

ALMAN HUKUKUNDA SOSYAL TEMAS KAVRAMI

*Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)**

ÖZET:

Modern sosyal sistemlerin gerekleri, haksız fiilin şartlarının oluşmadığı bazı durumlarda bireyleri diğer sözleşme tarafını seçmeden veya diğer sözleşme tarafıyla sözleşmenin içeriğini özel olarak belirlemeden, edimleri ifaya ya da üçüncü kişilerce yapılan ifaları kabule yönlendirmektedir. Bu tür durumlar hukukun diğer alanlarının yanında iş hukuku alanında da söz konusu olabilmektedir.

Klasik anlamda icap ve kabulün mevcut olmaması nedeniyle sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilememesinin yanında, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk şartlarının gerçekleşmediği durumlarda hak ve nesafet kuralları gereğince doğduğu kabul edilen ifa ödevinin kaynağı Alman doktrininde, -diğer şartların da varlığı halinde- “sosyal temas” kavramı kullanılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmada Türk hukukuna ışık tutması açısından 1940’lı yılların başlarında *Günther Haupt* tarafından ilk defa ortaya atılan ve *Alman doktrininde atom bombası etkisi gösterdiği* ifade edilen “sosyal temas” kavramı Alman hukuku çerçevesinde tanımlanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Sosyal, Temas, İş, Hukuku, Alman.

ABSTRACT:

In the cases that the essential components of tort liability are not occurred, necessities of the modern social systems require a party to make performance or to accept the performance by third parties without having to choose the other party of a contract or without having to specifically determine the content of a contract. Such cases may occur in labour law besides in the other areas of law.

Where there is no contractual relationship due to absence of a valid offer and acceptance and the conditions of tort liability are not fulfilled, the source of equitable duty to perform in German doctrine is explained via the term of “social contact” provided that the other requirements are met.

In this study, the term of “social contact” in German Law, which was originally asserted by *Günther Haupt* in early 1940s and *had the effect of an atom bomb in German doctrine* will be examined in order to provide a perspective to Turkish law.

Keywords:

Social, Contact, Labour, Law, German

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. Eleştiri ve yorumlarınızı gokhanerbas@yahoo.de adresine iletebilirsiniz.

I. GİRİŞ

Alman hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de özellikle özel hukuk alanına giren hukuki ilişkileri düzenlemeye yönelik en önemli araçlar kuşkusuz karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile meydana gelen sözleşmelerdir.¹ Bu bağlamda taraflar sözleşmeden kaynaklanan hukuki ilişkiler çerçevesinde, sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesi doğrultusunda karşılıklı olarak talepte bulunabilmektedirler. Bunun yanında aralarında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmayan tarafların, gerekli şartların mevcut olması halinde haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk hükümleri uyarınca birbirlerinden talepte bulunmaları mümkün olabilmektedir.

Diğer taraftan modern sosyal sistemlerin gerekleri, haksız fiilin şartlarının oluşmadığı bazı durumlarda bireyleri diğer sözleşme tarafını seçmeden veya diğer sözleşme tarafıyla sözleşmenin içeriğini özel olarak belirlemeden, edimleri ifaya ya da üçüncü kişilerce yapılan ifaları kabule yönlendirmektedir.² Bu tür durumlar hukukun diğer alanlarının yanında, örneğin alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında meydana gelen ve sözleşme ilişkisi ya da haksız fiil kalıpları içerisine oturtulamayan hukuki ilişkilerde olduğu gibi, iş hukuku alanında da söz konusu olabilmektedir.³

Bu çalışmada Türk hukukuna ışık tutması açısından Alman hukukunda arada sözleşme ilişkisi olmaksızın doğan ifa yükümlülüğünü açıklamakta kullanılan “*sosyal temas*” kavramı tanımlanmaya çalışılacaktır.

