

İŞ HUKUKUNDA SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO)

Doç. Dr. Sabahattin Yürekli*

I- GENEL OLARAK

Sözleşme bir anda kurulup meydana gelen bir işlem değildir. Sözleşme, bir süreç içerisinde meydana gelen hukuki bir işlemdir.¹ İş sözleşmesinin yapılması ya işverenin ya da iş başvurusu yapan adayın bir girişimine dayanır. Sözleşme görüşmelerine hazırlanma aracı olarak, gazete yada işyerinde yapılan ilanlar, yazılı ya da sözlü olarak doğrudan doğruya veya bir diğer çalışan aracılığı ile gerçekleştirilen başvurular gibi iş bulma konusundaki özel ya da resmi kurumlar (Özel İstihdam Büroları, ² Türkiye İş Kurumu³) kullanılmaktadır. İş ilanları ve aracılık etme konusunda verilen yetkiler henüz tek başına bağlayıcı bir sözleşme yapma önerisi değil, sadece sözleşme görüşmelerine girişmek konusundaki bir davetten ibarettir. Aynı şey yapılan duyuru ve başvurular için de geçerlidir. Ancak, somut çalışma koşulları vaat edilmiş ve artık bunlar hakkında açık ve ayrıntılı bir biçimde konuşulmamışsa, o zaman sözleşmenin tarafı önceden belirtilen koşulların sözleşmenin içeriğine dâhil edileceğine güvenebilir.⁴

Sözleşme kurulmadan önce, taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir.⁵ İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin görüşmelerde işveren ile iş için başvuran adayın çıkarları birbirinden farklıdır. İşverenin amacı, söz konusu boş çalışma yerini hem işin gerektirdiği nitelikler hem de işçinin o işyerindeki diğer işçilerle uyumu açısından optimal bir şekilde doldurmaktır. İşveren, adayın uygunluğu konusunda bir karar verebilmesi için, gerek doğrudan yönelttiği sorular ve uyguladığı testler, gerek üçüncü şahıslardan aldığı referanslar yoluyla aday hakkında edineceği bilgilere ihtiyacı vardır.⁶ Aynı şekilde iş için başvuran aday işçinin de sözleşme aşamasında doğru karar

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Fikren Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, 1083.

² Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, RG: 01.08.2008, Sayı: 26954.

³ 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu, 4904, RG: 5/7/2003, Sayı: 25159.

⁴ Manfred Rehbinder, İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar, Çeviren: Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45, sayı: 1-4, İstanbul 1982, 745.

⁵ Eren, 1083.

⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2012, 308; Öner Eyrenci, İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 239.

verebilmesi için işveren, işyeri, çalışma koşulları vb. konularda görüşme aşamasında doğru olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine girişen kişiler arasında daha bu ilişkinin başladığı anda karşılıklı yükümlülükler doğar. Genel davranış yükümlülükleri⁷ adı verilen bu yükümlülükler edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız yükümlerdir.⁸ Davranış yükümlerinin bağımsızlığı salt işlevsel açıdan değil, aynı zamanda doğuştan bağımsızlığı da içermektedir. Dolayısıyla, kurulmamış, geçersiz veya sona ermiş bir ilişkide dahi davranış yükümleri varlığını korurlar. Taraflar arasındaki davranış yükümlülüğü, taraflar arasında bir güven ilişkisi kurar.⁹ Özen gösterme olarak özetlenebilecek bu yükümlülüklerin dayanağı kurulması istenilen sözleşme değil, dürüstlük kuralıdır.¹⁰ Söz konusu güven ilişkisi sözleşme benzeri bir ilişkidir. Güven ilişkisi, Türk Medeni Kanunu m.2/1'de yer verilmiş olan dürüstlük kuralına dayanmaktadır.¹¹ Çünkü, bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu, zorunluluk hallerinde TMK.m.2 uygulama alanı bulur ve olağan üstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir. Ancak, önemlidir ki, bu kuralın talilği de gözetilerek her soruna ona ait kanun hükümleri uygulanması asıl olmalıdır.¹²

Dürüstlük kuralına göre, görüşmeler sırasında görüşmecilerin sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekmektedir. İşte sözleşme görüşmecileri, bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumludurlar.¹³ Bu sorumluluğun nitelendirilmesi açısından, toplumsal hayatın hızla gelişmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik olay ve problemlerin çözümünü klasik borç doğurucu sorumluluk kaynakları olarak nitelendirilen, haksız fiil, sözleşme ve sebpsiz zenginleşme içerisinde bulabilme ve aynı unsurları bu yeni olay ve

⁷ “Davranış yükümlerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklıdır. Davranış yükümleri somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi çıkarına değil, zarardan uzak tutulma çıkarına yönelmiştir”, Rona Serozan, “Culpa Incontrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” Ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, 1968.

⁸ Serozan, 117 vd.; Eyrenci, 241, 242.

⁹ Serozan, 117 vd.; Eyrenci, 241, 242; Hamdi Yılmaz, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Cupla İn Contrahendo” Ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, Temmuz 1985, 234.

¹⁰ Yılmaz, 234.

¹¹ “Taraflar arasındaki uyumsuzluk, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır”, Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı; Y19HD., 30.11.2004, E. 2004/4912, K. 2004/11803, Kazancı.

¹² YİBK., 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, Kazancı; YHGK., 7.2.2001, E. 2000/13-1729, K. 2001/32, Kazancı.

¹³ Eren, 1084; Y19HD., 30.11.2004, E. 2004/4912, K. 2004/11803, Kazancı; “Sözleşmenin kurulmasından önceki evrelerde, gerekli özeni göstermeyerek dürüstlük kuralına aykırı davranan, bu davranışının yol açtığı zararı gidermek zorundadır”, Yılmaz, 234.

problemlere uygulayabilme hemen hemen imkânsız hale gelmiştir. Kanunların çözüm öngöremediği bu tip durumlara 19. yüzyılın sonlarına doğru doktrin kayıtsız kalınamayacağını anlamış, özü ve niteliği farklı yeni hukuki müessese ve sorumluluk türlerini belirleme yoluna gitmiştir.¹⁴

Sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranıştan doğan bu sorumluluğa, Latince bir deyişle, “culpa in contrahendo” adı verilmektedir.¹⁵ Culpa in contrahendo Türkçe’de, “sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk”, “sözleşme öncesi sorumluluk”, “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” olarak adlandırılmaktadır.¹⁶ Yargıtay’da, culpa in contrahendo’yu, “akit görüşmelerinden doğan sorumluluk”, “sözleşme öncesi sorumluluk” olarak nitelendirmektedir.¹⁷ O halde, culpa in contrahendo sorumluluğu; “ taraflar arasında sözleşme görüşmelerine başlamakla oluşan özel güven ilişkisinde, dürüstlük ilkesinden doğan davranış yükümlülüklerine, taraflardan birinin kusurlu davranışıyla aykırı davranmasından doğan zararın, sözleşmeye ilişkin talep olarak tazmini sorumluluğu olarak tanımlanabilir”.¹⁸ Böylece “Culpa in contrahendo” olarak adlandırılan bu tür bir sorumluluğun tazminat talebine dayanak yapılabileceği kuşkusuzdur.¹⁹

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, Jhering tarafından incelenmiştir.²⁰ Jhering incelemesinde daha çok batıl veya kurulmamış sözleşmeler açısından, sözleşme görüşmelerinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünü incelemiş, fakat görüşme kusuruna rağmen geçerli olarak kurulan sözleşmelerdeki soruna değinmemiştir.²¹ Daha sonra, Leonhard sözleşmenin kurulması esnasındaki kusur kavramını önermiş ve bu durumdaki sorumluluğun ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olabileceğini savunmuştur.²²

II- CULPA İN CONTRAHENDO’NUN YASAL DAYANAĞI

Türk Hukukunda culpa in contrahendo özel olarak düzenlenmemiştir.²³ Burada kanun koyucunun bilinçli bir susması değil, açık bir boşluk söz konu-

¹⁴ Süleyman Yalman, Türk-İsviçre hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, 37 vd.

¹⁵ Eren, 1084; Yılmaz, 234.

¹⁶ Eren, 1084.

¹⁷ Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı.

¹⁸ O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, 132; “Bu yeni sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo) genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere aralarında dürüstlük kuralı (TMK.m.2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur”, Eren, 1083.

¹⁹ “Dava dilekçesinde sözleşmenin ifa edilmemesi yanında sözleşmenin kurulacağı ve ifa edileceğine güvenilerek sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa dayanılmıştır”, Y19HD., 28.4.2005, E. 2005/1932, K. 2005/4790, Kazancı.

²⁰ Jhering, R., Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Vertraegen, Jhering Jahrbücher, 4, 1861, 1vd. Bak. Eren, 1084, dn. 436; Culpa in contrahendo kavramının ortaya çıkışı için bak. Burcu Oguztürk, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, 87 vd.

²¹ Eren, 1084.

²² Bak. Eren, 1084.

²³ Antalya, 135; Serozan, 110.

sudur. Fakat culpa in contrahendo kurumuna yalnız açık boşluğun doldurulmasında değil, örtülü boşluğun doldurulmasında da başvurulmuştur.²⁴

Culpa in contrahendo'ya ilişkin TBK.m.3/2, 5, 35, 66/2, 217/3, 229, 561/1ve TMK.m.395/2'de hükme yer verilerek, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışların bazılarının sorumluluk doğuracağı kanunda açıkça belirtilmiştir.²⁵ Özellikle, TBK.m.35 ve 47'de düzenlenmiş olan; kendi kusuruyla hataya düşen kimsenin sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumluluğu ile yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kanunda düzenlenmesinde Jherin'in görüşünün büyük etkisi olmuştur.²⁶ Ayrıca bir borç ilişkisinde, taraflar arasında güvene dayanan bir borç ilişkisi meydana geldiğinden, bu borç ilişkisinin hukuki dayanağı TMK.2'de yer verilen dürüstlük kuralı ve onun görünüm şekli olan güven ilkesidir.²⁷ Görüleceği üzere, sözleşme görüşmeleri sırasındaki diğer pek çok kusurlu davranışın sonuçları kanunda düzenlenmemiştir.²⁸

III- CULPA İN CONTRAHENDO'NUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Culpa in contrahendo'nun hukuki niteliği ve bu ilişkiye uygulanacak hükümler konusunda öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler; haksız fiil ilişkisi, sözleşme ilişkisi görüşü ve kendine özgü bir borç ilişkisi olarak sıralanabilir.

1- Haksız Fiil Görüşü

Haksız fiil görüşüne göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, niteliği itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğu olduğu ileri sürülmüştür.²⁹ Görüşme ilişkisinin başlamasıyla görüşmeye katılan kişiler arasında akdi bir ilişki meydana gelmez. Görüşmeler sırasında sözleşme henüz kurulmadığından, sorumluluk için sözleşmeye dayanılamayacaktır. Çünkü, sözleşmeden doğan sorumluluk sözleşmenin kurulmasını ve içerdiği bir yükümlülüğün ihlalini gerektirir. Oysa burada sözleşme öncesi bir davranıştan doğan zarardan sorumluluk söz konusudur. Çünkü, herkes tarafından uyulması gerekli bir soyut özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranış sebebiyle meydana gelen kişi ve malvarlığı zararlarının tazmini gerekmektedir. Görüşülen sözleşme ileride kurlsa ve hatta ifa edilse bile, görüşmeler sırasındaki kusur bu haliyle sözleşmenin ihlali anlamına gelmez. Kaldı ki, culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulandığı en önemli hallerde sözleşme ya hiç kurulmamış, meydana gelmemiş ya da kurulan sözleşme iptal veya başka bir nedenle ortadan kaldırılmıştır. Sözleşmenin mevcut olmadığı bir yerde ise sözleşme sorumluluğundan söz edilemez. Bu nedenle, sözleşme görüşmelerinden doğan zarar TBK.m.49'a göre

²⁴ Serozan, 111.

²⁵ Oğuzman/Öz, 322; Antalya, 135.

²⁶ Bak. Eren, 1088.

²⁷ Antalya, 135.

²⁸ Oğuzman/Öz, 322.

²⁹ Bak. Eren, 1085, dn. 442; Oser H./Schönenberger W.: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 25, N. 13, (Türkçeye çeviren. Recai Seçkin), Zurich 1947; İlhan Utusan, Culpa In Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, 301.

tazmin edilmelidir. Çünkü, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK.m.49/1).³⁰

Öğretiye göre, “haksız fiil hukukunun soyut başkasının canını ve malını koruma yükümü ya da başkasına zarar vermeme yükümü culpa in contrahendo yükümlülüğünden farklı içeriktedir. Culpa in contrahendo yükümlülüğünde borç ilişkisinde, belirli bir kişiyi somut bir zarardan koruma yükümlülüğü, bir başka ifade ile belirli bir kişiye karşı özen gösterme yükümlülüğünün ihlali söz konusudur.”³¹

Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi’ de, yanlış bilgi verenin sorumluluğunu kabul etmekte ve bunu haksız fiil sorumluluğuna sokmaktadır.³²

2- Sözleşme İlişkisi Görüşü

Hâkim görüş olan, sözleşme ilişkisi görüşüne göre, “sözleşme görüşmelerinden doğan zarardan sorumluluk niteliği gereği sözleşme sorumluluğu veya sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluktur. Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla görüşenler arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi doğar. Görüşülmeye başlanan sözleşme daha sonra ister kurulsun ister kurulmasın, ister geçerli ister geçersiz olsun bu ilişki görüşmelere başlayan taraflara birbirine özen gösterme, birbirini aydınlatma ve koruma yükümlülükleri yükler. Sözleşme görüşmelerinin fiilen başladığı anda görüşmeciler arasında yüksek düzeyde bir özen ve koruma yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün ihlali, aynen sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi sözleşme sorumluluğuna neden olur”.³³ Çünkü, mevcut bir hukuki ilişkiye aykırılık söz konusu olduğu için, durum sözleşme ilişkisine çok benzemektedir.³⁴ Sözleşme görüşmeleri safhasında, taraflardan birinin karşı tarafın kişi varlığına bir zarar vermesi halinde, giderim borcunu haksız fiile dayandırmak, zaman aşımı, hizmetlinin eylemlerinden sorumluluk ve ispat yükü açısından nisbi adaletle aykırı görülmüştür. Tarafların daha sözleşme kurulmadan karşılıklı özen gösterme yükümlülükleri kuran bir sözleşme benzeri hukuki ilişki içerisinde buldukları görüşü çerçevesinde, karşı tarafın kişi ve mal varlığına sözleşme konuşmaları safhasında

³⁰ Bak. Eren, 1085, dn. 443; Antalya, 136; “sözleşme öncesi sorumluluk bir sözleşme sorumluluğu olarak kabul edilecek olursa, sözleşme ile sözleşme öncesi davranışlar arasında bir ayırım yapmaya gerek kalmayacaktır. Sözleşme öncesi sorumluluk türünün oluşturulmasının sebebi, henüz sözleşmenin kurulmadığı bir aşamada, sözleşmeden söz etmenin mümkün olmamasına dayanmaktadır. Sözleşme öncesi hazırlık görüşmeleri aşamasında tarafların birbirlerine zarar vermeleri, kusuruyla verdiği zararı giderme yükümlülüğünün haksız fiil sorumluluğuyla açıklanması daha kolay olmaktadır”, Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 83; Bak. Oğuztürk, 102, 103.

³¹ Oğuztürk, 104.

³² BGE 41 II 82-89, 57 II 85, 68 II 301, 101 II 92, 110 II 373, Kararlar için bak. Eren 1090, dn. 464.

³³ Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Cilt: 1 genel Hükümler Ankara 1976, 212; Bak. Eren, 1086, dn. 445; “İş akdinin kurulması görüşmelerinde henüz aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına karşın taraflar dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarıyla verdikleri zarardan sözleşmeden doğan borcun ihlaline ilişkin hükümlere göre sorumludurlar”, Süzek, 267; Ulusan, 305.

³⁴ Tunçomağ, 212.

özensizliği yüzünden bir zarar veren kimsenin sözleşme hukukuna göre giderim borçlusu olduğu kabul edilmiştir.³⁵

Bir görüşe göre; “görüşenlerin birbirleriyle sözleşme görüşmelerine girdikleri anda aralarında bir görüşme ilişkisi kurulur. Bu ilişkinin temeli güven ilişkisidir. Görüşme ve dolayısıyla güven ilişkisi hiç kuşkusuz bir hukuki ilişkidir. Taraflar arasında hukuki ilişkinin kurulduğu yerde bunun ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Çünkü, haksız fiilde taraflar arasında daha önce kurulmuş hiçbir hukuki ilişki yoktur. Bu nedenle, görüşme ve güven ilişkisinin ihlaline en azından kıyas yoluyla sözleşme sorumluluğuna,³⁶ sözleşmelerin ihlaline³⁷ ilişkin hükümlerin uygulanacağı ileri sürülmüştür.

