

**«CULPA IN CONTRAHENDO», «AKDİN MÜSBET İHLÂLİ»
VE «ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞME»
KURUMLARININ ORTAK TEMELİ :**

EDİM YÜKÜMLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİSİ

Asis. Dr. Rona SEROZAN

I. Kanunda, çözümlenmesi gerekli somut bir uyuşmazlık olutunun altlanabileceği soyut bir normun bulunmadığı durumlarla (açık boşluklar) pek sık karşılaşmaktayız. Fakat çok daha sık olarak, somut bir uyuşmazlık olutunun altlanabileceği soyut bir normun varlığına rağmen, şekli atlama yöntemine uygun bir uygulamanın adalet değerlerine ve hukuk sistemimizin ruhuna göre fazla dar veya geniş düştüğü durumlar (örtülü boşluklar) karşısında kalmaktayız.¹

Yargıç bir uyuşmazlığı, somut olutun altlanabileceği bir norm bulunmadığı sebebiyle çözümlenmeden kaçınmadığı gibi, oluta doğrudan doğruya uygulanabilir bir normun varlığına dayanarak adalete ve hukuk sisteminin ruhuna aykırı bir yargıya da varamamalıdır.²

Yargıcın «lex lata»yı aşma yetkisini «hukukî güven» ilkesi ile bağdaştırmak çetin bir sorundur. Hukukî güven, yargıç tarafından verilecek yargıların önceden görülebilmesini gerektirir. Oysa normlar üstü bir yargıçlar hukukunun çözümlerini önceden görebilmek pek zordur. Bu durum karşısında, adalet düşünceleri ile, kanunun uygulanmasında şekli atlama yöntemini kenara itivererek, hukukî güveni tehlikeye sokan bir boşluk doldurma eylemi, ancak mümkün olduğu kadar genel, yalın, kesin ve böylece «görülebilir» bir temele

1) Fazla dar norma örnek: MK 258 (Evlât edinene, evlâtlık ilişkisini kaldırma yolundaki dilemi evlâtlığın mirastan 'mahrumiyeti'ni haklı kılacak bir davranışının varlığı şartına bağlı tutmuş, mirastan 'iskat' sebebi teşkil edecek davranışı dışta bırakmış); fazla geniş norma örnek: MK 296 (Babalık davasını açma hakkının istisnasız 1 yılda düşmesini ön görmüş).

2) Yargıcın açık boşlukları doldurma yetkisinin özel hukukumuzdaki dayanağı MK 1/1 iken, örtülü boşlukları doldurma yetkisinin dayanağı MK 2/2 olmaktadır; bk. MERZ, ZGB 2 N 25; MEIER-HAYOZ, ZGB 1 N 295 v.d.

oturtulmakla hukukî güveni yeniden kurabilir. Bu yazıda, sorumluluk hukuku alanında artık iyiden iyiye belirlenmiş, **contra legem** olarak nitelendirilebilecek, fakat asla **contra ius** damgasını yiyemeyecek bir boşluk doldurma eylemi böyle bir hukukî temele kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Bir boşluk doldurma eyleminin ürünleri olan inceleme konusu üç hukukî kurum, birbirlerinden bağımsız olarak gelişmiş bulduklarından, aralarındaki sistematik bağlantı gözden kaçırılmış ve bu yüzden herbirinin uygulanmasında mahkemeler ayrı bir içtihat rotası izlemişlerdir. Bu durumun hukuk düşünürlerini ve uygulayıcılarını sürüklediği indî çözümler, garip çelişmeler, hukukî güvensizlik ve nisbî adaletsizlik şimdi vereceğim örneklerde pek açık bir biçimde yüzeye çıkacaktır :

Birinci örnek : Satıcı S'nin tezgâhtarı T, satım sözleşmesinin müzakereleri safhasında alıcı A'nın ayağına bir mal düşürüyor ve A'nın sakatlanmasına yol açıyor; sözleşme kurulamamış veya geçersiz olarak kurulmuştur. S akdî «culpa in contrahendo» sorumluluğuna ve dolayısıyla kusur ve illiyet karînesini çürütmek suretiyle kurtulamayacağı bir sorumluluğa (BK 100) 10 yıl süreyle (BK 125) bağlı olacaktır.³

Alıcı A sözleşmeyi kurmuş ve malın evine yollanmasını istemiş, malı eve getiren tezgâhtar bunu kapıyı açan A'nın ayağına düşürmüştü, fakat bu arada sözleşmenin geçersiz olduğu anlaşılırsa, tezgâhtar T'yi kullanan satıcı S, A'ya karşı kusur ve illiyet karînesini çürütmek suretiyle sıyrılabileceği bir sorumluluğa (BK 55) yalnız 1 yıl süreyle (BK 60) bağlı olacaktır. («Culpa in Contrahendo» yoktur, çünkü sözleşme müzakereleri safhasından çıkmıştır; «akdin müsbet ihlâli» yoktur, çünkü sözleşme geçersizdir.) (! ?)

İkinci örnek : T malı A'nın değil de A'nın kızı K'nın ayağına düşürüyor; satım sözleşmesi geçerliyse K T'yi kullanan S'ye karşı BK 100'ün elverişli sorumluluk sistemine dayanabilir. («Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kurumu)

T malı satım sözleşmesinden doğan borcun yerine getirilmesi amacıyla değil de S'nin A'ya karşı yüklenmiş olduğu aynen giderim borcunun yerine getirilmesi amacıyla eve getirmiş ve K'nın ayağına düşürmüştü, S K'ya karşı BK 100 gereğince sorumlu değildir, çünkü S ile A arasında bir sözleşme yoktur ki bunun üçüncü kişiyi koruyucu etki doğurabileceği kabul edilebilsin. (!?)

3) Bk. ileride II, 1.

4) Bk. ileride II, 3.

II. 1. Culpa in contrahendo : BK'muzda kusurlu olarak bir hukukî işlemin geçersizliğine yol açma olutunun doğrudan doğruya altlanabileceği bir genel norma rastlanmamaktadır. Bir hukukî işlemin geçersizliğine sebebolarak karşı tarafı zarara uğratan kişinin sorumluluğu ne haksız fiile ilişkin BK 41'in genel kuralından, ne sözleşmeye ilişkin BK 96'nın genel kuralından çıkarılabilir; haksız fiil yoktur, çünkü geçersizliğe yol açma eylemi bir mutlak hukuka aykırılık veya ahlâka aykırılık teşkil etmez;⁴ a sözleşmeye aykırılık yoktur, çünkü geçersizliğe sebebolma ihtimalinde ne mutlak ne nisbî bir hukuka aykırılık söz konusu değildir; sözleşme kurulmamış, kurulamamıştır.⁵ ve 5a)

Kanun çözümü gereken bir soruna değinen bir norm kapsamamaktadır. Burada kanun koyucunun bilinçli bir susması değil, fakat açık bir boşluk söz konusudur.⁶

JHERİNG'den esinlenen öğreti, işlem konuşmalarını, kaynağını güven ilkesinde bulan bir hukukî işlem benzeri saymış ve tarafların bu konuşma sırasında özen ve açıklama yükümüne aykırılıklarına giderim borcu bağlamıştır.⁷ Hakim görüş, bu giderimin kaynağı olarak sözleşmeyi kabul etmiş ve böylelikle zaman aşımı, hizmetlinin eyleminden sorumluluk ve ispat yükü bakımından sözleşmeye ilişkin kuralları uygulanmıştır.⁸

Fakat «culpa in contrahendo» kurumuna yalnız açık boşluğun doldurulmasında değil, örtülü boşluğun doldurulmasında da başvuru

4a) Bazı nitelikli durumlarda, geçersizliğe yol açma eyleminin BK 41/2 anlamında bir ahlâka aykırılık teşkil etmesi ihtimali saklıdır.

5) BK 26, 39, MK 365/2 özel üç olut için nisbî hukuka aykırılığı ön görmüşlerdir.