II. SOSYAL TEMAS KAVRAMINA İLİŞKİN ALMAN DOKTRİNİNDEKİ GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Alman medeni hukuk hükümleri uyarınca bir sözleşme ilişkisinin kurulması kural olarak sadece icap ve kabul ile mümkün olmaktadır. Fakat bazı durumlarda, örneğin bir otobüs ya da tramvay şirketinin ücret ödenmesi haricinde başka bir şart ileri sürmeksizin ve özellikle icap ve kabulün varlığıyla bir sözleşmenin kurulmasını beklemeksizin bireyleri taşımakla yükümlü olduğu durumlarda bireyler bir yerden başka bir yere bu şirket tarafından taşınmayı talep etme hakkına sahip olmaktadır. Böyle bir durumda sözleşme ilişkisi çerçevesinde ifa yükümlülüğünün doğabilmesi için karşılıklı olarak uyuşması gereken irade beyanları belirleyici özelliğini kaybetmektedir.⁴

¹ Krş. *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 5; *Oğuzman/Öz*, 39 vd.

² Krş. *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 6; *Oğuzman/Öz*, 34 vd.

³ Ayrıntılar için bkz. *Aydınlı*, 1 vd., 53.

⁴ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 6; krş. *Aydınlı*, 49 vd.; *Oğuztürk*, 108 vd.

Bu gibi durumlarda genel itibariyle ileride tekrar değinileceği üzere Alman Medeni Kanunu'nun [*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*] 823. maddesinde belirtilen haksız fiilin unsurlarının mevcut olmaması nedeniyle,⁵ haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun ve dolayısıyla ifa yükümlülüğünün doğduğundan bahsetmek de mümkün olamamaktadır.

Klasik anlamda icap ve kabulün mevcut olmaması nedeniyle sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilememesinin yanında haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk şartlarının gerçekleşmediği durumlarda hak ve nesafet kuralları gereğince doğduğu kabul edilen ifa ödevinin kaynağı, diğer şartların da varlığı halinde “sosyal temas” kavramı kullanılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Aşağıda Alman doktrininde bu doğrultuda ortaya çıkmış görüşlere değinilecektir.

B. Sosyal Temastan Kaynaklanan Fiili Sözleşme İlişkileri Görüşü

Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri görüşü ilk olarak *Günter Haupt* tarafından ortaya atılmıştır.⁶ Alman doktrininde, *Haupt*'un bu görüşünün ortaya ilk atıldığında bir “atom bombası” etkisi gösterdiğini ileri sürenler dahi olmuştur.⁷ *Haupt* çalışmalarında durumu detaylarıyla açıklayabilmek için bazı somut olaylardan hareket etmiştir.⁸ Bu bağlamda ilk olarak spor amaçlı uçan bir pilotun, kamuya açık bir havaalanına iniş yapması ve havaalanı ücretini ödememesi olayını ele almıştır. Bu olayda havaalanı şirketi söz konusu kişiye karşı dava açmıştır. Berlin-Mitte mahkemesi davacı şirketin talebini kabul etmiş ve -sonucu itibariyle doğru olan- kararına gerekçe olarak da taraflar arasında havaalanının ücret karşılığında kullanılması hakkındaki sözleşmenin zımni olarak kurulduğunu göstermiştir. Breaslau'daki bir başka mahkeme de başka bir olay hakkında benzer bir karar vermiştir.⁹ *Haupt*'a göre bu kararlar sonuçları itibariyle isabetli olmakla birlikte gerekçe itibariyle yanlıştır. Çünkü söz konusu pilot sadece havaalanına iniş yapmakla ne havaalanı şirketinin tekli-

⁵ BGB md. 823 şu şekilde bir düzenleme içermektedir:

“(1) Her kim kasti ya da kusurlu bir şekilde bir başkasının hayatına, bedenine, sağlığına, malına veya başka bir hakkına hukuka aykırı bir şekilde zarar verecek olursa, zarar görenin ortaya çıkan zararını tazminle yükümlüdür.

(2) Aynı ödev, bir başkasını korumayı amaçlayan kanunu ihlal eden kişiler için de söz konusudur. Kanunun içeriği uyarınca, söz konusu kanunun ihlalinin kusur olmaksızın da mümkün olması halinde, tazmin yükümlülüğü sadece kusurun mevcudiyeti hallerinde söz konusu olmaktadır.”

⁶ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 5 vd.; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 63 vd.

