendi hukuki alanı içerisinde yer alan bir hakkın karşı tarafça ihlal edileceğini anladığını ifade etmektedir[495]. Dolayısıyla rıza tek taraflı bir irade beyanıdır[496]. Rıza tek taraflı bir irade beyanı olmasına rağmen bu irade beyanına hukuken herhangi bir sonuç bağlanmamıştır. Zira rızanın geçersiz olması halinde TBK m. 52/I'de bunun tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirileceğini düzenlenmiştir. Hukuki işlemlerin geçersiz olmaları halinde hüküm ve sonuç doğurmaları mümkün değilken geçersiz bir rızanın TBK'da tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenmesi tek taraflı rıza beyanının geçersiz olmasına rağmen hüküm ve sonuç doğurabileceğini ortaya koymaktadır. İşte bu nedenle rıza öğretide hâkim görüş uyarınca tek taraflı ve hukuki işlem benzeri irade beyanı olarak kabul edilmektedir[497]. Sonuç olarak feragat bir hukuki işlem iken rıza hukuki işlem benzeri irade beyanı niteliğindedir.

Feragat ve rıza arasındaki ikinci fark hukuki etkileri bakımından kendini göstermektedir. Feragat hukuken bir tasarruf işlemidir[498]. Rıza ise tasarruf işlemi niteliğinde değildir. Rıza beyanında bulunan kişi, ihlal edilmesine izin verdiği bu hakkını doğrudan doğruya etkilememekte veya sona erdirmemektedir[499]. Rıza beyanında bulunan kişi yalnızca tek taraflı bir irade beyanıyla karşı tarafın kendi hakkı üzerinde yapacağı ihlalini hukuka uygun hale getirmekte olup bu hakkı doğrudan doğruya etkilememekte, değiştirmemekte veya sona erdirmemektedir. Feragatte ise feragatte bulunan kişi, feragatte bulunduğu hakkını ileriye etkili olarak ve kesin bir şekilde sona erdirmektedir[500].

Feragat ve rıza arasındaki üçüncü fark da sona ermeleri bakımından kendini göstermektedir. Rıza, haksız fiil meydana gelene kadar tek taraflı olarak geri alınabilirken[501], feragat tek taraflı olarak geri alınamamaktadır[502]. Zira feragat

[493] **PAKSOY,** s. 59.
[494] **POLAT,** s. 8 vd.; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 204.
[495] **KANETİ,** s. 243; **ÇAĞA,** Konkurrenz, s. 204.
[496] **KANETİ,** s. 244; **EREN,** s. 681; **POLAT,** s. 21.
[497] **KANETİ,** s. 244; **POLAT,** s. 22; **BAŞALP,** s. 61. Rıza hakkında farklı görüşler için bkz. **POLAT,** 6 vd.
[498] **PAKSOY,** s. 15 vd.
[499] **POLAT,** s. 35.
[500] **PAKSOY,** s. 19.
[501] **KANETİ,** s. 244.
[502] **POLAT,** s. 36.

kullanılmakla hakkı sona erdirdiği için feragat beyanından sonra vazgeçilmesi de mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında kanaatimizce taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisi bakımından hukuken başvurulması gereken kavram feragattir. Feragat, yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere sorumsuzluk anlaşmaları ile aynı işleve sahiptir. Buna karşın rıza ile sorumsuzluk anlaşması kavramları birbirinden farklı kavramlardır[503]. Ancak kanaatimizce bu görüşler içerisinde örtülü feragat görüşü, haksız fiil sorumluluğunu doğrudan doğruya ve zorunlu olarak sınırlandırdığı gerekçesiyle hukuken doğru bir görüş değildir. Zira taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının hukuken örtülü feragat niteliğinde olduğu kabul edilse bile bu örtülü feragatin hukuken geçerli olup olmayacağının belirlenebilmesi için tarafların iradelerine başvurulması zorunludur. Tarafların iradeleri incelenerek, mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğunu da sınırlandırma iradesi olduğu yorumu yapılabildiği takdirde tarafların haksız fiil sorumluluğundan örtülü olarak feragat ettiği sonucuna varılabilecektir. Bir başka ifadeyle taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının, haksız fiil sorumluluğundan feragat niteliği taşıyıp taşımadığı ayrıca incelenmeli ve buna göre sonuca varılmalıdır.

Çalışmanın şimdiye kadar ki ulaştığı sonuca göre yukarıda incelenen sonuçların kanaatimizce hiçbirinin tamamen doğru olmadığını ifade etmemiz gerekmektedir. O zaman doğru neredediр? Çalışma konumuz olan haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı probleminin özünü kanaatimizce haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliği oluşturmaktadır. Bir başka deyişle burada sorulması gereken soru, ***"Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler, tarafların özgür iradesiyle değiştirebileceği hükümler midir?"*** sorusudur. Bu nedenle hem sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edip etmeyeceği hem de saf sorumsuzluk anlaşmasının hukuken geçerli olup olamayacağının cevabını verebilmek için yapılacak tartışma, haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliği çerçevesinde yapılmalıdır.

Yukarıda ele aldığımız üzere sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesi gerektiğini savunan hâkim görüşteki

[503] Bu konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, VI, B, s. 54.

yazarlar, *"taraflar, yaptıkları sorumsuzluk anlaşması ile haksız fiil sorumluluğunu da sınırlandırma iradesine sahip miydi?"* sorusunu sormakta ve bu sorunun cevabına bağlı olarak haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığı hakkında (en azından örtülü olarak) yorumda bulunmaktadırlar.

Öğretideki hâkim görüşe göre taraflar arasında yapılmış olan bir sorumsuzluk anlaşması aynı zamanda haksız fiile de etki etmezse bu durumda yapılan anlaşma anlamsız hale gelmekte olup tarafların sorumsuzluk anlaşmasını yapmaktaki ekonomik amaçları (*wirtschaftliche Zwecks*) boşa gitmiş olacaktır[504]. Bu görüşe göre burada yapılması gereken ilk olarak tarafların iradesinin yorumlanmasıdır. Tarafların iradesinin sözleşme sorumluluğunun yanı sıra haksız fiili de kapsadığı kabul edildiği takdirde sözleşmenin ekonomik amacının boşa gitmemesi için yapılan sorumsuzluk anlaşmasının aynı zamanda haksız fiile de etki etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu görüşün izlemiş olduğu metot uyarınca "her bir somut olayda bağımsız olarak" taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması incelenmelidir. Bu inceleme sonucunda tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmasındaki ekonomik amaçlarının haksız fiili de kapsayıp kapsamadığına bağlı olarak haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığı söylenebilecektir. Bir başka ifadeyle haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığı apriori olmayıp bu metot uyarınca her bir somut olayda tarafların iradelerinin bu yönde olduğu belirlendikten sonra bu irade ekonomik kriterlerle değerlendirilerek haksız fiil hükümlerinin emredici olup olmadığı cevaplanmaktadır. Sonuç olarak bu yazarlar haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığı değerlendirmesini, *"tarafların iradelerinin, sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırma iradesi olup olmadığı kriterine göre yapmaktadır."*

Ancak kanaatimizce bu şekilde bir metot dogmatik olarak gerekli hukuki gerekçelendirmelerden yoksundur. Şöyle ki TBK m. 63'teki rıza uyarınca tarafların tek taraflı irade beyanları ile haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi buna rağmen TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı hakkındaki boşluğu doğrudan tarafların iradesi çerçevesinden ele almak hukuken doğru bir yöntem olmayacaktır. Kanaatimizce burada ilk yapılması gereken, genel olarak haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığını

[504] **LÖRTSCHER,** s. 121-122.

ve emredici ise hangi ölçüde emredici olduğunun sınırlarını ortaya koymaktır. Zira *haksız fiil sorumluluğu kural olarak emredici kabul edilirse artık tarafların iradesinin haksız fiili de kapsayıp kapsamadığının herhangi bir önemi var mıdır?* Bu sorunun cevabı şüphesiz *hayır* olacaktır. Nitekim böyle bir durumda artık emredici hükümler tarafların iradesinin yerine sözleşmeye dahil olacaktır. Buna karşın kural olarak haksız fiil sorumluluğunun emredici olmadığı kabul edildiği takdirde artık tarafların iradelerinin incelemesine geçilebilecektir. Bu aşamada artık tarafların iradeleri yorumlanacak, tarafların haksız fiili sınırlandırmak isteyip istemediği, eğer sınırlandırmak istiyorlarsa hangi derecede sınırlandırmak istedikleri yapılacak yorum faaliyeti ile ortaya konulacaktır[505].

Bu nedenle aşağıda ilk olarak haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesi amacıyla yorum faaliyeti yapılacaktır. Burada yapılacak olan yorum, haksız fiil sorumluluğunun emredici nitelikte olup olmadığını ortaya koyabilmek amacıyla, haksız fiil hükümlerinin lafzi ve amaçsal olarak ele alınmasıdır. Bir başka ifadeyle, kanun yorumudur. Ardından haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında öğretideki görüşler ve en sonunda da Yargıtay ve özellikle de Federal Mahkemenin bu konudaki tutumu incelenecektir.

Görüldüğü üzere çalışma konumuz kapsamında çözülmesi gereken iki problem bulunmaktadır. Ayrıca bu iki problem öyle iç içe geçmiştir ki konunun açık ve net bir şekilde ifade edilmesini son derece zorlaştırmaktadır. Bu konu hakkında *Perrin*; *"İsviçre hukukunda doğru bir şekilde çözülebilmesi son derece zor olan ve esasen teorik bir anlam ifade eden bu problem, uygulamada nadiren karşımıza çıkar, bu yüzden çok şanslıyız*[506]*."* şeklindeki açıklamalarıyla bu problemin ne derece zor olduğunu gözler önüne sermektedir.

---

[505] Aslında hangi yöntem tercih edilirse edilsin ulaşılacak sonuç, haksız fiil hükümlerinin kural olarak *apriori* ***"emredici olmadığıdır."*** Zira ilk yöntemi kullanan yazarlar bu yöntem ile örtülü olarak haksız fiil hükümlerinin emredici olmadığını kabul etmekte, ancak emredicilik değerlendirmesini doğrudan tarafların iradesi ile gerekçelendirmektedir.

[506] **PERRIN,** s. 210.

V. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin emredici veya tamamlayıcı nitelikte olup olmadığı hakkında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konu hakkında *Fröhlich*, özel hukuktaki kuralların ya emredici *(ius cogens)* ya da tamamlayıcı *(ius dispositivum)* nitelikte olduğunu ifade etmektedir[507]. Yazara göre, özel hukuktaki kurallar mecburen bu kategorilerden birine dahil olmak zorundadır[508]. Bir başka ifadeyle, özel hukuktaki bütün kurallar ya emredicidir ya da değildir. Başka kategoriler bulunmamaktadır. TBK m. 27/I'de yer alan bütün sınırların sonucu kesin hükümsüzlük olduğu için pratik anlamda böyle bir ayrım yapmak da herhangi bir fark yaratmayacaktır. Zira ister kamu düzenine aykırı olsun ister ahlaka aykırı olsun sözleşmenin herhangi bir şekilde geçersiz olması halinde bunun yaptırımı ortak olup kesin hükümsüzlüktür[509]. Haksız fiil hükümleri bakımından ise yazar, bu hükümlerin emredici olmadığını örtülü olarak kabul etmektedir[510].

Öğretide *Bucher* bu görüşe karşı çıkmakta, özel hukuktaki bütün kuralların *ius cogens* ve *ius dispositivum* olarak zorunlu bir kategorik değerlendirmeye tabi tutulamayacağını savunmaktadır. Yazara göre, *ius cogens-ius dispositivum* ayrımı *"Sözleşmenin konusunu oluşturan kurallar (Vertragsinhaltsnormen)"* bakımından uygulanmaktadır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri bakımından *ius cogens-ius dispositivum* ayrımı uygulanamayacaktır. Zira bu kurallar, sözleşme kuralları arasında düzenlenmemiş olup sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü (*Vertragsinhaltfreiheit*) ilkesine tabi değildir[511]. Dolayısıyla yazara göre haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri emredici niteliktedir.

Kanaatimizce, bu açıklamalar tek başına haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığını açıklamak için yeterli değildir. Haksız fiil hükümlerinin, sözleşmenin içeriğine dahil olamayacakları bu nedenle emredici olduğu şeklindeki görüşe katılmak

---

[507] **FRÖHLICH**, Ernst, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, Diss. Zürich 1922, Aarau 1922, s. 62 ve s. 67.
[508] **FRÖHLICH** s. 62 vd.
[509] Aksi yönde bkz. **KAŞAK** s. 83, dp. 336. Yazar her ne kadar bu sınırlara aykırılık halinde ortak tek bir yaptırım olsa da bu ayrımın öğreti için yapılması gerektiğini ayrıca kesin hükümsüzlüğün sonuçları bakımından da önemli olduğunu ifade etmektedir.
[510] **FRÖHLICH** s. 67 vd.
[511] **BUCHER,** s. 245.

mümkün değildir. Bunun yanı sıra özel hukuktaki kuralların hepsinin zorunlu olarak ya emredici ya da tamamlayıcı olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Zira, haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını ve istisnalarını kesin olarak ortaya koymadan bu hükümleri *ius cogens* veya *ius dispositivum* kategorilerinden birine dahil etmek, hukuken mümkün değildir.

Kanun hükümlerinin emredici olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle kanunun lafzına bakılması gerekmektedir[512]. Bu değerlendirme bazen son derece kolay olup kanun koyucu hükmün açıkça emredici nitelikte olduğunu ifade etmiş olabilir[513]. Bunun dışında hükmün lafzında "aykırı olamaz" veya "feragat edilemez" gibi ifadelerin bulunması da hükmün emredici olduğunu göstermektedir[514]. Kanun hükmünün emredici olduğunun tespit edilebilmesi için bir başka yol da hükümde tarafların yaptıkları anlaşmayı geçersizlik yaptırımına bağlayıp bağlamadığına bakılmasıdır[515].

Kanaatimizce haksız fiil hükümlerinin lafzına bakıldığında bu hükümlerin emredici olduğu hakkında bir yargıya varılamamaktadır. Zira yukarıda sıraladığımız hiçbir lafız, haksız fiil hükümlerinde yer almamaktadır. Haksız fiil hükümlerinde kullanılan lafzı tespit etmek için çeşitli hükümlere baktığımız zaman;

- TBK m. 49, TBK m. 66/I ve m. 66/III, TBK m. 67/I, TBK m. 69/I hükümleri, *"… gidermekle yükümlüdür."*
- TBK m. 50/II, TBK m. 52, TBK m. 56, TBK m. 57/I, TBK m. 58, TBK m. 64/II, TBK m. 65, TBK m. 76/I hükümleri, *"… hâkim … karar verebilir, … indirebilir, … hakkaniyete göre belirler."*

Dikkat edildiği takdirde bu hükümlerde herhangi bir emredici lafız bulunmamaktadır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere emredici niteliğin hükmün

[512] Bkz. İkinci Bölüm, III, C, s. 64.
[513] Örneğin, TTK'nun 340. maddesi; *"Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir."* denilerek TTK'nun anonim şirket esas sözleşmeleri ile ilgili düzenlemiş olduğu hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olduğunu ifade etmiştir. TTK m. 340 hükmünün lafzı hiçbir şekilde şüphe içermeyecek şekilde ilgili hükmün emredici nitelikte olduğunu ifade etmektedir.
[514] Bu hükümlere örnek olarak TBK m. 42/II; *"…feragat edilemez."* veya TBK m. 58/II; *"…aykırı olamaz."* hükümleri örnek olarak verilebilir. Daha fazla örnek için bkz. **KAŞAK,** s. 308-309.
[515] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 370 vd. Bunlara, TBK m. 27/I; *"…kesin olarak hükümsüzdür.",* TBK m. 334/II; *"…geçersizdir."* gibi hükümler örnek olarak verilebilir. Daha fazla örnek için bkz. **KAŞAK**, s. 307-308.

lafzına bakılarak tespit edilmesi için feragat edilemez, aykırı olamaz, aksi kesin hükümsüzdür gibi ifadelerin yer alması gerekmektedir. Burada belki, *"... gidermekle yükümlüdür"* ifadesi ilk bakışta emredici bir lafız olarak görülebilir. Ancak, *"... gidermekle yükümlüdür"* ifadesi emredici bir lafız değildir. Bu durum TBK m. 112 hükmüne bakıldığı takdirde açıkça görülecektir. TBK m. 112 ifadesinde, *"... gidermekle yükümlüdür"* lafzı kullanılmıştır ancak hemen ardından TBK m. 115 ve m. 116'da yer alan sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla bu giderim (tazminat) yükümlülüğünün emredici olmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenle, *"... gidermekle yükümlüdür"* ifadesi lafzen emredici bir nitelik taşımamaktadır.