5a) Sözleşmeye aykırılığı 'nisbî hukuka aykırılık' olarak nitelendirmekle sui generis bir hukuka aykırılık biçimi ortaya atmamakta, sadece, haksız fiilden farklı olarak herkesin uyma zorunda olduğu bir norma değil de salt borçlunun alacaklıya karşı uymak zorunda olduğu bir norma aykırılığın söz konusu olduğunu açıklamak istemekteyim; bk. LÖWISCH. Archiv für die zivilistische Praxis 165, 422.

6) Kanunun BK 26, 39 ve MK 365/2'de beliren ruhu, argumentum e contrario'yu değil, argumentum per analogiam'ı haklı kılar.

7) Bk. JHERİNG, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik 4, 1 v.d. Yazar bu ün yapmış yazısında şöyle yazıyor (sayfa 52): «Akdî diligentia yükümü, kurulmuş sözleşmeler kadar, kurulacak sözleşmeler bakımından da yürürlükte, bu yüküme aykırılık orada da burada da akdî giderim davasını haklı kılar.»

8) Bk. von TUHR-SIEGWART, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich, 1942, § 24 VII; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I, İstanbul, 1965, 143; TEKİNAY, Borçların ifası, ihlâli, sona ermesi, İstanbul, 1967, 179 v.d.:

rulmuştur. Şöyle ki, sözleşme konuşmaları 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 nisbî adalete aykırı görülmüş ve tarafların daha sözleşme kurulmadan karşılıklı özen gösterme yükümleri kuran bir sözleşme benzeri hukukî ilişki içerisinde buldukları görüşü çerçevesinde, karşı tarafın kişi ve mal varlığına sözleşme konuşmaları safhasında özensizliği yüzünden bir zarar veren kimsenin sözleşme hukukuna göre giderim borçlusu olduğu kabul edilmiştir.⁹

«Culpa in contrahendo» ya dayanan giderim borcunun kaynağını sonradan kurulan sözleşmede görmek doğru değildir.¹⁰ Çünkü «culpa in contrahendo», sözleşmenin geçersizliğine yol açma biçiminde belirdikte veya hiçbir sözleşme yapılmadıkta bir sözleşmeden söz edilemeyeceği açıktır.¹¹ O halde akdî «culpa in contrahendo» sorumluluğunun temelini «edim ilişkisi» anlamındaki klâsik sözleşme anlayışını aşarak başka yerlerde aramak gerekecektir.

2. Akdin müsbet ihlâli : Borçlunun sözleşmeye aykırı davranışlarını «kusurlu imkânsızlık» ve «gecikme» kategorilerine ayıran hu-

9) Bk. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 6. Auflage, München und Berlin, 1963, 39 v.d.; BLOMEYER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1964, 72. Çığarı açan, Alman Reich mahkemesinin şu kararı olmuştur: Bir muşamba topu ile ilgilenen davacı, tezgâhtarın muşamba topunu ayağına düşürmesi üzerine sakatlanmış ve satım sözleşmesini kurmadan hışımla mağazadan çıkmıştır. Mahkeme, müşterinin sözleşme hukukuna göre giderim alacaklısı olduğunu kabul etmiştir; bk. RGZ 78, 239.

Alman hukukunda, sözleşmenin müzakereleri safhasında kişi ve mal varlığına verilen zararın da 'culpa in contrahendo' sorumluluğunun kapsamına gireceği yolundaki görüş her nedense ve ne yazık ki İsviçre ile Türk hukuk öğretisinde taraftar bulamamıştır; meselâ bk. BARTH, Schadenersatz bei nachträglichem Unmöglichkeit der Erfüllung, Aarau, 1958, 14 dipnotu 77. Oysa fikrimce sözleşmenin müzakereleri sırasında gösterilmesi gerekli özeni, yalnızca karşı tarafın hukukî işlemin yapılması çıkarına zarar vermeme bakımından kabul etmek, kişi varlığını mal varlığının belirli bir dilimi ölçüsünde korumamak adalete ve kanunun ruhuna aykırı düşer. BK 410-411 bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaksızın da iş gören için işi görülenin kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümünü ön görmektedir. Sağlığa, mülkiyete verilen zararlarda akdî 'culpa in contrahendo' sorumluluğunu kabul etmeye yanaşmayan İsviçre ve Türk öğretisi, gerçek vekâletsiz iş görmede kişi ve mal varlığına verilen zararlar bakımından pekâlâ akdî sorumluluğu kabul etmektedir; bk. meselâ BİLGE, Borçlar Hukuku Dersleri Hususî Borç Münasebetleri, Ankara, 1958, 235.

10) Böyle ama JHERING.

11) Krs. BGE 77 II 135.

12) STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, 1904.

kuk düzenlerinde bu iki olutun dışında kalan bir borca aykırılığı ilk olarak sezen STAUB olmuştur.¹² Evimize istisna sözleşmesinden doğan borcun ifası maksadiyle gelen tamircinin su borusunu yetersiz sıkması yüzünden evi su basması veya tamircinin işini bitirdikten sonra attığı sigaranın bir yangına sebeb olması halinde, uğradığımız zararın, kusurlu imkânsızlık ve gecikme kategorilerine sokulması mümkün olmadığı halde, sözleşme hukukuna göre giderilmesi gerektiği fikri artık genel olarak benimsenmiş bulunmaktadır.¹³

13) Her ne kadar TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, 401'de borçlunun alacaklıya zarar veren eyleminin borcun ifasıyla ilgili bulunmaması veya bu eylemle borcun ifası arasında yalnızca bir zaman ve yer ilişkisi bulunması ihtimalinde akdin müsbet ihlâlinden söz edilemeyeceğini yazıyorsa da (aynı egride von TUHR-SIEGWART, §68 not 8'-89'a ait metin; OSER-SCHÖNENBERGER, Vorbemerkungen zu OR 97 N 18) aynı yazar «Üçüncü şahsın zararının tazmini», Ankara, 1963, 365'de edime yakınlığı olan üçüncü kişiye mal ve beden varlığına verilmiş her türlü zarardan dolayı akdi giderim isteme olanağını pekâlâ tanımaktadır. Böylelikle yazar, edime sadece yakınlığı olan bir üçüncü kişiye tanıdığı bir olanağı, edim ilişkisine t a r a f olandan esr gemekle açık bir çelişmeye düşüyor. Göze batan bu tutarsızlık da inceleme konusu üç kurumun herbirinin kendi başına gelişmiş olmasının, aralarındaki 'kendilerini doğuran ihtiyaç' ve 'yöneldikleri amaç' birliğinin gözden kaçırılmış bulunmasının yol açtığı ve yazının başında işaret ettiğim sakıncaları kanıtlar.

Akdi müsbet ihlâlinden ötürü sorumluluğun kapsamına alacaklının kişi ve mal varlığına ifa vesilesiyle verilen her türlü zararlar girdiğine ve bu kurum geçersiz sözleşmeler bakımından da uygulanma yeteneğini haiz bulunduğuna göre (bk. biraz ileride) von TUHR-SIEGWART (§68, IV), TANDOĞAN (Türk Mes'uliyet Hukuku, 402) ve TUNÇOMAĞ'ın (Borçlar Hukuku I, 456) BGB'nin kusurlu imkânsızlık - gecikme ikiliğinden ayrılarak 'gereğince ifa etmeme' kategorisini de kapsayan OR 97/96'dan 'akdi müsbet ihlâli' kurumuna İsviçre-Türk hukuku çevresinde bir gereksinme olmadığı sonucunu çıkarmaları -bu yazıda aşacağım safhalar aşılmadıkça- doğru değildir. Sigarayı yere atan tamircinin sözleşmeyi 'gereğince ifa' etmediğini ileri sürmek, hele geçersiz sözleşmelerde bir 'gereğince ifa etmeme'den söz etmek doğrusu pek yapmacık olur.