⁷ *Lehmann*, NJW 1958, 1, 5; krş. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 76.

⁸ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 7.

⁹ *Archiv f. Luftrecht* 1934, C. 4, 104 vd.

fini kabul etmekte ne de kendisi havaalanı şirketine icapta bulunmaktadır. Bu kişi hava trafiği kurallarına uygun bir şekilde hava alanına iniş yapmaktan başka hiç bir şey yapmamıştır. Ayrıca bu kişinin iniş yapmadan önce havaalanını kullanmaya yönelik sözleşme yapmak zorunda olduğu yönünde bir durum da söz konusu değildir. Çünkü somut olayın özellikleri gereğince bu kişi resmi makamlarca onaylanmış kullanım yönetmeliği kapsamında kamuya açık hava alanını kullanmaya yetkilidir. Bu nedenle bu kişiyi ne fiili ne de hukuki olarak Alman Medeni Kanunu (BGB) hükümleri uyarınca iniş sözleşmesi yapmaya zorunlu kılmak doğru değildir.¹⁰ Mahkemeler açısından bakıldığında böyle bir gerekçelendirmenin asıl amacı, ücret talebine hukuki bir dayanak sağlayabilmek için sözleşme hukuku hükümlerini kullanabilmektir.¹¹

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, bu tür sözleşme ilişkilerinin hiç bir irade beyanı olmadan meydana gelebileceği gibi, irade beyanı mevcut olup da sözleşme ilişkisinin kurulması açısından ve sözleşme içeriği açısından belirleyici bir anlam ifade etmediği hallerde de meydana gelebileceğidir.¹² Bu tür sözleşme ilişkilerini *Haupt* “*fiili sözleşme ilişkileri*” olarak isimlendirmekte ve bunları; *sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri*, *bir topluluğa ya da bir organizasyona katılmadan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri* ve Türkçe tabiri ile “iltihaki sözleşmeler” olarak bilinen *tipik sosyal davranışlardan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri* olmak üzere üçe ayırmıştır.¹³ Burada bizim inceleyeceğimiz kısım sadece *-Haupt*’un tabiriyle- *sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileridir*.

Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri, çoğunlukla çözümlü sözleşme yapılması esnasında borçlanma görüşünde aranan olaylarda görülmektedir. Bu gibi olaylarda özellikle sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*)¹⁴ ilkesi kapsamına sokulmaya çalışılan ifa ödevinin, herhangi bir sözleşmenin kurulamamasına ve bu nedenle ilgili kişilerin zarara sebebiyet veren davranışlarının mevcut olmayan sözleşmenin geriye etkili olmaması nedeniyle klasik sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına sokulamamasına rağmen, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi problem teşkil etmektedir.¹⁵ Bunun yanında sözleşme kurulmuş olsa bile pek tabii ki

¹⁰ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 7 vd.

¹¹ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 8.

¹² *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 8.

¹³ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 9; ayrıca bkz. *Aydınlı*, 51 vd.; MünchKommBGB 2012/*Busche*, Vorbemerkung, kn. 44.

¹⁴ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aydınlı*, 75 vd.; *Oğuztürk*, 87 vd.; *Yılmaz*, 91 vd.

¹⁵ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 9.

sözleşmenin feshinin veya iptalinin mümkün olduğunun da göz ardı edilmemesi yerinde olacaktır.¹⁶