Sonuç olarak haksız fiil hükümlerinin lafzında emredici olduğunu kesin olarak gösteren hiçbir ifade bulunmamaktadır. En azından yukarıda verdiğimiz örneklerde emredici niteliği ortaya koyan hiçbir lafız bulunmamaktadır. Bu ise haksız fiil hükümlerinin topyekûn hepsinin emredici nitelikte olduğunu lafzen yapılacak bir kanun yorumuyla tespit etmenin mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu hükümlerin emredici nitelik taşıyıp taşımadığının tespit edilebilmesi için amaçsal yorum yapılması gerekmektedir. Nitekim yalnızca lafza bağlı kalınarak bir kanun hükmünün emredici olup olmadığının belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durum TMK m. 1 hükmünde açıkça; *"Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır."* şeklinde ifade edilmektedir. Bu nedenle haksız fiil hükümlerinin niteliğini tespit ederken bu hükümlerin amacının tespit edilmesi TMK m. 1 uyarınca zorunludur. Bu doğrultuda aşağıda haksız fiil sorumluluğunun amacı tespit edilecektir.

B. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU KURUMUNUN AMAÇSAL YORUMU

1. Genel Olarak

Bir kanun hükmünün düzenlenmesinin sebebi menfaatler dengesini sağlamaktır. Ancak somut olaya uygulanarak tarafların menfaat dengesini sağlayabilecek yeknesak tek bir hükmün bulunması olanaksızdır. Dolayısıyla her kanun hükmünün, taraflar arasındaki menfaat çatışmasında daha fazla korumak istediği bir menfaati, bir *ratio legisi* bulunmaktadır[516]. Kanun hükmünün *ratio legisinin* tespiti için yapılacak yoruma, amaçsal

[516] **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 119; **DURAL/SARI**, s. 131; **SEROZAN,** Medeni, s. 118 vd.

yorum denilmektedir[517]. Amaçsal yorumda, *kanun hükmünün işlevi*, hangi meseleyi çözmek için düzenlenmiş olduğu, tespit edilecek ve çatışan menfaatler arasında hangi menfaati korumak istediği belirlenecektir[518].

Çalışma konumuz bakımından, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna etki edip etmeyeceği, sorumluluğunun amaçsal yorumu yapılarak karar verilecektir. Haksız fiil sorumluluğunun amacı ortaya koyulduktan sonra bu amacın sorumsuzluk anlaşmasıyla korunan değerlerden üstün olup olmadığı cevaplandırılmalıdır.

Haksız fiil sorumluluğunun üç amacı vardır. Bunlar; zararın telafisi (denkleştirilmesi), zararın önlenmesi ve ihlal edilen hakkın devam ettirilmesidir[519]. Zararın telafisi; zarar göreni, zarar görmeden önceki durumuna getirmeyi amaçlamaktadır. Bir başka ifadeyle zararın, zarar görenden alınıp zarar verene yüklenmesidir. Zararın önlenmesi, toplumdaki bireylerin birbirlerine zarar vermesini engellemeyi amaçlamaktadır. İhlal edilen hakkın devam ettirilmesi amacı, zarar görenin haksız fiil sonucu kaybettiği değerin yerine tazminat değerinin geçerek bu değerin devam ettirilmesini amaçlamaktadır[520].

Sorumluluğun üç amacı bulunmasına rağmen hangi amaç esas alınarak yorum yapılacağı tartışmalıdır. Öğretideki bu tartışma haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının zararın telafisi mi olduğu yoksa zararın önlenmesi mi olduğu noktasında yaşanmakta olup ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi işlevinin, zararın telafisi işlevinin tamamlayıcısı niteliğinde olduğu bu nedenle sorumluluğun ikincil amacı olduğu hakkında

---

[517] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, kanunun yorumunu şu şekilde ifade etmektedir: *"…Kanunun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna, gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun düşmez."*, (YİBBGK.'nin 22.02.1997 tarih ve E. 1996/1, K. 1997/1 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 21.06.2021]).

[518] **ATAMER,** Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları), Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 98; **KAŞAK,** s. 317.

[519] **EREN,** s. 581 vd.; **NOMER,** Haksız Fiil, s. 33-36; **ABİK,** Yıldız, "Normun Koruma Amacı Teorisi", AÜHFD, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 417-418; **GÖNÜL KOŞAR,** Günhan; "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", AÜHFD, C. 69, S. 3, Ankara 2020, s. 1439; **ATAMER,** Haksız Fiil, s. 98-99.

[520] **EREN,** s. 581-583; **ATAMER,** Haksız Fiil, s. 98; **NOMER,** Haksız Fiil, s. 34; **SANLI,** Kerem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi-Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 154; **MULLER,** Christoph, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, (hrsg., **FURRER,** Andreas/**SCHNYDER,** Anton K.), Schulthess Juristische Medien, 3. Auflage, 2016 Zürich, Art. 41, s. 277, N. 4.

tartışma bulunmamaktadır[521]. Bir başka ifadeyle yorumda hangi amacın kullanılması gerektiği hakkındaki tartışma, zararın önlenmesi ve zararın telafisi amaçları arasında yaşanmaktadır.

2. Birincil Amacın Zararın Önlenmesi Olduğu Görüşü

Azınlık görüş uyarınca, haksız fiil sorumluluğunun birincil amacı, zararın önlenmesidir[522]. Bu görüş uyarınca haksız fiil sorumluluğu, hukuk düzeninin toplumda zarar verici davranışların engellenmesi amacıyla neredeyse sonsuz özgürlükler tanıdığı bireylerin davranışlarına *neminem laedere* ilkesini uygulamakta ve bu şekilde bireylerin davranışlarına olumlu yönde etki etmeyi amaçlamaktadır. Bu görüşün kullandığı yöntem *ex ante* (ileriye yönelik) bir yöntem olup, tazminat yükümlülüğünün bireylerin davranışları üzerindeki etkisi değerlendirilerek sorumluluğun amacı tespit edilmektedir[523]. Bu bağlamda toplumdaki bireyler haksız fiil sorumluluğu sayesinde bir başkasına zarar verici bir davranışta bulunmamak için elinden geldiğinde dikkatli davranmaktadır. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunun yaptırımı (sonucu) olan zararı tazmin etme yükümlülüğü nedeniyle toplumdaki bireyler birbirlerinin hukuki menfaatlerine zarar vermekten kaçınacaktır[524]. Bu görüşteki yazarlara göre zararın telafisi amacı, haksız fiil sorumluluğunun birincil amacı olmayıp gelecekte zarar verici davranışta bulunma ihtimali olan *potansiyel zarar verenlerin,* henüz gerçekleşmemiş olası zarar verici davranışlarının önlenmesi için kullanılan bir araçtır[525].”

---

[521] **ATAMER,** Haksız Fiil, s. 98; **GÖNÜL KOŞAR,** s. 1440.

[522] **SANLI,** s. 151 vd.; **SCHWENZER,** N. 49.04; **SCHRANER,** s. 20-21; **VITO,** Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Juristische Medien, Zürih 2002, §2, N. 33; **YUNG,** s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211; **GAUTSCHI,** s. 14; **NEUENSCHWANDER,** s. 104; **BUOL,** N. 569; **BİRSEN,** s. 551; **OKAY,** s. 79.

[523] **SANLI,** s. 154.

[524] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, zararı önleme amacını şu şekilde açıklamıştır: *“(...) zararı önleme amacı, **aynı zamanda bir yaptırım görevi de görür.** Öncelikle kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın sonuçlarına tazminat sorumluluğunu bağlamak, herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli iradi çabayı harcamaya sevk eder. Kişinin zarar verici bir davranışta bulunma girişimini de önler.”,* (YİBBGK.’nin 06.07.2018 tarih ve E. 2017/5, K. 2018/7 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr., **ERİŞİM,** 21.06.2021]).

[525] **GÖNÜL KOŞAR,** s. 1455.

3. Birincil Amacın Zararın Telafisi Olduğu Görüşü

Bizim de katıldığımız öğretideki hâkim görüş haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının zararın telafisi olduğunu savunmaktadır[526]. Bu görüşteki yazarlar sorumluluğun önleyici işleve sahip olduğunu reddetmemektedirler. Buna karşın bu yazarlar haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde öngörülen tazminat yükümlülüğünün birincil işlevinin zararın telafisi olduğunu; zararın önlenmesinin, bu yükümlülüğün *olumlu bir sonucu* olarak ikincil nitelikteki işlevi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün kullandığı yöntem, *ex post* (geçmişe yönelik) bir yöntem olup, doğmuş olan bir zararın nasıl paylaştırılması gerektiği değerlendirilerek sorumluluğun amacı tespit edilmektedir[527].

Bu görüşteki yazarların argümanları düzeltici adalet teorisine dayanmaktadır[528]. Hukuk sistemimiz, toplumdaki bireylerin eşit menfaatlere sahip olmasını sağlamaya çalışmaktadır. Bu anlamda bireyler hukuki ilişkilerinde eşit düzeyde olmalıdır. Bu ilişkide eşitliği bozan taraf bunu bozduğu ölçüde eski haline getirmelidir[529]. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğu, taraflar arasında zararın paylaşımını yapmak zorunda olup bunu yalnızca zarar vereni tazminat ile sorumlu tutmak şeklinde değil, aynı zamanda zarar verenin tazminat sorumluluğunun sınırlarını belirleyerek yapmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunun en temel amacı, zarar verici bir davranışın meydana gelmesi halinde *önlenememiş olan zararı* taraflar arasında paylaştırmak ve zarar görenin gerçek zararını[530]

---

[526] **BAYSAL,** Haksız Fiil, s. 17; **OFTINGER/STARK,** §1, N. 9 vd.; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 315; **EREN,** s. 582; **KILIÇOĞLU,** s. 363 vd.; **ATAMER,** Haksız Fiil, s. 98-99; **NOMER,** Haksız Fiil, s. 34; **TİFTİK**, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s. 61; **ÖZDEN MERHACI,** Selin, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 159; **GÜL,** İbrahim, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 87; **ABİK,** s. 418-419; **GÖNÜL KOŞAR,** s. 1467; **TOPUZ,** Maddi Zarar, s. 256; **HATEMİ,** Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 21 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II, s. 113; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 18; **İMRE,** s. 10; **ANTALYA,** O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 50; **MULLER,** Art. 41, s. 277, N. 4; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI,** s. 96; **ERGÜNE,** s. 337; **GÜNDÜZ,** s. 23.

[527] **SANLI,** s. 154.

[528] **BAYSAL,** Birlikte Kusur, s. 16. Yazar, haklı olarak zararın telafisi amacının düzeltici (denkleştirici) kavramından yola çıkılarak açıklandığını ifade etmektedir. Düzeltici adalet kavramı temelini adalet felsefesinde bulan bir kavramdır. Bu kavram tarihte ilk defa ünlü filozof Aristoteles'in *"Nikomakhos'a Etik"* adlı eserinde karşımıza çıkmaktadır. Aristoteles, 2015 a, s. 97-99.

[529] **GÖNÜL KOŞAR,** s. 1447; **SANLI,** s. 166. Aristoteles'e göre, kazanç ve zararın ortasının sağlanması düzeltici adalet anlamına gelmektedir. Bu bağlamda bu adaleti sağlamak için adil yargıcın tarafları kâr ve zarar durumlarının ortaya çıkmadığı hallerine (ilk hallerine) getirmesi gerekmektedir. Aristoteles, 2015 a, s. 97-99.

[530] Bu ilke Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: *"Gerçekten bazı durumlarda zarar verici olay zarar gören bakımından bazı ekonomik yararlar sağlayabilir. İşte bu gibi durumlarda sağladığı ekonomik yararın zarardan düşülmesi ve gerçek zarar miktarının belirlenmesi gerekir. Aksi hâlde zarar gören sebepsiz bir kazanç sağlamış ve haksız olarak zenginleşmiş olur. Böyle bir*

tazmin etmektir[531]. Zararın telafisi ile ne zarar gören zenginleşmeli ne de zarar veren cezalandırılmalıdır. Sonuç olarak zararın telafisinin işlevi yalnızca ortaya çıkan zararın giderilmesidir[532].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1.11.2017 tarihli[533] kararında haksız fiil sorumluluğunun birincil amacını; "Sorumluluk hukukunun en önemli amacı, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelmiş eksilmeyi ayni veya nakdi olarak gidermektir." şeklinde ifade etmiştir[534]. Bu karardan yaklaşık bir yıl sonra Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.06.2018 tarihli[535] kararında, haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının zararın telafisi olduğunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kabul etmiştir. Bu kararda zararın telafisi amacının sorumluluk hukukunun birincil amacı olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) genel hükümler kısmının birinci bölümünün ikinci ayrımı 'Haksız fiilden doğan borç ilişkileri' başlığını taşımakta olup haksız fiili düzenleyen kurallar bütünü ise 'sorumluluk hukuku' olarak nitelendirilmektedir. **Sorumluluk hukukunun en önemli amacı, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelmiş eksilmeyi ayni veya nakdi olarak gidermektir.** Sorumluluk hukuku zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermeyi amaçladığından 'tazminat hukuku' olarak da adlandırılmaktadır."

Yüksek Mahkeme'nin haksız fiil sorumluluğunun birincil amacına ilişkin güncel kararlarındaki yaklaşımına baktığımız takdirde zararın telafisinin haksız fiil

---

sonuç ise sorumluluk hukukunun amacı ile bağdaşmaz. Çünkü sorumluluk hukukunun temel amacı zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermektir.", (YHGK.'nin 6.02.2020 tarih ve E. 2017/1841, K. 2020/105 sayılı kararı, [www.kararara ma.yargitay.gov.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021]).

[531] **ATAMER,** Haksız Fiil, s. 99-100. Yazar, İsviçre/Türk hukuk sisteminin sosyal adalet düşüncesini gerçekleştirme amacına sahip olduğunun söylenebileceğini belirtmektedir. Bu görüşünü de zararın belirlenmesinde hâkime tanınan takdir yetkisinin genişliğine dayandırmaktadır. Yazara göre, İsviçre/Türk hukuk sistemlerinde tarafların menfaatlerine en uygun sonucun bulunabilmesi için hâkime zararı takdir etme bakımından geniş yetkiler verilmiştir. Bu durum TBK m. 51 hükmünde açıkça görülmektedir. Dolayısıyla olaya uygulanacak normların yorumlanmasında da hâkim bu amaca uygun hareket etmelidir. Yazarın açıklamalarına aynen katılmaktayız. Aksi yönde bkz. **SANLI,** s. 167 vd. Yazar, düzeltici adalet kavramının felsefi bir kavram olduğunu ve somut olarak içini dolduracak incelemelerin yapılmadığını bu nedenle de böyle felsefi bir kavramla haksız fiil hükümlerinin yorumlanmasının doğru olmayacağını ifade etmektedir.

[532] **TANDOĞAN,** Mesuliyet, s. 252 vd.; **ANTALYA,** Cilt: V/1, 2, s. 51-52.

[533] YHGK.'nin, 1.11.2017 tarih ve E. 2017/1315 K. 2017/1239 sayılı kararı, (www.lexpera.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021).

[534] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, haksız fiil sorumluluğunun esas amacının zararın telafisi olduğunu bir başka kararında şu şekilde ifade etmiştir; *"Sorumluluk hukukunun **öncelikli amacı**, haksız bir fiille başkasına zarar verilmesi durumunda oluşan zararın giderilmesidir.",* (YHGK.'nin, 6.02.2020 tarih ve E. 2017/1841, K. 2020/105 sayılı kararı, [www.kararara ma.yargitay.gov.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021]).

[535] YİBBGK.'nin, 22.6.2018 tarih ve E. 2016/5, K. 2018/6 sayılı kararı, (www.lexpera.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021).

sorumluluğunda birincil amaç olarak kabul edildiği açıkça görülmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının zararın telafisi olması, İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde haksız fiil sorumluluğunun *tazminat* temelinde düzenlendiğini göstermektedir[536].

Peki haksız fiil sorumluluğunun birincil amacı olan zararın telafisi, emredici nitelikte midir? Bir başka şekilde sormak gerekirse, haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğü; ahlakı, kamu düzenini, kişilik haklarını, zayıf tarafı korumak gibi sözleşme özgürlüğünden daha üstün menfaat (menfaatleri) korumakta mıdır? Bu soruları cevaplayabilmek için öncelikle aşağıdaki başlık altında öğretide haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliğinin emredici mi yoksa tamamlayıcı mı olduğu yönünde yapılan tartışma ele alınacaktır.

C. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN EMREDİCİ OLUP OLMADIĞI İLE İLGİLİ TARTIŞMA VE GÖRÜŞLER

Haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliği İsviçre-Türk hukukunda tartışma konusudur. Bu tartışmanın sebebi her iki ülkenin Kanununda da haksız fiile ilişkin düzenlemelerin emredici olup olmadığı hakkında hiçbir ifadenin bulunmamasıdır. Buna karşın Fransa hukukunda, haksız fiil hükümlerinin emredici olduğu açıkça belirtilmiştir[537].

Burada İsviçre Sorumluluk Hukuku Komisyonunun haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliği hakkındaki görüşünü açıklamanın çalışma bakımından yol gösterici olacağı kanaatinde olup bu doğrultuda komisyonun görüşünü açıklamayı uygun görmekteyiz. Komisyon, ilk başta haksız fiil sorumluluğunu kural olarak emredici (*de nature impérative*) olarak nitelendirmiş, ancak bu görüşünü derhal değiştirmiştir. Komisyon görüş değişikliğinin sebebinin ise ekonomik ve politik olarak gelebilecek karşı itirazlardan kurtulmak için yaptığını açıklamıştır[538]. Bu bağlamda haksız fiil

---

[536] Alman hukukunda ise sorumluluğun doğması ve sınırlandırılması olarak iki aşamalı öngörülmüştür. Öğretide *Atamer*; İsviçre/Türk hukuk sistemlerinin, Alman hukuk sisteminden farklı olarak sorumluluğun kurulması ve sınırlandırılması aşamaları ayrımı yapmadan haksız fiil sorumluluğunu ***"tazminatı"*** esas alarak, bunun için de dört unsurun varlığının ispatlanmasının gerekli ve yeterli görüldüğünü ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **ATAMER,** Haksız Fiil, s. 24.

[537] Fransız hukuku bakımından konunun değerlendirilmesi hakkında bkz. **BEAT,** s. 56 vd.

[538] Komisyon bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *"(...)pour prévenir les oppositions qu'une interdiction générale pourrait susciter dans les milieux politiques et économiques"*, (**BEAT**, s. 56'dan naklen).

sorumluluğunun emredici olup olmadığı hakkında önerilecek her çözüm yöntemi esasen politik ve özellikle de ekonomik nedenlere dayanacaktır[539].

1. Öğretide Sorumluluğun Tamamlayıcı Nitelikte Olduğu Yönündeki Görüş

Öğretide hâkim olan görüş, haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasının emredici nitelikte olan TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde açıkça yasaklanmadığını bu nedenle de haksız fiil sorumluluğunun emredici nitelikte olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmasının yalnızca sözleşme sorumluluğu bakımından uygulanacağı şeklinde bir iradesi bulunmakta ise bunu *expressis verbis* (açıkça) düzenlemesi gerekmektedir[540]. Bir başka deyişle, borçlar hukuku sistemimizin özünü oluşturan ilke irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleridir ve kanun koyucunun bu ilkelere getirmek istediği sınırlamalar açıkça kanun hükümleri ile düzenlenmelidir[541]. Nitekim, kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği bakımından getirdiği istisnai durumları, özel kanunlarda açıkça düzenlemektedir[542]. Dolayısıyla burada kanunun zıt anlamından *(argumentum e contrario)*, kanun hükümlerinin emredici olup olmadığının yorumlanması gerekmektedir. TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri zıt anlamıyla yorumlandığı takdirde, bu hükümlerde sorumsuzluk anlaşmaları bakımından öngörülmüş olan istisnai durumlardan farklı, başka istisnai durumların söz konusu olamayacağı sonucuna varılacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi de haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olan kusursuz sorumluluğun kural olarak emredici olmadığını, eğer kanun koyucunun böyle bir iradesi olsaydı bunu açıkça ifade etmesi gerektiğini[543]; *"...eğer İsviçre hukuku, kusursuz sorumluluğun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla ortadan kaldırılmasını*

---

[539] **BEAT**, s. 56.

[540] **ACKERMANN,** s. 54-55; **OFTINGER/STARK,** §12, N. 2; **BREHM,** Art. 41, N. 230d; **KAMM,** s. 87; **LÖRTSCHER,** s. 130-131; **OESCH,** s. 168; **BAŞ,** s. 157.

[541] Borçlar hukuku uyarınca emredici hükümler, istisnalar dar yorumlanır ilkesince yorumlanmak zorundadır, (**YONGALIK,** s. 3). Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, II, s. 61-62.

[542] Örneğin İsviçre Nükleer Enerji Sorumluluğunu Düzenleyen Kanunun (Kernenergiehaftpflichtgesetz) 8. maddesi uyarınca; *"Vereinbarungen, welche die Haftpflicht nach diesem Gesetz wegbedingen oder beschränken,* ***sind nichtig.****"* denilerek bu kanun uyarınca doğan sorumluluk hakkında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu açıkça düzenlenmiştir.

[543] Entscheid v. 17.2.1950, publ. in SJ 1950, 536, 538 vd. Karar için bkz. **BEAT**, s. 52, dp. 331. Ayrıca bkz. aşağıda *"Buchwalder"* kararı.

(sınırlandırılmasını) yasaklamak ***istiyorsa bunu açıkça ifade eder."*** şeklinde kabul etmiştir[544]. Bu kararda Federal Mahkeme kusursuz sorumluluğu zıt anlamıyla yorumlamış ve bu hükmün kural olarak emredici olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Öğretide, mahkemenin kusursuz sorumluluğun emredici olmadığı yönündeki bu kararının kusura bağlı haksız fiil sorumluluğu bakımından da geçerli olması gerektiğinin ve kusura bağlı haksız fiil sorumluluğu bakımından da kural olarak emredici olmadığının kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir[545]. Bu nedenle, öğretide birçok yazar haksız fiil sorumluluğu bakımından TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerini zıt anlamıyla yorumlamakta ve haksız fiil sorumluluğunun kural olarak emredici olmadığını savunmaktadır[546].

Kanaatimizce de bu görüş son derece doğru bir gerekçelendirme yapmaktadır. Kanun hükümlerinin zıt anlamıyla yorumlanmaları bakımından TBK m. 417 hükmünü örnek vererek bu durumu daha net bir şekilde açıklayabiliriz. Kanun koyucu TBK m. 417/III hükmünde; *"İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."* şeklinde açıkça ifade etmiş olduğu üzere kanuna veya sözleşmeye aykırı davranış olup olmadığına bakılmaksızın, madde metninde belirtilen durumların hepsi için kural olarak sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Halbuki TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde kanun koyucu bu şekilde açık bir düzenleme öngörmemiştir. Kanun koyucunun TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde bu durumu açıkça düzenlememesi göstermektedir ki, kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmalarının *haksız fiile etkisi bakımından herhangi bir sınırlama iradesi bulunmamaktadır.* Sonuç olarak tarafların kendi aralarında kanundan farklı bir sorumluluk rejimi düzenlemelerinin haksız fiil sorumluluğu bakımından ayrık tutulması için herhangi bir yasal dayanak bulunmamaktadır.

---

[544] *"(...) lorsque la loi suisse prohibe la renonciation conventionnelle à la responsabilité causale, elle le dit expressément."*, (**BEAT,** s. 56'dan naklen).
[545] **KAMM,** s. 87 vd.
[546] **BECKER,** Art. 58 OR, N. 8; **KAMM,** s. 87; **LÖRTSCHER,** s. 131; **OESCH,** s. 168. Ayrıca bkz. s. 139'daki "*Buchwalder"* kararı.

2. Öğretide Sorumluluğun Emredici Olduğu Yönündeki Görüşler

Haksız fiil sorumluluğunun emredici nitelikte olduğunu savunan görüşlerin başlıca iki argümanı bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri, haksız fiil sorumluluğunun emredici olduğunu, sorumluluğun zararı önleme amacı gerekçesine dayandırmaktadır[547]. Diğer görüş ise, sorumsuzluk anlaşmalarının düzenlendiği hükümlerde haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması hakkında açık bir düzenleme yapılmamış olmasının nitelikli susma olarak değerlendirilmesi gerekçesine dayanmaktadır. Buna göre, Kanun bazen bilinçli olarak bir düzenleme getirmeyerek ilgili konuyu olumsuz olarak değerlendirmektedir. İşte bu durumlarda nitelikli susma söz konusudur[548]. Bu görüş uyarınca, kanun koyucu TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde haksız fiil sorumluluğu hakkında düzenleme yapmaması, hukuken nitelikli susma olup sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiil sorumluluğuna etki etmesi hakkında olumsuz bir kural düzenlemiş olmaktadır.

a. Sorumluluğun Emredici Olduğunu Zararı Önleme Amacı ile Açıklayan Görüş

Öğretide, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin, sözleşmeden farklı olarak yalnızca taraflar arasındaki ilişkiyi değil, toplumdaki genel yükümlülükleri düzenleyen kurallar olmaları nedeniyle kamu düzeni hükümleri olduğu ve bu kabul sonucunda da haksız fiil sorumluluğunun emredici nitelikte olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır[549].

Bu görüşü savunan yazarlardan *Yung* ve *Perrin*, haksız fiil sorumluluğunun zararı önleme amacı bulunduğunu ve bu nedenle bu hükümlerin kamu düzeni hükmü olduğunu savunmaktadır[550]. Yazarlar, haksız fiil sorumluluğunun rıza ile sınırlandırılmasının, hukukun başat ilkelerine dolayısıyla da kamu düzenine aykırı olmadığını ifade

---

[547] Zararı önleme amacı hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, V, B, 2, s. 127.

[548] Nitelikli susma ve kanun boşluğu arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. **KIRCA,** Çiğdem; "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 91 vd. Bu konuda detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 127.

[549] İsviçre hukukunda bu görüş için bkz. **YUNG,** s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211; **ALNIAK,** s. 11; **GAUTSCHI,** s. 14; **NEUENSCHWANDER,** s. 104; **BUOL,** N. 569; **SCHRANER**, s. 55 vd. Türk hukukunda bu görüşteki yazarlar için bkz. **BİRSEN,** s. 553; **OKAY,** s. 79; **FEYZİOĞLU,** s. 451; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 873.

[550] **YUNG,** s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211.

etmektedir. Bunun sebebi ise, yazarlara göre, rızanın yalnızca kanunun kabul ettiği durumlarda veya en azından kanunun karşı olmadığı durumlarda söz konusu olabilmesidir. Rıza yalnızca bu durumlarda geçerli olduğu için rıza aracılığıyla haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması, yazarlara göre, hukukun başat ilkelerine dolayısıyla da kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir.

Buna karşın yazarlar, haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılmasının hukukun başat ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedirler. Bunun sebebi ise, yazarlara göre, haksız fiil sorumluluğunun zararı önleme amacıdır. Haksız fiil sorumluluğunun zararı önleme amacı, potansiyel zarar görenlere bir *koruma kalkanı* sağlayarak toplumun menfaatlerini ve kamu düzenini korumaktadır. Toplumdaki bireyler zararı önleme amacı sayesinde birbirlerine zarar vermekten kaçınmaktadırlar. Eğer potansiyel zarar gören, tazminat yükümlülüğünden *"başka hiçbir şeye gerek kalmadan (sans autre)"* feragat edebilirse sorumluluğun zararı önleme amacı ortadan kalkacaktır. Bu nedenle yazarlar İsviçre hukukunda önceden haksız fiil sorumluluğunun sonucu olan tazminat yükümlülüğünden feragat edilebilmesinin mümkün olmayacağını savunmaktadır[551].

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Görüşümüzü temellendirmek için ilk olarak ileri sürebileceğimiz gerekçe, İsviçre-Türk öğretisi ve yargı içtihatları uyarınca haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının zararın telafisi olduğu ve zararın önlenmesi amacının yalnızca ikincil bir nitelik taşıdığı yönündeki hâkim görüştür[552]. Hatta hukukumuz bakımından haksız fiil sorumluluğunun birincil amacının zararın telafisi olarak kabul edilmesi zorunludur zira bu konu hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun açık kararı bulunmaktadır[553]. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı yönünde yapılacak yorum, zararın telafisi amacı dikkate alınarak yapılmak zorundadır. Bir başka ifadeyle özünde kamu düzenini koruma amacı olan zararı önleme amacı değil, taraflar arasındaki bozulan dengenin yerine getirilmesini sağlama amacı olan zararın telafisi amacı yoruma esas alınacaktır. Sonuç olarak haksız fiil sorumluluğunun kamu düzenini ilgilendirmesi bu nedenle de emredici nitelikte olduğu şeklindeki amaçsal yorum

[551] **YUNG,** s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211.
[552] Bkz. Üçüncü Bölüm, V, B, 3, s. 128 vd.
[553] YİBBGK.'nin, 22.6.2018 tarih ve E. 2016/5, K. 2018/6 sayılı kararı, (www.lexpera.com.tr, **ERİŞİM,** 21.06.2021).

yapıldığı takdirde bu yorum, haksız fiil sorumluluğunun amacına uygun olmayan bir yorum olacaktır. Bu nedenle yazarların zararı önleme amacı gerekçesine dayanarak haksız fiil sorumluluğunun emredici olduğunu ileri sürmesi kanaatimizce hukuken doğru bir gerekçe değildir.

Bunun yanı sıra yazarların, zarar görme olasılığı bulunan potansiyel zarar gören, tazminat yükümlülüğünden, başka hiçbir şeye gerek kalmadan (*sans autre*) feragat edebilirse sorumluluğun zararı önleme amacı ortadan kalkacağı yönündeki gerekçelerini yalnızca sorumsuzluk anlaşmaları bakımından ileri sürmeleri buna karşın rıza bakımından bunu kabul etmemeleri çelişkilidir. Şöyle ki rıza tek taraflı bir irade beyanı iken sorumsuzluk anlaşmaları sözleşme niteliğindedir. Bu bağlamda yazarların ileri sürdüğü, *sans autre* feragat etme şeklindeki bir gerekçe esasen sorumsuzluk anlaşmaları bakımından değil rıza bakımından söz konusu olacaktır. Zira rıza tek taraflı bir irade beyanı olup geçerli bir rıza beyanı dışında başka hiçbir şeye gerek kalmadan haksız fiil sorumluluğu ortadan kalkacak iken sorumsuzluk anlaşmaları hukuken sözleşme niteliğinde olup tarafların karşılıklı irade beyanlarının yanı sıra TBK m. 115 ve m. 116'da düzenlenen geçerlilik sınırlarının bulunması zorunludur. Sonuç olarak kanaatimizce ne haksız fiil sorumluluğunun zararı önleme amacı esas alınarak ne de *sans autre* feragat etmeme şeklindeki gerekçe ileri sürülerek haksız fiil sorumluluğunun emredici olduğu şeklinde bir yorum yapılamayacaktır[554].

Öğretide *Buol*, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin kamu düzenini ilgilendirdiğini ve bu nedenle emredici nitelikte olduğunu ve bu nedenle yalnızca haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarının mümkün olmadığını savunan bir başka yazardır[555]. Yazar, her ne kadar haksız fiil sorumluluğunun emredici olduğunu ve bu nedenle sorumsuzluk anlaşmasına konu edilemeyeceğini savunsa da sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile de etki etmesi gerektiğini aksi takdirde bu anlaşmanın anlamsız olacağını ileri sürmektedir[556]. Kanaatimizce haksız fiil

[554] Aynı yönde bkz. **İNCEOĞLU,** s. 114-115.
[555] **BUOL,** N. 569.
[556] Öğretide *Honsell/Isenring/Kessler,* haksız fiil hükümlerinin kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediği hakkında herhangi bir yorumda bulunmadan OR Art. 55 (TBK m. 66) adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını buna karşın OR Art. 55 (TBK m. 66) ve OR Art. 101 (TBK m. 116) hükümlerinin yarışmasının söz konusu olduğu durumlarda taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının, TBK m. 66'da yer alan adam çalıştıranın sorumluluğuna da etki edeceğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 157.

hükümlerinin emredici olduğunu kabul ettikten sonra taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki etmesi şeklinde bir gerekçeyi kabul etmek hukuken mümkün değildir. Zira bu şekilde bir yorum emredici hükümlerin aksinin kararlaştırılamayacağı şeklindeki tanımına aykırı bir yorum olacaktır. Ayrıca bu şekilde bir gerekçe kendi içerisinde çelişmektedir. Bir yandan haksız fiil hükümlerinin emredici olduğunu kabul edip sorumsuzluk anlaşmasına konu edilemeyeceğini savunmak diğer yandan ise sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda bu anlaşmanın haksız fiile de etki edeceğini kabul etmek çelişkili bir durum yaratmaktadır. Dolayısıyla yazarın görüşlerine katılmamaktayız.

b. Sorumluluğun Emredici Olduğunu Nitelikli Susma ile Açıklayan Görüş

Öğretide bazı yazarlar, haksız fiil sorumluluğunun yalnızca kanunda haksız fiil sorumluluğu rejiminde düzenlenmiş olan TBK m. 63'te sayılan hukuka uygunluk sebepleri aracılığıyla sınırlandırılabileceğini veya ortadan kaldırılabileceğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre, bu hükümde sayılan hukuka uygunluk sebepleri *numerus clausus* olarak sayılmaktadır[557]. Bu bağlamda kanun koyucu bilinçli olarak TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde haksız fiil sorumluluğu bakımından bir düzenlemede bulunmamakta dolayısıyla da haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasının yalnızca TBK m. 63'te düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebepleri ile yapılabileceğini kabul etmektedir. Buna göre, kanun koyucu TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde nitelikli susmakta ve haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasını olumsuz olarak değerlendirmektedir[558]. Bu yazarlar, bu hükümde sayılan sebeplerin *numerus clausus* olması nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun kamu düzenini ilgilendirdiğini kabul etmektedir.