Satıcı, alıcısının işletmesinde patlayan ve alıcının mal varlığına zarar veren buhar kazanı yerine, kararlaştırılmış teslim süresi içinde yeni bir buhar kazanı yollasa, bir ortaklığa 3 ay içinde bilânço hazırlamayı söz veren ortak alelacele yapayalnız bir bilânço hazırlasa ve bu yüzden ortaklığı zarara uğrattıktan sonra 3 aylık süre dolmadan ortaklığa doğru bir bilânço sunsa, edim sonucu zamanında ve gereğince gerçekleşmiş olur. Bu örneklerdeki 'yüküme aykırılık' ifa yükümü ile ilgili değildir. Kusur ifaya ilişkin olmayıp culpa in contrahendo'da gözlediğimiz gibi 'özen yükümüne aykırılık'da yatar. Gerçi edim fiili gereğince yapılmamıştır diye düşünülebilir ama edim sonucunu sözleşmenin amacına uygun bir biçimde gerçekleştiren bir edim fiili artık edim sonucundan soyutlaştırılarak 'kusurlu' diye nitelendirilemez; bk. HERHOLZ, Archiv für die zivilistische Praxis 130, 305 v.d. Bununla beraber şimdiden açıklamak isterim ki ben başka bir gerekçeye dayanarak 'akdi müsbet ihlâli' kurumuna İsviçre-Türk hukukunda bir gereksinme olmadığı sonucuna varacağım; bk. dipnotu 42.

«Akdin müsbet ihlâli» terimine kapılarak zarar verici eylemin mutlaka geçerli bir «akit» vesilesiyle verilmesi gerektiği sanılmamalıdır. Sözleşme geçersiz olsa veya geçerli bir sözleşme dönme ile **ex tunc** kalkmış sayılsa bile, zarara uğrayan kimsenin giderim alacağı sözleşme hukukuna göre tesbit edilecektir.¹⁴ Kumaş topunu daha satım sözleşmesi kurulmadan, bu sözleşmenin konuşmaları safhasında müşterinin ayağına düşürerek sakatlanmasına yol açan tezgâhtarın işverenini «culpa in contrahendo»dan dolayı akdî sorumluluk altına sokan bir hukuk mantığının, satım sözleşmesi kurulduktan sonra — bu sözleşme geçersiz olsa veya dönme hakkının kullanılması yoluyla **ex tunc** kalktığı düşünülse bile — aynı kumaş topunun eve yollanıp burada alıcının ayağına düşmesi durumunda (ki taraflar arasındaki ilişki bu safhada daha da belirlenmiş, yoğunlaşmıştır) işvereni akdî sorumluluktan sıyırması pek çelişik olurdu.

Görülüyor ki «akdin müsbet ihlâli»nden dolayı akdî giderim borcunun temeli de, edim ilişkisi anlamında «sözleşme» olamaz. Böyle olsaydı, yangın çıkarıcı tamirci (sigara içmemek sözleşmeden doğan bir edim yükümü değildir) ve geçersiz bir sözleşmeden doğmuş olduğu sanılan borcun «ifası» sırasında zarar veren kişinin üstü, ancak haksız fiil sorumluluğuna atlanabilirdi. O halde «akdin müsbet ihlâli» kurumunun temelini de «culpa in contrahendo» kurumunununki gibi başka yerlerde aramalıdır.

3. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme : Sözleşmeye taraf olmayan kişilerin sözleşmenin nisbî karakteri gereğince sözleşmeye aykırılıktan dolayı giderim isteyemeyecekleri ilkesi¹⁵ Alman İmparatorluk mahkemesinin içtihatları ile aşılmış ve sözleşmeye taraf olmayan bazı kişilerin (edime yakınlığı olanların, alacaklının çevresinde bulunup borçlunun edimi dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeli durumda olanların) de sözleşmeye aykırılıktan ötürü zarar veren taraftan sözleşme hukukuna göre giderim isteyebilecekleri kabul edilmiştir.¹⁶ İmparatorluk mahkemesi bu yolda ev sahibinin tamircisinin evin tamiri sırasında kiracının karısının, çocuklarının

14) Ne gariptir ki 'akdin müsbet ihlâli'nden ötürü alacaklı yararına akdî giderim olanağını saklı tutabilmenin çıkar yolu, dönmenin sözleşmeyi **ex tunc** kaldırmadığı yolundaki modern görüşte bulunmuştur; STOLL, Archiv für die zivillistische Praxis 131, 146 v.d.; WOLF, Archiv für die zivillistische Praxis 153, 97 v.d. ayrıca bk. ileride dipnotu 22.

15) Bu ilkenin istisnaları BK 111, 259/2 ve 391/3'de göze çarpar.

16) Bu konuda geniş bilgi için bk. GERNHUBER, Festschrift für Nikisch, Tübingen, 1958, 249 v.d.; TANDOĞAN, Üçüncü şahsın zararının tazmini, 154 v.d.

ve hizmetlisinin, yaralanmasına sebep olması halinde, bunlara kira sözleşmesine taraf olmadıkları halde, ev sahibine karşı §278 BGB'ye — ki BK 100'ü karşılar — dayanma olanağı verdiği¹⁷ gibi, bir taşıt aracını kiralayan kişinin arkadaşlarının, yolculuk sırasında uğradıkları zarardan ötürü de işleticiye karşı § 278 BGB'ye dayanmalarını mümkün kılmıştır.¹⁸

İmparatorluk mahkemesi bu içtihatlarında ilgi çekici bir gerekçeye yaslanmıştır : Sözleşme, bu sözleşmeye taraf olmayan kişilerin yararına örtülü irade beyanları ile kurulmuş bir ek anlaşma kapsamaktadır. Öyle ki, söz konusu üçüncü kişiler, borca aykırı davranan tarafa karşı, tam üçüncü kişi yararına sözleşme hukukuna dayanarak giderim isteminde bulunabilirler.

Bu «zahiri» gerekçeyi «yaratan» İmparatorluk mahkemesinin hukuk anlayışı, «culpa in contrahendo»dan doğan sorumluluğun temelini sözleşmede, sözleşmeden dönmeye rağmen borçlunun «akdin müsbet ihlâli»nden dolayı akdî sorumluluğunu saklı tutabilme olanağını, dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak söndürmediği görüşünde arayan anlayışla aynı silik çizgidedir.

WESENBERG'in gösterdiği gibi, İmparatorluk mahkemesinin yorumu, üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunun ana fikrine tamamen yabancıdır.¹⁹ Sözleşenlerin niyetleri üçüncü kişiye bir istem olanağı tanımak değildir; onlar üçüncü kişiye bir kazandırmada bulunma amacı gütmemektedirler. Burada ne örtülü bir anlaşmanın var sayılması yoluyla, ne tamamlayıcı yorum yöntemiyle (var sayılan iradenin ayıracını ne kadar objektifleştirirsek objektifleştirelim) bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı kabul edilemez.

Kaldı ki vekâletsiz iş görme ihtimalinde ve başka sözleşme dışı borç ilişkilerinde de (malik ile haksız zilyet, haksız fiil giderim borçlusu ile alacaklısı arasındaki borç ilişkileri gibi) özel bir durumda bulunan üçüncü kişiler en az sözleşmeye taraf olmıyanlar kadar korunmaya lâyıktır. Bu hallerde ise üçüncü kişi yararına «sözleşme»den söz edilemeyeceği açıktır.

17) RGZ 91, 24; 102, 232; şimdi de BGH, BGHZ 5, 378 v.d.'nda aynı yolda..

18) RGZ 87,65. Yargıtay da 30.5.1940 tarihli ve E 14/K 27 sayılı İçtihatları birleştirme kararında bu yolda, her nedense üzerinde gereğince durulmamış, dikkati pek çekmemiş çok önemli bir aşama yapmıştır. Yargıtay, bir iş arkadaşı tarafından kendisine zarar verilmiş olan işçiye, iş arkadaşının (aynı zamanda kendisinin) işverenine karşı (zarar veren işçi, zarar görmüş olan işçiye karşı işverenin bir ifa yardımcısı durumunda bulunmadığı halde) BK 100'e dayanma olanağını sağlamıştır.