Diğer görüşe göre; “sözleşme görüşmesi safhası, özellikle sözleşme kavramından ayrı olarak, tarafların hukuki işlem yapma niyeti ile özel bir ilişkiye geçtikleri ve güven ilişkisine dayanan bir borç ilişkisidir. Burada sözleşme kavramının çok zorlanması pahasına edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, her insanın bilmesi gerektiği ya da bildiği varsayılan ve dürüstlük ilkesinden doğan objektif davranış yükümlerini, nisbi bir borç ilişkisine dâhil kılan ve iş ilişkisine giren kişilerin örtülü irade uyuşması ile meydana gelen bir özel bağlam-özel bağlantı-özel taahhüttür. Sözleşme görüşmeleri safhasını sözleşmenin geçerli olup olmamasından ayrı tutarak, bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendirmemiz ve culpa in contrahendo kavramını sözleşmeden bağımsız olarak ele almak yerinde olacaktır”.³⁸

Bizim de katıldığımız görüşe göre; “taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.”³⁹ Çünkü, sözleşme müzakeresine girişenler arasında, hiçbir tarafından ihlal edilmemesi gereken bir hukuki ilişki meydana gelir ve bu ilişki taraflara dürüstlük kuralı uyarınca bazı yükümlülükler yükler.⁴⁰ Kusuru ile bu ilişkiyi ihlal eden, yükümlülüklere riayet etmeyen tarafın bu davranışı, bir haksız fiilden ziyade, mevcut bir ilişkinin ihlali olması dolayısıyla borca aykırılık esasına tabi tutulması gerekir.⁴¹

³⁵ Bak. Serozan, 111, dn. 9; “Sözleşme görüşmelerindeki hukuki ilişkiyi hukuki işlem benzeri olarak nitelemek tarafların çıkarlarına daha uygundur. Dolayısıyla, sözleşme görüşmelerinde tarafların özen ve açıklama borcuna aykırı davranışları halinde gerek zamanasımı ve yardımcı kişinin davranışlarından dolayı sorumluluk ve gerekse ispat yükü bakımından sözleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır”, Bak. Eyrenci, 241, dn. 5.

³⁶ Bak. Eren, 1086, dn. 445.

³⁷ Bak. Süzek, 310.

³⁸ Oğuztürk, 102.

³⁹ Yalman, 83.

⁴⁰ “Batıl bir akdi ilişkide dahi söz konusu olabilen bu yükümlülükler, asli edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinden doğan yükümlülük olarak da isimlendirilmektedir. Bu kavram, culpa in contrahendo halleri de kapsayacak şekilde genişleten edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi olarak adlandırılmaktadır”, Ayrıntılı bilgi için bak. Oğuzman/Öz, 36, 324.

⁴¹ Oğuzman/Öz, 324.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vermiş olduğu bir kararında **sözleşme ilişkisi görüşüne katılmıştır**. Kararda, “sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluğun; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Çünkü, davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir satım olup, böylece hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu ise, sırf hatır için, lütfen ve nezaket icabı olarak yapılan işlerdekinin tersine, yalnızca eylemsel bir olaydan ibaret olmayıp, taraflar arasında satımı hazırlayan sözleşme benzeri karakterde bir hukuksal ilişki doğurmuş; bu ilişki de, satıcının ve satım alma isteklisinin malın gösterilmesi ve incelenmesinde öbür tarafın sağlığı ve malı için gereken özeni göstermekle yükümlü olması bakımından hukuksal işleme ilişkin yükümlülükler getirmiştir. Bu nedenle uyumsuzluğun **sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi** gerektiği” belirtilmiştir.⁴²

Bu durumda, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan biri koruma yükümlülüğünü kusurlu davranışıyla ihlal ederse, diğer tarafın uğradığı zarar TBK.m.49 vd. haksız fiil hükümlerine göre değil, TBK.m.112 vd. sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanarak tazmin edilmelidir.⁴³ Dolayısıyla, culpa in contrahendo’dan sorumluluk, borca aykırılık esasına tabi tutulunca, Türk Borçlar Kanunu’nun 112 vd. düzenlenmiş olan borçların ifa edilmemesi hususundaki hükümleri uygulanacaktır.⁴⁴ Öğretide bu durum için TBK.m.112’nin yanı sıra TBK.m.116 ve 146’nın uygulanacağı belirtilmiştir.⁴⁵ Böylece, zarara sebep olan kusursuzluğunu ispat zorunda kalacak, yardımcı kişinin verdiği zararı tazminden gerekli özenin gösterildiğini ispat ederek kurtulamayacaktır.⁴⁶ Burada TMK.m.6’da öngörülen genel ispat kuralından farklı olarak kusursuzluğunu ispat yükü, tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen borçluya yükletilmiştir.

Borca aykırılık durumu nedeniyle işleyecek olan zamanaşımı süresi de, zarar veren davranıştan itibaren 10 yıl olacaktır.⁴⁷

3- Kendine Özgü Bir Borç İlişkisi Görüşü

Culpa in contrahendo’nun, ne haksız fiil sorumluluğu nede sözleşme sorumluluğu olmadığını ileri süren görüşe göre, bu durumun kendine özgü bir borç ilişkisi olduğu, ⁴⁸ kendine özgü bir nitelik taşıyan görüşme sorumluluğunun dürüst davranmaya (TMK.m.2) dayandığı ileri sürülmüştür.⁴⁹

Diğer görüşe göre, bu sorumluluğu mutlaka haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu içine sokmanın zorunlu olmadığını, aksine her somut olaya, so-

⁴² YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı.

⁴³ “Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme benzeri borç ilişkisi olarak sözleşme niteliğindedir”, Antalya, 135; Oğuzman/Öz, 324.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, 324.

⁴⁵ Eren, 1087; Tunçomağ, 213.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, 324.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, 324.

⁴⁸ Bu görüş, “Bucher, Gauch/Schlupe ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulmaktadır”, bak. Eren, 1087, dn. 449.

⁴⁹ Bak. Eren, 1087.

rumluluk sebebi ve durumun özellikleri de göz önünde tutularak haksız fiil veya sözleşme sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵⁰

Başka bir görüşe göre; “bir hukuki işlemin geçersizliğine sebep olarak karşı tarafı zarara uğratan kişinin sorumluluğu ne haksız fiile ilişkin TBK.m.49’un genel kuralından, ne de sözleşmeye ilişkin TBK.m.112’nin genel kuralından çıkarılabilir. Haksız fiil yoktur, çünkü geçersizliğe yol açma eylemi bir mutlak hukuka aykırılık veya ahlaka aykırılık teşkil etmez. Sözleşmeye aykırılıkta yoktur, çünkü geçersizliğe sebep olma ihtimalinde ne mutlak ne nispi bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. Sözleşme kurulmamış, kurulamamıştır. Kanun çözümü gereken bir soruna değinen bir norm kapsamamaktadır. Burada kanun koyucunun bilinçli bir susması değil, fakat bir boşluk söz konusudur. O halde, “culpa in contrahendo” sorumluluğunun temelini edim ilişkisi anlamındaki klasik sözleşme anlayışını aşarak başka yerlerde aramanın gerektiği ifade edilmiştir”.⁵¹

IV- CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun doğabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

1- Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüklerle Aykırılık

İş sözleşmesinin kurulması evresinde gerek işveren gerek aday, bir iş sözleşmesinin yapılmasının leh ve aleyhindeki kararlarını genellikle sözleşme tarafının yazılı belgelerinden ya da sözlü açıklamalarından çıkardıkları belirli ölçütler uyarınca gerçekleştirilen bir tanışma konuşmasından sonra verirler. Örneğin, aday temel çalışma koşullarının görüşülmesi ve işyerinin görülmesinin yanı sıra bazı durumlardan işyerinin faaliyet raporlarını ve diğer belgelerini inceleyebileceği gibi işyeri ya da işletme hakkında sözlü olarak da bilgi isteyebilir. Buna karşılık işveren kendisine diploma ve daha önceki işverenlerden alınan belgeler gibi her türlü karne ve belgenin gösterilmesini talep edebilecek ve adayın yaşantısına ilişkin olarak verdiği bilgiler ile işveren tarafından sunulan ve aday tarafından doldurulan personel soru bildirgelerine ve yapılan diğer sözlü açıklamalara dayanarak aday hakkında bir karara varabilecektir. Bu bilgilerin yanı sıra üçüncü kişilerden alınan bilgiler ile tıbbi, psikolojik ve grafolojik muayeneler de rol oynarlar. İşveren kural olarak üçüncü kişilerden aday hakkında bilgi toplamaya yetkili olmasına rağmen, bu sırada adayın çıkarlarını korumaya dikkat edecek şekilde davranmak zorundadır.⁵²

Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine girişen kişiler arasında daha bu ilişkinin başladığı anda karşılıklı yükümlülükler doğar. Genel davranış yükümlülükleri adı verilen bu yükümlülükler edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız yükümlerdir.⁵³ Davranış yükümlülüklerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklıdır.

⁵⁰ Bak. Eren, 1087, dn. 452.

⁵¹ Serozan, 110, 111.

⁵² Rehbinder, 746.

⁵³ Serozan, 117 vd.; Eyrenci, 241, 242.

Taraflardan her biri, bir sözleşmeyi kurmaya yönelik bağlantıyı kurduktan ve görüşmelere başladıktan sonra, görüşmelerdeki yükümlülüklerle kusurlu şekilde aykırı davranmışsa, bu kusurlu davranışı “culpa in conrahendo” gereğince sorumluluğunu gerektirecektir.⁵⁴ Çünkü sözleşme bir süreçtir ve taraflar sözleşme kurulmadan önce sözleşmenin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında hukuki ilişki kurulmaktadır. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir ve TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanmaktadır.⁵⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu karşı oy yazısında belirtildiği üzere; “TMK.m.2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı, hukuki ilişkilerden de öte toplum yaşamında gözetilmesi gereken temel bir kuraldır. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdürler. Bu niteliği gereği de anılan yasa hükmünün geniş bir uygulama alanı olduğu bilinen bir husustur. Ancak, bu uygulama imkânı sınırsız değildir. Özellikle kamu düzeninin mutlak olduğu, ayrıca özel düzenlemelerin bulunduğu hallerde TMK.m.2 maddesinde öngörülen kuralların uygulamaya yeri yoktur”.⁵⁶

Sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların TMK. m.2 gereği dürüstlük kurallarına göre davranma yükümlülükleri, sözleşmenin yapılması konusunda ciddi bir niyetle müzakereye katılmayı gerekli kılar.⁵⁷ Görüşme safhasında dürüst davranma yükümlülüğü, sözleşmenin yapılması veya şartlarının tespiti hususunda kararlara tesir edecek konularda aldatıcı davranışta bulunmamayı, gerekli bilgileri karşı tarafa vermeyi kapsadığı gibi karşı tarafın hataya düştüğünü fark etme halinde onu ikaz etmeyi de gerektirebilir.⁵⁸ Bu bağlamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararında görüşmecinin gerçeğe uygun bilgi vermemekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığına karar vermiştir.⁵⁹

Dürüstlük kuralına göre, tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar

⁵⁴ Antalya, 133.

⁵⁵ Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Cilt: 1 genel Hükümler Ankara 1976, 212; Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı.

⁵⁶ YHGK., 7.2.2001, E. 2001/13-1729, K. 2001/32, Kazancı.

⁵⁷ Le Roy Miller/Jentz, 125; Oğuzman/Öz, 68; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Asarlı, İş Hukuku, Ankara 2011, 454.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, 68; Deborah J Lockton: Employment Law, London • Sydney • Portland, Oregon, 2003, 15; Fred S. Steingold, The Employer’s Legal Handbook, Berkeley 2007, 14.

⁵⁹ “Davacı öğretmen olduğunu o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır”, YHGK., 12.3.1997, E. 1996/13-850, K. 1997/186, Kazancı; “Yine Yargıtay, “davalı otel binasını davacıya kiracıya verdiği göre, binanın iskan raporunun alınmasını sağlamak gibi sözleşmenin asli bu edimi ile yükümlü olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, kira sözleşmesi aktedilirken iskanın bulunmadığını davalı davacı kiracıya bildirmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru olarak bilgi vermek zorundadırlar. (sözleşme görüşmesi sırasındaki kusurdan dolayı sorumluluk culpa in contrahendo). Zira yanlış görünüm oluşturmak en azından doğruluk ve güven kuralına (TMK.m.2’ye) aykırı” olduğuna karar vermiştir, Y13HD., 21.05.1992, E. 1992/2492, K. 1992/4759, Kazancı.

vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekmektedir.⁶⁰ O halde, TMK.m.2 gereğince, bir kimse belirli bir kişiden kendisine yönelebilecek herhangi bir zarardan koruma yükümlülüğünü güven ilkesine göre beklemekte haklı ise onun güveninin korunması gerekir. Birbirlerini korumalarını gerektirecek kadar yakın bir ilişkiye, sosyal temasa giren kişiler birbirlerine karşı özen göstermek, gerekli bilgileri vermek, kişi ve mal varlıklarına, karşılıklı menfaatlerine zarar vermemek zorundadırlar.⁶¹

Gerçekten taraflar bir borç ilişkisine yönelik davranışlarda bulunmaya başladıktan sonra, birbirlerine doğru bilgi vermek, birbirlerini aydınlatmak yükümlülüklerinin yanında birbirlerinin kişi ve malvarlıklarını koruma yükümlülüğü altına girerler. Bu yükümlülükler sözleşmenin kurulmasıyla daha da yoğunlaşır, hatta sözleşme sona erdikten sonra da devam eder. Bu yükümlülükler **“koruma yükümlülüğü”** olarak ifade edilmektedir.⁶² Koruma yükümlülükleri sadece sözleşmeden kaynaklanmaz. Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas içine giren kişiler arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi doğar.⁶³

Tarafların özen ve koruma yükümlülükleri, görüşmelerin bir sözleşme doğurmuş olup olmadığına bakılmaksızın, kısaca sözleşmeden bağımsız olarak sözleşme görüşmesine girişmekle doğmaktadır.⁶⁴ Yanlış bilgi verenin sorumluluğu bir görüşme sorumluluğudur. Dolayısıyla, sorumluluk sözleşmenin bu görüşmeler sonunda geçerli olarak meydana gelip gelmemesine bağlı değildir.⁶⁵

Önemli nitelikteki özen yükümlülükleri sözleşme öncesi yükümlülüklerle ilişkin olmalıdır.⁶⁶ Sözleşme müzakeresine girişmekle kurulan borç ilişkisi, yanların yapmayı istedikleri sözleşmeye has hiçbir borç doğurmaz. Bu borç ilişkisinin doğurduğu borçlar kurulmak istenen sözleşme ile ilgili olmayıp, sadece dürüstlük ilkesinden kuvvet almaktadır.⁶⁷ Tarafların sözleşme görüşmelerine başladıkları andan itibaren birbirlerine karşı göstermek zorunda oldukları yükümlülükler; sözleşme görüşmelerinin ciddi olarak yürütülmesine özen göstermek, bilgi vermek ve açıklamak, karşı tarafın kişi ve malvarlığını zarardan korumak, ⁶⁸ dürüstlük kuralından kaynaklanan diğer önlemleri alma ve ona uygun davranışta bulunma ve diğer önemli nitelikteki özen yükümlülükleri şeklinde sıralanabilir.⁶⁹

O halde taraflardan her biri diğerinin çıkarlarına özen gösterme, öngörülen sözleşmenin yapılmasını engelleyen veya diğerinin sözleşme amacına

⁶⁰ Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı.

⁶¹ Süzek, 308, 309.

⁶² Antalya, 141.

⁶³ Süzek, 308.

⁶⁴ Tunçomağ, 212.

⁶⁵ Eren, 1090; “Alman Federal Mahkemesi kusurlu yanlış bilgi verme de görüşme sorumluluğunu kabul etmektedir”, BGHZ 77 172 vd. Bak. Eren, 1090, dn. 464.

⁶⁶ Antalya, 134.

⁶⁷ Tunçomağ, 213.

⁶⁸ “Stoll, tarafların sözleşme görüşmelerine ilişkin davranışlarını “sosyal temas” olarak niteleyerek, bu sosyal temasın kişilerin karşılıklı olarak birbirlerine özen göstermesine ilişkin olarak, birbirlerini zarardan uzak tutmayı yükümlediklerini belirtmiştir”, Bak. Antalya, 141.