---

[557] Karşı görüş için bkz. **KANETİ,** s. 235. Yazara göre hukuka uygunluk sebeplerinin kaynaklarının Kanunda yazılı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna göre, hukuka uygunluk sebepleri hukuk normlarından doğabileceği gibi, örf ve âdet, ya da hâkimin hukuk yaratmasından doğabilecektir. Pozitif bir düzenleme bulunmayan durumlarda hâkim somut olaydaki menfaat çatışmalarını, hukuk düzeninin genel ilkelerinden faydalanarak bir çözüme kavuşturacak ve çatışan menfaatlerden birini diğerinden üstün tutacaktır. Bunun sonucunda ise çatışan menfaatlerden üstün tuttuğu menfaate dayanarak, üstün menfaatin ihlal etmiş olduğu diğer menfaate karşı gerçekleştirilmiş olan davranışı hukuka uygun bir davranış olarak nitelendirecektir. Kanaatimizce yazar son derece haklı olup TBK m. 49 vd. hükümlerinin çerçeve hükümler olduğu da göz önüne alındığında bu şekilde bir yorum yapılması gerekmektedir.

[558] **GAUTSCHI,** s. 9 vd. Aynı yönde bkz. **YÖNET,** s. 126-127, dp. 336.

İsviçre öğretisinde *Gautschi*, sorumsuzluk anlaşmalarının düzenlendiği TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde mevcut bir sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edebileceği yönünde hiçbir ifade bulunmadığını dolayısıyla da TBK m. 115 ve m. 116 düzenlemelerinde kanun koyucunun bu yönde bilinçli olarak sustuğunu (nitelikli susma) ve bu konuyu olumsuz değerlendirdiğini savunmaktadır[559]. Yazara göre, kanun koyucu tarafların iradesi ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasını yalnızca TBK m. 63 (OR Art. 44) hükmündeki hukuka uygunluk sebebi olan rıza ile düzenlemiş olup eğer sorumsuzluk anlaşması ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasına izin vermek isteseydi TBK m. 115 ve m. 116'da bunu açıkça kaleme alırdı. Bu nedenle somut olayda borca aykırı bir davranış ve haksız fiil bir arada bulunuyorsa ve sorumsuzluk anlaşması mevcutsa bu anlaşma yalnızca sözleşme sorumluluğunu sınırlandırabilmekte, taraflarca haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması isteniyorsa *ayrıca bir rıza* gerekmektedir[560]. *Gautschi*, bu sonuca OR Art. 99-100 (TBK m. 115 ve m. 116) hükümlerinde sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olabilmesinin, hâkimin takdir yetkisine bırakılması düzenlemesiyle ulaşmaktadır. Yazara göre, sorumsuzluk anlaşmaları bakımından hâkime tanınan takdir yetkisi sözleşmesel sorumluluk bakımından kanun koyucunun tarafların iradelerini değil mahkemelerin iradesini esas aldığını göstermektedir. Bir başka deyişle kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğini esasen hâkimin takdir yetkisine bırakmıştır. Dolayısıyla sorumluluk tarafların iradelerine bağlı bir durum olmayıp taraf iradelerine kapalı bir alandır[561]. Yazarın gerekçesine katılmak kanaatimizce Türk hukuku bakımından mümkün değildir. Zira TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde, EBK m. 99 ve m. 100'den farklı olarak, hiçbir şekilde hâkime takdir yetkisi verilmemiştir[562]. Bu düzenlemeler uyarınca öngörülen geçerlilik sınırlarına aykırı olan sorumsuzluk anlaşması doğrudan kesin hükümsüz olmakta, burada hâkimin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sorumsuzluk anlaşmasının aslında hâkimin takdir yetkisine bağlı bir anlaşma olduğu şeklindeki gerekçe Türk hukuku bakımından geçerli bir gerekçe değildir. Ayrıca bu şekildeki bir yorum sözleşme özgürlüğü ilkesine de aykırı bir yorumdur. Halbuki sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak bir hükmün emredici olduğu

[559] **GAUTSCHI,** s. 9 vd.
[560] **GAUTSCHI,** s. 9 ve s. 14.
[561] **GAUTSCHI,** s. 9 vd.
[562] OR Art. 100 ve Art. 101 hükümlerinde ise hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. EBK düzenlemeleri de güncel OR Art. 100 ve Art. 101 hükmüyle bu konuda paralellik içermekteydi. Ancak TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde hâkime tanınan bu yetki ortadan kaldırılmıştır.

yönündeki bir yorumda bulunulabilmesi için sözleşme özgürlüğünden daha üstün bir menfaatin varlığı zorunludur.

Türk hukukunda *Oğuzman/Öz,* herhangi bir gerekçe ileri sürmeden aynı şekilde düşünmektedir. Yazarlar, haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla sınırlandırılamayacağını, bu sorumluluğu sınırlandırmak için ayrıca bir rızanın varlığının zorunlu olduğunu ifade etmektedir[563].

Öğretide haksız fiil sorumluluğunun emredici nitelikte olduğunu kabul eden *Neuenschwander*, haksız fiil sorumluluğunun emredici olduğunu ileri sürmekle beraber sorumsuzluk anlaşması aracılığıyla haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından ortalama bir görüş ileri sürmektedir[564]. Yazar, hafif kusurun ortadan kaldırıldığı sorumsuzluk anlaşmalarını emredici hükümlere aykırılık çerçevesinden ele almamakta bunun yerine böyle bir sorumsuzluk anlaşmasını zararın indirilmesini sağlayan *zarar verici eyleme verilen bir tür rıza* olarak değerlendirmektedir[565]. Somut olayda haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması olması halinde hâkim TBK m. 52'ye atıfta bulunarak zarar veren ile zarar gören arasındaki sorumluluk ilişkisini belirlemeyi kendi takdir yetkisine geçirmelidir. Böylece artık her somut olay bakımından hâkim farklı bir karar verebilecektir. Somut duruma uygun düştüğü ölçüde haksız fiil sorumluluğunu ağırlaştırabilecek, sınırlandırabilecek veya tamamen ortadan kaldırabilecektir[566]. Görüldüğü üzere yazar her ne kadar haksız fiil sorumluluğunun emredici olduğunu kabul etse de sorumsuzluk anlaşmalarının esasen hukuken geçersiz nitelikte bir rıza olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Yazar bu görüşüyle *Gautschi* ve *Oğuzman/Öz'ün* görüşlerinden ayrılmaktadır. Zira bu yazarlara göre, taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşması ne geçerli ne de geçersiz bir rıza olarak değerlendirilemeyecek olup tarafların haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için ayrıca rızası gerekmektedir. Buna karşın *Neuenschwander*, taraflar arasındaki mevcut sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz de olsa rıza olarak değerlendirilebileceğini bunun sonucunda da hukuken geçersiz olan rızanın zarar görenin birlikte kusuru olarak

[563] **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 465.
[564] **NEUENSCHWANDER,** s. 104-105.
[565] Aynı yönde bkz. **HATEMİ,** Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 100 vd. Yazara göre, sorumlulukların yarışması durumunda, sadece malvarlığı zararı varsa, sözleşme sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması, haksız fiil sorumluluğuna zarar görenin rızası olarak yansır ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eder; şahıs varlığı zararı var ise, bu rıza, kural olarak, zarar görenin kusuru teşkil ettiği ölçüde indirim sebebi olarak dikkate alınır. Aynı yönde bkz. **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 300.
[566] **NEUENSCHWANDER,** s. 104-105.

kabul edileceği ve somut olaya göre ya tamamen ya da kısmen tazminattan indirim sebebi olarak kabul edileceğini ifade etmektedir.

VI. YARGITAY VE ÖZELLİKLE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ HAKSIZ FİİLE ETKİSİ BAKIMINDAN TUTUMU

Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisi bakımından İsviçre mahkemeleri tarafından çeşitli kararların verildiği tarihsel bir süreç yaşanmıştır. Hem Federal mahkemenin hem yerel mahkemelerin birbirinden farklı kararları olmuştur. Buna karşın sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etkisi bakımından Türk mahkemelerinin, tespit edilebildiği kadarıyla, çok az sayıda kararı bulunmaktadır. Çalışmada öncelikle detaylı olarak incelendiği için Federal Mahkemenin kararları ve bu kararlardan önemli olanları tarihsel sırasıyla incelenmeye çalışılacak, en son Yargıtay'ın bu konudaki ender kararlarına yer verilecektir.

Tespit edilebildiği kadarıyla sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edebileceği yönünde ilk karar, hatır taşımacılığından kaynaklanan bir kazayı konu alan bir mahkeme kararıdır. İsviçre Bern Mahkemesi Aralık 1924 tarihinde vermiş olduğu bir kararda[567], hatır taşımacılığı yapan birinin, at arabasına aldığı yolcunun yaralanması sonucu uğramış olduğu zararlardan sorumlu olmayacağına karar vermiştir. Olayda sürücü, yolcuyu aracına almadan önce sorumlu olmayacağını ifade etmiş ve yolcu da bunu kabul etmiştir[568]. Mahkeme somut olayda sürücünün hafif kusurunun bulunduğunu bu nedenle de taraflar arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasının ahlaka aykırı olmadığına dolayısıyla geçerli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu kararı verdikten sonra *"…sorumsuzluk anlaşmasının ahlaka aykırı olmaması nedeniyle haksız fiil sorumluluğundan doğan talepler bakımından da uygulama alanı bulacağını…"* ifade

[567] Urteil der II. Zivilkammer v. 4.12.1924 (i.S. Ledermann c. Ulli), publ. in ZBJV 1925, 432 ff. Karar için bkz. **BEAT**, s. 37.

[568] Olayda bir yolcu, sürücüsü alkollü olan bir at arabasına binmek istemiştir. Alkollü sürücü kendisinin alkollü olduğunu eğer bir zarar meydana gelirse sorumlu olmayacağını söylemiştir. Bunu kabul eden yolcu arabaya binmiş, at arabası yolda devrilmiş ve bunun sonucunda yolcu yaralanmıştır. Yolcu at arabasının arkasında yer alan yüklerin üstüne oturmuştur ve mahkeme bu nedenle kazada sürücünün alkollü olmasına rağmen ağır kusurunun olmadığına hükmetmiştir. Karar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **BEAT**, s. 37 vd.

etmiştir. Mahkeme böylece haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılabileceğine karar vermiştir[569].

Buna karşın İsviçre *Neuchâtel* Kanton Mahkemesi 1927 tarihli kararında [570] bu görüşe tamamen zıt bir karar vererek tarafların haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarının ahlaka aykırı olduğunu ve bu nedenle her zaman kesin hükümsüz olacağını ifade etmiştir[571].

Aynı şekilde 1932 yılında *Geneva* Mahkemesi, yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen hükmün (TBK m. 69, OR Art. 58) emredici nitelikte olduğuna ve bu sorumluluğu kaldırmaya yönelik anlaşmaların kesin hükümsüz olacağına karar vermiştir[572].

İsviçre Federal Mahkemesinin haksız fiil kurallarının yedek hüküm niteliğinde olduğunu kabul ettiği ilk kararı 1933 tarihinde *Buchwalder* kararıdır[573]. Federal Mahkeme 1. Hukuk Dairesi, sorumluluğun sınırlandırılmasının yasak olduğu durumları düzenleyen özel hükümlerin bulunduğunu söyleyerek kanunun zıt anlamı yoluyla yorumda bulunmuş ve kanunda haksız fiilin sınırlandırılmasına yönelik açık bir yasak bulunmaması nedeniyle somut olaydaki sorumluluk, yapı malikinin sorumluluğu gibi bir olağan sebep sorumluluğu olsa bile taraflardan birinin önceden tazminat talebinden feragat etmesinin kural olarak mümkün olduğu kararını vermiştir. Kararda bu şekilde feragatte bulunan bir kişinin iradesinin ya haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık şartını ortadan kaldırdığı (TBK m. 63/I) ve bu nedenle hiçbir tazminat yükümlülüğünün doğmadığına karar verilebileceğini ya da tazminattan indirim sebebi olan birlikte kusur (TBK m. 52/I) olarak nitelendirileceğini ve tazminat yükümlülüğünün indirilmesi şeklinde karar verilebileceğini ifade etmiştir[574]. Ancak mahkeme buradaki feragati taraflar arasında bağlayıcı olan bir sorumsuzluk anlaşması mı yoksa OR Art. 44 (TBK m. 52/I) hükmünde yer alan tazminattan indirim sebebi şeklinde mi ele aldığı konusunda herhangi bir

[569] **BEAT**, s. 37. Yazara göre, mahkeme bu kararıyla, haksız fiil hükümlerinin örtülü olarak yedek hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.
[570] Entscheid des KGer NE v. 4.4.1927, (i.S. L. Gremaud), (SJZ 23 [1926/27], 362 [Nr. 282]). Karar için bkz. **BEAT**, s. 37.
[571] **BEAT**, s. 37.
[572] Entscheid des KGer GE v. 15.1.1932, (i.S. Feldmann), publ. in SJ 1932, 327 vd. Karar için bkz. **BEAT**, s. 37.
[573] Entscheid der 1. Zivilabteilung v. 7.2.1933 i.S. "Buchwalder c. Société imm. Chemin Furet E.", abgedruckt in SJ 1934, 1 ff. (dazu auch Daeppen, 159). Karar için bkz. **BEAT**, s. 38.
[574] **BEAT**, s. 38.

açıklamada bulunmamıştır. Mahkemenin bir haksız fiil hükmünün (kusursuz sorumluluğu) sınırlandırılması hakkındaki bu kararı, haksız fiil hükümlerinin mutlak surette emredici olmadıklarını (en azından örtülü olarak) göstermektedir.

Bu karardan birkaç ay sonra 3.10.1933 tarihinde Federal Mahkemenin aynı hukuk dairesi bu kararını değiştirerek haksız fiil sorumluluğunun tarafların karşılıklı anlaşarak ortadan kaldırılamayacağına karar vermiştir[575]. *Schlössinger* olarak adlandırılan davada Federal Mahkeme ilk olarak haksız fiil sorumluluğunun zarar veren tarafından tek taraflı ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Buna ek olarak taraflar arasında haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasının hukuken geçersiz olduğuna, böyle bir anlaşmanın yapılması halinde bu anlaşmanın hukuka ve ahlaka aykırı nitelikte olduğuna karar vermiştir. Ancak bu karar öğretide haklı olarak ciddi şekilde eleştirilmiştir. Federal Mahkeme bu kararında görüşünü açıklarken hiçbir gerekçe belirtmemekle kalmamış, görüşünü neden değiştirdiğini bile açıklamamıştır[576]. Mahkeme hiçbir şekilde sekiz ay önce tam tersi yönde vermiş olduğu *Buchwalder* kararına atıfta bulunmamıştır[577].

Federal Mahkeme 1981 tarihli bir kararında[578], ayıplı bir makineden doğan zararın ele alındığı bir olayda bu zararın hem sözleşmesel hem de haksız fiil temelli talepler meydana getirdiğini kabul etmiştir. Bunu kabul ettikten hemen sonra taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek bu anlaşmanın haksız fiile de uygulanması gerektiğine, aksi takdirde yapılan sorumsuzluk anlaşmasının anlamsız hale geleceğine karar vermiştir.

Federal Mahkeme tespit edebildiğimiz kadarıyla en son 1994 tarihli bir kararında[579] taraflar arasında yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme

---

[575] BGE v. 3.10.1933 i.S. "Schlössinger & Cie. c. Schweiz. Bankgesellschaft" (publ. in SJZ 31 [1934/35], 186 ff.), in Bestätigung des Urteils des Berner Appellationshofs v. 24.2.1933 (publ. in ZBJV 1936, 221 ff. = SJZ 31 [1934/35], 121 ff.), der ohne nähere Begründung- und den immanenten Widerspruch zum o. in Fn 237 zit. Urteil v. 4.12.1924 ("Ledermann c. Ulli") verschweigend- feststellte, die aquilische Haftung könne nicht wegbedungen werden. Karar için bkz. **BEAT**, s. 38.