19) WESENBERG, *Vertraege zugunsten Dritter*, 1949, 131.

Bir trafik kazasında yaralanan çocuğu vekilliği olmaksızın tedavi eden doktoru çocuğa karşı sorumlu kılmak gerekirse, bu sorumluluk nasıl doktor ile çocuğun babası arasında kurulmuş bir üçüncü kişi (çocuk) yararına sözleşmeden çıkarılabilir? Yoksa doktorun iradesinin gerçekte çocuk için iş görme mi olduğu fark edilecektir?²⁰

Kiracıya haksız fiilden dolayı aynen giderim borcu yüklenmiş bir kimsenin (attığı taş, kiracının pencere camını kırmıştır) yol-
ladığı camcıyı, camları takarken kiracının eşine verdiği zarardan
ötürü nasıl üçüncü kişi yararına sözleşme kurumuna dayanarak ki-
racının eşine karşı giderim borçlusu sayabiliriz?

«Culpa in contrahendo» ve «akdin müsbet ihlâli» kurumları bakımından nasıl geçerli bir borç ilişkisinin varlığı şart değilse, «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kurumu bakımından da geçerli bir borç ilişkisinin varlığı şart koşulamaz. Ev sahibine karşı kira sözleşmesi geçersiz bile olsa, «akdin müsbet ihlâli»nden dolayı akdî giderim alacaklısı kıldığımız kiracının eşi ve çocuklarından, aynı giderim alacağını kira sözleşmesi geçersizdir veya sona ermiştir diye esirgemek anlamsız olurdu.²¹

Gözlediğimiz bu gerçekler karşısında, üçüncü kişilere bazı nitelikli durumlarda tanıdığımız akdî giderim olanağının temelini de «üçüncü kişi yararına sözleşme» kurumunda aramayı bırakıp bakış-ları başka bir alana çevirmek gerekecektir.

III. 1. Görülüyor ki sorumluluk hukukumuzun haksız fiil — hukukî işlem kutuplarının çekici kuvvetinden bir türlü kurtulamayan tutucu hukuk düşünürleri «culpa in contrahendo»yu sonradan kurulan sözleşmeye, özel borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişilerin giderim istemini ise üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayandırmaya çalışmışlar, böyle olunca, kaçınılmaz bir şekilde, geçersiz bir sözleşmenin varlığı halinde «akdin müsbet ihlâli»nden söz etmekten kaçınmışlardır. Bu dogmatik çabalar birer *salto mortale*, birer hukukî «kaçamak»tan başka birşey değildir; ne hukuk tekniği, ne yerindelik yönünden doyurucudur.

Ne kadar çarpıcı bir tuhafliktır ki bazı yazarlar, düştükleri şeytan kuyusundan çıkabilmek ve hiç değilse dönme sonrası, «akdin müsbet ihlâli» sebebiyle akdî giderim istemini saklı tutabilmek için, bu kere de dönmenin sözleşmeyi *ex tunc* kaldırmadığı görüşünü ileri

20) GERNHUBER, Festschrift für Nikisch, 266/67.

21) CANARIS, Juristenzeitung 1965, 477.

sürmüşlerdir.²² Pekiyi, aynı yazarlar, yarın - öbürün, geçmişe etkili «iptal edilebilirlik» yaptırımının işlediği hallerde de (irade bozuklukları) bir *ex nunc* etki mi kabul edeceklerdir? Yoksa sattığı malın kalitesinde hile yapan ve bu arada alıcının kişi varlığına zarar vermiş satıcıya karşı «akdin müsbet ihlâli»nden dolayı akdî giderim olanağını açık bırakıp (burada ayıp sebebiyle «dönme» vardır) ²³ malın ciro kabiliyeti ile ilgili bir hile yapan ve bu arada alıcının kişi varlığına bir zarar vermiş olan satıcıya karşı bu olanağı tıkama (burada *ex tunc* etkili iptal edilebilirlik söz konusudur) gibi tüyleri diken diken eden bir ayırma boyun mu eğeceklerdir? İskambil kâğıdından kurulu şatoları andıran hukukî konstrüksiyonların üstüne çıkıp soruna kuş bakışının açıklığı ve aydınlığı ile bakmak, yalnızca inceleme konusu üç kuruma bir ortak temel bulup diyalektik entelekti doyurma bakımından değil, fakat yukarıda da belirtmiş olduğum gibi, hukukta «yalınlık» ilkesini gerçekleştirme, gelişigüzel, başboş bir içtihat gezegenini yörüngesine oturtma ve böylelikle açıkça sırttan tutarsızlıkların önünü alma bakımından da kaçınılmazdır.

Herşeyden önce bu kurumları doğuran gereksinmeyi tanılama gerekir. Bu sorumluluğun iki kaynağını hukukî işlem ve haksız fiilde gören klâsik sorumluluk anlayışından doğan çarpıcı nisbî adaletsizliği aşma gereksinmesidir. İki sorumluluk türüne farklı hukukî sonuçlar bağlanması, bir hukukî kabalık ve katılıktır. Bir somut borç ilişkisinin eksikliğinin, giderim istemini 10 yıl yerine 1 yılda yillatıvermesi, adam kullananı BK 100'ün kusursuz sorumluluk ilkesinden çekip kusur ve illiyet karânesinin çürütülmesi ile giderilebilecek bir sorumluluğa bağlaması, ispat yükünü giderim borçlusunun sırtından

22) Bk. dipnotu 14. Buradaki anlatıma kapılarak Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisinin geçen sayısındaki yazımda (bk. sayfa 191, dipnotu 38) savunmuş olduğum modern dönme teorisine şimdi karşı çıktığım sanılmasın. Burada açıklamak istediğim nokta, bu görüşün salt 'akdin müsbet ihlâli'nden ötürü giderim istemini tanıyabilmek için ortaya atılmasının yersiz ve gereksiz olduğudur. Buna karşılık dönmenin sözleşmeyi sona erdirmeyip sadece konusunu tersine çevirmekle kaldığını belirten modern dönme teorisi, BK 108'in ön görmüş olduğu, edim yükümüne aykırılıktan ve BK 205'in ön görmüş olduğu, yan edim yükümüne aykırılıktan ötürü giderim borcunun dogmatik temelini teşkil etme bakımından benimsenmesi gerekli bir teoridir.

23) BK 202'deki 'fesih' terimi OR 205 deki 'Wandlung' terimine ve §467 BGB'ye uygun olarak 'dönme' diye yorumlanmalıdır; burada dava yoluyla kullanılması gerekli bir dönme hakkı söz konusudur; aynı görüşte TUNÇOMAĞ, Borçlar II, 96, değişik görüşler için bk. DES GOUTTES, Zeitschrift für schweizerisches. Recht 48, 351, BECKER, OR 205 N 12, EDİS. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963, 104 v.d.

indirip giderim alacaklısının sırtına yüklemesi, kolay anlaşılabilir şey değildir.²⁴

2. Kalemime doladığım bu nisbî adaletsizliğe bir tepki olarak ortaya çıkmış bulunan üç kuruma ortak bir hukukî temel bulma, kurumlar arasında sistematik bir bağlantı kurabilme, bir paralel çizibilme yolunda hareket noktası STOLL'un edim yükümü — davranış yükümü ayırımı olmalıdır.²⁵