Bu gibi sorunlar nedeniyle başka somut bir gerekçenin bulunması zorunluluk olarak kendini göstermektedir. Bu gerekçenin tarafların gerçekte olmayan irade beyanları ile değil de, objektif olarak mevcut olan unsurlarla bağlantılı olmalıdır. Ortada sözleşmenin yokluğu nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna başvurulması doğru değildir. Çünkü dükkâna gelen müşteri örneğinde olduğu gibi, alıcı satış görüşmeleri başlamadan önce dahi artık satıcı açısından herhangi bir “üçüncü kişi” niteliğini taşımamakta ve bu nedenle haksız fiil sorumluluğunun şartları oluşmamaktadır. Diğer taraftan birbiriyle uyuşan icap ve kabul neticesinde meydana gelen bir sözleşmenin kurulması da söz konusu değildir. Buradaki hukuki ilişki tam olarak ancak sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu sınırlarları arasındaki bir hukuki zemine oturtulabilmektedir.¹⁷ *Haupt*'a göre bu tür olaylarda yapılması gereken, bu olayların kendilerine has yapıları kabul edilerek, sözleşme hukukuna göre bir yargıya varmak, somut ifadeyle herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadan sözleşme ilişkisinin varlığını kabul etmektir.¹⁸ Tipik bir şekilde ilgili kişiler arasında meydana gelen özel sosyal ilişki diğer bir deyişle “sosyal temas”, bu kişileri birbirleri için sadece “üçüncü kişi” olma niteliğinden sıyrarak bunlar arasında bir bağlantı kurmaktadır. Sosyal temas halindeki bu kişiler arasında meydana gelen zararın tazmini konusunda haksız fiil sorumluluğuna kıyasla, sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarının uygulanması daha adil, daha uygun olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁹

C. Sosyal Temastan Kaynaklanan Kanun Kapsamı Haricindeki Koruma Yükümlülükleri Görüşü

Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri görüşünün *Haupt* tarafından ortaya atılmasının ardından, *Hans Dölle* tarafından “kanun kapsamı dışında kalan sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülükleri” görüşü ileri sürülmüştür.²⁰

Bu görüşe göre sözleşmeden kaynaklandığı kabul edilen sorumluluğun kaynağı, sadece sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesi kapsamında değerlendirilen olaylar değildir. Alışveriş yapmak niyetiyle halı mağa-

¹⁶ *Hildebrandt*, 225 vd.

¹⁷ Krş. *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 11.

¹⁸ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 11.

¹⁹ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 11.

²⁰ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 67 vd.; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79.

zasına giren ve burada üzerine düşen halılar nedeniyle yaralanan kişi örneğinde olduğu gibi varlığı kabul edilen koruma yükümlülüklerinin, yapılmış bir sözleşmeye veya sözleşme benzeri bir borç ilişkisine dayandırılması mümkün değildir. Bu bağlamda koruma yükümlülüklerinin sözleşme yapılması esnasında mevcut olan sorumluluktan kaynaklandığı tezi de problem teşkil etmektedir.²¹ Burada belirleyici olan sözleşme yapmaya yönelik görüşmelere başlamak değil ilgili şahısların karşılıklı olarak birbirlerine ya da en azından bu şahıslardan birinin diğerine karşı güven duyması ve bu nedenle kendi kişisel haklarını bilinçli bir şekilde, sosyal temas ile amaçlanan hedefe ulaşmak niyetiyle, diğerinin etki alanına ve dolayısıyla diğerinin koruma ve özen yükümlülüğünün bulunduğu alana sokmasıdır.²² Burada güven ilişkisi, borç ilişkisinin sonucu olarak değil, aksine sebebi olarak kabul edilmelidir.²³ Sonuç olarak burada yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden durumun ortaya çıkmasına sebep olan sözleşme görüşmeleri değil sosyal temastır. Bu noktada fiil ehliyeti ve irade beyanı hakkındaki normlar herhangi bir önem taşımamaktadır. Bu bağlamda sadece sözleşme görüşmesi yapmak için gelen kişi değil, bunun yanında mahkeme kararını uygulamak için gelen ve ev sahibi tarafından aslında istenmeyen icra memuru da bu korumadan faydalanır.²⁴

Ortaya konulan bu esaslar daha sonra *Pallmann* tarafından da benimsenmiştir. *Pallmann*'a göre sosyal temas çerçevesinde oluşan güven ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk, sosyal temasın saikini oluşturan ticari amaçlara ilişkin sınırlamalara değil sadece genel sınırlamalara tabi olmalıdır.²⁵

Canaris de satış mağazası olaylarını –kanaatimizce de isabetli olarak- sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesinin özel dogmatığı içerisine sokulmasına karşı olduğu yönünde görüş bildirmiştir.²⁶ O'na göre bir kişinin satış mağazasına girip yerde bulunan bir muz kabuğuna basarak düşmesi sonucunda yaralanması halinde söz konusu olan, o kişinin herhangi bir irade beyanına olan güvenini korumak değildir. Ayrıca böyle bir güvenin dayanağını oluşturabilecek bir fiili hadise de genel itibarıyla söz konusu olmamaktadır ve güvenilen kişinin belli önlemleri almasıyla ya da almayı ihmal etmesiyle ilgili bir durum da mevcut olmamaktadır. Bunlarla birlikte iyi niyet ilkesinden hare-

²¹ Dölle, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 72.