⁶⁹ Antalya, 134; Tunçomağ, 213.

zarar uğratacak durumları bildirme veya diğerinin sözleşme amacını zarar uğratacak durumları bildirme, karşı yanın görüşmeye girişmeden doğabilecek muhtemel zararlarını önlemek zorundadırlar. Görüşmeye başlayan taraf, karşı yanda yarardığı bu güveni haklı bir neden bulunmadan sarsmaya yetkili değildir.⁷⁰

Tarafların birbirlerine göstermeleri gereken özen yükümlülüğünün kapsamı, güvenin karşı taraftaki etkisi ve tarafların birbirinden bekledikleri güven derecesine göre belirlenecektir.⁷¹

Ayrıca culpa in contrahendo'ya dayanan borç ilişkisi asli edim yükümlülüğü içermemektedir.⁷²

İş görüşmesi sırasında işverenin aday hakkında karar verebilmesi için aday hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir. Fakat işverenin aday hakkında sınırsız bilgi edinme çabası adayın kişilik haklarıyla çatışabilir.⁷³ İşverenin sözlü ya da yazılı olarak yönelttiği her sorunun değil, sadece işyeri veya görülecek iş ile ilişkili bulunan soruların başvuran tarafından yanıtlanması zorunludur. Bunun dışındaki sorular iş ilişkisinin amacının haklı kılınacağı bir biçimde özel kişilik alanının ihlali sonucunu doğurur.⁷⁴

İş görüşmesi sırasında **sorulan soru hukuka uygun ise**, işe başvuranın gerekli bilgiyi gerçeğe uygun şekilde verme yükümlülüğü vardır.⁷⁵ Ancak, aday o işe girebilmek için güçlü yanlarını ön plana çıkarmak ve zayıf yanlarını da mümkün olduğu ölçüde saklamak isteyecektir. Bu husus uygulamada, adayın öz geçmişini süslemekten, pek iyi olmayan dereceli diploma veya sertifikaları ibraz etmeye, gerçekler hakkında susmayı yeğlemeye veya bazı soruları gerçeğe aykırı bir şekilde cevaplandırmaya kadar varan geniş bir yelpaze oluşturmaktadır.⁷⁶ Örneğin, eğitime, mesleki deneyime, kişisel gelişime, meslekteki planlara ve amaçlara, cezalara vs. doğru bir şekilde cevaplandırılması gerekirken, hamileliği ilişkin sorulara doğru bir şekilde cevap verilmesi gerekmemektedir.⁷⁷

İşveren tarafından okul ve mesleki eğitim hakkındaki sorular ve buna bağlı olarak karne ve sınav notları, mesleki gelişim özellikle bugüne kadar çalışılan işyerleri ile askerlik görevinin yapılıp yapılmadığı ya da kısa süre sonra yerine getirilmek zorunluluğunda bulunup bulunulmadığı, ya da yabancı dil bilgisi gibi özel bilgi ve yeteneklere ilişkin sorular işçiye sorulabilir.⁷⁸

Yine, adaya görüşme gününe kadar ele geçen ücreti ve eski işverenin yaptığı ücret artışları ile diğer edimler hakkında sorular sorulabilir. Bundan başka işçiye, medeni hale ilişkin sorular (evli mi, bekâr mı bulunduğu, çocuklarının sayısı) da yöneltilebilir. Fakat başvuran kişinin yakında evlenmek isteyip istemediği, işyerinin niteliği gerektirmediği sürece sorulamaz. Adaya, bir metreslik ilişkisinin olup olmadığı hakkındaki sorular, ancak sözü geçen işyerinin

⁷⁰ Tunçomağ, 213.

⁷¹ Antalya, 134.

⁷² Antalya, 134.

⁷³ Süzek, 267.

⁷⁴ Rehbinder, 752.

⁷⁵ "Bilgi verme yükümlülüğü", Ayrıntılı bilgi için bak. Emmel, Art. 320 N 1.

⁷⁶ Eyrenci, 239.

⁷⁷ Emmel, Art. 320 N 1.

⁷⁸ Rehbinder, 753.

niteliği göz önünde bulundurularak sorulabilir. Örneğin; işyeri bir eğitim kurumu olması halinde bu tür soru geçerli olabilir. Başvuranın boşanmış olup olmadığına ilişkin soru hakkında da aynı şey söz konusudur.⁷⁹

İşveren, adaya eski iş ilişkisi nedeniyle herhangi bir rekabet yasağının söz konusu olup olmadığı hakkında sorular sorabilir. Çünkü, bu tür yasaklar işe başvuran kişinin işe alınma yeteneğini sınırlandırabilecektir. Ayrıca bir borcunun bulunup bulunmadığı, özellikle nafaka ödeme yükümü ve bunun tutarı hakkındaki sorular geçerli sorulardır. Gerçekten de, birlikte çalışan kişilerin aşırı borçlu olmaları halinde sadece işletmenin oluşturduğu izlenim zedelenmekle kalmaz, işyerinin kasasına el atma tehlikesi söz konusu olabileceği gibi, muhasebe bürosu sürekli ücret hacizleri ile uğraşmak zorunda kalabilir. Ayrıca ekonomik sorunlar nedeniyle, çalışanın yaptığı işten duyduğu haz ve mesleki ilerlemeden beklenen yara da zedelenebilir.⁸⁰

İş için başvuran aday, genellikle kendisinin ve ailesinin geçimi için o işe ihtiyaç duyduğundan işveren karşısında güçsüz durumdadır ve korunmaya muhtaçtır.⁸¹ İşte, iş bulma konusunda zor durumda olan adaya, işe başvuru sırasında başvurana **hukuka aykırı soru sorulmuşsa**, işe başvuranın sorulan bu soruya cevap verme zorunluluğu yoktur. Kişilik ihlali söz konusu ise, ⁸² işe başvuran yalan-yanlış cevap bile verebilir. Böyle bir durumda öğretilerdeki baskın görüşe göre “yalan söyleme hakkı” vardır.⁸³ Bu durumlarda, hukuka uygun-hukuka aykırılık sorununun sınırının ne olacağı somut iş ilişkisine göre belirlenecektir.⁸⁴ İş görüşmesi sırasında, sendikal üyelik sorusu, politik düşünce, dini inanç, ırk vb. sorular sorulamaz.⁸⁵

Kadın işçinin hamile olup olmadığına ilişkin soruya doğru cevap vermesi 3232 sayılı kanunla onaylanan Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesininin 11'inci maddesi gereğince hukuka aykırılık oluşturmayacaktır.⁸⁶ Hamileliğe ilişkin soru sadece yapılacak iş hamile kadına uygun değilse sorulabilir.⁸⁷ O halde, hamilelik hakkında bilgi verme yükümlülüğü, yapılacak işin hamileler için riskli olması durumunda söz konusudur.⁸⁸ Öğretilerde ise, “işe başvuran kadın adayın hamile olup olmadığı hakkındaki sorunun

⁷⁹ Rehbinder, 753.

⁸⁰ Rehbinder, 754.

⁸¹ Süzek, 267.

⁸² Mark C. Weber, Disability Harassment, New York and London 1953, 1 vd.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bak. Emmel, Art. 320 N 1; Portmann, Art. 320 N 9; “Aday, işe girebilmek için güçlü yanlarını öne çıkarmak, zayıf yanlarını saklamak, kendisi hakkında gerçeğe aykırı bilgiler vermek yoluna gidebilir”,

⁸⁴ Portmann, Art. 320 N 10; Aday işçiye yöneltilen soruların sınırı konusunda ayrıntılı bilgi için bak. Sevimli, 151 vd.

⁸⁵ Portmann, Art. 320 N 11; Sevimli, 157; Malcolm Sargeant, Age Discrimination In Employment, Burlington 2006, 90.

⁸⁶ Çelik, 271; Bak. Raymond F. Gregory, Women and Workplace Discrimination, Rutgers University Press New Brunswick, New Jersey, and London, 2003, 5 vd, 13; Shawn D. Twing/Andrew G. Little, Labour And Employment Law, Texas Tech Law Review, 2001, 882/C.

⁸⁷ Portmann, Art. 320 N 12; Ayrıntılı bilgi için bak. Melek Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 156-166.

⁸⁸ Emmel, Art. 320 N 1; Portmann, Art. 320 N 14.

geçerli olduğu; çünkü işveren açısından bu durumun yürürlükteki hizmet ilişkisi sırasında ortaya çıktığı takdirde, geçerli bulunan koruyucu nitelikteki hükümler nedeniyle, katlanması gereken bir mali külfet oluşturacağından, usulüne uygun biçimde gerçekleşmek koşuluyla kadın adaya hamileliğe ilişkin soru yöneltilebileceği” ileri sürülmüştür.⁸⁹

Ancak, bazı hallerde, işveren kadın adaya hamilelik hakkında soru yöneltmese bile adayın bu durumunu açıklama zorunluluğu bulunabilir. Örneğin, bir dizi moda etkinliklerine katılacak ve manken olarak istihdam edilecek bir aday, hamile olduğunu biliyor ise, bunu sözleşme görüşmelerinde işverene açıklama yükümlülüğü vardır. Sözleşmenin kurulması aşamasındaki görüşmelerde üste de belirtildiği üzere, taraflar dürüstlük kuralı gereği ve güven ilkesi çerçevesinde sözleşmenin kurulmasına etki edecek esaslı durumları, tarafların bilmekte önemli menfaatleri bulunan hususları açıklama ve bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁹⁰

Yine Anayasa'nın 25. maddesinde düşünce ve kanaat özgürlüğü, 67. maddesinde siyasal haklar ve 51. maddesinde sendikal özgürlükler SenK.m.31 (Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı m.25) güvence altına alındığından, kural olarak adaya siyasi eğilimi veya sendikaya üye olup olmadığı vb. sorular sorulamaz. Adayın tür sorulara doğru yanıt vermemesi işvereni yanıltma olarak kabul edilemez.⁹¹ Bu gibi durumlarda aday, işvereni hukuka aykırı soru sormaması konusunda uyarabilir, fakat adayın yalan söyleme hakkı yoktur, aksi durumda aday kusurlu davranmış olur.⁹² Başvuran kişiye herhangi bir dine ya da partiye bağlı olup olmadığı hakkında soru sorulabilmesi için işyerinin dini ya da parti politikası açısından bağlı bulunulan bir yer ya da mezhebe dayalı hastaneler gibi bir eğilim kurumunun üyesine ait işyerindeki işe aday olunması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹³

İşyeri açısından çalışma yeteneğini sınırlandırdıkları ölçüde **hastalıklar hakkında sorular** da sorulabilir. Örneğin; öngörülen işi yerine getirebilmenin sağlık yönünden tehlikeye düşüren herhangi bir hastalığın olup olmadığı, hastalığın türü vb. eski hastalıklar hakkında ancak yeniden ortaya çıkmalarından kuşku duyulması halinde sorular yöneltilebilir. Yakın zamanda ortaya çıkacakları biliniyorsa, ameliyat ya da tedavi nedeniyle işi yapmayı engelleyecek durumlarda açıklanmalıdır. Ayrıca, işveren adaydan işyeri açısından taşıdığı önemiyle sınırlı olmak koşulu ile tıbbi bir uygunluk muayenesi yaptırmasını isteyebilir. Aday, kendisini muayene ettirmekle yükümlü değildir, fakat bu talepten kaçınması halinde işe kabul olunmamak riskini göze almış olur.⁹⁴

Adaya sorulacak **sabıkaya ilişkin sorular** sadece çalışılacak işyeri açısından önem taşıyanlarla sınırlandırılmalıdır. Örneğin, işi veznedar olacak adaya, mali suçlar, şoföre trafik suçları işleyip işlemediği, ⁹⁵ özel güvenlik görevliliği için

⁸⁹ Rehbinder, 754.

⁹⁰ Yüksel, 159; A. Nazım Sözer, Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları, Adalet Dergisi, 73, 1982, 1051.

⁹¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 69; Süzek, 309.

⁹² Süzek, 309.

⁹³ “Aynı husus bir sendika üyesi olma hakkındaki soru açısından da geçerlidir”, Rehbinder, 753.

⁹⁴ Rehbinder, 755.

⁹⁵ “Gerçi tekerrür hakkındaki istatistiklerin de gösterdiği üzere sabıka olgusu yeniden suç işleme konusundaki büyük olasılığı ve bunun sonucunda yeni cezai takibat nedeniyle

başvuran bir adaya sabıkası hatta sakatlığı⁹⁶ sorulabilir. Buna karşılık bir duvarcı ustasına bu tür sorular yöneltilemez.⁹⁷ Adaya bu tip soru yöneltilebilmesi için, öngörülen iş ile suçun türü arasında maddi bir bağlantı söz konusu olmalıdır. Bu nedenle işe alınmadan önce adaydan iyi hal belgesi getirmesinin istenmesi geçerli değildir. Zaten böyle bir hali olan adayın bu durumu kendiliğinden açıklaması gerekmektedir. Buna karşılık işe başladıktan sonra, iyi hal belgesi belgelik yükümü açısından ve başvuranın verdiği bilgilerin doğruluğunu denetleyebilmek ve önemli mahkûmiyetlerin saklanması durumunda hukuki sonuçlar çıkarabilmek için istenebilir. Bu bağlamda, önemli cezalar hakkında soru sorulduğu zaman, eğer bu mahkûmiyetler adli sicilden silinmiş ise, başvuran kişi kendisini sabıkasız olarak tanıtabilir.⁹⁸

İşe başvurana işle ilgili soru sorulmamış ise, işe başvuranın yapılacak iş için önem arz eden konularda bilgi verme yükümlülüğü söz konusu değildir.⁹⁹ Ancak, işe başvuranın yapılacak işe uygun olmaması ihtimalinde, örneğin; uyuşturucu kullanımı,¹⁰⁰ hastalık, eksik eğitim ya da deneyimsizlik, ceza davası vs. durumlarda adayın bilgi verme yükümlülüğü vardır.¹⁰¹ Böyle durumlarda aday işe uygun olmadığını açıklamakla yükümlüdür.¹⁰²

Ayrıca aday, sözleşme görüşmelerinde edindiği sırları saklamak zorundadır.¹⁰³

Bu bağlamda, işçide olduğu gibi işveren de adaya bilgi verme yükümlülüğü kapsamında, iş görüşmesi aşamasında işyerinde uygulanan elektronik gözetleme sistemleri hakkında bilgi vermesi gerekir. Özellikle işyerinde uygulanan sürekli elektronik gözetleme sistemlerinin varlığında işe girecek işçi, bu şartlarda çalışmak istemeyebilir.¹⁰⁴

2- Davranışta Bulunan Karşı Tarafın Zararına Sebep Olması

Culpa in contrehendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bilgi verme, özen yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunan bu kusurlu davranışla karşı yanın zararına neden olmalıdır. Zararın ortaya çıkış şekli ihlal edilen özen yükümlülüğüne göre farklılık göstermektedir.¹⁰⁵

işverenin önemli ölçüde zarara uğraması tehlikesi taşımaktadır. Ne var ki yeniden topluma kazandırma çabaları nedeniyle bu tür riskler göze alınmalıdır”, Rehbinder, 755.

⁹⁶ Akyigit, 1143.

⁹⁷ Rehbinder, 755.

⁹⁸ Rehbinder, 755.

⁹⁹ OGer SO JAR 1991, 94, Portmann, Art. 320 N 13.

¹⁰⁰ Roger LeRoy Miller/Gaylord A. Jentz, Fundamentals of Business Law, West Publishing Company, New York, 1993, 35.

¹⁰¹ Portmann, Art. 320 N 13; Emmel, Art. 320 N 1.

¹⁰² “Açıklama yükümlülüğü”, BGE JAR 1997, 193 E 5a, Emmel, Art. 320 N 1.

¹⁰³ Süzek, 309.

¹⁰⁴ Zeki Okur, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011, 187, 188; Diana Brodman, Employee Answerbook The Practical Answers To The Top 250 Questions Every Employee Has, 2009, 69 vd.; K. Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, 196 vd.; Hayrunnisa Özdemir, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, Haziran 2010, 232 vd.; Kirchner/Kremp/Magotsch, 111.

¹⁰⁵ Antalya, 134.