Edim yükümleri aslî ve talî olmak üzere iki türe ayrılırlar. Aslî edim yükümleri somut borç ilişkisinin tipini belirleyen yükümlerdir. (Satıcının satılanın zilyetliğini alıcıya geçirme ve satılan üzerindeki mülkiyet hakkını alıcıya sağlama yükümü — alıcının satış akçasını ödeme yükümü gibi) Aslî edim yükümleri yanında çok kere sözleşmeden talî edim yükümleri (şartlı edim yükümleri) de doğar. (Kusurlu imkânsızlık sebebiyle giderim ödeme yükümü, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi üzerine meselâ kiracının, işreti ve ödünç alanın geri verme yükümü gibi) Bu aslî - talî edim yükümlerinin yanısıra ve fakat bunlardan bağımsız olarak birtakım davranış yükümleri de vardır. (Satılanı özenle saklama, alıcıyı tehlikelerden uzak tutma, zarardan korunma yükümü gibi) Aslî - talî edim yükümlerinin dayanağı somut edim ilişkisi (satım, kira ilh.) iken, davranış yükümlerinin kaynağı MK 2/1'de ön görülmüş olan güven ilkesidir.²⁶ Edim yükümlerinin yerine getirilmesi istenebileceği halde, davranış yükümlerinin yerine getirilmesi — bunlar «yan edim yükümü» katına çıkarılmadıkça — istenemez.²⁷

3. Davranış yükümleri bazan edim ilişkisinden bağımsızlıklarını yitirir ve bu ilişkinin içeriğine girerler; «yan edim yükümü» oluverirler. Davranış yükümlerinin yan edim yükümü katına çıkması ya tarafların açık veya örtülü anlaşması (güven ilkesi çerçevesinde onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum!) veya kanunun açık kuralı sonucu gerçekleşir. Meselâ sözleşenler rekabet yasağı kararlaştırabilirler, kiracı kira sözleşmesi gereğince kiralananı onarma yükümünü yüklenabilir. Öte yandan, işreti alan *ex lege* şeyi başkasına kullandırma-

24) Krş. von CAEMMERER, Wandlungen des Deliktsrechts, Karlsruhe, 1964, 56; GERNHUBER, Festschrift für Nikisch, 250 v.d.; EICHLER, Archiv für die zivilistische Praxis 162, 414.

25) STOLL, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen, 1936, 26 v.d.

26) Bk. STOLL, 26 v.d.; LARENZ, 5 v.d.

27) LARENZ, 7.

ma, kiracı kiralanan ve kiralanan taşınmazda oturanlara *ex lege* özen gösterme, satıcı *ex lege* ayıpsız ifade bulunma, alıcı *ex lege* satılanı alma (BK 300/2, 256/1, 194, 208/1) yükümü altındadır.²⁸

4. Yan edim yükümleri ile davranış yükümleri arasındaki ayırıcı bize STOLL vermektedir:²⁹ Yan edim yükümleri aslî edim yükümü ile ilgilidirler ve dolaylı veya dolaysız olarak aslî edim yükümünün, sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesine, edim sonucunun gerçekleştirilmesine hizmet ederler. (Satılanı paketleme, sigortalama yükümleri gibi) Buna karşılık, davranış yükümlerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklıdır; davranış yükümleri «somut edim ilişkisinin amacına uygun bir ifanın gerçekleştirilmesi çıkarı»na değil, «zarardan uzak tutulma çıkarı»na yönelmişlerdir; sinallagmanın içeriğine girmezler, borçlu kadar alacaklıya da güven ilkesi tarafından yükletilmişlerdir.

Yan edim yükümlerini somut edim ilişkisinin amacı belirlediği

28) Fikrimce yalnız çeşit satımında değil, fakat parça satımında da ayıptan dolayı sorumluluğun hukukî sebebi yan edim yükümüne aykırılıktır. Edimin zamanı ve yeri kadar niteliği de borca uygun bir ifanın ögesidir. Değil mi ki satıcı ayıplı ifade kusurlu olsun, olmasın giderim borçlusudur (BK 205/3), o halde ayıplı ifa bir yan edim yükümüne aykırılık teşkil eder. Tarafların satılanın niteliğini açıkça kararlaştırdıkları zaman bu niteliği kapsamayan bir edimin ifasını borca aykırılık olarak kabul etmek hukuk mantığına da yatkındır. Üzerinde durulmamış bir niteliğin de MK 2/1'deki güven ilkesi çerçevesinde sinallagmaya girdiğini kabul pekâlâ mümkündür. Ayıpsız ifayı çeşit satımında olduğu kadar parça satımında da bir yan edim yükümü olarak kabul edince, bu yan edim yükümünün ifasının da istenebileceğini kabul etmek doğru olur. Ayıplı çeşit ifasında kanun alıcı yararına aynen ifa isteminde bulunma olanağının zaten ön görmüştür. (BK 203) Parça satımında kanunun bu hakkı alıcıdan esirgemiş olmasının sebebinin ise -hakim görüşten ayrılarak- ayıplı parça ifasının yan edim yükümüne aykırılık teşkil etmeyişinde değil, fakat böyle bir olanağın alıcıya tanınmasının kural olarak MK 2/1'deki güven ilkesine aykırı düşüşünde aramak gerekir; ayrıca bk. KANİTİ, Akdin İfa Edilmediği Defi, İstanbul, 1962, 121 v.d. Böyle olunca, ayıpsız parça ifasının satıcıdan güven ilkesine (gelecekleşmiş deyimle: dürüstlük kuralına) göre istenebileceği hallerde (satıcı ayıpsız parçaya da sahiptir), bu olanağın alıcıya açık olacağı kanısındayım. Ayıplı ifayı her halde bir yan edim yükümüne aykırılık olarak kabul etmenin doğal hukukî sonucu da şu olmaktadır ki alıcı, alacaklı hatta borçlu gecikmesine (BK 208!) düşmeden ayıplı malı 'kabz'dan kaçınabilir ve ödemezlik definde bulunabilir; bk. KANİTİ, 112 v.d.; GRAUE, Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, Heidelberg, 1964, 218; FABRİCIUS, Juristenzeitung 1967, 472. Aksi görüşte von TUHR-SIEGWART, 538; von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 1964, 384 ve hemen hemen bütün yazarlar!

29) STOLL, 27.

halde, davranış yükümlerini sözleşenler arasındaki eylemsel ilişki, güven ilişkisi kurar³⁰.

Davranış yükümlerini üzerine oturttuğumuz MK 2/1'deki güven ilkesinin uygulanması her ne kadar bir somut edim ilişkisinin varlığını şart koşarsa da (MK 2/1 : «...borçları ifada hüsnüniyet kaidelerine riayet») ^{30 a} bazan bu ilke, hiçbir somut edim ilişkisi söz konusu olmadan da yüküm kurucu bir fonksiyon yüklenebilir. Yeni öğretide güven ilkesinin bu yüküm kurucu, yaartıcı fonksiyonunu sarsılmaz bir biçimde benimsemiştir.^{30 b} İşte davranış yükümleri MK 2/1'in bu istisnaî yaratıcı fonksiyonunun ürünleridir.

Değil mi ki davranış yükümlerinin yöneldiği amaç, edim ve yan edim yükümlerinin yöneldiği amaçtan tamamen farklıdır ve değil mi ki davranış yükümleri somut edim ilişkisi kurulmadan önce doğmaktadır (culpa in contrahendo!), o halde davranış yükümleri ilişkisi edim ilişkisinden tamamen bağımsız sayılmalıdır.