²² Dölle, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 74, 84; krş. Rötzer, 38.

²³ Dölle, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 74, dn. 1, krş. Staudinger/Schmidt, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 252.

²⁴ Dölle, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 74 vd.

²⁵ *Pallmann*, 87 vd.

²⁶ *Canaris*, 539 vd; krş. MünchKommBGB 2003/Kramer, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 91.

ket ederek bir sorumluluğun doğduğunu söylemek de pek mantıklı gözükmemektedir.²⁷ Bu açıklamalara rağmen *Canaris*'e göre, satış mağazası olaylarını güven sorumluluğu prensipleri kapsamında, yani sonuç itibarıyla sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) dogmatığı esasları uyarınca değerlendirmek doğru olacaktır. Çünkü bu olaylarda kendi hukuki dayanaklarını, “yara-lanan kişinin hukuki bir ilişki çerçevesinde kendi kişisel haklarını diğer tarafın etki alanına ve dolayısıyla diğerinin koruma ve özen yükümlülüğünün bulunduğu alana sokmasında” bulmaktadır.²⁸

Haupt'dan farklı olarak *Dölle* “sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri” kavramını kullanmayı reddetmiştir. Çünkü, sosyal bağlantıların yeni ve farklı bir şekilde değerlendirilmesi sonucu gün yüzüne çıkan bir durumun gerekli nitelikte olmamasına rağmen, bilinen, köklü bir fenomen kapsamı dahilinde kategorize etmek doğru değildir. Ayrıca söz konusu ilişki bir sözleşmeye dayanmadığı gibi, bu ilişki için objektif sözleşme hukuku kuralları geçerli değildir. Bu gerekçelerle *Dölle*, suya sabuna dokunmadan “sosyal temastan kaynaklanan, kanun kapsamı haricindeki koruma yükümlülükleri” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.²⁹

Sosyal temastan kaynaklanan, kanun kapsamı haricindeki koruma yükümlülükleri görüşü özellikle sözleşmeden doğan sorumluluğa sebebiyet veren unsurların yeterli bir şekilde somutlaştırılmaması ve bundan dolayı sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluk sınırlarının belirlenmesinde probleme sebebiyet vermesi gibi nedenlerle doktrinde sert eleştirilere maruz kalmıştır.³⁰

Bu eleştiriler *Dölle*'nin sadece haksız fiil hukuku kapsamında kabul edilmiş genel güvenliği sağlama ödevinden değil de aynı zamanda sosyal temas dolayısıyla oluşan özel bağlar çerçevesindeki sorumluluktan³¹ söz edebilmek için gerekli olan kriterlerin oluşup oluşmadığını yeterince incelemiş olması nedeniyle isabetli bulunmamıştır.³²

²⁷ *Canaris*, 539 vd.

²⁸ *Canaris*, 540, krş. NK-BGB/*Krebs*, § 241, kn. 28.

²⁹ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 85; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79.

³⁰ *Frotz*, 63, dn. 147; *Lehmann*, NJW 1958, 1, 2.

³¹ Ayırım için bkz. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79 vd.

³² *Thiele*, JZ 1967, 649, 652; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79.