Sözleşme görüşmeleri karşı tarafa sözleşmeyi yapma yükümlülüğü yük-
lemez. Ancak özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle görüşmeler sözleşme ile
tamamlanmaz ise sözleşme görüşmelerinin yükümlülüğüne aykırı olarak ke-
silmesine neden olan taraf, diğer tarafın sözleşme görüşmelerinden doğan mas-
raflarını ve yükümlülük ihlaline ilişkin zararlarını tazmin etmek zorundadır.
Eğer, bir yükümlülük ihlali olmaksızın sözleşme sona ermişse tarafların her
biri kendi sözleşme masraflarına kendisi katlanır.¹⁰⁶

Taraflar geçerli bir sözleşme yapılacağına dair kendilerinde güven oluştu-
rulmasından dolayı yaptıkları işlemler nedeniyle uğradıkları zararların tazmin
edilmesini isteyebileceklerdir. Nitekim Yargıtay, sözleşme yapılacağına dair ken-
disinde güven oluşturulmasından dolayı yapılan harcamalar nedeni ile zarara
uğranıp uğranmadığının araştırılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.¹⁰⁷

O halde culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırılıkta güven zararının,
genel olarak sözleşme yararına ilişkin olumsuz zararın tazmini söz konusudur.
Ancak, kanunu düzenleme ya da uygulama aksini gerektirmiyorsa, olumlu
zararın da tazmini söz konusudur.¹⁰⁸

Öğretiye göre, “burada bir özen yükümlülüğü ihlali söz konusu olduğu
için, özen yükümlülüğüne ilişkin yükümlülüğün koruduğu amaçtan hareketle
o yükümlülüğe aykırı güven zararının tazmini söz konusudur. Zararın kapsamı
aykırı davranılan özen yükümüne göre belirlenecektir”.¹⁰⁹

Ancak, yanlış bilgidен doğan zararlarda yanlış bilgi verme, her zaman
zararın tek sebebi olmayabilir. Bilgi alanın da bu bilginin doğruluk ve güveni-
lirliliğini, mümkün ise araştırması gerekir. Bilgi alanın verilen bilginin doğruluk
ve sağlık derecesini başka kaynaklardan araştırma imkânı varken bunu yap-
maması ortak kusur oluşturabilir. Böyle bir durumda hâkim TBK.m.51 ve
52'ye göre tazminattan indirim yapabilir.¹¹⁰

3- Zarar Veren Kusurlu Olması

Sözleşme öncesi sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Bu nedenle he-
nüz sözleşme kurulmadan önce zarar gören kişi, diğer tarafın kusuru varsa
bunun giderilmesini talep edebilecektir.¹¹¹ O halde, culpa in contrahendo
sorumluluğunun olabilmesi için zarar verenin kusurlu olması gerekir.¹¹² Söz-
leşme görüşmeleri sırasında taraflar üzerlerine düşen yükümlülüklerle kusurlu
olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulu-
nan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumlu

¹⁰⁶ Antalya, 134.

¹⁰⁷ Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı; Y19HD., 30.11.2004, E.
2004/4912, K. 2004/11803, Kazancı.

¹⁰⁸ Antalya, 134.

¹⁰⁹ Antalya, 134.

¹¹⁰ Eren, 1090.

¹¹¹ Kılıçoğlu, 82.

¹¹² Eren, 1090; Antalya, 135.

olacaklardır.¹¹³ Yargıtay, kusuruyla zarara sebep olanın sorumluluğunu culpa in contrahendoya dayandırmıştır.¹¹⁴

Buradaki kusur, kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir.¹¹⁵ Yanlardan biri, görüşmelere girişmekle doğan yükümlülüklerle bilerek (kast) ya da savsaklama (ihmal) ile aykırı davranırsa kusurludur.¹¹⁶ Bu anlamda hafif kusur da yeterlidir. Sözleşme görüşmelerine ilişkin borç ilişkisindeki yükümlülüğe aykırı davranmak kusur için yeterlidir.¹¹⁷ Örneğin; edimin imkânsız olduğunu bilmesine ya da bilecek durumda olmasına rağmen, sözleşme yapan ya da görüşmeleri yarıda kesmek ve böylece karşı yana zarar vermek amacı ile görüşmelere girişen bu anlamda kusurludur. Yine, sözleşmenin kurulmuş olduğu konusunda gerçeğe aykırı güven uyandırarak karşı yanın masraf yapmasına neden olan ya da karşı yanın düştüğü bir yanılgıyı anlayacak durumda olmasına karşın düzeltmeyen de kusurludur.¹¹⁸ Bu bağlamda; yetkisiz temsile ilişkin TBK.m.47/1'de öngörüldüğü üzere; "temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir", istisnai olarak zarar veren kusurlu olmasa da sorumluluğu söz konusu olacaktır.

O halde, taraflardan biri, sözleşmenin kurulduğu anda borçlandığı edimin ifasının imkânsız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, sözleşme batıl olsa bile bu davranışı bir culpa in contrahendo (sözleşme öncesi sorumluluk) oluşturduğundan, karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Çünkü, bu durumdaki kişi kusurlu davranışıyla sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmuştur. Burada tazmin edilecek zarar karşı tarafın sözleşmenin butlanı nedeniyle uğramış olduğu menfi zararadır. Buna karşılık, borçlandığı edimin sözleşmenin kurulduğu anda imkânsız olduğunu bilmeyen veya bilmek durumunda olmayan kimse kusursuz olduğu için sorumlu değildir.¹¹⁹

¹¹³ Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı; Y19HD., 30.11.2004, E. 2004/4912, K. 2004/11803, Kazancı.

¹¹⁴ "Davacı şirket, yurtdışından gelen emvalin tahmil, nakliye ve tahliye işini yapmakta olup, davalıya ait iskeleyi kullanmak üzere davalı Belediye'ye başvurduğunu, fiyat ve şartların belirlendiğini, buna rağmen gelecek ilk gemi için liman ücreti ödeneceğini belirtip izin istendiğinde davalının izin vermemesi üzerine yükün başka bir limana indirilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemiştir. Yerel mahkemece davalının ton başına 1.30 USD ücret ödenmesi ve üç gün önceden haber verilmesi koşuluyla limanın kullanılabileceğini belirttiği, davacının kendisine verilen bu taahhüde güvenerek tahliye işlemlerini davalı limanından yapacağı düşüncesiyle hareket ettiği, yükün limana geldiği tarihte liman dolu olduğundan gerekli boşaltma yapılmadığı, davacının on gün önceden müracaatı bulunduğunu, dolayısıyla davalının akit müzakeresi sırasında kusurlu davrandığını (culpa in contrahendo) belirterek zararın tazminine karar verilmiştir", Y4HD., 23.04.2005, e. 2004/10082, K. 2005/4260, Kazancı.

¹¹⁵ Eren, 1090; "Sözleşme görüşmelerinde aranan kusur, haksız eylemdeki kusurdan değişik değildir. bu nedenle haksız eylemdeki kusura ilişkin ilkeler bura da geçerlidir", Yılmaz, 237.

¹¹⁶ Yılmaz, 237.

¹¹⁷ Antalya, 135.

¹¹⁸ Yılmaz, 237.

¹¹⁹ Eren, 1089.

Culpa in conrahen-do sorumluluğunda TMK.m.6 uyarınca, ispat yükü yer değiştirecek ve zarar veren kusurlu olmadığını, yani yükümlülüğüne aykırı davranan taraf olarak ispat edecektir.¹²⁰

4- Uygun İlliyet Bağı Bulunmalı

Culpa in conrahen-do sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, yükümlülüğe aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.¹²¹

V- CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Sözleşmeden doğan bir borçtan söz edebilmek için taraflar arasında bir-biriyle uyum içinde bulunan öneri ve kabul adı verilen iradelerin açıklanmasına ihtiyaç vardır. Buna göre, *öneri ve kabul adı verilen iradelerin açıklanmasına ve bunların uyuşması anına kadarki aşamada herhangi bir borç kaynağı doğmamaktadır*. Öneriye davet, öneri ve kabul iradelerinin açıklanması anına kadar sözleşmenin kurulması için bir hazırlık dönemi yaşanmaktadır.¹²² Örneğin; işverenin işe alım için ilan ya da başka bir şekilde hazırlık işlemi üzerine, aday işçi başvuruda bulunması üzerine ilanda ileri sürülen istekler vb. konular üzerinde görüşülmesi üzerine işveren ya da aday işçinin yeni öneri ve beklentileri üzerinde görüşmeler yapılmaktadır. Eğer tarafların karşılıklı beklentilerinin gerçekleşmesi üzerine aday işçi ile işveren arasında ancak bu anda iş sözleşmesi kurulmaktadır. İşte bu ana kadar geçen görüşme aşamasında iş sözleşmesi kurulmaz ya da kurulmasına rağmen sözleşme kurulması öncesinde taraflar bir zarara uğrarsa bunun giderilmesi yükümlülüğü doğar mı?

Sözleşme görüşmeleri aşamasında henüz taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı için; bu aşamada taraflar için sözleşme nedeniyle bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere öğretide sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada da tarafların birbirlerine verdikleri zararlar nedeniyle de bir sorumluluğun söz konusu olacağı kabul edilmektedir. İşte bu sorumluluğa “sözleşme öncesi sorumluluk”, ya da “culpa in contrahendo” sorumluluğu denilmektedir.¹²³

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. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi TMK.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 mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu

¹²⁰ Antalya, 135.

¹²¹ Antalya, 135.

¹²² Kılıçoğlu, 78.

¹²³ Kılıçoğlu, 78, 79; Eren, 1084; Y13HD., 27.9.2005, E. 2005/7317, K. 2005/13892, Kazancı; YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı;

olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.¹²⁴

O halde, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlığın; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.¹²⁵

İş hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğunun belirlenmesinde taraflar arasında sözleşme kurulup kurulmadığının tespitinin yapılması sorumluluk açısından önem arz etmektedir.

1- TARAFLAR ARASINDA SÖZLEŞME KURULMAMIŞ İSE

Hizmet sözleşmesi kurmak niyetiyle sözleşme görüşmelerine başlanılmasıyla, taraflar arasında özel bir hukuki bağ doğmaktadır. Bu bağdan hiçbir asli borç doğmayıp, sadece özel davranış yükümleri adı verilen bazı borçlar doğmaktadır.¹²⁶ Bunlar arasına önceye etkili bağlılık sadakat yükümü de girmektedir.¹²⁷ Taraflar arasındaki bu hukuki ilişki, taraflardan her birine, diğerinin çıkarını gözetme ve özen gösterme yükümü yüklemektedir.¹²⁸ Koruma yükümlülükleri sadece sözleşmeden kaynaklanmaz, birbiriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas içine giren kişiler arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi doğar.¹²⁹ Bu yükümlülüğe aykırılık dürüstlük kuralına aykırılık olacaktır.¹³⁰

Bu konuda örnek olarak su durumlar verilebilir. Sözleşme öncesi bağlılık yükümüne aykırı olarak sözleşme görüşmesi safhasında yükümlülüklerine

¹²⁴ Eren, 1084; Ulusan, 286.

¹²⁵ “Çünkü, davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir satım olup, böylece hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu ise, sırf hatır için, lütfen ve nezaket icabı olarak yapılan işlerdekinin tersine, yalnızca eylemsel bir olaydan ibaret olmayıp, taraflar arasında satımı hazırlayan sözleşme benzeri karakterde bir hukuksal ilişki doğurmuş; bu ilişki de, satıcının ve satım alma isteklisinin malın gösterilmesi ve incelenmesinde öbür tarafın sağlığı ve malı için gereken özeni göstermekle yükümlü olması bakımından hukuksal işleme ilişkin yükümlülükler getirmiştir. Bu nedenle uyuşmazlığın sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir”, YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı.

¹²⁶ “Özel davranış yükümleri sadece bunlardan ibaret değildir. Sözleşmenin ifa ile sona ermesinden sonra da, taraflar arasında bazı davranış yükümleri meydana gelebilir”, Tunçomağ, 212; “Tarafların bu aşamada sorumlu tutulması borçlar hukukuna ilişkin koruma (veya genel davranış) yükümlülükleri kavramından hareketle açıklanabilir”, Süzek, 308; “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yer verildiği üzere; sözleşme bir süreç olup, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem olmayıp, sözleşme kurulmadan önce de taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, diğer bir deyişle birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri de doğar”, YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı.

¹²⁷ Rehbinder, 750.

¹²⁸ “Bu yükümlere aykırı davranma halinde bir tazminat borcu doğar”, Tunçomağ, 211, 212.

¹²⁹ Süzek, 308.

¹³⁰ “Bu yükümlere aykırı davranma halinde bir tazminat borcu doğar”, Tunçomağ, 211, 212.

aykırı davranarak açıklanması gereken hususları açıklamama,¹³¹ yanlış bilgi verme, ya da geçersiz (hukuka aykırı) yollardan bilgi sağlama,¹³² gereken dikkati göstermeme, doğabilecek zararları engellememe, sözleşme yapma niyeti bulunmaksızın görüşmeye girişme, edimi yerine getirmeyeceğini bildiği halde karşı yanda umut uyandırma,¹³³ sözleşmenin yapılacağı konusunda karşı tarafta bir güven oluşturulmuşsa,¹³⁴ sözleşmenin yapılacağı inancıyla karşı yanın masraf yapmasına neden olma,¹³⁵ bir tarafın ediminin imkânsız olduğunu bildiği halde sözleşme görüşmesine başlaması, karşı tarafı sözleşme yapmaya razı etmek için hile yapması, kendi kusuru ile hataya düşürmesi¹³⁶, sözleşmenin içeriği üzerinde tam bir mutabakat sağlandıktan sonra sözleşmenin yapılması artık salt bir formalite haline gelmiş bulunması ve bu durumda işveren adayın işinden ayrılmasına sebep olmuş ise¹³⁷, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı taraf zarara uğratılmışsa, vb. durumlar verilebilir. Ayrıca işverenin maddi durumu ücretlerin ödenmesini tehlikeye düşürecek ya da bir çiraklık ilişkisini süresinden önce son vermeyi zorunlu kılacak ölçüde bozulmuşsa, kendisi yeni bir iş sözleşmesi yapma aşamasında bu durumunu bildirmek zorundadır. Aynı şekilde işveren başvuran kişinin işinin olağanın üstündeki koşullar konusunda

¹³¹ "İşçinin güvenlik görevlisi olarak işe girerken doldurduğu formda sabıkasını gizlemek suretiyle yalan beyanda bulunması", Y9HD., 22.1.1998, E. 1997/19393, K. 1998/432, Kazancı; "Davacı işçi işe girmeden önce müessir fiil suçundan hüküm giymiş olduğu halde ise giriş formunda hiçbir sabıkası yani mahkumiyeti bulunmadığı şeklinde cevap vermiştir. Daha sonra davalı işveren durumu öğrenmesi üzerine anılan kural uyarınca fesih yetkisini kullanmıştır", Y9HD., 6.6.2000, E. 2000/4727, K. 2000/7993, Kazancı.

¹³² Rehbinder, 750.

¹³³ "Bu konu, tamamen kusurla ilgilidir ve terim olarak "culpa in contrahendo" denilmektedir. Sözleşmelerden her biri, ötekinin çıkarlarına özen gösterme, öngörülen sözleşmenin yapılmasına ket vuran ya da karşı yanın amacını zarara uğratacak olayları bildirme, onun, doğabilecek zararlarını engelleme zorundadır. Bu zorunluluk, muhatapın güvenini sarsmamayı, edimi yerine getirmeyeceğini bildiği halde onda umut uyandırmamayı da içerir", YHGK., 7.2.2001, E. 2000/13-1729, K. 2000/32, Kazancı.

¹³⁴ "Taraflar arasındaki uyumsuzluk, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla, talebin dayanağı "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kuralıdır. Akit, bir süreçtir. Taraflar, akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve (MK 2/1) de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre, tarafların görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar. Bu durumda mahkemece, davacının bayilik sözleşmesi yapılacağına dair kendisinde güven oluşturulmasından dolayı yaptığı harcamalar nedeni ile zarara uğrayıp uğramadığının araştırılarak, tüm deliller birlikte değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırmaya dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir", Y19HD., 1.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, Kazancı.

¹³⁵ Y11HD., 12.3.2002, E. 2001/9961, K. 2002/2224, Kazancı.

¹³⁶ "İşverenin hataya düşürülmesi, aldatılması sözleşme tarafına eksik ya da hatalı bilgi verilmesinde söz konusu olur", AGer ZH JAR 2002, 151, Emmel, Art. 320 N 5.

¹³⁷ Eyrenci, 247.

dikkatini çekmek zorunluluğundadır.¹³⁸ İşte bu ve vb. durumlar nedeniyle, sözleşme görüşmeleri aşamasındaki kusurlu davranışa dayanarak karşı tarafa verilen zararın culpa in contrahendo gereğince tazmini gerekir.¹³⁹

Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlamış olması gerekmektedir. Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında özel bir güven ilişkisi kurulmuş olur. Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi ve devamı için sözleşmenin kurulması, kurulmaması veya kurulduktan sonra geçersiz olmasının bir önemi yoktur.¹⁴⁰ Örneğin, olayların kendine özgü koşullarının oluşması halinde, akit öncesi sorumluluk kurallarının kıyas yoluyla geçersiz sözleşmelerde de uygulanabileceği, TMK.m.2 uyarınca olumlu zararın (ifa menfaatinin kaçırılan fırsat karşılığı istenebilecektir).¹⁴¹

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasında önemli olan, tarafların sözleşmenin yapılacağı inancı ile hareket ederek bazı masraflar yapmaları vb. zarara uğramalarıdır.¹⁴² Sözleşme yapma niyeti olmadığı halde kötü niyetle ve aldatıcı davranışlarla başkasına böyle bir ümit oluşturan kimse, sözleşmenin yapılmamasından doğan zararı tazmin etmelidir. Burada zarar gören görüşmenin uğradığı zarar, esas itibarıyla sözleşmenin yapılacağına güvenden doğan menfi zarardır. Bu zararın içine yapılan seyahat masrafları, boşa geçirilen zaman, yapılacak sözleşmeye güvenerek başka bir kimse ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması, oluşturulan güven nedeniyle karşı edimi sağlama hazırlıkları; bunun için bazı masraflar yapılması, örneğin bu amaçla piyasadan mal alınması, bunun karılanan bir depoya konulması, faizle ödünç para bulunması, başka kişilerle sözleşme yapılması nedeniyle meydana gelen kayıp ve giderler girecektir. İşte bu gibi hallerde gerçekleşen zarar, culpa in contrahendo sorumluluğuna göre tazmin edilecektir.¹⁴³

Zarar gören geçerli bir sözleşmenin kurulmayacağını biliyor veya bilmesi gereken bir durum varsa, taraflar arasındaki güven ilişkisi, korunması gereken bir ilişki olamaz.¹⁴⁴ Almanya uygulamasında, “müzakere tarafının diğeri

¹³⁸ Rehbinder, 751.