Yan edim yükümleri de aslında edim yükümlerinden bağımsızdır. Satıcı satış akçası alacağını geçirse bile ayıpsız mal yollama yan edim yükümü alıcısına karşı süregelir; alıcı satış akçası ödeme borcunu üstletse bile satıcının ayıpsız mal yollama yan edim yükümü kendisine karşı süregelir. Ne var ki davranış yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsızlığı daha ileri derecede bir bağımsızlıktır; bu bağımsızlık yan edim yükümlerinininki gibi fonksiyoneî bir bağımsızlık olmakla kalmaz, aynı zamanda 'doğuşta' bağımsızlığı da kapsar. Şöyle ki kurulmamış, geçersiz veya sona ermiş bir somut edim ilişkisinde edim yükümü gibi yan edim yükümü de olmaz, kalmaz (doğuşta ve diri

30) Her ne kadar yan edim yükümlerinin tesbitinde de çok kere onaylayıcı ve tamamlayıcı yorum, dolayısıyla güven ilkesinin uygulanması söz konusu olacaksa da, davranış yükümlerini kuran 'güven ilişkisi'nden farklı olarak yan edim yükümlerini kuran güven ilkesi, somut edim ilişkisinin amacı ile somutlaştırılmış, kayıtlanmış olmaktadır. Ben satıcımdan bana satılanın nasıl işletileceği hakkında bilgi vermesini, satım sözleşmesinin amacını gerçekleştirmesi bakımından isteyebilir, bekleyebilirim (yan edim yükümü), ama söz konusu amaç, benim satıcıdan, yolladığı ifa yardımcısının işletmemde yangına sebep olmamasını beklememi haklı göstermez. Bu sonuncu halde benim güvenim, satım sözleşmesinin amacından soyut olarak, satıcı ile aramdaki eylemsel ilişki-den doğmuş olan 'zarardan uzak tutulma' yolundaki bir güvendir.

30a) MK 2/1 deki güven ilkesinin bir yorum ilkesi olduğu; irade beyanlarının, onaylayıcı, tamamlayıcı ve konverte edici yorumuna temel teşkil etmekte kadığı görüşü için bk. SEROZAN Die Überwindung, der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968, 107 v.d.

30b) Bk. ESSER, Schuldrecht, 2. Auflage, 1960, 100; FABRICIUS, 470.

kalışta bağımlılık) ama davranış yükümleri vardır, saklı kalır (doğuşta, diri kalışta bağımsızlık).

5. 'Akdin müsbet ihlâli', kusurlu imkânsızlık ve gecikme dışında kalan borca aykırılıkların tümünü kapsadığına göre yalnız edim yükümlerinden bağımsız davranış yükümlerine aykırılık biçiminde değil, fakat yan edim yükümüne aykırılık biçiminde de belirebilir³¹. Şüphesiz hiç kimsenin aklına, sözleşme geçersiz oldukça yan edim yükümüne aykırılıktan dolayı alacaklıya giderim isteme olanağını tanımak gelmeyecektir. Geçersizlik üzerine edim ve yan edim yükümleri de kalkmakta, ancak davranış yükümleri saklı kalmaktadır. Meselâ satıcı geçersiz bir satım sözleşmesinden doğduğunu sandığı borcun ifası maksadiyle alıcıya, işletmesi için bir bozuk dokuma tezgâhı yollamış olsa, sözleşme geçersiz olduğu için ayıp hükümleri uygulanamaz ve alıcı bu yüzden yoksun kaldığı kârın karşılanmasını isteyemez ama o, makinenin bozukluğu yüzünden işe yaramaz hale gelmiş ham maddenin değerinin karşılanmasını akdî sorumluluk hukuku çerçevesinde isteyebilir³². Geçersizlik üzerine ayıpsız mal yollama yan edim yükümü kalkmakta, fakat 'alıcıyı zarardan uzak tutma' davranış yükümü -ki edim ilişkisinden bağımsızdır- saklı kalmaktadır.

6. Davranış yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsızlığı bir kere kabul edilince (ki bunu kabul ederken yaptığımız şey, bir 'görenek hukuku' kurumu biçimini almış olan 'culpa in contrahendo' kurumunun temelinde yatan bir fikri geliştirmekten, bütün sonuçları ile benimsemekten başka birşey değildir) artık bu yükümlerin -yan edim yükümlerinden farklı olarak- geçerli bir sözleşmenin -edim ilişkisinin- varlığını da şart koşmadıklarını kabul, mantık eyleminde bir 'engel atlama' değil, sadece bir 'adım atma' olur^{33 34}.

31) Ancak yan edim yükümüne aykırılık biçiminde beliren 'akdin müsbet ihlâli' dir ki BK 96'nın 'gereğince ifa etmeme' kategorisine atlanabilir ve 'akdin müsbet ihlâli' teorisini İsviçre ve Türk hukuku bakımından gereksiz kılar; ayrıca bk. ileride dipnotu 42.

32) Bk. CANARIS, 477; THIELE, Juristenzeitung 1967, 651

33) WOLF, Archiv für die zivilistische Praxis 153, 111 v.d.'nda edim ilişkisinden bağımsız bir davranış yükümünün varlığını kabule yanaşmamakta, olsa olsa bir 'özenli edimde bulunma yükümü' olabilir demektedir. Anlaşılan WOLF edim yükümleri ile davranış yükümlerinin hedeflerinin değişik olduğu gerçeğini görmezlikten gelmektedir; FIKENTSCHER, Das Schuldrecht, 1965, 28 de WOLF'un izindedir. FABRICIUS, 471 ve THIELE, 657 ise burada savunulmuş görüşten yanadırlar.

34) Davranış yükümleri ilişkisinin edim yükümleri ilişkisinden bağımsızlığını, bu ilişkinin güven ilkesi üzerine kurulduğunu kabul edince, bunun doğal sonucu olarak, sözleşenler arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının, zarardan uzak

İcab ve kabul beyanlarından soyut olarak, bir kimsenin kişi ve mal varlığını başka birisinin etki alanına sokan hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temasla başlayan davranış yükümleri ilişkisi (edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi), icap ve kabul somut edim ilişkisi kurulduktan sonra da sürer, borçlar karşılıklı ifa ile söndükten sonra da süregelir³⁵, geçerli bir edim ilişkisinin

tutma davranış yükümüne aykırı davranmış kişi tarafından, edime yakınlığı olan üçüncü kişinin giderim istemine karşı ileri sürülemeyeceğini de kabul ediyorum; üçüncü kişi yararına sözleşme konstrüksiyonunun etkisi altında kaldığından olacak, TANDOĞAN, Üçüncü şahsın zararının tazmini, 168'de tersine, ileri sürülebileceği kanısındadır.

Borçlunun alacaklı ile yapmış olduğu sorumsuzluk anlaşmasının edime yakın üçüncü kişinin giderim istemine olumsuz yönde etkin olamayacağı görüşünün tersine, işveren ile zarar gören kişi arasında yapılmış sorumsuzluk anlaşmasının, bu zarara sebeb olan işçi tarafından da ileri sürülebilmesi, ekonomikman güçlüyü (işvereni) sorumsuz, zayıfı (işçiyi) sorumlu tutmanın sosyal adaletsizliği karşısında kaçınılmazdır. Netekim bu yolda Alman Yüksek Mahkemesi, BGHZ 22, 109. Ne var ki GERNHUBER, Juristenzeitung, 1962, 555v.d. ile birlikte, işçinin sorumsuzluğunu, üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu ile değil, fakat karunun sosyal ruhundan hareket eden bir boşluk doldurma yöntemi ile gerekçelendirmek doğru olur kanısındayım. (Kanunumuzun sosyal karakterine işaret eden ilkeler: Sömürülenin hukukî işlemi iptal olanağı, kusursuz sorumluluklar, giderimin tesbitinde ekonomik gücün esas alınabilmesi).

BK 98'in fayda-çıkar ilkesinin ve edim ilişkisinin tarafları arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının aynı taraflar arasındaki davranış yükümleri ilişkisine uygulanabilip uygulanamayacağı sorununa gelince : Fikrimce edim ilişkisi bakımından yapılmış sorumsuzluk anlaşması, bu anlaşmayı yapmış olan taraflar arasındaki davranış yükümleri ilişkisi bakımından da sorumluluğu kaldırıcı olabileceği gibi, BK 98'in fayda-çıkar ilkesi de edim yükümleri ilişkisi kadar davranış yükümleri ilişkisinde sorumluluğu kayıtlayıcı olabilecektir. (argumentum a maiore ad minus) Fayda ilkesi, giderim isteminin sözleşme ve haksız fiil temellerine dayandırılabilirdiği (yarışma!) hallerde haksız fiil sorumluluğuna da uygulanırken (bk. EICHLER, 419) burada öncelikle uygulanmalıdır. (argumentum e minore ad maius) Bununla beraber RAISER, Archiv für die ziviltische Praxis 127,23 ve BLOMEYER, 73 ile birlikte şu çekinceyi eklemek isterim: Fayda ilkesinin davranış yükümleri ilişkisi bakımından da uygulanabilmesi için, zarara uğrayan taraf bir 'lütuf işlemi' yapılma niyeti karşısında bulunduğunu bilmiş olmalıdır. Muhatabım benim bir karşılık beklemeksizin icapta bulunma niyetini taşıdığını bilebilmelidir ki culpa in contrahendoda hafif kusurdan sorumlu olmayabileyim.