III. SOSYAL TEMAS KAVRAMINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Türk hukukunda da zararın sorumluluğunun bir rastlantıya yüklenmesinin toplumdaki adalet inancına ilişkin problemlere neden olabileceğinden hareketle, hukuk kuralları kapsamında zararın dengeli paylaşımı ve hakkaniyet kuralları gereği menfaat teminine katkıda bulunanlara edimlerinin karşılığının verilmesi arayışına girildiği söylenebilir.³³

Bu bağlamda çalışma içerisinde kısmen değinildiği üzere “sosyal temas” kavramı Türk hukukunda da ele alınmıştır.³⁴ Bu kavramı genel itibariyle iş hukuku penceresinden değerlendiren *Aydınlı*, sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüklerini Türk hukukunda genel itibariyle MK. md. 2’de yerini bulan dürüstlük kuralına, iş ilişkisi açısından ise işverenin işçisini koruma yükümlülüğüne dayandırmıştır.³⁵ *Oğuztürk* tarafından, *arada geçerli bir hizmet sözleşmesi olmakstızın bir kişinin bir iş yerinde çalışmaya başlaması hali, çalışan kişinin işverenin menfaat alanı içerisine girmesi sebebiyle sosyal temasın oluşumuna en açık örnek olarak gösterilmiştir.*³⁶ Yazar tarafından sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüğünün daha ziyade henüz sözleşme kurulmadan önce oluşan güvenden kaynaklanan sorumluluk kapsamında algılandığı görülmektedir. Bunun yanında sosyal temastan kaynaklanan yükümlülüklerin, sözleşme kurulamayacağıının netlik kazanması sonrasında da söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan doktrinde, sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülükleri kapsamına sokulan olayların esas itibariyle mevcut hukuk kuralları çerçevesindeki klasik hukuki işlem teorisi esas olarak haksız fiil ve sebep-siz zenginleşme hakkındaki hükümlere dayanarak hukuki zemine yerleştirilebileceği ve genel olarak fiili borç ilişkileri görüşüne Türk hukukunda yer olmadığı da savunulmuştur.³⁷

IV. SONUÇ

Bu açıklanan görüşlerin ışığı altında bakıldığında bu tür olaylarda bir sorumluluktan söz edebilmek için öncelikli olarak, haksız fiilden söz edilebilecek

³³ Krş. *Eren*, 152 vd.; *Kılıçoğlu*, 10 vd.; *Kocayusufopaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 70 vd.

³⁴ *Aydınlı*, 1 vd. 71 vd.; *Kocayusufopaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 78vd.; *Oğuztürk*, 82, 108 vd.; krş. *Kılıçoğlu*, 2, 8 vd.; *Oğuzman/Öz*, 37 vd.

³⁵ *Aydınlı*, 254 vd.. krş. *Yılmaz*, 27 vd.

³⁶ *Oğuztürk*, 108.

³⁷ *Kocayusufopaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 80; *Serozan*, 84 vd.

tesadüfi karşılaşmaların üzerinde kişilerin birbirleriyle bağlantı halinde buldukları spesifik bir sosyal temasın mevcut olması gerekmektedir.³⁸ Bunun haricinde söz konusu bu sosyal temas, hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşmiş olmalıdır.³⁹

Sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülükleri Almanya'da haksız fiil hukukunun ciddi nitelikteki zayıf noktalarını bertaraf etmek üzere esas itibarıyla sözleşme hukukundan hareket edilmek suretiyle geliştirilmiştir.⁴⁰ Bu bağlamda *sosyal temastan kaynaklanan sorumluluk* kavramından anlaşılması gereken, kendine has özel yapısı nedeniyle, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluk kalıplarına tam olarak oturtulamayan,⁴¹ hak ve nesafet kuralları çerçevesinde güven ilişkisine dayalı olarak ortaya çıktığı kabul edilen sorumluluktur. Güven ilişkisinden hareket eden böyle bir gerekçe açık bir şekilde sözleşme girişimine başlanması konusunda bir hüküm içeren BGB md. 311 f. 2 hakkındaki hükümet gerekçesiyle⁴² tamamen uyumaktadır. Diğer taraftan sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüklerini tamamen sözleşme yapma niyetine bağlamak yerinde olmayacaktır.