¹³⁹ Emmel, Art. 320 N 1; Oğuzman/Öz, 69, 322.

¹⁴⁰ Antalya, 133.

¹⁴¹ “Yargı organları, çıkarlar dengesini ve adalet duygularını gözetererek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlüdür. Maddi hukuk, her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde, gelişen tüm olayları ve tüm ayrıntıları kurallaştırma gücüne de sahip değildir. Toplumun ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının çıkardığı sorunlar; çıkarlar dengesi, adalet ve hukuk inançları ve yasaların amaçları gözetilerek sonuçlandırılması kaçınılmazdır. Bu güne kadar süregelen uygulamalardan edinilen bilgilere göre, olayımızda görüldüğü şekilde, geçersiz sözleşme gereğince, akdin düzenlendiği tarih itibarıyla, verilen paranın aynen iadesine karar verilmesi, enflasyonist yaşam hayatında, büyük adaletsizlikler ve sıkıntılar yaratmıştır. Bunun doğal sonucu, adalete güvenin sarsılacağı; kamu vicdanının rahatsız olacağında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Yine, davada, iade alacaklısının sözleşmenin ifa edileceğine dair güveninin korunması yadsınamaz bir hukuki olgudur. Yurdumuzda ekonomik koşullar tahminlerin üstünde değiştiği, enflasyonist durum hızla artarak bireylerin hayat yükünü çekilmez düzeye çıkardığı yaşanan bir gerçektir”, YHGK., 7.2.2001, E. 2000/13-1729, K. 2001/32, Kazancı.

¹⁴² Y11HD., 12.03.2002, E. 2001/9961, K. 2002/2224, Kazancı.

¹⁴³ Eren, 1090, 1091, Bak. dn. 467.

¹⁴⁴ Antalya, 133.

karşısındaki bildirme borcunun genişletilmesi yönünde bir eğilim göze çarpmaktadır. Gerçekten eskiden bu borçlar, irade beyanları arasındaki uyumsuzluk hariç, sadece sözleşme beyanının dışında kalan durumlarla ilgili iken, bunlara bazı hallerde yapılmış sözleşme teklifinin konusu, hukuki ve iktisadi mahiyeti üzerinde diğer tarafa bilgi verme yükümü de eklemiştir. Böyle durumlar, iş bilen tarafın bu yönde tecrübesiz kimselerle muameleye giriştiği ve onlara kendileri için hukuki sakıncalar veya iktisadi tehlikeler doğuracak açık olmayan formüller imza ettirdiği hallerde söz konusu olur. Alman Yargıtay'ı bu gibi durumlarda sözleşmenin ifa istemine karşı culpa in contrahendo'dan doğan bir karşı istem hakkı tanımakta ve böylelikle iş yönünden tecrübesizce çoğu zaman iktisaden zayıf durumdaki yanı, sadece kendi çıkarını düşünen zayıf durumdaki yanı sadece kendi çıkarını düşünen iş adamlarına karşısında korumaya çalışmaktadır".¹⁴⁵

Bu bağlamda güven ilişkisinden kaynaklanan her basit özen değil, ancak önemli nitelikteki özenler culpa in contrahendo yükümlülüğü oluşturur. Bu yükümlülük herkese karşı değil, sadece sözleşme görüşmeleri sırasında davranış yükümlülüğü altında bulunulan kişilere karşıdır.¹⁴⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da yer verilen "işlemsel değinme (temas)" "sosyal temas" kuramına göre; bir kimsenin, sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce de, "işlemsel ilişkiler hazırlığına girişmesi" durumunda güven ilişkisinden, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolunda davranış yükümleri doğacağı kabul edilmektedir. İşlemsel ilişkiler hazırlığına girişme, bu hazırlık henüz gerçek bir "sözleşmenin görüşülmesi" aşamasına varmamış olsa bile gerçekleşebilir.¹⁴⁷ O halde sosyal temas, bir kimsenin iradesi olmaksızın ya da iradesinin olup olmamasına önem verilmeksizin, hukuki sonuçlar meydana getirmeye elverişli olarak, başkasının hukuki menfaat alanına girilmesi ile oluşan bir ilişkidir. Bir başka ifadeyle, sosyal temas anı, sözleşmenin kurulması gerekli olan klasik icap ve kabul anlayışı dışında, sözleşme görüşmelerine ya da sözleşme ile ilgili bilgi alış verişine girildiği andır. Bu sebeple klasik icap ve kabulden başka, sosyal temas ile de borç ilişkisi doğabilmektedir.¹⁴⁸ Örneğin, bir kimsenin "olası müşteri" olarak kesin bir satın alma amacı olmasa bile bir mağazaya girmesi ya da bir lokantada yer araması durumunda olduğu gibi, Alman Federal Mahkemesinin sözü geçen aşağıda verilen "muz kabuğu kararı" da bu görüşe uygundur.¹⁴⁹

Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla görüşmeci ile işveren arasında kurulan güven ilişkisi koruma yükümlülüklerini de içermektedir. Bu nedenle, görüşenlerden her biri veya yardımcıları¹⁵⁰ diğer görüşmeciye veya onun ko-

¹⁴⁵ Tunçomağ, 213, 214, Bak dn. 7..

¹⁴⁶ Antalya, 133.

¹⁴⁷ Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "Sozialer Kontakt", MND 1954, s. 515, Bak. YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı; Sungurbey, 103-109.

¹⁴⁸ Bak. Oğuztürk, 108.

¹⁴⁹ Bak. YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı; Sungurbey, 103-109.

¹⁵⁰ "Davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap- kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, *davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı*, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır", YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı.

ruma alanı içinde bulunan kişilere zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek, koruma yükümlülüklerine uymak zorundadırlar. Buradaki koruma yükümleri, görüşmecilerin kurulacak sözleşme dışındaki menfaatlerinin, özellikle malvarlığı ile kişilik değerlerinin korunmasını amaçlar. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir.¹⁵¹ Bu durum ayrıca öğretide, işverenin işçiye karşı henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında bulunması zorunlu olan “önceye etkili” bağlılık yükümünü ihlal etmesi durumu olarak nitelendirilmiştir.¹⁵²

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, yalnız sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarardan (olumsuz zarardan) sorumluluğu değil, TMK.m.2/1'deki dürüstlük kuralına dayanan “güven ilkesinden” kaynaklanan karşı tarafın kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümlerine aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar. Bu hukuksal düşünce Mukayeseli Hukukta, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkemesinin “mağaza kararları” diye anılan kararlarında dile getirilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi 7 Aralık 1911 tarihinde verdiği “muşamba topu kararı” olarak adlandırılan kararıyla, sözleşmenin görüşülmesinden yalnız bildirim ve aydınlatma yükümlerinin değil, karşı tarafın canını ve malını (kişi ve mal varlığını) koruma yükümlerinin de doğduğunu kabul etmiştir. Bundan dolayı da, mağaza tezgâhtarının bir yer muşambası satın almak isteyen bir kadına muşamba toplarını gösterirken bunlardan birini kadının üstüne düşürerek ona zarar vermesi durumunda, mağaza sahibinin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesinin, yine sözü geçen “mağaza kararlarından olarak 26 Eylül 1961 tarihinde verdiği “muz kabuğu” kararında, bu doğrultuda daha da ileri giderek, büyük bir mağazaya giren kimsenin, daha sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce “işlemsel ilişkiler hazırlığı aşamasında” bulunduğu sırada, yere atılmış bir muz kabuğuna basıp ayağı kayarak düşüp yaralanması yüzünden mağaza işletmecisinin mağazaya giren kimselerin güvenliğini sağlamak yolunda genel bir özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu olduğunu kabul etmiştir.¹⁵³

Uygulamada sözleşme öncesi sorumluluğun giderek önem kazandığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna intikal eden bir olayda, “davacı, davalı şirketin şubesine alışveriş yapmak için gitmiş, yüksek bir raftan kafasına koli düşmüş ve kafa travması geçirmiştir”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap-kabul niteliği olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır” şeklinde karara bağlamıştır.¹⁵⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararındaki veriler doğrultusunda, aday işçinin iş görüşmesi yapmak üzere işyerine gelmeyi istemesi üzerine bu isteğinin kabul edilmesi üzerine işyerine gelmesi halinde ya da doğrudan ilan vb.

¹⁵¹ Ayfer Kutlu Sungurbey, Yetkisiz temsil Özellikle Culpa in Contrahendo –Sözleşme Görüşmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, 103 vd.

¹⁵² Rehbinder, 750.

¹⁵³ Bak. YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı; Bak. Eren, 1091.

¹⁵⁴ YHGK., 01.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı.

üzerine işyerine gelmesi durumları, bir icap-kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek, bir iş sözleşmesi kurmak amaçlanmaktadır. Bu durumda aday işçinin vücut bütünlüğüne, işveren veya yardımcıları tarafından verilen zarar, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılanmalıdır. Çünkü; işveren ile aday işçi arasında sözleşme görüşmelerinin fiilen başlaması, onu hazırlayan iş temaslarına girişmenin, taraflar arasında özen borcu meydana getireceği ve dolayısıyla buna aykırılığın tıpkı bir sözleşme borcuna aykırılık gibi sorumluluk doğuracaktır. Bunun nedeni, sözleşme görüşmelerine başlama amacı ile bir başkasının çıkar alanına giren kimsenin, karşı yanda mutaden uyandırdığı özel güvende aranmalıdır. Hal ve duruma göre haklı görünen bu güven için sorumlu olma objektif hüsnüniyet esasının bir gereğidir.¹⁵⁵ Bu nedenle işveren, görüşmeye gelen görüşmecinin malvarlığı ve kişilik değerlerinin korunması için her türlü özeni göstermek zorundadır.

O halde, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisi ihlal edildiğinde, ihlal eden taraf ya da taraflar bundan doğan zarardan sorumlu olacaklardır.¹⁵⁶ Sözleşme öncesi sorumluluk kural olarak bir güven sorumluluğu olup, ifaya olan menfaati kapsamaz.¹⁵⁷ Dolayısıyla, bir kimsenin özen gösterme, koruma ve bildirme yükümlüğüne aykırı davranması halinde diğer tarafın içinde bulunacağı durumu sağlaması gerekir. Bu ise, sözleşmenin meydana geleceğine güvenme yüzünden diğerinin uğradığı zararı karşılama amacı güden bir tazminat, **menfi tazminattır.**¹⁵⁸ Bir başka ifadeyle burada talep edilecek olan zarar menfi zarardır. Ancak, sözleşme öncesi sorumluluğun yasada düzenlenmiş olduğu hallerde bunun üzerindeki bir zarara yani müspet zarara hükmetmek de mümkündür.¹⁵⁹ Menfi zarar, sözleşmenin kurulacağı düşüncesiyle yapılan bütün harcamaları, (örn; tanışma giderleri, konut değiştirme masrafları) ve uğradığı malvarlığı zararlarını (örn, ücret kaybı, eski işin kaybedilmesi vb.) kapsar.¹⁶⁰ O halde menfi tazminat; zarar görenin başına söz konusu zarar verici olay gelmemiş olsa idi uğramayacağı zarar, böyle bir zarar verici olay meydana gelmemiş olsa idi, malvarlığının arz edeceği durum ile zararlı sonuçtan sonra malvarlığının durumu arasındaki farktır. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, çoğu kez zarar verici olayın meydana gelmemiş olması halinde uğranılmayacak olan zarardır. Zararın tespitinde her somut olayda sözleşme öncesi hangi yükümlülüğün ihlal edilmiş olduğunun ve hangi zararı doğurduğu somut olarak tespit edilmelidir.¹⁶¹ Yargıtay, "culpa in contrahendo" olarak tanımlanan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk nedeniyle, davacının sözleşmenin yerine

¹⁵⁵ Tunçomağ, 211.

¹⁵⁶ YHGK., 12.3.1997, E. 1996/13-850, K. 1997/186, Kazancı.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, 83.

¹⁵⁸ Tunçomağ, 214, bak. dn. 8.

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, 83; "Doktrinde isabetli olarak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda müspet zararın dahi tazmininin istenebilmesi gerektiği savunulmaktadır", Görüşler için bak. Mustafa Fadıl Yıldırım, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, 268, dn. 1142; "Müspet tazminat, örneğin dürüst davranma halinde sözleşmenin meydana geleceği ispat edilebildiği takdirde istenebilecektir", Tunçomağ, 214, bak. dn. 8.

¹⁶⁰ Rehbinder, 750; Eyrenci, 247.

¹⁶¹ Yıldırım, 268.

getirileceği inanç ve iyiniyetle yaptığı masrafları “olumsuz zarar” olarak talep edilebileceğine karar vermiştir.¹⁶²

Bu şekilde, zarara uğrayan taraf zarar verici olay meydana gelmeseydi, yani taraflar özen borçlarını yerine getirirlerdi, hangi durumda olunacak idiyse o duruma sokulur. Örneğin, aday sözleşmenin kurulacağı inancıyla işinden ayrılmış ise, işverenin ödeyeceği tazminat miktarı en yakın zamanda yapacağı feshi ihbar sürelerine ait ücret tutarı olacaktır.¹⁶³ Bu bağlamda işçi sözleşme kurulacağı inancıyla iş sözleşmesini feshettiğinden, eğer almaya hak kazanmış ise, kaybettiği kıdem tazminatını da culpa in contrahendo gereği sözleşme yapmaktan kaçınan işverenden isteyebilir.

İşverenin tazminat yükümlülüğü ifa menfaati ile de sınırlı değildir. Çünkü, bir işyerinin seçiminde salt parasal nedenler rol oynamamaktadır.¹⁶⁴ Örneğin; bir işveren işe alınmak üzere başvuran ve söz konusu işe alınması konusunda kendisinin gerçekten bir şansının olduğuna inancıyla işverenden iş görüşmesi talebinde bulunan ve diğer mal varlığı durumlarını hatta mevcut işini bırakacağını bildiren bir aday işçiye, işveren işe alınma umudu olmadığını söylemezse, susmak suretiyle de tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.¹⁶⁵

İşveren iş için başvuran aday işçiye, bizzat ya da gazete ilanları ile önceden belirli vaatlerde bulunmuş, fakat sözleşmenin yapıldığı sırada bunları yerine getirmek istemezse, bu durum yanlış bilgi vermek anlamını taşıdığından oluşan zararları tazminle yükümlü olacaktır.¹⁶⁶

Ayrıca işveren işçi bulma kurumuna veya diğer bir aracı kuruma başka bir işçiyi işe aldığı derhal haber vermelidir. Aksi halde sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹⁶⁷

Yine işveren işe başvuran kişi hakkındaki bilgileri hukuka aykırı yollarla sağlamış (örneğin, adayın kendi izni olmaksızın halihazır işverenden sağlamışsa) ya da üçüncü kişilerin karşısında bilgi toplamanın türü ve şekli nedeniyle adayın zarara uğramasına neden olmuş ise tazminat ödemekle yükümlü olabilir.¹⁶⁸

Ancak, TBK.m.66/2'ye göre; “adam çalıştıran, çalışanını seçerken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz” hükmü gereğince işveren aday işçinin seçiminde koruma yükümlülükleri ve diğer yükümlülükleri gereği gibi yerine getirdiğini dolayısıyla zararın doğumunu engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispatlaması halinde bir sorumluluğu olmayacaktır.¹⁶⁹

¹⁶² Y11HD., 5.7.2000, E. 2000/5461, K. 2000/6449, Kazancı.

¹⁶³ Eyrenci, 247.

¹⁶⁴ Eyrenci, 247; Rehbinder, 750.

¹⁶⁵ Rehbinder, 751.

¹⁶⁶ Rehbinder, 751.

¹⁶⁷ Rehbinder, 751.

¹⁶⁸ Rehbinder, 751.

¹⁶⁹ “818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiş görünen –yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz- şeklindeki hüküm, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu göz önünde tutularak TBK.m.66'ıncı madde metnine alınmamıştır”.