(35) Vekilin vekillik sözleşmesi sona erdikten sonra süregelen sır saklama yükümü, alacağı geçirenin iyi niyetli borçlu tarafından yapılan ödemeyi kabul etmemesi ve alacağı bir ikinci kere geçirmeme yükümleri buna örnektirler. (culpa post pactum perfectum)

varlığını şart koşmaz^{35a} ve yalnız sözleşenleri değil, fakat onların etki alanına ve güven ilişkisine giren üçüncü kişileri de içine alır.^{36 36a}

7. Alman hukukcularından HERHOLZ'un 'çerçeve ilişkisi', STOLL'un 'Organizma anlamında borç ilişkisi', LARENZ'in 'Bileşim anlamında borç ilişkisi' ve WOLF'un 'kaynak ilişkisi anlamında borç ilişkisi'³⁷ kavramlarını kullanırken kokusunu aldıkları 'edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi' teorisi sayesinde haksız fiilden sorumluluğun çevresi sözleşmeden doğan sorumluluğun çevresi yararına daralmakta ve böylece BK 96, 100 ve 125'in uygulanma alanı alışılmışın dışına taşmaktadır.

8. Haksız fiil ile 'belirli bir kişiye karşı somut bir zarardan koruma yükümüne aykırılık'ın ayıracı şu olacaktır :

Eğer bir kimse belirli bir kimseden, kendisine karşı özel, somut bir 'zarardan koruma yükümü' bekliyorsa ve (veya) güven ilkesine göre (MK 2/1)³⁸ beklemekte haklı ise haksız fiil değil, «dav-

35 a) Geçersiz sözleşmelerde de davranış yükümleri ilişkisinin saklı kalacağı ilkesine CANARİS haklı olarak şu istisnaları getiriyor: Tam veya kayıtlı eylem yeteneksizinin ve aldatılanın davranış yükümlerine aykırılıktan ötürü akdi sorumluluğu, ahlâka aykırı bir amaç güderek sosyal teması girişenin davranış yükümlerine aykırılıktan ötürü akdi istemi olamaz; bk. CANARİS, 481 v.d. Söz konusu durumlarda güven ilkesi başka ilkelerin boyunduruğuna girmektedir: Eylem yeteneksizliği karşısında güvenin korunmayacağı ilkesi, aldatan ve ahlâka aykırı davrananın bir istemde bulunamayacağı ilkesi (nemo ex proprio dolo consequitur actionem; nemo auditur propriam turpitudinem allegans). (Bu ilkenin özel bir uygulanma biçimi için bk. BK 123 Bent 1)

36) Bk. CANARİS, 475; THIELE, 653.

Sosyal, eylemsel bir temasla kurulan davranış yükümleri ilişkisinin 'fiilî akit ilişkileri' teorisinden farkı, edim yükümlerini isteme olanağını tanımamasıdır. Bir başka söyleyişle, davranış yükümleri ilişkisinin etkileri sadece olumsuz, fiilî akit ilişkileri teorisininkiler ise olumludur. 'Fiilî akit ilişkisi' teorisine karşı düşünceler için bk. SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968, 82 v.d.

36 a) Güven ilişkisi, bir kimsenin hukukî değerlerini başka birisinin etki alanına sokan bir sosyal temasla kurulduğuna göre, hukukî değerlerini alacaklı ve borçlunun etki alanına sokan 'üçüncü kişi' de böyle bir ilişkiye 'taraf' olabilir.

37) HERHOLZ, Archiv für die zivilistische Praxis 130, 257; STOLL, Archiv für die zivilistische Praxis 131, 183 v.d.; LARENZ, Schuldrecht I, 19 v.d.; WOLF, Archiv für die zivilistische Praxis 153, 114.

38) Fikrimce MK 2/1'in tesbit ettiği ilke, hakim görüşün sandığı gibi münhasıran objektif nitelikte dürüstlük ilkesi olmayıp, MK 901 ve 931'de söz konusu iyi inanca paralel olarak, yaratılan güvenin sonuçlarına katlanma anlamına gelen bir objektif-sübjektif karmaşığı ilkedir. Nasıl MK 901 ve 931'de

ranış yükümüne aykırılık» vardır ve sözleşme hukuku kuralları uygulanacaktır.^{38a}

Böyle bir somut zarardan koruma yükümü, bir kimsenin belirli bir kimseyle bir «sosyal temas» kurduğu anda başlar ve gittikçe yoğunlaşarak ifa sonrası da süregelir. Belirli bir kimseden özel bir «zarardan uzak tutma yükümü» beklemekte haklı olabilmek, bir davranış yükümleri ilişkisini kurulmuş sayabilmek ve böylece sözleşme hukuku ilkelerini uygulayabilmek için, söz konusu sosyal temasın mutlaka «hukukî işlem kurma amacı»ni gütmesi gerekmeyip «hukukî korunmaya değer bir amac»a yönelmesi yeterlidir.³⁹

Değil mi ki davranış yükümleri ilişkisi belirli bir kişiye karşı özel, somut bir zarardan koruma yükümü kurmaktadır, o halde bu ilişkiyi kuran temasın, yakınlaşmanın bir edim ilişkisinin kurulması amacına yönelmesi de gerekmez.⁴⁰

LARENZ ise, ancak hukukî işlem kurma amacıyla bir temasa girişilmesi halinde sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanmasını haklı kılabilen bir davranış yükümleri ilişkisinin kurulmuş sayılabileceğini belirtmekte ve şu retorik soruyu yöneltmektedir: Trafikte de güven ilkesi hakimdir; yola çıkmış bir araba sürücüsü de başka bir araba sürücüsünün kendisine zarar vermemesini bekleyebilir; o halde bir

zilyetliği emanet edenin üçüncü kişiler indinde yarattığı güvenin sonuçlarına katlanması söz konusu olmakta ise (Veranlassungsprinzip), MK 2/1'de de dış aleme bir irade yansıtanın, dış alemde başkalarının güvenine temel olabilecek (işte ilkenin objektif rengi!) bir durum yaratanın, yarattığı güvenin sonuçlarına katlanması söz konusu olmaktadır. Orada zilyetlik olutuna, burada dış aleme yansımış başka bir oluta güven söz konusudur. MK 2/1'in Almanca aslındaki «Glauben» kelimesi «inanmak, güvenmek» anlamına gelir; beyanda bulunan, bu beyana sadık kalacak («Treue» wahren), beyan muhatabı bu beyana inanç beleyecek, güvenecektir («Glauben» schenken); bk. SEROZAN, 107 v.d., özellikle dipnotu 184; krsş. burada dipnotu 38a.

38 a) Hukukî amaca yönelmiş sosyal teması kuran kimse temyiz kudretinden yoksun bulursa veya kendisi tehlike hususunda açıkca uyarılsa bile objektifleştirilmiş güven ilkesi çerçevesinde kendisine zarar verilmemesini beklemekte (!) haklı olabilir. O, gerçi temyiz kudretinden yoksun olduğu veya zarara uğrayabileceğini bildiği için gerçekte psikolojik anlamda güvenemez, birşey umamaz, bekleyemez ama objektif bir renk almış güven ilkesine göre yine de güvenmekle, ummakta 'haklıdır'... İşte bunun içindir ki yukarıda «...güven ilkesine göre bekliyorsun ve (veya) güven ilkesine göre beklemekte haklı ise...» anlatımını bilinçli olarak seçmiş bulunmaktayım; ayrıca krsş. THIELE, 651/52 ve dipnotu 35.