[576] **BEAT**, s. 39. Yazar, Federal Mahkemenin bu kararının hem lafzi hem de nitelik olarak 1927 yılında Neuchâtel Kanton Mahkemesinin vermiş olduğu kararla tamamen benzer olduğunu ancak mahkemenin görüşlerini bildirirken bu mahkeme kararına bile açıkça atıf yapmadığını ifade etmektedir.

[577] **BEAT**, s. 39.

[578] BGE 107 II 161, (www.swisslex.ch., **ERİŞİM,** 17.08.2021).

[579] BGE 120 II 58: *"Soweit sich allerdings aus dem Vertragsverhältnis eine Haftungsbeschränkung ergibt, muss sich diese auch auf den Anspruch aus unerlaubter Handlung auswirken (Von Tuhr/Escher, OR AT, Zürich 1974, S. 108 f.). Der Beklagte legt aber mit keinem Wort dar, inwiefern das Vertragsverhältnis zwischen ihm und der Geschädigten vorliegend seine Haftung unter das eingeklagte Mass reduzieren könnte. Ein Reduktionsgrund ist denn auch nicht zu sehen."*, (www.swisslex.ch., **ERİŞİM,** 17.08.2021).

sorumluluğu ile yarışan haksız fiil sorumluluğuna uygulanacağına karar vermiştir. Ancak bu sonuca ulaşırken açık gerekçelendirme yapmaktan kaçınmış yalnızca öğretide *von Tuhr/Escher'in* eserine atıfta bulunmakla yetinmiştir[580]. Bu da öğretide *Beat'in* de haklı olarak belirttiği üzere Federal Mahkeme'nin bu soruya bilinçli olarak cevap vermediğini ve haksız fiil sorumluluğu hakkında *apriori* genel bir kural koymak istemediklerini göstermektedir[581].

Sonuç olarak Federal Mahkeme haksız fiil hükümlerinin emredici olup olmadığı noktasında bir açıklama yapmaktan mümkün oldukça kaçınmakta ancak son kararlarında açıkça gerekli olduğunda haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılabileceğini dolayısıyla da bu kuralların yedek nitelikte olduğunu (örtülü olsa bile) kabul etmektedir.

Sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiile etki edip edemeyeceği konusu hakkında yaptığımız araştırmalar sonucunda bulabildiğimiz çok az sayıda Yargıtay kararı vardır. Bu kararlardan en önemlilerinden birisi Yargıtay'ın 19.06.2000 tarihli[582] bir kararıdır. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, banka ile muris şoför arasındaki ilişkinin TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıranın sorumluluğu olduğunu ve bu sebeple de geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacağı yönünde karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararı, haksız fiil sorumluluğu bakımından (en azından kusursuz sorumluluk bakımından) sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasının mümkün olmadığını kabul ettiğini göstermektedir. Buna karşılık Yargıtay 19.09.1957 tarihli bir kararında[583], sorumsuzluk şartının yer aldığı bir taşıma anlaşmasının söz konusu olduğu bir olayda, taşınan eşyaların uğradığı zarardan dolayı, TBK m. 49/I (EBK m. 41) uyarınca açılan davayı, sorumsuzluk anlaşmasının bertaraf edileceği gerekçesiyle reddetmiştir.

---

[580] Ayrıca son derece tartışmalı olan ve tartışmaların hala sürdüğü böyle bir konuda tek bir esere atıf yapılarak gerekçe hükmü konulmasının hukuki olarak doğru bir yöntem olmadığı da haklı olarak ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **BEAT,** s. 42.

[581] **BEAT**, s. 42.

[582] Yarg. 11. HD'nin 19.06.2000 tarih ve E. 2000/4672, K. 2000/5679 sayılı kararı, (www.kazancı.com.tr., **ERİŞİM,** 20.10.2020).

[583] Yarg. 4. HD'nin 19.09.1957 tarih ve 8042/6541 sayılı kararı. Karar için bkz. **KANETİ,** s. 147, dp. 131.

VII. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN SÖZLEŞME İLE ÖNCEDEN ORTADAN KALDIRILMASI MESELESİ: SAF SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

A. GENEL OLARAK

Bu başlık altında incelenecek olan konu, TBK m. 115 ve m. 116'de yer alan sorumsuzluk anlaşmaları düzenlemelerinde, sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiil sorumluluğu bakımından yapılıp yapılamayacağına ilişkin boşluk olması nedeniyle sorumsuzluk anlaşmalarının yalnızca haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırmak için yapılıp yapılamayacağı, eğer yapılacağı kabul edilirse de bu hükümlerdeki geçerlilik sınırlarının haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran saf sorumsuzluk anlaşmalarında uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Saf sorumsuzluk anlaşmalarının hukuken geçerli olup olamayacağı hakkında açıklamalara geçmeden önce ilk olarak haksız fiil sorumluluğunun bir sözleşme aracılığıyla sınırlandırılmasının mümkün olup olmayacağı açıklanmalıdır. Haksız fiil sorumluluğunun bir sözleşme aracılığıyla sınırlandırılması bakımından iki farklı durum söz konusudur. Her iki durumda da taraflar arasında bir sözleşme olmasına rağmen bu durumlardan birinde taraflar arasında sözleşmenin içeriğinde sorumsuzluk şartı olup olmamasından bağımsız herhangi bir sözleşme bulunmaktadır. Bu durumda taraflar arasında bir sözleşme bulunmaktadır ancak bu sözleşmede herhangi bir sorumsuzluk şartının bulunup bulunmaması zorunlu değildir. Bu sözleşmede sorumsuzluk şartı yer alabileceği böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İkinci durumda ise haksız fiil sorumluluğu, hukuken *salt sorumsuzluk anlaşması niteliğindeki bir sözleşme* aracılığıyla sınırlandırılmaktadır. Bu durumda taraflar arasında tek bir sözleşme bulunmakta olup bu sözleşme, sorumsuzluk anlaşmasıdır. Bir başka ifadeyle bu durumda taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasında sözleşmenin objektif esaslı noktasını yalnızca, *tarafların haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması* oluşturmaktadır. Bu durumları şu şekilde şemalaştırabiliriz:



B. SÖZLEŞME İLİŞKİSİ UĞRUNA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ORTADAN KALDIRILMASI

Daha önce de ifade edildiği gibi haksız fiil sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışın mevcut olması gerekmektedir. Eğer bir davranış hukuka uygunluk sebeplerinden biri uyarınca yerine getiriliyorsa artık hukuka aykırı bir davranıştan bahsedilemeyecektir. Buna göre zarar görenin rıza göstermesi durumunda artık zarar verenin davranışı hukuka uygun olacak ve haksız fiil sorumluluğu doğmayacaktır. Rıza hakkında yukarıda detaylı açıklama yaptığımız için burada tekrara düşmemek adına ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz[584]. Ancak burada rıza hakkında ayrıca açıklamamız gereken rıza kavramı ile öneri ve kabul kavramları arasındaki ilişkidir. Bu nedenle aşağıda rıza kavramı ile öneri ve kabul kavramları arasındaki ilişki ele alınacaktır.

Öneri, sözleşmenin kurulması için ilk olarak karşı tarafa yönelmesi gereken irade beyanıdır[585]. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için önerinin objektif ve sübjektif esaslı noktaların hepsini içermesi gerekmekte olup öneri hukuken tek taraflı ve

[584] Bkz. Birinci Bölüm, VI, B, s. 54-55.
[585] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 82; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU,** s. 189, N. 605; **REİSOĞLU,** 62; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 53; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 179; **NOMER,** Genel, s. 51.

bağlayıcı niteliktedir. Rıza ile öneri arasındaki ilk fark, önerinin hukuken bağlayıcı nitelikte olmasıdır. Şöyle ki öneride bulunan taraf bu irade beyanı ile bağlı iken[586] rıza gösteren kişi istediği an rıza beyanını geri alabilir[587]. Bu kavramlar arasındaki ikinci fark ise önerinin sübjektif ve objektif bütün esaslı noktaları içermesi zorunlu iken rıza beyanı böyle bir zorunluluk içermemektedir. Burada bu kavramlar arasındaki değinmemiz gereken son fark ise, öneri beyanı taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulması yönünde bir beyandır. Buna karşın rızada böyle bir durum söz konusu değildir. Bir başka deyişle rıza gösteren kişinin, rıza gösterdiği kişi ile sözleşme ilişkisi kurma yönünde bir iradesi bulunmak zorunda değildir. Buna karşın bu durumun tam tersi söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki rıza her ne kadar taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurma zorunluluğu taşımasa da bazen öneri ve rıza aynı anda bulunabilmekte ve sözleşme ilişkisinin içerisine dahil olabilmektedir. Bu durumda rıza, önerinin bir unsuru olabilmektedir[588]. Bu durumlarda normalde hukuka aykırı nitelikteki bir davranış, *sözleşme ilişkisi uğruna hukuka uygun bir davranış niteliğine bürünmektedir*[589]. Yapmış olduğumuz bu açıklamaların hepsi kabul beyanı ile rıza bakımından da aynen geçerlidir. Bir başka ifadeyle kabul ve rıza esasen farklı kavramlar olmasına rağmen bazı durumlarda sözleşme ilişkisi içerisinde bir arada bulunabilmektedirler[590]. Rızanın, öneri veya kabul beyanlarının bir unsuru olduğu durumlarda, haksız fiil sorumluluğunun rastlantısal özelliği ortadan kalkmakta ve taraflar arasında daha yoğun bir güven ilişkisi meydana gelmektedir. Zira taraflar, aralarında geçerli bir sözleşme kurulsa da kurulmasa da sözleşme görüşmeleri için bir araya gelmekte ve taraflar arasında bu görüşmelerden doğan yoğun bir güven ilişkisi bulunmaktadır.

C. SAF SORUMSUZLUK ANLAŞMASI İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ORTADAN KALDIRILMASI

Saf sorumsuzluk anlaşmalarının hukukumuzda geçerli olup olmayacağı hakkındaki açıklamalara geçmeden önce kısaca bu anlaşmaların tanımı ve işlevi

[586] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 86; **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I, s. 59 vd.
[587] **POLAT,** s. 25; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 490; **AKMAN,** s. 22.
[588] **POLAT,** s. 25.
[589] **KANETİ,** s. 244. Ayrıca bkz. BGE 39 II 294: *"Zarar veren fiili yapmaya bir akit gereğince yetki kazanmış olan kimse, hukuka aykırı davranmış olmaz."*, (**KANETİ,** s. 244, dp. 38'de yer alan karar).
[590] Rıza ve kabul beyanlarının detaylı karşılaştırması için bkz. **POLAT,** s. 25 vd.

açıklanması gerekmektedir. Saf sorumsuzluk anlaşmaları en kısa tanımıyla, salt haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırıldığı veya ortadan kaldırıldığı anlaşmalardır[591]. Bu anlaşma uyarınca, taraflar, haksız fiil sorumluluklarını ortadan kaldırma konusunda anlaşmaktadırlar. Buradaki sorumsuzluk anlaşması *izoledir* zira saf sorumsuzluk anlaşması taraflar arasında hiçbir sözleşmesel hak ve borç doğurmamaktadır[592]. Daha önce açıklandığı üzere sorumsuzluk anlaşmaları, hukuken tasarruf işlemi niteliğinde olup borç doğuran sözleşmeler değildir. Bu bağlamda alacaklı-zarar gören, sorumsuzluk anlaşmasıyla gelecekte mal varlığının aktifinde yer alması gereken bir tazminat alacağı üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere saf sorumsuzluk anlaşmalarının, taraflar arasındaki haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması olarak tek bir objektif esaslı noktası bulunmaktadır. O halde saf sorumsuzluk anlaşmaları şu şekilde tanımlanabilir: sözleşme taraflarının, gelecekte haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde doğma ihtimali olan tazminat alacaklarının, taraflarca önceden sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması dışında başka hiçbir edim veya yan yükümlülük yaratmayan anlaşmalar, saf sorumsuzluk anlaşmalarıdır.

Saf sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bizim de katıldığımız görüş, saf sorumsuzluk anlaşmasının mümkün olabileceğini ifade etmektedir[593]. Bu görüş kabul edildiği takdirde adam çalıştıranın sorumluluğu[594], yapı malikinin sorumluluğu[595] gibi kusursuz sorumluluklar da dahil olmak üzere haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşması kural olarak yapılabilecektir.

Buna karşın öğretideki karşıt görüş, saf sorumsuzluk anlaşmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir[596]. Bu görüş, esas olarak iki argümana dayanmaktadır. Bu

---

[591] Saf sorumsuzluk anlaşmalarının tanımı için bkz. Birinci Bölüm, IV, s. 33-34.

[592] **LARENZ,** s. 554; **BEAT**, s. 107.

[593] Türk hukukunda bu görüş için bkz. **AKMAN,** s. 114; **BAŞOĞLU,** s. 279; **KAHVECİ**, s. 917, N. 9; **ERTEN,** s. 162 vd.; **BAŞALP,** s. 125; **TOPUZ,** Adam Çalıştıran, s. 110; **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** s. 200; **İNCEOĞLU,** s. 112; **BAŞ,** s. 155 vd.; **KARANFİL,** s. 99-100. İsviçre hukukunda bu görüş için bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER,** Art. 58, N. 17; **ACKERMANN,** s. 54-55; **LÖRTSCHER,** s. 174 vd.; **OESCH,** s. 174; **KAMM,** s. 218 vd.; **BREHM,** Art. 58, N. 137 vd.; **BEAT,** s. 194.

[594] Öğretide *Topuz*, adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından (yani kusursuz sorumluluk bakımından) sorumsuzluk anlaşmalarının yapılması mümkün olmakla birlikte, *"tehlike esasına dayanan sorumluluk halleri"* bakımından sorumsuzluk anlaşmasının kabul edilmesinin zor olduğunu ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **TOPUZ,** Adam Çalıştıran, s. 110. Karşı görüş için bkz. **ŞENOCAK**, s. 139. Yazar, TBK m. 66 adam çalıştıranın sorumluluğu hükmünün emredici olduğunu ve sözleşme ile adam çalıştıranın sorumluluğunu sınırlandırmanın veya ortadan kaldırmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir.

[595] **BAŞ,** s. 155 vd.; **KARANFİL**, s. 99-100.

[596] **YUNG,** s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211; **GAUTSCHI,** s. 9 vd.; **NEUENSCHWANDER,** s. 104-105; **BUOL,** N. 569; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 157; **KELLER,** s. 409; **ALNIAK,** s. 11;

görüşteki yazarlardan bir kısmı, saf sorumsuzluk anlaşmasının, haksız fiil sorumluluğunun *rastlantısal* niteliği ile bağdaşmadığı bu nedenle de bu anlaşmaların yapılamayacağını ileri sürmektedir[597]. Gerçekten de *"sözleşme ilişkisi tarafları arasında 'özel yoğunlukta gönüllü bir güven bağlılığı' kurar; haksız fiil ilişkisi ise 'gönülsüz, rastlantısal ve yüzeysel' niteliktedir[598]."* Saf sorumsuzluk anlaşmalarının yapılamayacağı hakkında daha farklı gerekçelendirme yapan yazarlara göre ise haksız fiil sorumluluğu emredici olup bu sorumluluğunun sözleşme ile sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkün değildir[599].

Kanaatimizce her iki gerekçelendirme de hukuken yeterli olmayıp kabul edilemez. Haksız fiil sorumluluğunun emredici olması nedeniyle saf sorumsuzluk anlaşmalarını hukuken geçersiz değerlendiren görüş hakkında tekrara düşmemek adına, yukarıda haksız fiil sorumluluğunun emredici olmadığı yönündeki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz[600]. Bu nedenle aşağıda, haksız fiil sorumluluğunun rastlantısal nitelikte olması argümanının saf sorumsuzluk anlaşmasının hukuken geçersiz kılmak bakımından yeterli olup olmayacağı incelenecektir. Bu konu hakkında dikkate alınması gereken anahtar kavram, *rıza* kavramıdır. Bu doğrultuda aşağıda saf sorumsuzluk anlaşmalarının rıza ile ilişkisi esas alınarak inceleme yapılacaktır.

Zarar gören ile yapılan ve konusu yalnızca haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırmaktan ibaret olan saf sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı, ilk bakışta şüphe yaratabilir. Şöyle ki haksız fiil sorumluluğu, rastlantısal bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, zarar gören ile sorumsuzluk anlaşması yapılması haksız fiilin rastlantısal niteliği ile çelişki göstermektedir. Zira, haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için taraflar arasında herhangi bir özel bağlantının veya sözleşmenin söz

---

BİRSEN, s. 553; **OKAY,** s. 79 vd.; **FEYZİOĞLU,** s. 627; **ŞENOCAK**, s. 139; **TANDOĞAN**, Halûk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981, s. 81; **KALKAN OĞUZTÜRK,** s. 300; **YÖNET,** s. 126-127 ve dp. 336.