Ayrıca, iş görüşmesi sırasında aday işçi ile beraberinde görüşmeye katılan yakınının ya da bir arkadaşının bu görüşme nedeniyle oluşan bir zararı söz konusu ise bu zararın işveren tarafından karşılanması gerekir. Nitekim Yargıtay benzer vakıalar için vermiş olduğu kararlarında, işlem tarafı üçüncü kişinin oluşan zararının ise culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında istenebileceğine karar vermiştir.¹⁷⁰

O halde, sözleşme görüşmelerindeki kusur nedeniyle oluşan zarar, TBK.m.112 vd. sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanarak tazmin edilecektir. Sözleşme görüşmelerindeki tarafların kusurlu davranışları bir manevi zarara da yol açmış olabilir. Manevi zarar, malvarlığında bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına vaki tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ıstırabı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder. İşte sözleşme görüşmelerindeki kusur nedeniyle taraflardan her biri bu tarz bir zarara uğrayabilir. Oluşacak olan manevi zararın tazmini için, TBK.m.114/2 gereğince TBK.m.56, 58¹⁷¹ ve TMK. m.24'e göre işlem yapılabilir.

Fakat manevi tazminat talebine haksız fiil zamanaşımı TBK.m.72 değil, TBK.m.146 uygulanacaktır.¹⁷²

İşçi ile işveren arasındaki sözleşme kurulmadan sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, sorumluluk sebebi olamaz. Görüşmelere başlayan tarafın sözleşme yapma zorunluluğu yoktur. Sözleşme görüşmelerini kesen işçi ya da işverenin karşı tarafa bunun sebebini bildirmesi veya hesap vermesi gerekli değildir. Çünkü her görüşmeci görüşmelerin kesilebileceğini hesaba katmak zorundadır. Bu nedenle görüşmelerin kesilmesi yüzünden sözleşmenin kurulacağı beklentisi ve ümidiyle diğer yanın bir zarara uğraması diğer yana herhangi bir sorumluluk yüklenmez. Ancak, görüşmeleri kesmek ve bu suretle karşı görüşmeciye zarar vermek niyetiyle görüşme başlatan işçi ya da işverenin bu davranışı görüşme sorumluluğuna neden olabilir.¹⁷³

Ayrıca, sözleşme görüşmelerinde gelecekteki çalışma koşulları üzerinde konuşulmuş olması aday üzerinde işinden ayrılmaya sevk edecek bir güven oluşturulduğu noktasındaki iddiayı haklı kılamaz.¹⁷⁴

İşveren gibi işçi de sözleşme görüşmeleri süresinde “önceye etkili” bir bağlılık yükümüne uygun davranmak zorundadır. İşveren açısından, başvuran adayların seçimi için zorunlu olan ve istenilen kişisel bilgileri aday gerçeğe uygun olarak vermek zorundadır. Bu açıklama yükümlülüğü bir taraftan işveren tarafından yöneltilen soruları yanıtlamak (bilgi verme yükümü) ve diğer taraftan kendiliğinden işverene belirli hususları açıklama yükümü (açıklama, haber verme yükümü) biçiminde oraya çıkabilir. Bunların yanı sıra işe başvuran kişinin istenilmeksizin verilen bilgilerle işvereni kasten yanıltmaktan kaçınmak yükümü (gerçeğe uygun davranma yükümü) de vardır.¹⁷⁵

İş başvurusu yapan kişi işverenin geçerli bir sorusunu yanlış ya da eksik yanıtlayarak bilgi verme yükümünü ihlal etmişse, o zaman sadece ihmal ile

¹⁷⁰ Y2HD., 2.12.2009, E. 2009/15857, K. 2009/20663, Kazancı; YHGK., 4.10.2006, E.2006/2-591, K. 2006/624, Kazancı.

¹⁷¹ Oğuzman/Öz, 344.

¹⁷² Oğuzman/Öz, 344.

¹⁷³ Bak. Eren, 1085; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 69.

¹⁷⁴ Eyrenci, 247.

¹⁷⁵ Rehbinder, 752.

davranmış olsa bile sözleşme görüşmelerindeki kusuru nedeniyle (culpa in contrahendo) tazminat ödeme zorunluluğundadır.¹⁷⁶

a- Sözleşme Görüşmelerinde İstenilmeksizin Bilgi Verme Yükümüne Aykırılık

İşveren iş için başvuran adaydan işyeri ve iş için önem taşıyan bilgi ve belgeleri istemeyi ihmal ederse, o zaman belirli bir riski göze almış demektir. Bu durumda başvuranın kendiliğinden, bilinmesi işverenin kararı açısından önem taşıyan olumsuz durumları açıklamakla yükümlü olup olmadığı sorusu ile karşı karşıya kalınacaktır. Adayın kural olarak bu tür bir açıklama yükümü kabul edilemez¹⁷⁷ ise de; TMK.m.2 gereğince, dürüstlük kuralına göre, görüşmeler sırasında görüşmecilerin sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekmektedir.

O halde başvuran söz konusu işi, gerekli yeteneğe sahip bulunmadığı için hiç ifa edemeyeceği ya da kronik rahatsızlık veya ağır bulaşıcı hastalık nedeniyle çalışma olanağına sahip bulunmadığını ya da işe başladığı sırada hasta olacağını veya tedavi göreceğini bildiğini saklayamaz. Buna karşılık sağlığa ilişkin tehlikelerin sorulmaksızın açıklanması gerekmez. Ancak, somut işin örneğin; hamile ile yürütülmesinin imkânsız olması halinde (manken, dansöz, tiyatro oyuncusu, spor öğretmeni) adaya sorulmasa da hamilelik gizlenemez. Bu bağlamda rekabet yasakları da başvuran tarafından kendiliğinden açıklanmalıdır. Başvuran kişi söz konusu işyeri için kesinlikle elverişsiz olduğunu bile bile hareket ederek sözleşmenin kurulmasına yol açmış ise bu kişi sözleşme görüşmelerindeki kusur nedeniyle TBK.m.112 vd. hükümleri gereğince sorumlu olacaktır.¹⁷⁸

b- Sözleşme Görüşmeleri Sırasında Elde Edilen Aday İşçi ile İlgili Belgelerin Saklanması Yükümüne Aykırılık

İşçi sözlü ya da yazılı olarak yaptığı iş başvurusunda başvuru dilekçesi, özgeçmiş ve ilgili belgeleri vs. işverene gönderir veya bizzat teslim eder. İşveren bu bilgi ve belgeleri özenli bir şekilde saklamalıdır.¹⁷⁹ Sözleşme görüşmelerine başlamakla işverenin adayın başvuru belgelerindeki bilgilerinin korunması açısından aday işçiye karşı bulaşık yükümlülüğü doğar. Çalışma belgeleri, sertifikalar, diploma, yaşam öyküsü vb., gibi başvuran kişinin mülkiyetinde olan ve işverene sadece adayların seçimi amacıyla bırakılan evrak iyi bir şekilde saklanmalı ve özenle kullanılmalıdır. Özenin ihlali sonucunda yitirme ve zarara uğratma tazminat yükümünün doğmasına yol açabilir. Personel soru bildirgeleri, işveren tarafından istenen tıbbi muayene raporları, yetenek testleri ve grafolojik raporlar gibi işverenin mülkiyetinde bulunan personelle ilgili belgeler

¹⁷⁶ Rehbinder, 757.

¹⁷⁷ "Çünkü, bir kişiyi göreve almanın oluşturabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak işverenin sorunudur", Rehbinder, 755.

¹⁷⁸ Bak. Rehbinder, 756.

¹⁷⁹ Kirchner/Kremp/Magotsch, 109, 110; Portmann, Art. 320 N 1.

işçi tarafından gönderilen evrak ile birlikte, bunlarda yer alan bilgilerin yetkili olmayan kişilerin eline geçmemesi için kapalı olarak saklanmalıdır.¹⁸⁰

Ayrıca bu görüşmelerden dolayı tarafların karşılıklı sır saklama yükümlülüğü vardır.¹⁸¹ Bu bağlamda, tarafların yanı sıra mesleği gereği doktor da iş başvurusu için işçiye vermiş olduğu sağlık raporu nedeniyle gizlilik kurallarına uymak zorundadır.¹⁸² İş görüşmesi sırasında işe başvuranın kişiliğine ilişkin sorular sorulmuşsa, burada Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁸³ kapsamında kişisel verinin elde edilmesi söz konusu olup korunması gerekir.¹⁸⁴ Bu nedenle, işe alacak kişinin elden geldiğince aday hakkında geniş bilgiye sahip olması menfaati ile, işe alınacak kişinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaati karşılıklıdır. Bu kapsamda, işçiden sadece iş ile ilgili bilgilerin talep edilmesi gerekir. Örneğin; işe alınacak kişiye ilişkin sorular, çalışma belgesi, referanslar, psikolojik uygunluk testi, grafolojik testler iş ile ilgili olmalıdır.¹⁸⁵

Grafolojinin değerinin tartışmalı olmasına karşılık yönetici nitelikli işçilerin işe alınmalarında grafolojik raporlara başvurulmaktadır. Karakterin bu yoldan tespiti, kişilik alanının bir ihlalini oluşturduğu için, işe başvuran adayın rızasının alınması kaçınılmazdır. El yazısı ile kaleme alınan bir öz geçmişin (CV) gönderilmesi durumunda bu izin örtülü olarak verilmiş sayılır. Çünkü günümüzde geçmişin el yazısı ile istenilmesinin başka bir anlamı olmaz. Ne var ki, adayın izni sadece işverenin haklı çıkarlarının uygun kıldığı türden kişilik alanı ihlallerini meşru duruma getirir. Bu nedenle, genel bir karakter incelemesi değil, sadece öngörülen hizmet ilişkisine elverişli bir araştırma yapılabilir. Aynı şekilde, zeka ve beceri testleri gibi psikolojik yetenek testleri ya da stres araştırmaları adayın bunların yapılmasını kabul etmesine bağlıdır ve yapılacak iş açısından taşıdıkları önemle sınırlı olarak uygulanmaları gerekir.¹⁸⁶

¹⁸⁰ Rehbinder, 751, 752.

¹⁸¹ Portmann, Art. 320 N 2; bak. Hayrunnisa Özdemir, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, 123 vd.; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, 259 vd.

¹⁸² Portmann, Art. 320 N 3.

¹⁸³ Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 Sayılı Sözleşme, (Strasbourg, 28.01.1981) Türkiye tarafından imzalanmış fakat, B.02.0.KKG.0.10/101-902/1812 sayılı, 22.04.2008 tarihli "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı" henüz yasalaşmamıştır; Faruk Eczacıbaşı, Kişisel Verilerin Korunması Yasası Hala Bekliyor, <http://yenisafak.com.tr/bilisim/?i=325978>, Yayın Tarihi: 22.06.2011, 12.05.2011.

¹⁸⁴ Portmann, Art. 320 N 7.

¹⁸⁵ Murat Şen, Gen Analizlerinin İş Hukuku Kullanımı, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gen Hukuku Özel Sayısı, Kayseri 2012, 129 vd.; Emmel, Art. 320 N 1; Sevimli, 161-196; Lockton, /Cremona, 25. 26; "Grafoloji, bir kişinin kendi el yazısıyla yazdığı bir yazıyı inceleyerek o kişinin karakteri, sağlığı, kişilik özellikleri gibi birçok özelliği hakkında bilgi edinmeye denir. Grafoloji adli vakaları çözmek için şüphelilerin el yazılarıyla yazdıkları belgeleri incelemek için kullanılabilceği gibi, çalışma hayatında iş ortağı hakkında bilgilenmek, işe yeni alacağı elemanla ilgili bilgi almak, amatörce bu işle uğraşan kişilerde ise arkadaşları ve yakın çevresindeki kişiler hakkında, hatta kendi el yazısını inceleyerek kendisinde olan fakat kabullenemediği ve kendine itiraf edemediği özelliklerini araştırmak maksadıyla kullanılabilir", <http://graphology.blogcu.com/grafoloji-nedir/4569160>, Erişim tarihi, 06.08.2012.

¹⁸⁶ Rehbinder/Teoman, 748.

Bu bağlamda belirtmek gerekirse, TBK. m.419'a göre, "işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilecektir". Bu hükümlerle, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası haline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işveren işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.

Adayla işveren arasında iş sözleşmesi yapılmamışsa, başvuran kişinin mülkiyetindeki belgeler, yani başvuru yazısı dışındaki işçi tarafından verilen tüm evrak, adaya geri verilmelidir.¹⁸⁷ Kanımızca, adayın talebi olmaksızın işverenin bu belgeleri geri verme yükümlülüğü yoktur. Bu yükümlülük ancak aday tarafından ilgili belgelerin geriye istenmesi halinde söz konusu olacaktır. Öğretide ise, işverenin; başvurana ait diploma, sertifika, çalışma belgesi, sağlık raporları ve yetenek testlerini saklamak, gizli tutmak, bunların işveren nezdinde bulunmasının kişilik haklarını ihlal etmesi ve talep edilmesi halinde adaya geri vermek veya yok etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁸

Buna karşılık işe başvuran kişi, işverenin mülkiyetinde bulunan belgeleri kişiliği hakkında bilgiler içermesine rağmen isteyemez. Ne var ki, işverenin işe alınmama halinde bu belgelerin saklanması, başvuran kişinin kendi bilgilerinin kötüye kullanılmasını önlemek konusundaki çıkarına oranla bir çıkarı bulunmadığı için, kişilik alanına ilişkin bilgilerin verilmesini veya saklanmasını sadece adayların seçim süresi ile sınırlı olarak kabul eden başvuran, kişiliğinin korunması açısından ilgili belgelerin ortadan kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir.¹⁸⁹ Nitekim TMK.m.24/2'de, 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.

Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında; hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK.m.135/1).

Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır (TCK.m.135/2).

Ayrıca, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme halinde; kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK.m.136).

Bu bağlamda adaya ait verilerin yok edilmemesi halinde ise; kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir (TCK.m.138). Şunu belirtmek gerekirse; kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır (TCK.m.139).

¹⁸⁷ Rehbinder, 752.

¹⁸⁸ Süzek, 309.

¹⁸⁹ Rehbinder, 752.

2- TARAFLAR ARASINDA SÖZLEŞME KURULMUŞ İSE

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması açısından, taraflar arasında bir sözleşme kurulmuş veya kurulmamış ya da hükümsüz veya geçerli olmasından bağımsız olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olması bugünkü hâkim düşünceye göre artık tartışmasıdır.¹⁹⁰

Sözleşme öncesi sorumluluğun sebebi, ya tarafların birbirini aydınlatmasına, ya uyarmasına ya da diğer tarafın şahsı ve malının zarara uğramaması için önlem almasına dayandırılmaktadır. Bütün bu sorumluluklar sözleşme öncesi tarafların karşılıklı güven, doğruluk ve dürüstlük ilkelerine dayanmaktadır. Ancak taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş ise ya da taraflardan birinin eylemi haksız fiilin unsurlarını içermekte ise, asıl olan sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu olup, bunların koşullarının bulunmadığı hallerde sözleşme öncesi sorumluluk hükümleri işletilmelidir.¹⁹¹ Örneğin; bir sözleşmenin kurulmasına kendi kusuruyla sebep olan aday işçi, hata nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, işverenin bu yüzden uğradığı zararını tazmin ile yükümlü tutulmuştur. TBK.m.35'e göre; "yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür". Ancak, burada yanılığa düştüğü için sözleşmeyi iptal eden kişinin sorumluluğu sözleşmeye dayandırılmaz. Çünkü, sözleşme iptal edilmiştir. Bu sorumluluk, haksız fiil hükümlerine dayandırılmaz. Zira, iptal eden kişinin eyleminde hukuka aykırılık yoktur. Bu durumda bu sorumluluğun sebebi, ancak sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna "culpa in contrahendo" dayandırılabilir.¹⁹²

O halde, işveren ile aday işçi arasında, sözleşme görüşmeleri sonucu bir iş sözleşmesi kurulmuş ise, kurulan bu sözleşmeden bağımsız olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olması sözleşme öncesi sorumluluk olan culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanacaktır. O halde, sözleşmenin kurulmasından sonra; sözleşmenin yanlış bilgi verilmesi ya da önemli olguların saklanması nedeniyle işçi, İşK.m.24/II-a'ya göre; işveren de İşK.m.25/II-a'ya göre haklı nedenle hizmet sözleşmesi feshedebilme imkânına sahip olmaları, sözleşme öncesinde yani sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle "culpa in contrahendo" tazminat istenilebilmesine engel değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; "sözleşmenin hükümsüz olması durumunda, sözleşmeden bağımsız ve ona bağlı olarak tazminat yükümlülüğü doğabileceğine karar vermiştir".¹⁹³

İşverenin adaya ya da adayın işverene geçerli olarak sorduğu sorulara verilen yanıtlar üzerine, taraflar arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş ise, adaya ya da işverenin bilgi verme yükümünü ihlal ederek yanlış ya da eksik yanıt verilmesi işe alınmayı etkileyerek o kişi işe alınmış ise, aşağıda belirtildiği üzere iş sözleşmesi yanılma (hile) nedeniyle haklı nedenle sona erdirilebilecektir.