Bunların yanında günümüzde sosyal teması, ticari temas veya organize temas ya da nihai temas olarak somutlaştırmak isteyen görüşlerin Alman doktrininde baskın olduğu söylenebilir.⁴³

Bunlara ek olarak, Almanya'da 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren geçerli olan borçlar kanunu reformu⁴⁴ ile sosyal temastan kaynaklanan sorumluluk düşüncesini en azından "ticari temastan" kaynaklanan borç ilişkisi açısından BGB md. 311 f. 2 içerisinde⁴⁵ açık bir şekilde benimsediğini ifade etmek yerinde olacaktır.⁴⁶

³⁸ Esser/Schmidt, AT/2, 147, krş. Staudinger/Schmidt, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 252.

³⁹ Dölle, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 75.

⁴⁰ Stoll, FS von Hippel 1967, 517, 527. MünchKommBGB 2003/Kramer, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 91.

⁴¹ Bununla birlikte sosyal temas kavramının asıl itibarıyla (*genuin*) haksız fiil hukuku ve sözleşme hukukunda kaynağını bulduğunu söylemek yerinde olacaktır, bkz. Stoll, FS von Hippel 1967, 517, 527; MünchKommBGB 2003/Kramer, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 91, dn. 355.

⁴² BT-Drucks. 6857.

⁴³ NK-BGB/Krebs, § 241, kn. 27.

⁴⁴ 26 Kasım 2001 tarihli Alman Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Dair Kanun [**Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl. I S. 3138)**] ile Alman Medeni Kanunu (BGB) içerisindeki borçlar hukukuna ilişkin hükümler, Avrupa Topluluğu direktifleri de göz önünde bulundurularak 1 Ocak 2002 tarihinden geçerli olmak üzere (BGBl. I S. 42) değiştirilmiştir.

⁴⁵ BGB md. 311 "Hukuki işlemlerden ve hukuki işlem benzeri işlemlerden doğan borç ilişkileri" başlığı altında şöyle bir düzenleme içermektedir:

Genel bir değerlendirme yapılacak olursa, verilen örneklerde de görüldüğü üzere bu tür olaylarda tarafların arasında zımni olarak kurulmuş da olsa herhangi bir sözleşme bulunmamakta ve hatta tarafların kesinlikle herhangi bir sözleşme yapma niyeti bulunmayabilmektedir. Bu bağlamda bu gibi durumlarda hak ve nesafet kuralları uyarınca doğduğu kabul edilen ifa ödevini her durumda sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) veya fiili sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kapsamında değerlendirmek sonuç olarak doğru olsa da esas itibarıyla çok uygun görünmemektedir. Sonuç olarak sosyal temasa ilişkin görüşler karşılaştırıldığında, -zımni olarak kurulmuş da olsa- herhangi bir sözleşme olmaksızın taraflar arasında doğacak borç ilişkilerini “sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri” olarak değil de “sosyal temastan kaynaklanan kanun kapsamı dışında kalan koruma yükümlülükleri” olarak tanımlamak daha isabetli görünmektedir.

Meseleye Türk hukuku açısından bakıldığında, sosyal temastan kaynaklanan sorumluluğun mevcudiyetinin doktrinde ele alındığı, fakat “sosyal temas” kavramının uygulamada kullanımına hemen hemen hiç rastlanılmadığı görülmektedir. Bu bağlamda -şartların varlığı halinde- muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi açısından, hukuk güvenliğini tehlikeye atmayacak ve hukukun objektifliğine gölge düşürmeyecek ölçüde “sosyal temas” kuramının kullanılması, uygulamada hak ve nesafet kuralları gereğince olması gerekenlerin hukuki bir zemine yerleştirilmesinde yararlı olabilecektir.

“(1) Hukuki işlemde kaynaklanan borç ilişkisinin kurulması ve aynı şekilde bir borç ilişkisinin içeriğinin değiştirilmesi için, kamun aksini öngörmedikçe, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı gereklidir.

(2) § 241 f. 2 uyarınca söz konusu olan ödevleri içeren bir borç ilişkisi şu durumlarda da doğar:

1. sözleşme pazarlıklarına başlanması,

2. bir tarafın muhtemel bir hukuki ilişki bağlamında karşı tarafa kendi hakları, hukuki değere sahip varlıkları ve menfaatleri üzerinde tasarrufla bulunma imkânını verdiği veya ona bunları emanet ettiği bir sözleşmeye hazırlık ya da

3. benzer ticari temaslar.