[597] **SCHNYDER VON WARTENSEE,** s. 49 vd. Öğretide aynı görüşü savunan *Tandoğan,* TBK m. 66 hükmünün uygulanabilmesi için adam çalıştıran ile zarar gören arasında zararın doğumundan önce herhangi bir sözleşme bulunmaması gerektiğini bu nedenle de taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılabilmesinin genellikle mümkün olamayacağını ifade etmektedir, (**TANDOĞAN,** Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 81.)

[598] **SEROZAN**, İfa Engelleri, s. 295; **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** s. 256.

[599] **YUNG,** s. 128 vd.; **PERRIN,** s. 211; **GAUTSCHI,** s. 9 vd.; **NEUENSCHWANDER,** s. 104-105; **BUOL,** N. 569; **HONSELL/ISENRING/KESSLER,** s. 157; **KELLER,** s. 409; **ALNIAK,** s. 11; **BİRSEN,** s. 553; **OKAY,** s. 79 vd.; **FEYZİOĞLU,** s. 451; **ŞENOCAK**, s. 139.

[600] Haksız fiil hukukunun emredici olup olmadığı yönünde detaylı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, V, B, 3, s. 128 vd.

konusu olmaması gerekmektedir[601]. Halbuki haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran saf sorumsuzluk anlaşmaları tarafların karşılıklı irade beyanlarından oluşan bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Bu nedenle ilk bakışta böyle bir sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğunun doğasına aykırı olduğu akla gelebilir. Ancak bu noktada kanaatimizce hukuka uygunluk sebebi olan rıza kavramı akla getirilmelidir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere rıza kavramı bazı durumlarda öneri ve kabul beyanlarının zorunlu bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır[602]. Örneğin, tedavi olmak isteyen hastanın hekime gösterdiği rıza[603], aslında taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesi ilişkisine dayanan ve hekimlik sözleşmenin kabulü beyanı niteliğindedir. Burada rıza, kabul beyanının olmazsa olmaz bir unsuru olup kabul beyanından bağımsız olarak değerlendirilemeyecektir.

Kanaatimizce, öneri ve kabul beyanı ile zorunluluk ilişkisi içerisinde bulunduğu somut olaylar bakımından hukuka uygunluk sebebi olan rızanın, haksız fiil sorumluluğunun rastlantısal özelliğini ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebine dönüştüğünü kabul etmek gerekmektedir. Nitekim rıza gösteren taraf ile rıza gösterilen taraf arasında rastlantısal olmayan bir güven ilişkisinin bulunduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortadadır. Bunu somutlaştırmak için iki farklı örnek verebiliriz. İlk örnekte, doktor B kullandığı arabayla yolda yürüyen A'ya çarpmakta ve bu kaza sonucunda A zarara uğramaktadır. İkinci örnekte ise doktor B, hastası A ile aralarındaki hekimlik sözleşmesi (yani rızanın sözleşme için zorunlu olduğu durum) uyarınca tedavisini gerçekleştirirken yapmış olduğu yanlış tedavi sonucu A zarara uğramaktadır. Bu iki örnekte doktor B ve A arasındaki iki farklı nitelikte ilişki olduğu açıkça görülmektedir. İlk örnekte taraflar arasında tamamen rastlantısal bir ilişki olmasına rağmen ikinci örnekte taraflar arasındaki ilişki sözleşmeye dayanan bir ilişkidir. A ile B arasındaki sözleşme geçersiz kabul edilse bile artık taraflar arasında, *culpa in contrahendo* kapsamındaki rastlantısal olmayan ve özel bir bağlantıya dayanan bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda rızanın öneri veya kabul beyanının ayrılmaz unsuru olarak kabul edildiği durumlarda, taraflar arasında herhangi bir sözleşme kurulmasa bile

[601] Bu konu hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, A, 3, s. 17.
[602] Bu konu hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, VII, B, s. 144-145.
[603] Taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir hekimlik sözleşmesinin kurucu olgusu olması bakımından, tıbbi müdahaleye rıza açıklamasının hukuka uygunluğu için aranan gerekli koşullar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **DEMİR,** Mehmet; "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFD, C. 57, S. 3, Ankara 2008, s. 237.

veya bu sözleşme geçersiz kılınsa bile taraflar arasında rastlantısal bir güven ilişkisi değil özel bağlantı sonucu kurulan ve *culpa in contrahendo* meydana getiren bir güven ilişkisi söz konusu olmaktadır.

Burada akla sorumsuzluk anlaşmalarının TBK m. 115 ve m. 116'da yalnızca kusur ölçütü uyarınca geçerliliği kabul edilirken, adam çalıştıranın sorumluluğu veya yapı malikinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk türleri bakımından yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasının nasıl kusur esasına dayanılarak yapılacağı sorusu gelebilir. Bu konu hakkında öğretide *Başoğlu'nun* şu ifadeleri bu sorunun cevabını vermektedir: *"... Sorumsuzluk anlaşmasının yapılması bir defa kusursuz sorumluluğu kusur sorumluluğuna dönüştürmekte ve bu kapsamda sorumluluğun kısıtlanması yukarıda verilen kıstaslar çerçevesinde denetime tabi tutulmaktadır. Bir örnekle somutlaştırılacak olursa; bir fabrikanın çıkardığı dumanın bulunduğu bölgedeki sakinlerin konutlarının dış cephe renklerini olumsuz etkilediği ve bu nedenle bölge sakinleriyle sorumsuzluk anlaşmalarının yapıldığı bir kurguda, kirleten fabrika, artık bir defa kusur esasına dayalı sorumlu olacak ve ancak zararın verilmesinde ağır kusurla hareket edilmişse sorumluluk söz konusu olacaktır*[604]*."*

Yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçeler sebebiyle kanaatimizce saf sorumsuzluk anlaşmalarının söz konusu olduğu durumlarda artık haksız fiil sorumluluğu kendiliğinden sözleşmesel sorumluluğa dönüşmekte ve bu dönüşümü nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Saf sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olduğu bir durumda taraflar arasında ileride haksız fiil sorumluluğunun doğabilme olasılığı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere taraflar arasında saf sorumsuzluk anlaşmalarının söz konusu olduğu durumlarda, tarafların birbirlerine vermiş oldukları zararlar bakımından sorumlulukları, haksız fiil sorumluluğundan sözleşmesel sorumluluğa dönüşecektir. Örneğin, zarar verenin taşınmazının yıkılması sonucu aralarında hiçbir güven ilişkisinin bulunmadığı üçüncü bir kişinin zarar görmesi durumunda sorumluluğu, TBK m. 69'da düzenlenen kusursuz sorumluluk niteliğindeki yapı malikinin sorumluluğudur. Bu örnekte komşusu için tehlike yaratan bir yapısı bulunan taşınmaz sahibi ile komşu taşınmaz sahibi arasında yapılan ve tehlikeli taşınmazın yıkılması sonucu meydana gelebilecek zararlar bakımından haksız fiil

[604] **BAŞOĞLU,** s. 281'den naklen.

sorumluluğunun ortadan kaldırması söz konusu olmakta ve taraflar arasında artık haksız fiil sorumluluğu değil özel bağlantı sonucunda meydana gelen bir güven ilişkisinin ihlali söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk niteliğindeki haksız fiil sorumluluğu, bahsedilen örnekte artık sözleşmesel sorumluluğa dönüşmektedir. Nitekim artık bu durumda taşınmaz malikinin sebep olduğu zararın öznesi, aralarında hiçbir ilişki bulunmayan üçüncü bir kişi değil; aralarında güven ilişkisi bulunan bir kişidir. Burada esasen kusursuz sorumluluk olan yapı malikinin sorumluluğu, tarafların saf sorumsuzluk anlaşması yapması ile tek seferlik *kusur sorumluluğuna* dönüşmektedir. Eğer taraflar arasında saf sorumsuzluk anlaşması olmasaydı söz konusu tehlikeli yapının yıkılması sonucu uğranılan zararı tazmin etme yükümlülüğü, kusursuz sorumluluk niteliğindeki haksız fiil sorumluluğu olarak karşımıza çıkacaktı[605]. Buna karşın taraflar arasında yapılan saf sorumsuzluk anlaşması ile taraflar arasında sosyal temastan doğan bir güven ilişkisi doğmakta ve bu ilişkinin ihlal edilmesi taraflar arasında sözleşme olsa da olmasa da kusur sorumluluğu niteliğindeki sözleşme sorumluluğu hükümlerine tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla, saf sorumsuzluk anlaşması kural olarak ister kusur sorumluluğu niteliğindeki isterse de kusursuz sorumluluk niteliğindeki haksız fiil sorumluluğunu, sözleşmesel sorumluluğa çevirmekte ve borçlunun sözleşmesel sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları göz önüne aldığımızda kanaatimizce, haksız fiil sorumluluğunun taraflar arasında sözleşmesel ilişki bulunmaması özelliğine aykırı olduğu ve bu nedenle de geçersiz olacağı şeklindeki görüş hukuken doğru değildir[606].

Burada sorumsuzluk anlaşmalarının haksız fiile etki etmemesi durumunda hukuki olarak ortaya çıkacak başka önemli bir problemi de ayrıca ifade etmemiz gerekmektedir. Şöyle ki, bir taraftan rızayla haksız fiil sorumluluğunun ortadan kaldırılması hukuka uygun olarak kabul edilirken diğer taraftan sorumsuzluk anlaşmasıyla ortadan

---

[605] Bina veya yapı eserlerinden doğan sorumluluk bakımından yalın sorumsuzluk anlaşmasının yapılması teorik olarak mümkün olsa da pratik açıdan çok karşımıza çıkmayabilir. Bu şekilde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları; *"Zarar, malikin ve intifa veya oturma hakkı sahiplerinin sözleşme ilişkisi içinde olduğu kişiler ya da komşuları haricinde üçüncü kişiler için genellikle tesadüfî olarak doğacaktır. Bu bakımdan zarar görmeden önce, sorumlu kişilerle buluşup sadece haksız fiiller açısından bir sorumsuzluk anlaşması yapılacak kişi ancak komşu taşınmaz maliki olabilir.",* (**BAŞ,** s. 155'ten naklen). Zaten bu ihtimalde taraflar arasında herhangi bir sorumsuzluk anlaşması söz konusu olamayacağı için zarar gören üçüncü kişi doğrudan haksız fiil sorumluluğuna dayanabilecektir. Bir başka ifadeyle bu durumda zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran bir durum (TBK m. 52 ve TBK m. 63'te yer alan istisnalar haricinde) söz konusu olmayacaktır.

[606] Aynı yönde bkz. **ERTEN,** s. 173; **BAŞOĞLU,** s. 281.

kaldırılmasının hukuka uygun olmayacağının kabul edilmesi, *çelişkilidir*. Bu şekilde bir çelişki ise hukuk düzeninin en temel ilkelerinden birisi olan, Hukukun Bütünlüğü İlkesine *(Einheit der Rechtsordnung)* aykırılık teşkil etmektedir[607]. Zira, hukukun bütünlüğü ilkesi uyarınca hukuk sistemi bir bütündür ve bu bütünün parçaları olan kanun hükümlerinin birbiriyle çelişmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğu, hukuki yükümlülük kavramına dayanan *neminem laedere* ilkesinden almaktadır ve birbirleriyle uyumlu bir ilişki içindedirler[608]. Hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve uyulmasını zorunlu kıldığı kurallara, hukuki yükümlülük denilmektedir[609]. Hukuk düzeni tarafından belirli hukuki yükümlülükler düzenlenerek, birtakım kurallar öngörülmekte ve bunlara uyulması zorunlu tutulmaktadır. *Neminem laedere* ilkesi uyarınca, toplumdaki kişilerin birbirlerine zarar vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Her kim bu yükümlülüğünü ihlal ederek zarara sebebiyet verirse, hukuk düzeni tarafından bu zararı tazminle yükümlü kılınmaktadır[610]. Her ne kadar haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu rejimleri birbirinden farklı yerlerde ve farklı kurallar ile düzenlenmiş olsalar da bu iki sorumluluk rejimi birbirinden tamamen bağımsız değildir. Nitekim kusur unsuru, kusura dayanan haksız fiil için de sözleşme sorumluluğu için de kurucu unsur olup, TBK m. 114/II hükmü aracılığıyla bu iki sorumluluk birbirine bağlanmaktadır. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasının yalnızca sözleşme sorumluluğu sınırlandırması ve haksız fiil sorumluluğu bakımından bunun kabul edilmemesi şeklindeki bir ayrım, hukukun bütünlüğü ilkesine aykırı olacaktır[611].

Sonuç olarak kural olarak emredici nitelikte olmayan haksız fiil sorumluluğu her ne kadar rastlantısal nitelikte olsa da kanaatimizce, sözleşme sorumluluğundan bağımsız olarak (sözleşme sorumluluğundan izole şekilde) sınırlandırılabilecektir[612]. Bu nedenle,

---

[607] **EMMENEGGER,** Susan/**TSCHENTSCHER,** Axel, Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Stämpfli Verlag, (hrsg., **HAUSHEER,** Heinz/**WALTER,** H. Peter), Bern 2012, s. 281, N. 245 vd. Kanunun bütünlüğü ilkesi uyarınca kanun hükümleri yorumlanırken *bütünsel yorum ilkesi* olarak adlandırılan ve kanunun bir bütün olarak ele alınması gerektiğini kabul eden yorumdan yararlanılmaktadır. Bütünsel yorum ilkesi kavramı hakkında bkz. **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 75.

[608] **SCHRANER**, s. 33 vd.; **EREN,** s. 573.

[609] **EREN,** s. 573.

[610] **EREN,** s. 573-574.

[611] **OESCH,** s. 168.

[612] Yalnızca malvarlığı zararları bakımından saf sorumsuzluk anlaşması yapılmasını kabul eden yazarlar: **AKMAN,** s. 113-114; **OSER/SCHÖNENBERGER,** Art. 58, N. 17; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 871-872; **BAŞOĞLU,** s. 279-280; **KAHVECİ**, s. 917, N. 9. TBK m. 115 ve m. 116'da yer alan sınırlar dahilinde saf sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğini savunan yazarlar: **ERTEN,** s. 162 vd.; **BAŞALP,** s. 125; **TOPUZ,** Adam Çalıştıran, s. 110; **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** s. 200;

taraflar arasında saf sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı yönündeki görüş kanaatimizce isabetli değildir.

Burada ayrıca belirtilmesi gereken bir başka nokta saf sorumsuzluk anlaşmalarının hukuken geçerli olacağı kabul edilse bile bu anlaşmalara TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde yer alan geçerlilik sınırlarının uygulanıp uygulanamayacağıdır. Öğretide bir görüş saf sorumsuzluk anlaşmaları bakımından TBK m. 115 ve m. 116'da yer alan geçerlilik sınırları kıyasen uygulanmak zorunda olduğunu savunmaktadır[613]. Öğretide *Beat*, saf sorumsuzluk anlaşmaları bakımından TBK m. 116'da yer alan sınırların değil, TBK m. 115'te yer alan sınırların uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar haklı olarak, TBK m. 116/II hükmündeki her türlü kusur için sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kuralının özen sorumluluğu niteliğindeki adam çalıştıranın sorumluluğu veya yapı malikinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluklara uygulanmasının, bu sorumlulukların özen sorumluluğu niteliğine aykırı olacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce de saf sorumsuzluk anlaşmalarının, adam çalıştıranın ve yapı malikinin sorumluluğu bakımından yapılması durumlarında bu anlaşmalara yalnızca TBK m. 115 hükmündeki sınırlar uygulanmalı, başka deyişle yalnızca hafif ihmal bakımından adam çalıştıran veya yapı malikinin sorumluluğu sınırlandırılabilmelidir.

Öğretideki diğer görüş, TBK m. 115 ve m. 116'daki sınırlara uygun olsa bile yalnızca malvarlığı zararları bakımından yapılan saf sorumsuzluk anlaşmalarının hukuken geçerli olacağını ileri sürmektedir[614]. Ancak kanaatimizce daha önce belirttiğimiz üzere, sorumsuzluk anlaşmaları kural olarak her türlü zarar bakımından yapılabilir. Burada tekrara düşmemek amacıyla kişi varlığı zararları bakımından yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz[615].

Peki TBK m. 115 ve m. 116'da yer alan geçerlilik sınırlarına uygun olmayan bir sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlüğü sözleşmeyi tamamen kesin hükümsüz hale getirecek midir? Bu sorular aşağıdaki sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliğinin sözleşmeye olan etkisi başlığı altında detaylıca ele alınacaktır.