Fakat adayın sorulara karşı yanlış ya da eksik bilgi vermesinde kasıt kanıtlanamazsa, adayın temel hatası nedeniyle sözleşmesinin feshinin söz konusu olabilmesi için, aynı zamanda adayın kendiliğinden açıklaması gereken konu-

¹⁹⁰ YHGK., 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, Kazancı; "Ne var ki, sözleşme geçersiz olsa da tarafların sözleşme öncesi sorumluluklarını gerektirir bir kusurları bulunup....", Y19HD., 30.11.2004, E.2004/4912, K. 2004/11803, Kazancı.

¹⁹¹ Kılıçoğlu, 82.

¹⁹² Bak. Kılıçoğlu, 81.

¹⁹³ YHGK., 7.2.2001, E. 2000/13-1729, K. 2001/32, Kazancı.

lardaki açıklama yükümünün de ihlal edilmesi gerekir. Çünkü, işe başvuran kişinin kendiliğinden açıklama yükümü bulunduğu konular sözleşmenin gerekli (vazgeçilmez) temeli olarak kabul edilen durumlar olmalıdır. Ancak, hizmetin uzun süre huzur içinde sürdürülmesi, sözleşmenin feshi imkanını ortadan kaldıracaktır.¹⁹⁴ Aynı şekilde, işverenin adayın sorduğu sorulara karşı yanlış ya da eksik bilgi vermesinde kasıt kanıtlanamazsa, işverenin temel hatası nedeniyle sözleşmenin feshinin söz konusu olabilmesi için; işverenin kendiliğinden açıklaması gereken konulardaki açıklama yükümünün de ihlal edilmesi ve işverenin kendiliğinden açıklama yükümü bulunduğu hususların sözleşmenin gerekli (vazgeçilmez) temel unsuru olması gerekir.

Bu bağlamda işverenin işe girişte adaya yönelttiği soru hukuki olarak geçersiz bir soru olması halinde bu soruya adayın yanlış ya da eksik yanıt vermiş olması iş sözleşmesinin feshi için haklı neden olmayacaktır. Çünkü eğer işçi soruyu yanıtlamaktan kaçınacak ve hatta bunun geçersizliğini vurgulayacak olsa, o zaman işe alınmayacak, işveren herhangi bir sakınca doğmaksızın geçersiz sorular yöneltebilecekti. Başvuran kişinin bu durumlarda açıklama yükümü söz konusu olmadığı gibi gerçek dışı ve eksik bilgilerle bu sorulara yanıt vermesi, kendi kişilik alanına yöneltilen bir saldırıya karşı kendisini koruduğu için, bu davranış feshi neden olamaz. O halde başvuranın bu şekildeki bir davranışı hukuka aykırı değildir.¹⁹⁵ Bu gibi durumlarda sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle herhangi bir tazminat ödeme yükümü söz konusu değildir. Çünkü, bu bir yükümün ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılar. Başvuran kişi doğru olmayan bilgilerle kişilik alanına yöneltilen saldırılardan korunmak zorunda olduğu sürece gerçeği söyleme yükümünden söz edilemez. Böyle bir durumda adayın değil aksine işverenin davranışı iyi niyete aykırıdır. Bu durumda, hileye dayanarak sözleşmenin feshine imkân yoktur, çünkü geçersiz sorular sözleşmenin vazgeçilmez temelini ilişkin olamazlar. İşe başvuranın geçersiz sorular yöneltilmesi durumunda yalan söylemek hakkına sahip olduğu için burada hilenin hukuka aykırılığı söz konusu değildir.¹⁹⁶

Buna karşılık aday, kendisinden istenilmediği halde, yanlış ya da eksik bilgi vererek yanılıya neden olan açıklamalarda bulunursa, o zaman aslında işverenin bu tür sorular yönelmek hakkına sahip bulunmadığını ileri süremez. Gerçekten açıklama yükümlülüğü olmamasına rağmen, kendiliğinden açıklamalar yapılmışsa, bunlar gerçeğe uygun olmalıdır (gerçeği açıklama yükümlülüğü). Çünkü, bir ızdırar hali durumunda girişilmeyen yanıtlar bağlilik yükümünün ihlalini oluşturur. Bu nedenle sözleşme görüşmeleri sırasında adayın yalan söyleyerek açıklama yapma hakkı yoktur. İşverenin irade özerkliği bir hukuki neden olmaksızın ihlal edilmemelidir. Bizzat diğer tarafın iyi niyete aykırı davranması karşısında yanılta kişinin kendisini koruması durumu dışında, hile yoluyla hiç kimse geçerli bir sözleşme yapmaya kalkışmamalıdır. Bu nedenle bir kimsenin kendi tahrikinden doğan hilenin sonuçları bilgi verme yükümünün ihlalinin doğurduğu sonuçları doğuracaktır.¹⁹⁷

İş sözleşmesinin feshinin yanı sıra, açıklama yükümünün ihlal edilmesi halinde; işveren işe başvuran kişiyi diğer başvuranlara tercih etmesi nedeniyle

¹⁹⁴ Rehbinder, 757, 758.

¹⁹⁵ Rehbinder, 758.

¹⁹⁶ Rehbinder, 758, 759.

¹⁹⁷ Bak. Rehbinder, 759.

uğradığı zararın sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurdan doğan sorumluluk nedeniyle giderilmesi gerekir. Zarar, işe alınan adayın işi ifa etme yeteneğinin elverişsiz olması olabileceği gibi işverenin söz konusu görevi yeniden bir başka kişiye vermek ve uygun bir kişi buluncaya kadar aşırı harcamalar yapmak zorunda kalmasından da kaynaklanabilir.¹⁹⁸ Eğer iş için tek bir kişi başvurmuş, fakat bu başvuran açıklama yükümü ihlal etmiş, gerçek dışı yanlış beyanlarda bulunarak iş sözleşmesinin kurulmasına neden olmuş olabilir. Tek aday da olsa işveren o kişinin işe alınacağı düşüncesiyle, o kişiye güvenerek iş anlaşmaları yapmış olabilir, yeni hammadde alımına gitmesi vb. ya da yeniden işçi bulmak için iş ilanı vererek yeniden masraf yapabilir. İşveren fesih hakkının yanında, sözleşmenin yapılacağı inancı ile hareket ederek yapmış olduğu masrafları, uğradığı zararları vb. durumları, sözleşme öncesi kusur nedeniyle talep etme hakkı vardır.

Yukarıda kısaca değinildiği üzere; kurulan sözleşmenin hükümsüz olması durumunda, sözleşmeden bağımsız ve ona bağlı olarak tazminat yükümlülüğü doğabilir. Yargıtay Hukuk genel Kurulu kararında belirtildiği üzere; “bu konu, tamamen kusurla ilgilidir ve terim olarak "culpa in contrahendo" denilmektedir. Sözleşme yanlarından her biri, ötekinin çıkarlarına özen gösterme, öngörülen sözleşmenin yapılmasına ket vuran ya da karşı yanın amacını zarara uğratabilecek olayları bildirme, onun, doğabilecek zararlarını engelleme zorundadır. Bu zorunluluk, muhatabın güvenini sarsmamayı, edimi yerine getirmeyeceğini bildiği halde onda umut uyandırmamayı da içerir”.¹⁹⁹ O halde, sözleşme görüşmesine girişen, ifa edecek durumda olmadığını bildiği halde veya bilmesi gerektiği durumlar hakkında karşı tarafta ümit uyandırmamalıdır.²⁰⁰

a- İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İşveren kendisinden ekonomik yönden zayıf durumda olan adayı yanıltarak iş sözleşmesinin kurulmasına neden olmuş ise, İşK.m.24/II-a’de işverenin hileli davranışıyla işçinin yanılmasının hukuki sonucu düzenlenmiştir. İşK.m.24/II-a’ ya göre; “işveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu **sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa**” işçi, süresi belirli olsun veya olmasın iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir. Çünkü, işveren tarafından aldatılan ya da yanıltılan işçiyi sözleşme süresinin sonuna kadar ya da ihbar süresi bitimine kadar çalıştırmaya zorlamak doğru değildir. İşK.m.24/II-a’da yer alan yanıltıcı davranışlar sayılı ve sınırlı değil, sadece örnek olarak gösterilmiştir. Bu nitelikteki benzer haller haklı nedenle fesih hakkı doğururlar.²⁰¹

İşK.m.24/II-a’da işçinin yanılması değil, işverenin işçiyi yanıltması, yani işçinin hata durumu olmayıp bizzat işverenin aldatma hilesi söz konusudur.²⁰²

¹⁹⁸ Rehbindir, 757.

¹⁹⁹ Karşı oy yazısı, YHGK., 7.2.2001, E. 2000/13-1729, K. 2001/32, Kazancı.

²⁰⁰ Tunçomağ, 213, bak. dn. 6.

²⁰¹ Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, 985.

²⁰² Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 535; Günay, 985; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 207.

Gerçek dışı bilgi, bile bile sözleşmenin kurulması amacıyla verilmelidir.²⁰³ Buna göre, işveren ücret veya yapılacak iş konusunda, adaya yanlış bir izlenim uyandırmak amacıyla yanlış nitelikler ve şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle iş sözleşmesinin yapılmasını sağlamış ise İşK.m.24/II-a'nın uygulanması söz konusu olacaktır.²⁰⁴ Dolayısıyla, yanlış nitelendirmeler, bilgi vermeler ve söylenen sözler ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Olağan karşılanabilecek ve belli bir sınırı aşmayacak vaatler, sözler, övgüler yanıltma kavramı içine girmez. Bu şekilde bir bağlantı yoksa, işçinin gerçek durumu bilmesi durumunda sözleşmeyi kurmaktan kaçınmayacağı anlaşılıyorsa haklı nedenle fesih hakkı doğamaz.²⁰⁵ Buradaki hile hali sözleşme görüşmelerindeki kusur (culpa in contrahendo) halidir.²⁰⁶ Yukarıda değinildiği üzere taraflar arasında sözleşme kurulmamış olsa idi oluşacak zarar için işçi, doğrudan culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak tazminat talep edebilecektir.

Öğretide de, işverene İşK.m.24/II-a anlamında yüklenebilecek hileli tutum işçide bir zarara yol açtığına sözleşme görüşmeleri esnasında kusurdan da hareketle tazminata götürebileceği ileri sürülmüştür.²⁰⁷

Gerçekleştirilen yanıltma eylemi İşK.m.24/II-a'da açıkça gösterildiği üzere; hizmet sözleşmesinin esaslı noktalarından biri hakkında olmalıdır. Aldatmaya ilişkin TBK.m.36 hükmüne bakıldığında, "... yanılması esaslı olmasa bile ..." kavramına yer verilerek aldatma konusunda İş Kanunundaki hükümden farklı bir kavrama yer verilmiştir.

Hizmet sözleşmesinin esaslı noktası ise, sözleşmeyi diğerlerinden ayıran nitelikte bizzat kanun koyucunun öngördüğü noktalar olabileceği gibi bunlar dışında bizzat taraflarca müzakere edilmiş ve hizmet sözleşmesinin vazgeçilmez koşulu olarak nitelendirilebilecek noktalardır. Sözleşmede yer alan bir noktanın, esaslı nokta olarak nitelendirilebilmesi için, o olgu gerçekleşmediğinde hizmet sözleşmesinin hiç veya o koşullarla yapılamayacak olması gerekir.²⁰⁸ Tarafların bir hususu esaslı görüp görmedikleri ise, her uyuşmazlığın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi suretiyle belirlenecek bir durumdur.²⁰⁹

İşverenin hilesi gibi işverenin verdiği yetkiye dayanarak işçiyle hizmet sözleşmesi yapan yetkili işveren vekilinin hilesi de yine bu anlamda bir fesih nedenidir.²¹⁰ Hatta işverenin isteği hatta bilgisi dâhilinde üçüncü kişiler tarafından yapılan hile halleri de aynı hukuksal sonucu doğurur.²¹¹ Üçüncü bir kişinin aldatması konusunda İş Kanununda bir hüküm olmamasına rağmen, TBK.m.36/2'de, "*üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir*" düzenlemesi yapılmıştır.

²⁰³ Günay, 985; Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku, Ankara 2005, 491, 492.

²⁰⁴ Tunçomağ/Centel, 207.

²⁰⁵ Çenberci, 535.

²⁰⁶ Günay, 985;

²⁰⁷ Akyiğit, 1084.

²⁰⁸ Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, 1084; Günay, 986.

²⁰⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, 728.

²¹⁰ Akyiğit, 1084.

²¹¹ Çenberci, 536.

Ancak, bir kimsenin işveren vekili de olsa hizmet sözleşmesi yapma yetkisi bulunmuyor, fakat işçiyi yanıltarak hizmet sözleşmesi yapmasına yol açmışsa bu durumda işçi bu hileye dayanarak sözleşmeyi İşK.m.24/II-a'ya dayanarak feshetme imkânı yoktur.²¹² İşçi bu durumda, "üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir" (TBK.m.36/2) hükmü gereği iş sözleşmesini feshedebilir.

Ayrıca, hileli işlemle sözleşmenin kurulması halinde, işçi sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yaptığı işlemler nedeniyle; sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle doğmuş bulunan zararlarını yani menfi zararlarının (güvenme yüzünden doğan zarar) tazmini için dava açabilir.

Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin de böyle bir durum oluşması halinde sözleşmeyi TBK. m.435'e göre haklı sebeple derhal feshetme hakları vardır.

İşçi, İşK.m.24/II-a uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkı yanında TBK.m.36 hükmüne dayanamaz. Çünkü, özel hüküm bulunan bir durumda artık genel hükmün uygulanması söz konusu olamaz.²¹³ Ayrıca, söz konusu iki hükmün doğurduğu sonuçlar da birbirinden farklı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü TBK.m.36'ya dayanarak aldatma nedeniyle iptal durumunda, sözleşme baştan itibaren ortadan kalkar.²¹⁴

b- İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İş Kanunu m.25/II-a'ya göre; "iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması" halinde işveren, süresi belirli olsun veya olmasın iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.

İşverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için feshe konu olan işçinin hilesinin mutlaka işçinin aktif bir tutumuyla mı gerçekleşmesi gerektiği konusunda ise, kanunda "... yanıltma..." kavramına yer verilmesi karşısında işçinin aktif hilesi gibi pasif hilesi de haklı fesih nedeni olarak nitelendirilebilir.²¹⁵ Bu bağlamda hile işçinin bilgisi dâhilinde bir üçüncü kişi tarafından yapılması halinde de aynı sonuca varmak ve işverene fesih hakkı tanımak uygun olacaktır.²¹⁶

Hükümde belirtildiği üzere iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilmesi için işverenin yanıltmasına yol açılan durum ya da durumların sözleşmenin esaslı noktalarından biri olması gerekir.²¹⁷ Sözleşmenin

²¹² Akyiğit, 1084.

²¹³ Ayrıntılı bilgi için bak. Yürekli, 58 vd.; Günay, 985; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 728; Tankut Centel, İş Hukuku, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 178; "İş Kanunu'nda haklı sebeple akdi fesih hakkı şeklindeki özel hükümler karşısında BK'nun genel hükümlerinin uygulanması olanağı yoktur", Münir Ekonomi, İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 198.

²¹⁴ Tunçomağ/Centel, 207.

²¹⁵ Akyiğit, 1142.

²¹⁶ Akyiğit, 1143; "ancak üçüncü kişinin hilesi, işçinin işvereni yanıltmasının kapsamı dışındadır", Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I Ferdi İş İlişkileri, Ankara 1988, 305.

²¹⁷ Bak. IV, 2, a, İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı.

esaslı noktaları, tarafların sözleşmeyi yaparlarken önem atfettikleri hususlardır. İşçi bu hususlardan biri hakkında gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek işvereni yanıltmakta, işveren gerçeği bilmiş olsaydı sözleşmeyi yapmayacak olan işverene güven vererek iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla burada da bir sözleşme görüşmeleri kusuru (culpa in contrahendo) söz konusudur ve haklı fesih nedenidir.²¹⁸ Ancak, adayın sözleşme görüşmeleri aşamasında iş sözleşmesinin *esaslı unsurlarından olmamak kaydıyla*, bazı konularda işvereni yanıltmışsa ve söz konusu yanıltma işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde belirtilen durum geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilir. Örneğin; çok iyi derecede yabancı dil bildiğini söyleyerek işe giren ancak bu dili orta düzeyde bildiği anlaşılan işçinin işvereni yanıltması, bu dilin ileri derecede bilinmesini gerektiren bir işyerinde haklı nedenle derhal, buna karşılık bu düzeyde bilgi gerektirmeyen bir işyerinde işlerin belirli ölçüde aksamasına neden oluyorsa geçerli fesih nedeni sayılabilir.²¹⁹ Konuyla ilgili olarak Yargıtay; “işyerinde yapılan işin niteliği gereği sigara içilmeyeceği konusunda bir yasağın bulunduğu bir işyerinde, işçi işe girerken bu konuda sorulan soruya sigara kullanmadığı şeklinde cevap vermiştir. İşçi işyerinde sigara kullanırken tespit edilmiştir. Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmaktaki ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan işçinin sözü edilen davranışı **fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır**. Bu nedenle, davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerektiğine” karar vermiştir.²²⁰

Bu koşul gerçekleştikten sonra işçinin yaptığı hile, işçinin sıfatı, yeteneği, bilgisi vb. olabilir. Örneğin; sabıka kaydı olan işçinin işe girerken sabıkasız olduğunu işverene bildirmiş olması iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih nedenidir.²²¹ Yine, kimlik bilgilerinin saklanması, tahrif edilmesi, on sekiz ya-

²¹⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, 745.