(3) Md. 241 f. 2 uyarınca söz konusu olan ödevleri içeren bir borç ilişkisi, sözleşme tarafı olmayacak kişiler için de doğabilir.² Böyle bir borç ilişkisi özellikle, üçüncü kişinin önemli derecede güven telkin ettiği böylece sözleşme pazarlıklarını ya da sözleşmenin kurulmasını ciddi şekilde etkilediği durumda doğar.”

⁴⁶ Krş. MünchKommBGB 2012/Busche, Vorbemerkung, kn. 44; MünchKommBGB 2012/Bachmann/Roth, § 241 BGB kn. 126; NK-BGB/Krebs, § 241, kn. 28.

KISALTMALAR

Archiv f. Luftrecht	: Archiv für Luftrecht (Dergi)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGBI	: Bundesgesetzblatt (Alman Resmi Gazesi)
BT-Drucks	: Drucksache des Deutschen Bundestages (Almanya Federal Meclis Tutanakları)
C.	: Cilt
dn.	: dip not
FS	: Festschrift (Armağan)
JZ	: Juristenzeitung (Dergi)
kn.	: kenar numarası
md.	: madde
MK.	: Medeni Kanun
MünchKommBGB	: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NK-BGB	: Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (Dergi)
S.	: Sayfa
vd.	: ve devamı
ZgesStaatsW	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Dergi)

KAYNAKÇA

Aydınlı, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004. Atıf şekli: Aydınlı, ...

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971. Atıf şekli: Canaris, ...

Döller, Hans: Aussergesetzliche Schuldpflichten, ZGesStaatsW 1943, C. 103, 67-102. Atıf şekli: Döller, ZGesStaatsW 1943 C. 103, ...

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, 2012. Atıf şekli: Eren, ...

Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Bası, Heidelberg 2000. Atıf şekli: Esser/Schmidt, AT/2, ...

Frotz, Gerhard: Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt a. M. 1972. Atıf şekli: Frotz, ...

Haupt, Günter: Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, C. II, 1-37. Atıf şekli: Haupt, FS Siber 1943, ...

Hildebrandt, Heinz: Erklärungshaftung, Berlin 1931. Atıf şekli: Hildebrandt, ...

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:

Kılıçoğlu, Mustafa: Sorumluluk Hukuku - Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. I, Ankara 2002. Atıf şekli: Kılıçoğlu, ...

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, C. I, 4. Bası, İstanbul 2008. Atıf şekli: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, ...

Lehmann, Heinrich: Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1-5. Atıf şekli: Lehmann, NJW 1958, ...

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2003: Band 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Bası, München 2003. Atıf şekli: MünchKommBGB 2003/Bölüm yazarı, ...

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2012: Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 6. Bası, München 2012. Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Bası, München 2012. Atıf şekli: MünchKommBGB 2012/Bölüm yazarı, ...

Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2/1: Schuldrecht, 2. Bası, Berlin 2011. Atıf şekli: NK-BGB/Bölüm yazarı, ...

- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009. Atıf şekli: Oğuzman/Öz, ...
- Oğuztürk, Burcu (Kalkan):** Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008. Atıf şekli: Oğuztürk, ...
- Pallmann, Hans - Dietrich:** Gefällkeitsverhältnisse: Rechtsfolgen aus Gefällkeitsverhältnissen, Tübingen 1971. Atıf şekli: Pallmann, ...
- Rötzer, Hans:** Die Uneigennützigkeit im Zivilrecht, Augsburg 2008. Atıf şekli: Rötzer, ...
- Serozan, Rona:** Die Überwindung, Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischen Recht, Tübingen 1968. Atıf şekli: Serozan, ...
- Stoll, Hans:** Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, 517-559. Atıf şekli: Stoll, FS von Hippel 1967, ...
- Thiele, Wolfgang:** Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649-657. Atıf şekli: Thiele, JZ 1967, ...
- Yılmaz, Asuman:** Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güven- den Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010. Atıf şekli: Yılmaz, ...
- Zweites Buch:** Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-243, 13. Bası, Berlin 1995. Atıf şekli: Staudinger/Bölüm yazarı, ...