İNCEOĞLU, s. 112; **BAŞ,** s. 155 vd.; **KARANFİL,** s. 99-100; **ACKERMANN,** s. 54-55; **LÖRTSCHER,** s. 174 vd.; **OESCH,** s. 174; **KAMM,** s. 218 vd.; **BREHM,** Art. 58, N. 137 vd.; **BEAT,** s. 194.

[613] **BEAT,** s. 191; **BAŞALP,** s. 128; **OKYAR KARAOSMANOĞLU,** s. 200-201.

[614] **AKMAN,** s. 113-114; **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması, s. 871-872; **BAŞOĞLU,** s. 279-280; **KAHVECİ**, s. 917, N. 9.

[615] Bkz. İkinci Bölüm, IV, D, 2, s. 73 vd.

VIII. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİNİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

A. TAM (TÜMEL) HÜKÜMSÜZLÜK

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları bulunmakla birlikte, kamu düzenini ilgilendiren geçerlilik şartlarındaki eksiklik kesin hükümsüzlük yaptırımına yol açar. Bu anlamda TBK m. 27/I hükmü kanun tarafından her sözleşme için çizilmiş sınırlar olup bunlara aykırılık halinde kesin hükümsüzlük yaptırımı karşımıza çıkacaktır. Kesin hükümsüzlük, tam (tümel) hükümsüzlük ve kısmi hükümsüzlük olmak üzere iki ayrılmaktadır.

Yukarıdaki başlıkta ifade ettiğimiz kesin hükümsüzlük yaptırımı kural olarak hukuki işlemin bütününe etkili olarak uygulanır. Dolayısıyla TBK m. 27/I'de öngörülen sınırları ihlal eden bir hukuki işlem kural olarak tamamen, bütün olarak kesin hükümsüzdür[616].

B. KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK

Sözleşmedeki bağımsız bir maddenin (klozun) hükümsüz olması halinde hükümsüzlüğün sözleşmenin tümünü etkisi altına almasına engel olacak bir olanak TBK m. 27/II'de hüküm altına alınmıştır. Buna göre sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması kural olarak diğerlerinin geçerliliğini etkilememekte ancak bunun için bu hükümlerin sözleşmenin olmazsa olmaz hükümleri niteliğinde olmaması gerekmektedir[617]. Kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için iki şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmenin bölünebilir olması ve diğeri ise, sözleşmenin kalan kısmının geçerli olmasının tarafların farazi iradelerine uygun düşmesidir.

Sözleşmenin bölünebilir olması, sözleşmenin birbirinden bağımsız maddelerinin sözleşmeden çıkarılması halinde kalan sözleşme maddelerinin anlamlı bir bütün oluşturması zorunluluğunu ifade etmektedir[618]. Bu şart kısmi hükümsüzlüğün objektif şartı olarak ifade edilmektedir[619].

---

[616] **KIRKBEŞOĞLU,** s. 32 vd.
[617] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 598; **KIRKBEŞOĞLU,** s. 140-141.
[618] Sözleşmenin bölünebilmesi kavramının nasıl ele alınması gerektiği hususunda detaylı bilgi için bkz. **KIRKBEŞOĞLU,** s. 115 vd.
[619] **KIRKBEŞOĞLU,** s. 112; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 598.

Kısmi hükümsüzlüğün ikinci şartı; taraflarca, sözleşmeden çıkarılan maddelerin sözleşmede yer almayacağı bilinse ve buna rağmen tarafların sözleşmeyi bu haliyle yapacaklarının kabul edilmesidir[620]. Kısmi hükümsüzlüğün bu şartı sübjektif şart olarak ifade edilmektedir[621].

Yukarıda anılan objektif ve sübjektif koşulların kümülatif olarak birlikte bulunması halinde kural olarak sözleşme geçerli olup ilgili maddeler kesin hükümsüz sayılacaktır. Ancak sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf bunun aksini ispat etme imkanına sahiptir Böyle bir durumda sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf, bu koşullardan birinin gerçekleşmediğini ispat etmelidir. Taraflardan birinin bu şartlardan herhangi birinin bulunmadığını ispatlaması halinde ise artık sözleşme tamamen kesin hükümsüz (tam/tümel kesin hükümsüzlük) olacaktır.

Burada açıklanması gereken çok önemli bir soru ortaya çıkmaktadır: Somut olayda taraflardan biri sorumsuzluk anlaşmasıyla bütün kusurları bakımından sorumluluğunu sınırlandırıyor ise böyle bir anlaşma tamamen geçersiz mi sayılacaktır? Yoksa bu anlaşma ağır kusur bakımından geçersiz sayılmasına rağmen hafif kusur bakımından geçerli mi sayılacaktır? İşte böyle bir durumda emredici bir hüküm nedeniyle tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmaması gereken bir durumun varlığından bahsedilmektedir[622]. Buna göre normalde tarafların farazi iradelerinin araştırılması gerekmesine rağmen artık bu araştırma hiç yapılmadan sözleşmeye kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanacak ve sözleşme geri kalan maddeleri bağlamında ayakta tutulacaktır. Bir başka ifadeyle tarafların farazi iradesinin olumlu veya olumsuz olup olmamasının hiçbir önemi olmayacaktır. İşte bu durumun en bariz örneği borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik yaptığı sözleşmelerdir. Borçlunun ağır kusurunun söz konusu olduğu sorumsuzluk anlaşması bağlamında yalnızca ilgili hüküm hükümsüz kabul

---

[620] **KIRKBEŞOĞLU,** s. 112; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 598.

[621] Tarafların farazi iradelerinin tespiti için öğretide üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Bunlar sırasıyla;

- Sübjektif farazi irade görüşü; tarafların olaydaki menfaatlerinin belirlenmesi ve buna göre farazi iradelerinin ortaya konulması gerektiğini kabul etmektedir.
- Objektif farazi irade görüşü; tarafların farazi iradelerinin tespiti TMK m. 2 uyarınca somut olayın bütün şartları değerlendirilerek yapılmalıdır.
- İki aşamalı inceleme görüşü; öğretide hâkim olan bu görüşe göre tarafların farazi iradelerinin tespiti için öncelikle sübjektif değerlendirmenin yapılması bu değerlendirme sonucunda bir sonuca ulaşılmaz ise bu takdirde objektif değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Öğretideki hâkim görüş "iki aşamalı inceleme görüşüdür." Bu görüşü benimseyen yazarlar: **KIRKBEŞOĞLU,** s. 189 vd.; **KARABAĞ BULUT**, Kişilik, s. 368 vd.

[622] **KARABAĞ BULUT**, Kişilik, s. 373-374.

edilecek sözleşmenin geri kalanı ayakta tutulacaktır. Eğer böyle bir durumda sözleşmenin tamamı geçersiz kabul edilirse taraflardan biri sözleşmedeki güçlü konumunu kullanarak diğer tarafa ağır kusurun sınırlandırıldığı bir sorumsuzluk anlaşmasını zorla kabul ettirecektir. Böylece bu şekilde bir sözleşmenin yapılmasının ardından güçlü olan taraf sözleşmeye aykırı davrandığında diğer tarafın yargı yoluna başvurması halinde sözleşmeyi tamamen geçersiz sayılmasını zira farazi iradelerinin bu yönde olmadığını ispat ederek ve sözleşme tamamen geçersiz sayılmasını sağlayacaktır. Sözleşmenin tamamen kesin hükümsüz sayılması halinde ise hiçbir sorumluluğu doğmamış olacaktır. Dolayısıyla böyle bir çözümün kabul edilmesi halinde ortada TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinin amacına tamamen aykırı bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır. Bu nedenle ağır kusurun sorumsuzluk anlaşmasına konu olduğu anlaşmalar bakımından, tarafların farazi iradelerine bakılmadan doğrudan kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır[623].

[623] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 602.

SONUÇ

Çalışmamızda varmış olduğumuz sonuçları aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür:

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararların tazminini düzenleyen kanun hükümleri, sözleşme sorumluluğu rejimidir (TBK m. 112-126). Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar, borçlunun veya yardımcı kişisinin sözleşme sorumluluğunu, kanun hükümlerinden daha hafif olarak düzenleyebilir. Zira sözleşme özgürlüğü, sözleşme içeriğinin serbestçe düzenlenebilmesinin yanı sıra borçlunun sorumluluğunun serbestçe düzenlenmesini de kapsamaktadır. Ancak, sözleşme özgürlüğü mutlak değildir ve emredici hükümlerin düzenleme alanı içerisinde geçerlidir. Sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturan TBK m. 27/I hükmüne göre, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler kesin hükümsüz sayılacaktır.

TBK m. 27/I hükmünde sayılan kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları kavramlarının, sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırları niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, söz konusu kavramlar sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırlarıdır. Buna göre, hâkim somut olaydaki sözleşme, emredici hükümlere aykırı olmasa bile kamu düzenine, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olup olmadığını değerlendirecektir. Bu kavramlardan birine bile aykırı değerlendirilen sözleşme, geçersiz olacaktır. Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, söz konusu kavramlar sözleşme özgürlüğünün bağımsız sınırlarını oluşturmamaktadır. Bu kavramlar, yalnızca bir hükmün emredici olup olmadığının tespitinde kullanılacak olan yorum araçlarıdır. Böylece, sözleşmenin geçersiz kılınması yalnızca kanunda somut olarak düzenlenmiş bir emredici hükmün varlığı halinde söz konusu olacaktır. TBK m. 27/I'de sayılan kavramlar ise bir kanun hükmünün emredici olup olmadığının değerlendirilmesini sağlayacaktır. Bunun aksinin kabulü, sözleşme özgürlüğü ilkesini gereğinden fazla sınırlayacak ve hukuk güvenliği ilkesi zedelenecektir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağının belirlenmesi, yalnızca m. 115 ve m. 116'da düzenlenen emredici sınırlar çerçevesinde yapılacak olan değerlendirme sonucunda söz konusu olacaktır. Nitekim sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m. 115 ve m. 116 hükümleri, sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran emredici hükümlerdir. Başka deyişle,

hâkim, somut olaydaki sorumsuzluk anlaşmasının emredici nitelikteki TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinden bağımsız olarak, TBK m. 27/I'deki kamu düzenine, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yaparak geçersiz kılamayacaktır.

TBK m. 115/I hükmünde, kast ve ağır ihmal halinde sorumluluğun sınırlandırılmasının mümkün olmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı, en nihayetinde birbiri ile bağlanmak isteyen iki taraf arasındaki özel bağlantı ile başlayan ve sözleşme ile yoğunlaşan güven ilişkisini korumayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda TBK m. 115/I hükmü, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan *pacta sunt servanda* ilkesini korumaktadır. TBK m. 115/II hükmü; taraflar arasında hizmet ilişkisinin olduğu veya uzmanlık gerektiren ve kamu tarafından verilen yetki ile yürütülebilen işler bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının hafif ihmalde dahi geçersiz olacağını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm, sözleşmenin zayıf tarafının korunması amacıyla düzenlenmiş olup, ekonomik kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektedir

Sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen hükümler, TBK'da her ne kadar yalnızca kusur kriteri çerçevesinde düzenlenmiş olsa da sorumluluk yalnızca kusur değil başka kriterler aracılığıyla da sınırlandırılabilir. Öğretide, sorumluluğun kusur dışında başka şekillerde sınırlandırıldığı anlaşmalara, geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmaları denilmektedir. Söz konusu anlaşmalar ile borçlunun sorumluluğu, zararın türü veya tazminatın üst limitle sınırlandırılması gibi başka şekillerde sınırlandırılabilecektir. Buna karşın, geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği için tek ölçüt, TBK m. 115/II ve m. 115/III ve TBK m. 116/III hükümlerinde düzenlenen istisnai durumlar dışında, kusur kriteridir. Öğretide haklı olarak, sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen hükümlerin yalnızca kusur kriteri uyarınca bir sınırlama öngörmesi eleştirilmiş, sözleşmenin tarafları arasındaki adil risk dağılımının, salt kusur unsuruna indirgenmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce de yalnızca kusur unsuru aracılığıyla yapılan sınırlama, uygulamadaki ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktır.

Sorumsuzluk anlaşmalarının, bütün zarar türleri bakımından yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bunun sebebi, sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m. 115 ve m. 116 hükümlerinde, kişi varlığı zararlarını konu edinen sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağının düzenlenmemesidir. Bir görüşe göre, sorumsuzluk anlaşması yalnızca malvarlığı zararlarına etki etmekte, kişi varlığı zararları

üzerinde etkisi bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, hukuk düzenince mutlak surette korunan bedensel-ruhsal bütünlüklerin ihlali, emredici nitelikteki TMK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri uyarınca korunmaktadır. Böylece her ne kadar TBK m. 115 ve m. 116'da düzenlenmemiş olsa da kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına TMK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri uygulanarak, bu anlaşmalar geçersiz kılınacaktır. Bu görüşün temel gerekçesi, kişi varlığı zararlarının sınırlandırılmasının kabulü halinde, borçlunun alacaklının kişi varlığına zarar vermemek için gereken özeni göstermeme ihtimalinin doğabilecek olmasıdır. Böylece, hukuk düzeninin mutlak surette koruduğu bireylerin kişisel değerlerinin, olumsuz olarak etkilenmesi söz konusu olacaktır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının konusunu doğrudan kişilerin bedensel-ruhsal bütünlüklerinin ihlalini konu edinmemektedir. Bu anlaşmaların tek amacı, borçlunun hiç veya kötü ifası sonucunda doğacak olan tazminat yükümlülüğünü sınırlandırmaktır. Dolayısıyla, kişi varlığı zararları bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılan kişi varlığı değerleri değil; yalnızca bu değerlerin ihlali sonucunda doğacak tazminat talepleridir. Başka deyişle sorumsuzluk anlaşmasıyla, taraflar, kişi varlığı değerleri üzerinde değil; bu değerlerin ihlalinden doğacak olan tazminat talepleri üzerinde tasarrufta bulunmaktadır.

Hukukumuzda haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmeye aykırı davranan borçlunun, esasen haksız fiil sorumluluğunca korunan mutlak hakları ihlal etmesi halinde, sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda öğretideki hâkim görüşe göre öncelikle, tarafların yaptıkları sorumsuzluk anlaşmasıyla borçlunun sözleşme sorumluluğunun yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu da sınırlandırma iradesinin olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre yapılması gereken ilk faaliyet, taraf iradelerinin yorumlanması faaliyetidir. Somut olayda tarafların haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırma iradelerinin olduğu tespit edilirse, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile de etki edeceği kabul edilecektir.

Bu görüşe göre, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun yarıştığı durumlarda sorumsuzluk anlaşması, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece haksız fiil sorumluluğuna da etki edecektir. Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna

etki edemeyeceği kabul edildiği takdirde, sorumsuzluk anlaşmasının yapılması anlamsız hale gelecektir. Borçlunun sözleşme sorumluluğuna dayanamayan alacaklı, haksız fiil sorumluluğuna başvuracak ve sorumsuzluk anlaşması anlamsız bir monolog olmaktan öteye gidemeyecektir. Bunun kabulü, sözleşme özgürlüğü ilkesine taban tabana zıt bir durum yaratacaktır.

Kanaatimizce, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiile etki edip edemeyeceğinin cevaplandırılması için yapılması gereken ilk şey, haksız fiil sorumluluğunun emredici nitelikte olup olmadığının belirlenmesidir. Nitekim, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını, emredici hükümler oluşturmaktadır. Dolayısıyla, haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığı hakkında incelemede bulunulmadan, sorumsuzluk anlaşmasının doğrudan taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla haksız fiile etki edip edemeyeceğin belirlenmesi, kanaatimizce isabetsiz bir yorum yöntemidir. Burada yapılması gereken ilk faaliyet, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bir sorumsuzluk kaydının emredici hükümlere aykırı olup olmadığının belirlenmesidir. Haksız fiil sorumluluğunun emredici olup olmadığını belirleyebilmek için zorunlu olarak yapılacak faaliyet, haksız fiil hükümlerinin amaçsal yorumudur. Yapılacak olan amaçsal yorumda haksız fiil hükümlerinin hangi işlevi yerine getirdiği, hangi menfaati koruduğu belirlenmelidir.

Haksız fiil sorumluluğunun öne çıkan iki amacı bulunmaktadır: bunlardan biri zararın tazmini; diğeri ise zararın önlenmesidir. İsviçre-Türk hukukunda hem Yargı kararları hem de öğretideki hâkim görüş, sorumluluğun birincil amacının zararın tazmini olduğunu kabul etmektedir. Bu sorumluluğun işlevi, zarar göreninin uğradığı zararın tazmin edilmesidir. Dolayısıyla haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünün; kamu düzeni, ahlak, kişilik hakları, zayıf tarafın korunması gibi menfaatleri koruyup korumadığı açıklanmalıdır. Haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünün amacının; kamu düzenini, ahlakı, kişilik haklarını veya zayıf tarafı koruduğu sonucuna varılırsa, sorumluluk emredici nitelikte kabul edilecektir. Bunun tam aksine, haksız fiilden doğan sorumluluğun söz konusu kavramları koruma amacı olmadığı sonucuna varıldığında sorumluluk, tamamlayıcı nitelikte kabul edilecektir.

Haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünün, kamu düzenini, ahlakı, kişilik haklarını veya zayıf tarafı koruma amacı olup olmadığının belirlenmesi için yapılacak olan amaçsal yorum, TBK m. 63 hükmünde düzenlenen rıza kavramı çerçevesinde

yapılmalıdır. TBK m. 63 hükmünde açıkça düzenlenen rıza, hukuka uygunluk sebebi olarak haksız fiil sorumluluğunun doğmasını engellemektedir. Zarar görenin rıza göstermesiyle, zarar verenin davranışı hukuka aykırı olmayacak ve haksız fiil sorumluluğu doğmayacaktır. Kanun koyucunun; haksız fiil sorumluluğunun kaldırılabileceğini TBK m. 63'teki rıza ile düzenlemesi, haksız fiil sorumluluğunun emredici olmadığı yönündeki iradesini açıkça göstermektedir. Böylece rıza ile tek taraflı olarak sınırlandırılabilen haksız fiil sorumluluğunun, tarafların karşılıklı anlaşmasına dayalı bir sorumsuzluk anlaşmasıyla sınırlandırılamayacağının kabul edilmesi, hukukun bütünlüğü ilkesine aykırı bir yorumdur.

Haksız fiil sorumluluğunun emredici olmaması sonucunda, TBK m. 115 ve m. 116'daki sınırlara uygun olarak saf sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği ve salt haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasının mümkün olduğu da kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız : "Normun Koruma Amacı Teorisi", AÜHFD, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 345-448.

ACKERMANN, Josef : Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden, Diss. Zürich 1932.

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

AKBULUT, Pakize Ezgi : Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK,** Turgut/**ATEŞ,** Derya : Kişiler Hukuku, C. I, Beta Yayınları, 16. baskı, Ağustos 2021.

AKMAN, Galip Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

AKSOY DURSUN, Sanem : Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

AKYOL, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2006.

ALNIAK, M. İlhan : "Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)", İÜHFM, C. XXXV, S. 1-4, İstanbul 1970.

ANTALYA, O. Gökhan : Prof. Dr. Gökhan Antalya Değerlendirme Konuşması, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul

2012, s. 349-353.

ANTALYA, O. Gökhan : Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019. (Anılış: **ANTALYA,** Cilt: V/1, 1).

ANTALYA, O. Gökhan : Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019. (Anılış: **ANTALYA,** Cilt: V/1, 2).

ANTALYA, O. Gökhan Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 3, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019. (Anılış: **ANTALYA,** Cilt: V/1, 3).

ARAL, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

ARIDEMİR GENÇ, Arzu : Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

ATAMER, Yeşim M. : Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 6, 2006, s. 8-37.

ATAMER, Yeşim M. : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 1999. (Anılış: **ATAMER,** GİŞ).

ATAMER, Yeşim M. : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları), Beta Yayınları, İstanbul 1996. (Anılış: **ATAMER,** Haksız Fiil).

ATASOY, Kemal : Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık

Sınırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

ATEŞ, Derya : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

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

BAŞ, Ece : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk TBK m. 69 (TBK m. 58), On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2011.

BAŞALP, Nilgün : Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

BAŞOĞLU, Başak : Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

BAYSAL, Başak : Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (Anılış: **BAYSAL,** Haksız Fiil).

BAYSAL, Başak : Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Anılış: **BAYSAL,** Birlikte Kusur).

BEAT, Zirlick : Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Stämpfli Verlag, Bern 2003.

BECKER, Hermann : Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern 1945.

BEHREND, Hugo : Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage, Diss. Greifswald 1900.

BEHRENDS, Okko (Hrsg.et al.) : Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, C. II, Digesten 1-10, Heidelberg 1995.

BERGER, Adolf : Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1991.

BİLGİLİ, Fatih/**DEMİRKAPI,** Ertan : Borçlar Hukuku, Dora Yayıncılık, 15. Baskı, Bursa 2020.

BİRİNCİ UZUN, Tuba : Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

BİRSEN, Kemaleddin : Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 1967.

BÖRÜ PARLAK, Şafak : "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", TBBD, S. 129, Ankara 2017, s. 195-228.

BREHM, Roland : Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Stämpfli Verlag, 4. Aufl., Basel 2013.

BUCHER, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2. Auflage, Zürich 1988.

BUOL, Martina : Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Schulthess Polygraphischer Verlag, Diss. Zürich 1996.

BUZ, Vedat : "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. M. 60 Üzerine Düşünceler", BATİDER, C. II, S. 29, Haziran 2013, s. 19-60.

CANARİS, Claus Wilhelm, : "Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", JZ, 1965, 15/16, s. 475-483.

ÇAĞA, Sema : "Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi", Seminer Yarışması, 1972-1973, Sevinç Matbaası, Ankara 1973. (Anılış: **ÇAĞA,** Sorumlulukların Birleşmesi).

ÇAĞA, Tahir : Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Aarau 1939. (Anılış: **ÇAĞA,** Konkurrenz).

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar : Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ÇETİNER, Bilgehan/**FURRER,** Andreas/**MULLER-CHEN,** Markus : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2021**.**

DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan : "İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması", İnÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 285-312.

DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan : Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (Anılış: **DALCI ÖZDOĞAN,** Müteselsil Sorumluluk).

DALCI, Nurcihan : Alacağın Toptan Temliki, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

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

DEMİR, Mehmet : "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFD, C. 57, S. 3, Ankara 2008, s. 225-252.

DİNÇER ARAZ, Nilgün : Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursus actionum) Genel Bir Bakış, MÜHFHAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, C. 23, S. 3, Aralık 2017, s. 235-281.

DURAK, Yasemin : "Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo", SÜHFD, C. 25, S. 1, 2017, s. 239-288.

DURAL, Mustafa/**SARI,** Suat : Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 15. Baskı, İstanbul 2020.

EMMENEGGER, Susan/**NICOLA,** Jegher/**SERAINA,** Graf : Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet-oder doch?, Brücken bauen Festschrift für Thomas Koller, Stämpfli Verlag, Diss. Bern 2018, s. 177-193.

EMMENEGGER, Susan/**TSCHENTSCHER,** Axel : Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Stämpfli Verlag, (hrsg., **HAUSHEER,** Heinz/**WALTER,** H. Peter), Bern 2012.

ENNECCERUS, Ludwig/**THEODOR**, Kipp/**MARTIN**, Wolff : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Verschiedene Aufl.), Tübingen Mohr, 1930.

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara 2021.

ERBEK, Özge : Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010.

ERGÜNE, Mehmet Serkan : Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

ERTEN, Ali : Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumluluk Şartları, Olgaç Matbaası, İstanbul 1977.

FARJAT, Gerard : L'Ordre public économique, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1963.

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin : Borçlar hukuku: genel hükümler, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1976.

FRÖHLICH, Ernst : Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, Diss. Zürich 1922, Aarau 1922.

FROST, Marina Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten, Berlin 1981.

FURRER, Andreas/**WEY,** Rainer : CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, (hrsg.: **FURRER,** Andreas/**SCHNYDER,** Anton K.), Schulthess Juristische Medien, 3. Auflage, 2016 Zürich, Art. 100, s. 616-624.

GAUTSCHI, Georg : Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Max Keller (Hrsg.), Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969, s. 7-61.

GERNHUBER, Joachim : Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.

GÖNÜL KOŞAR, Günhan : "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", AÜHFD, C. 69, S. 3, Ankara 2020, s. 1437-1473.

GÜL, İbrahim : ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

GÜMÜŞ, M. Alper : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

GÜNDÜZ, D. Şefika : Olumlu Zarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

GÜRSOY, Kemal Tahir : "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)", AÜHFD, C. 31, S. 1, 1974, s. 149-184.

HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah : Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

HATEMİ, Hüseyin : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976. (Anılış: **HATEMİ,** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık).

HATEMİ, Hüseyin : Yazılı Olmayan Kamu Düzeni Kuralı, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, İstanbul 2020, s. 283-290.

HATEMİ, Hüseyin : Borçlar Hukuku: Genel Bölüm: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1998. (Anılış: **HATEMİ,** Sözleşme Dışı Sorumluluk).

HATEMİ, Hüseyin/**GÖKYAYLA,** Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2021.

HAVUTÇU, Ayşe : İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012.

HOCHSTRASSER, Michael : Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006. (Anılış: **HOCHSTRASSER,** Freizeichnung).

HOCHSTRASSER, Michael : "Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden", AJP/PJA 2016, Dike Verlag, Zürich 2016, s. 910-920. (Anılış: **HOCHSTRASSER,** Personenschäden).

HONSELL, Heinrich/**ISENRING,** Bernhard/**KESSLER,** A. Martin : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schultess Verlag, Diss. Zürich 2013.

HONSELL, Heinrich/**VOGT,** Nedim Peter/**WIEGAND,** Wolfgang : Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel 2011. (Anılış: **WIEGAND,** Basler Komm.).

IŞIKTAÇ, Yasemin/**METİN,** Sevtap : Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 2020.

İMRE, Zahit : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.

İNAL, H. Tamer : Borca Aykırılık ve Sonuçları, Papatya Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2009.

İNCEOĞLU, M. Murat : "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan

Doğan Manevi Tazminat Talepleri", BATİDER, C. XXIV, Aralık 2008, S. 4, s. 77-124.

İPEK, Eyüp : Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

JÄGGI, Peter : Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, FG Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968.

KAHVECİ, Nalan : İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu * Yürürlük Kanunu, C. I, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu : Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

KAMM, Michael : Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht: Ein Vergleich, Bergisch Gladbach, Köln 1985.

KANETİ, Selim : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Hukuk Yayınları, Haziran 2007.

KAPANCI, Berk : Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683.

KAPLAN, İbrahim : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2013.

KARA, Doğan, : "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk

Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", GSÜHFD, S. I, İstanbul 2018, s. 483-530.

KARABAĞ BULUT, Nil : Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014. (Anılış: **KARABAĞ BULUT,** Kişilik).

KARABAĞ BULUT, Nil : Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 825-883. (Anılış: **KARABAĞ BULUT,** Sorumsuzluk Anlaşması).

KARANFİL, Sinan : Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.

KAŞAK, F. Erdem : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

KELLER, Alfred : Haftpflicht im Privatrecht, Stämpfli Verlag, 6. Auflage, Bern 2002.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 24. Baskı, Ankara 2020.

KIRCA, Çiğdem : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.

KIRCA, Çiğdem : "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 91-119.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan : Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

KOLLER, Alfred : Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1980.

KOSCHAKER, Paul/**AYİTER**, Kudret : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 1993.

KOŞAR, Günhan : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.

KRAMER, Ernst A. : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.

KUONİ, Anina : Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Dike Verlag, Diss. Zürich 2016.

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I, Allegemeiner Teil, 13. Aufl., Münih 1987.

LÖRTSCHER, Thomas : Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977.

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

MERAL, Ö. Oğuzhan : Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 1139-1206.

MULLER, Christoph : CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, (hrsg.: **FURRER,** Andreas/**SCHNYDER,** Anton K.), Schulthess Juristische Medien, 3. Auflage, 2016 Zürich, Art. 41, s. 275-296.

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

NOMER, Halûk Nami : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul 2020. (Anılış: **NOMER,** Genel).

NOMER, Halûk Nami : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 1996. (Anılış: **NOMER,** Haksız Fiil).

OESCH, Thomas : Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978.

OFTINGER, Karl/**STARK,** Emil W. : Schweizerisches Haftpflichtrecht-Band I: Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, 5. Auflage, Zürich 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ,** M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul 2020. (Anılış: **OĞUZMAN/ÖZ,** C. II).

OĞUZMAN, M. : Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 26. Bası, İstanbul

Kemal/**BARLAS,** Nami 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ,** M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul 2020. (Anılış: **OĞUZMAN/ÖZ,** C. I).

OKAY, Sami : Deniz nakliyatında ademi mesuliyet kayıtları hususiyle bunların muteberiyeti meselesi, İstanbul 1954.

OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila : Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.

OSER, Hugo/ **SCHÖNENBERGER,** Wilhelm : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Schulthess & Co. AG, 2. Aufl., Zürich 1929.

ÖĞÜZ, Tufan : Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 101-108.

ÖNAY, Işık/**KARAŞAHİN,** Y. Alperen : "Borcun Kapsamına ve Riskin Paylaşılmasına Dair Anlaşmaların Sorumsuzluk Anlaşmalarından Ayırt Edilmesi Sorunu", BATİDER, C. XXXV, S. 4, Ankara 2019, s. 31-88.

ÖZDEN MERHACI, Selin : Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

PAKSOY, Meliha Sermin : Zamanaşımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2012.

PERRIN, Jean-François : La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse, SJ 1973, s. 209-218.

PETER, Hansjörg : Texte zum römischen und schweizerischen Obligationenrecht: mit Verweisen auf einige ausländische Rechte, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 2000.

POLAT, Alperen : Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

RADO, Türkan : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, 14. Baskı, İstanbul 2018. (Anılış: **RADO,** Roma Hukuku).

RADO, Türkan : "Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 10, S. 1-2, 1944, s. 229-240. (Anılış: **RADO,** Cebri İcra).

REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 25. Baskı, İstanbul 2014.

SANLI, Kerem : Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi-Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.

SCHNYDER VON WARTENSEE, Marguerite : Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1945.

SCHÖNENBERGER, Wilhelm/**JÄGGI**, Peter : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1a, Allgemeine Einleitung, Art. 1-17, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1973.

SCHRANER, Hans : Unzulässige Überwälzung und Wegbedingung der Schadenersatzpflicht unter besonderer Berücksichtigung von Vereinbarungen über die Tragung der Bauherrenhaftung, Diss. Zürich 1973.

SCHWENZER, Ingeborg : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,

Stämpfli Verlag, Bern 2016.

SEROZAN, Rona : Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul 2018. (Anılış: **SEROZAN,** Medeni).

SEROZAN, Rona : Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016. (Anılış: **SEROZAN,** İfa Engelleri).

SEROZAN, Rona : "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", (BK Tasarısı), HPD, Mayıs 2006, S.6, s. 8-51. (Anılış: **SEROZAN,** HPD 2006).

SEROZAN, Rona : Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007.

SEROZAN, Rona : "Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD., Yıl 2, S. 3, 1968, s. 108-129. (Anılış: **SEROZAN,** Bağımsız).

SEROZAN, Rona : "Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiiller hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: Sözleşmenin müspet ihlâli ve Culpa in contrahendo", MHAD., C. 15, S. 18, Yıl 1990, s. 27-42. (Anılış: **SEROZAN,** Sözleşmenin Müspet İhlali).

SIBER, Heinrich : Der Rechtszwang Im Schuldverhaltniss Nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig, 1903.

STIPANSKI, Hans : Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage, Diss. Greifswald 1901.

STOLL, Heinrich : Vertrag und Unrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 1936. (Anılış: **STOLL,** Unrecht).

STOLL, Heinrich : "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", AcP 1932, 136, s. 257-320. (Anılış: **STOLL,** Abschied).

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

TANDOĞAN, Halûk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981. (Anılış: **TANDOĞAN,** Sözleşme Dışı Sorumluluk).

TANDOĞAN, Halûk : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2010. (Anılış: **TANDOĞAN,** Mesuliyet).

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

TERCIER, Pierre/**PICHONNAZ,** Pascal/**DEVELİOĞLU,** H. Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2020.

TİFTİK, Mustafa : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 1994.

TOPUZ, Murat : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı

Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2020. (Anılış: **TOPUZ,** Maddi Zarar).

TOPUZ, Murat : "Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar", Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, **UÇAKHAN GÜLEÇ,** Sema/**BASA,** Necdet, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2018, s. 101-112. (Anılış: **TOPUZ,** Adam Çalıştıran).

TOSUN, Çağdaş : Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60), Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

VITO, Roberto : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Juristische Medien, Zürih 2002.

VON LISZT, von Franz : Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs: kritische und dogmatische Randbemerkungen, Guttentag, Berlin 1898.

VON TUHR, Andreas/**ESCHER,** Arnold : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement), Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1984.

VON TUHR, Andreas/**PETER,** Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement), Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Auflage, Zürich 1984.

WEBER, Rolf H./**EMMENEGGER,** Susan : Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli Verlag, 2. Aufl., Bern 2020.

WIEGAND, Wolfgang : "Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts (Teil 1)", recht 1997, S. 85, s. 85-94.

YONGALIK, Aynur : "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirmesi", AÜHFD, C. 60, S. 1, Ankara 2011, s. 1-18.

YÖNET, Öykü Yağmur : Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

YUNG, Walter : La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in: Études et articles, Genève 1971, s. 128-161.

YÜNLÜ, Semih : Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

ZİLELİOĞLU, Hilal : "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD, C. 39, S. 1, 1987, s. 241-264.