²¹⁹ Bak. Süzek, 596; bak. Ali Cengiz Köseoğlu, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011, 219.

²²⁰ Y9HD., 21.3.2006, E. 2006/4640, K. 2006/7155, Kazancı.

²²¹ Cevdet İlhan Günay, İş Davaları, Ankara 2008, 204; “Davacı işçinin davalıya ait işyerinde işe girerken taraflar arasında düzenlenmiş olan ferdi hizmet sözleşmesinin 9. maddesinde daha önce suç kaydı olupta bunun işçi tarafından gizlenmiş bulunması halinin işveren tarafından sözleşmenin ihbarsız ve tazminatsız feshini gerektireceği öngörülmüştür. 1475 sayılı İş Kanununun 17/II-a maddesinde de “hizmet akdi yapıldığı sırada bu akdin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” hali işveren için haklı fesih nedeni sayılmıştır. Davacı işçinin daha önceki dönem de mahkûmiyeti olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Fakat işe girerken, gerek ferdi hizmet sözleşmesi ve gerek anılan yasa kuralına aykırı biçimde bu sabıkasını gizlemiştir. Böyle olunca davalı işverenin sözleşmeyi haklı olarak feshettiği kabul edilerek ihbar tazminatı reddedilmiştir”, Y9HD., 16.12.1998, E. 1998/16858, K. 1998/18293, Kazancı; “Davacı davalıya ait işyerine güvenlik görevlisi olarak girerken doldurduğu form dilekçesinde sabıkası olduğu halde yokmuş gibi beyanda bulunduğu ve bu yalan beyanın hizmet sözleşmesi süresince davalı işveren tarafından ortaya çıkarıldığı bunun üzerine hizmet sözleşmesinin 6 günlük iş süresi içinde sona erdirildiği tüm dosya içeriğinden ve özellikle Cumhuriyet Savcılığı cevabı yazısından anlaşılmaktadır. Davacının bu eylemi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-a bendindeki hali oluşturur. Böyle olunca davalı işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshettiğinin kabulü ile feshe bağlı tazminat isteklerinin reddine karar verilmiştir”, Y9HD., 22.01.1998, E. 1997/19393, K. 1998/432, Ka-

şını doldurmadığı halde doldurduğunu beyan eden, sahte nüfus cüzdanı ibraz eden küçüğün davranışı hile oluşturur.²²² Bu bağlamda Yargıtay; işçinin, işyerine girmeden önce yüz kızartıcı suçtan mahkûm olduğuna dair belgeyi işverene ibraz etmesine rağmen işe alınıp çalıştırıldığı bu durumun altı yıl geçtikten ve aralıklı çalışmalar sonucu toplam 1 yıl 1 ay 6 gün hizmetten sonra anlaşılması üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesini haklı görmemiştir.²²³

İşveren, böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yaptığı işlemler nedeniyle; sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle doğmuş bulunan zararlarını yani menfi zararlarının (güvenme yüzünden doğan zarar) tazmini için de dava açabilir.

İşveren, İşK.m.25/II-a uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkı yanında TBK.m.36 hükmüne dayanamaz. Çünkü, özel hüküm bulunan bir durumda artık genel hükmün uygulanması söz konusu olamaz.²²⁴ Ayrıca, söz konusu iki hükmün doğurduğu sonuçlar da birbirinden farklı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. TBK.m.36'ya dayanarak aldatma nedeniyle iptal durumunda, sözleşme baştan itibaren ortadan kalkar.²²⁵

Ayrıca belirtmek gerekirse, Türk Borçlar Kanunu kapsamında olan işçiler açısından, işvereni sözleşmenin yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar ve şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek veya gerçeğe aykırı bilgiler ve sözler söyleyerek veya sessiz kalarak kendisini yanıltan ve hizmet sözleşmesinin kurulmasına sebep olan işçinin hizmet sözleşmesini işveren TBK. m.435'e göre haklı sebeple sözleşmeyi derhal feshetme hakkı vardır.²²⁶ Çünkü, TBK.m.435 dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların sözleşmenin feshi için haklı sebep sayıldığını belirtmiştir.

Yukarıda işçinin fesih hakkı kısmında açıklandığı üzere; işveren, İşK.m.25/II-a uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkı yanında TBK.m.36 hükmüne dayanamaz. Çünkü, özel hüküm niteliğindeki İş

zancı; "Davacı işçi işe girmeden önce müessir fiil suçundan hüküm giymiş olduğu halde ise giriş formunda hiçbir sabıkası yani mahkumiyeti bulunmadığı şeklinde cevap vermiştir. Daha sonra davalı işveren durumu öğrenmesi üzerine anılan kural uyarınca fesih yetkisini kullanmıştır. Bu durumda davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmadığı açıktır", Y9HD., 06.06.2000, E. 2000/4727, K. 2000/7993, Kazancı; "Davacı işçinin davalıya ait işyerinde çalışmaya başlarken sabıkası olmadığına dair belgeyi ibraz etmediği, kendisine müteahhit defalar uyarılarda bulunulduğu halde işine devam ettiği belgeyi getirmedeği nihayet tekrar istenmesi üzerine savcılıktan aldığı belgeyi ibraz ettiği böylece daha önce bir suçtan sabıkalı olduğunun anlaşıldığı, bunun üzerine de davalı işverence sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır....", Y9HD., 21.12.1998, E. 1998/16439, K.1998/18841, Kazancı.

²²² Mollamahmutoğlu/Astarlı, 455, 456.

²²³ Y9HD., 23.03.2005, 17012/9416, Akyiğit, 1144.

²²⁴ Ayrıntılı bilgi için bak. Yürekli, 58 vd.; Günay, 985; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 728; Tankut Centel, İş Hukuku, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 178.

²²⁵ Tunçomağ/Centel, 207.

²²⁶ Bak. Yürekli, 202 vd.

Kanunu hükmü bulunan bir durumda artık genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanması söz konusu olamaz.²²⁷

VI- CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Sözleşme öncesi kusur sorumluluğu halleri için zamanaşımı süresi TBK.m.146 gereğince on yıldır. TBK.m.146'de, "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zaman aşımına tabidir" düzenlemesi yapılmıştır.²²⁸ Bu düzenleme gereğince, sözleşme öncesi sorumluluğa dair yasada bir süre verilmediği için, culpa in contrahendo sorumluluğu on yıllık zaman aşımı süresine tabi olacaktır.²²⁹

VII- CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME

Sözleşme görüşmeleri sırada oluşan kusur nedeniyle açılacak olan culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin davalara nerede bakılacağına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay; " taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamaktadır. Kaldı ki, kökleşmiş içtihatlarımıza göre, yazılı bir hizmet sözleşmesi olsa da, eylemleri çalışmaya yoksa fiilen iş ilişkisi kurulmamış sayılmaktadır. Davacının sözleşme kurulacağı vadiyle umudunun boşa çıkarılması ancak genel mahkemelerde görülebilecek bir zarar türüdür" şeklindeki hükmüyle, ²³⁰ culpa in contrahendo'dan kaynaklanan davaların genel mahkemelerde görülmesine karar vermiştir.

Hangi davaların iş mahkemesinde görüleceğine ilişkin İş Mahkemeleri Kanunu'na bakıldığında, bir davanın iş mahkemesinde görülebilmesi için, "İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle ... işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan hak iddialarından doğmuş hukuk uyumsuzluklarından" (İşMK.m.1) doğmuş olması gerekmektedir. O halde, söz-

²²⁷ Ayrıntılı bilgi için bak. Yürekli, 58 vd.; Günay, 985; Mollamahmutoglu/Astarlı, 728; Centel, 178; "İş Kanunu'nda haklı sebeple akdi fesih hakkı şeklindeki özel hükümler karşısında BK'nun genel hükümlerinin uygulanması olanağı yoktur", Ekonomi, 198.

²²⁸ "Özel hukukta aksine bir hüküm bulunmadıkça, alacaklar ilke olarak on yıllık zamanaşımına tabidir", YHGK., 4.5.2011, E. 2011/13-161, K. 2011/276, Kazancı;" Kanunda başka suretle hüküm mevcut olmayan hallerde her dava on senelik müruru-zamana tabidir", YİBGK., 23.2.1944, E. 1941/10, K. 1944/5, Kazancı; "Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanunu'nda, gerekse Borçlar Kanunu'nda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur", Y9HD., 17.9.2009, E. 2008/6448, K. 2009/23296, Kazancı; "Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanununun 125. maddesi hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır", Y14HD., 9.3.2009, E. 2009/1955, K. 2009/2878, Kazancı; Y14HD., 6.6.2011, E. 2011/6339, K. 2011/7351; Y14HD., 5.10.2011, E. 2011711062, K.2011/11568, Kazancı; "BK. 'nun 125.maddesindeki " bu kanunda başka suretle bir hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dava on senelik müruru zamana tabidir" hükmündeki (her dava) sözcüklerini "bütün alacaklar" şeklinde anlamak gerekir", YHGK., 5.5.2010, E. 2010/8-231, K. 2010/255; YHGK., 9.4.2008, E. 2008/5-300, K. 2008/308, Kazancı.

²²⁹ Kılıçoğlu, 83; Oğuzman/Öz, 344.

²³⁰ Y9HD., 27.2.2008, E. 2008/1358, K. 2008/2598, Kazancı.

leşmenin kurulmasına ilişkin görüşmelerde, taraflar arasında bir iş sözleşmesi kurulmadığından, tarafların daha işçi-işveren sıfatı olmadığından, doğacak olan uyumsuzluklara İş Mahkemeleri Kanunu m.1 gereği iş mahkemesinde bakılmaz.²³¹

Bizim de katıldığımız öğretiy görüşüne göre; “yürürlükteki hukukumuz açısından başka sonuca varılması mümkün görülüyorsa da, olması gereken hukuk bakımından, iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmelerde kusura dayanan davalara iş mahkemelerinde bakılması daha uygun olacaktır. Çünkü, iş sözleşmelerinin kurulmasından doğacak davaların bu konularda uzmanlığa sahip iş mahkemelerinde görülmesinde yarar vardır”.²³² Söz konusu iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmelerden doğacak uyumsuzlukların iş mahkemesinde çözümleneceğine dair açık hükme Alman İş Mahkemeleri Kanununda yer verilmiştir.²³³

SONUÇ

Sözleşme kurulması aşamasında, iş başvurusu yapan aday ile işveren ya da işveren vekili sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmelerin başlamasıyla, taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi doğmaktadır. TMK.m.2 gereğince, “herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda” olduğundan, bir kimse belirli bir kişiden kendisine yönelebilecek herhangi bir zarardan koruma yükümlülüğünü güven ilkesine göre beklemekte haklı ise onun güveninin korunması gerekir. Birbirlerini korumalarını gerektirecek kadar yakın bir ilişkiye, sosyal temasa giren kişiler; birbirlerine karşı özen göstermek, gerekli bilgileri vermek, kişi ve mal varlıklarına ve karşılıklı menfaatlerine zarar vermemek üzere koruma yükümlülüklerine uymak zorundadırlar. Tarafların özen ve koruma yükümlülükleri, görüşmelerin bir sözleşme doğurmuş olup olmadığına bakılmaksızın, sözleşmeden bağımsız olarak sözleşme görüşmesine başlamakla doğmaktadır.

İşte sözleşme görüşmecileri, bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumludurlar. Sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış nedeniyle doğan bu sorumluluk, “culpa in contrahendo” olarak adlandırılmıştır.

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan her biri yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükleri kusurlu davranışlarıyla ihlal ederse, diğer tarafın uğradığı zarar TBK.m.49 vd. haksız fiil hükümlerine göre değil, TBK.m.112 vd., borçların ifa edilmemesinin sonuçları hükümleri gereğince tazmin edilmelidir. Dolayısıyla, culpa in contrahendo’dan doğan sorumluluk, borca aykırılık esasına tabi tutulunca, Türk Borçlar Kanunu’nun 112 vd. düzenlenmiş olan borçların ifa edilmemesi hususundaki hükümler uygulanacaktır. Eğer, taraflar arasında bir sözleşme kurulmuş ise; işçi İşK.m.24/II-a, işveren de İşK.m.25/II-a’ya göre hile nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshedebilme

²³¹ Süzek, 311.

²³² M. Polat Soyer, İş İlişkinin Kurulması Ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Ankara 2010, 12; Süzek, 311.

²³³ §2, Abs 1, Nr. 3c, bak. Süzek, 311.

imkânına sahiptir. Tarafların haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilme haklarının olması, sözleşme öncesinde yani sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle oluşmuş olan zararın istenilebilmesine engel değildir.

KAYNAKÇA

- A. Nazım Sözer: Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları, Adalet Dergisi, 1982.
- Ahmet M. Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Ayfer Kutlu Sungurbey: Yetkisiz temsil Özellikle Culpa in Contrahendo – Sözleşme Görüşmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- Burcu Oğuztürk: Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Cevdet İlhan Günay: İş Davaları, Ankara 2008.
- Cevdet İlhan Günay: İş Hukuku, Ankara 2005.
- Cevdet İlhan Günay: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- Deborah J Lockton: Employment Law, London • Sydney • Portland, Oregon, 2003.
- Diana Brodman: Employee Answerbook The Practical Answers To The Top 250 Questions Every Employee Has, 2009.
- Elif Küzeci: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.
- Ercan Akyiğit: İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel iş Hukuku, İstanbul 2004.
- Faruk Eczacıbaşı: Kişisel Verilerin Korunması Yasası Hala Bekliyor, <http://yenisafak.com.tr/bilisim/?i=325978>, Yayın Tarihi: 22.06.2011.
- Fikren Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Fred S. Steingold: The Employer's Legal Handbook, Berkeley 2007.
- Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı: İş Hukuku, Ankara 2011.
- Hamdi Yılmaz: Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Cupla İn Contrahendo” Ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, Temmuz 1985.
- Hayrunnisa Özdemir: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009.
- Hayrunnisa Özdemir: İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, Haziran 2010.
- İlhan Uluşan: Culpa In Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- Jhering, R.: Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Vertraegen, Jhering Jahrbücher, 4, 1861.
- K. Ahmet Sevimli: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.
- Kenan Tunçomağ/Tankut Centel: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008.
- Kenan Tunçomağ: Türk Borçlar Hukuku Cilt: 1 genel Hükümler, Ankara 1976.

Ali Cengiz Köseoğlu: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011.

M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

M. Polat Soyer: İş İlişkinin Kurulması Ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Ankara 2010.

Malcolm Sargeant: Age Discrimination In Employment, Burlington 2006.

Manfred Rehbinder: İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar, Çeviren: Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45, sayı: 1-4, İstanbul 1982.

Mark C. Weber: Disability Harassment, New York and London 1953.

Melek Onaran Yüksel: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.

Murat Şen: Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gen Hukuku Özel Sayısı, Kayseri 2012.

Mustafa Çenberci: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

Münir Ekonomi: İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987.

O. Gökhan Antalya: Borçlar Hukuku genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.

Oser H./Schönenberger W.: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 25, N. 13, (Türkçeye çeviren. Recai Seçkin), Zurich 1947.

Öner Eyrenci: İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991.

Öner Eyrenci: İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991.

Raymond F. Gregory: Women and Workplace Discrimination, Rutgers University Press New Brunswick, New Jersey and London, 2003.

Roger LeRoy Miller/Gaylord A. Jentz: Fundamentals of Business Law, West Publishing Company, New York, 1993.

Rona Serozan: “Culpa in contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” Ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, 1968.

Sabahattin Yürekli: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2011.

Sarper Süzek: İş Hukuku, İstanbul 2012.

Shawn D. Twing/Andrew G. Little: Labour And Employment Law, Texas Tech Law Review, 2001.

Süleyman Yalman: Türk-İsviçre hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

Ünal Narmanlıoğlu: İş Hukuku, I Ferdi İş İlişkileri, Ankara 1988.

Zeki Okur: İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2011.