39) Bk. DÖLLE, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103, 67 v.d.

(40) Bk. THIELE, 652.

trafik kazası gerçekleştiğinde de sözleşme hukuku normlarını mı uygulayacağız?⁴¹

Hayır! Herkes için yürürlükte olan, herkesten beklediğimiz bir soyut yüküm, «özel», «somut» bir güven ilişkisi, bir yakınlaşma kurulmadıkça, «davranış yükümleri ilişkisi» çerçevesinde şart koştuğumuz «belirli bir kişiye karşı somut bir zarardan koruma yükümü» katına çıkmış olamaz. Trafikte geçerli «neminem laedere» ilkesi, ancak bir yolcuyla arabama aldığım zaman ve yalnız ona karşı, beni, aykırılık halinde sözleşme hukukuna göre sorumlu kılabilen bir davranış yükümüne dönüşür.^{41a}

Vekillsiz iş görenin sorumluluğu da hukukî işleme değil, sosyal, insanî bir amaca yönelmiş bir temasla başlamış değil midir? (BK 410, 411) Trafik kazasında yaralanan yayaya kaza yerinde tıbbî müdahalede bulunan doktor, sosyal bir amaca yönelmiş bir «müdahale fiili» ile yaralının kişi ve mal varlığına özen gösterme, zarar vermeme yükümü altına girmiş ve bu yüküme aykırılığı halinde akdî sorumluluğa bağlanmış değil midir?

Haksız fiil ile davranış yükümlerine aykırılık arasındaki sınırın kesin olmadığını, kaypak bulunduğunu itiraf ederim. Ne var ki hukukumuzun birçok alanlarında şekli mantığı terkederek soyut ayıracılarla, varsayımlarla çalışma zorunluluğu vardır. Bir hukukî işlemin, somut edim ilişkisinin kuruluş ve varlık ayıracı olarak önerilmiş olan «hukuken korunmaya değer ve fiilen korunabilir çıkar» ayıracı daha mı açık ve seçik bir ayıracıdır? Genel olarak denmektedir ki komşu-

41) LARENZ, Monatsschrift für deutsches Recht 1954, 517. (LARENZ gibi CANARİS, 478 de her nedense 'sosyal temas' ayıracına karşı çıkmaktadır.) Oysa LARENZ, üstelik edim yükümleri kuran 'fiili akit ilişkileri' bakımından tipik sosyal bir davranışı (sozialtypisches Verhalten) yeterli görmektedir; bk. LARENZ, Schuldrecht I, 33. Sonuçları çok daha ileri giden (edim yükümleri kuran) fiili akit ilişkisinin kurulma şartı olarak sosyal bir teması yeterli gören yazarın, sadece giderim yükümü doğuran davranış yükümleri ilişkisi için nitelikli bir teması şart koşması anlaşılabilir.

41 a) Komşuluk ilişkisi belirli bir kişiye karşı somut bir zarardan koruma yükümü kuran bir davranış yükümleri ilişkisi olmayıp genel ve herkese karşı, herkesin saygı göstermek zorunda olduğu bir mutlak hakka tecavüz etmeme yükümü kurar. MK 618 ve 661'e dayanan kaldırma (ref) ve kaçınma (içtinab) davalarının yalnız kiracıya karşı değil, fakat tecavüzde bulunmuş olan kiracının kiraya verenine karşı da açılabilmesi, BK 100'ün uygulanmasının bir sonucu olmayıp 'müdahalenin men'i' davasında davalı sıfatını belirleyen 'sebebolma ilkesi'nden ve 'durum sorumluluğu teorisi'nden çıkmaktadır. (Bu konuda bk. LUTTER-OVERATH, Juristenzeitung, 1968, 345 v.d.; BAUR, Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin, 1960, 92 v.d.; MEIER - HAYOZ, ZGB 641 N 61)

suna karşı piyano çalmamaya söz vermede bir borç ilişkisinin kurulmuş sayılmasına yeter, ciddî ve hukuken korunmaya değer, fiilen korunabilir bir çıkar vardır. Pekiyi, klâsik müzikten pek hoşlanan komşusuna «Allegro - vivace» piyano çalmaya söz vermede, bir borç ilişkisinin kurulmuş sayılmasına yeter ciddî ve hukuken korunmaya değer ve fiilen korunabilir bir çıkar var mıdır? (Bu soruya karşılık arayan okuyucunun bir an için kuşkuya düşmesi, bu soruyu sorarken güttüğüm amacı gerçekleştirmeye yetecektir.)

Dileğimiz, bizi çıkmazlara sokmuş, yukarıdaki kaypak ayıraçlara çalışma zorunluluğunda bırakmış olan, kanunumuzun «ikinci» sorumluluk anlayışını bir an önce gömmesidir. O zaman bütün bu çizştirdiklerimiz anlamını yitirecek, bu fikrî çaba sadece bir «fikir fosili» değeri taşıyacaktır.

Biz de lege lata BK 60 - 125, 55 - 100, MK 6 - BK 96 ikiliğinden doğan nisbî adaletsizliği aşma yolunda haksız fiil - hukukî işlem ikiliğinden ayrılıyor ve sorumluluk hukukunda şu iki yeni kaynağı tesbit ediyoruz :

Haksız fiil - Belirli bir kimseye karşı somut bir «zarardan uzak tutma yükümü»ne aykırılık.⁴²⁾

9. Benimsediğim teoriyi şimdi somut olutlara uygulayalım :

42) Bk. FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band II Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg und New York, 1965, 85.

Bu görüş çerçevesinde artık 'culpa in contrahendo', 'akdin müsbet ihlâli' ve 'üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme' kurumları da anlamlarını yitirmektedirler. Bu üç kurum arasında hiçbir mahiyet farkı kalmamaktadır. Geriye yalnız yan edim yükümüne aykırılık biçiminde belirebilecek bir 'akdin müsbet ihlâli' kalmaktadır ki, o da zaten BK 96'ya atlanabilir.

Borçlunun daha ödeme günü gelmeden ifada bulunmayacağını bildirmesi 'akdin müsbet ihlâli' (!) olmayıp (böyle ama İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 69 II 243 ve Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 149, 403 izinde öğretide hakim görüş; meselâ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, 401) bir kimsenin, bulunduğu beyanın sonuçlarına katlanması ilkesinin bir belirme biçiminden başka bir şey değildir; borçlunun kusuru şartı aranmaksızın ve gecikme hukukunun ihtarda bulunma ve süre verme şartlarına uymaksızın dönme (veya fesih) ile 'ifa etmeme giderimi isteme' olanaklarını alacaklıya şimdiden açar. Yenilik doğuran hakkın ve istemin dayanağı borçlunun kusurlu olarak ifayı reddi değil, onun kendisini bağlayıcı beyanıdır; bk. ESSER, 345; BLOMEYER, 162 v.d.

Devletin tapu sicillerinin tutulmasından dolayı sorumluluğuna (MK 917) dayanan davanın da savunduğum yeni görüş çerçevesinde BK 60 daki 1 yıllık zaman aşımı süresine değil, BK 125 deki 10 yıllık zaman aşımı süresine bağlı tutulması gerekir. (Doğal olarak aksi görüşte WIELAND, ZGB, 955 N2e; OSTERTAG, ZGB 955 N 19; TEKİNAY, Eşya Hukuku, İstanbul, 1967 - 68, 236; Yargıtayın 29.9.1962 t. ve 4/12 - 76 sayılı HGK kararı.

Bir mağazaya salt arkadaşını görme amacıyla giren kimseyi burada kişi ve mal varlığına verilen zararlardan dolayı akdî giderim alacaklısı kılamayacağımız halde (hukukî amaca yönelmiş bir sosyal temas yok, 'sathî' ve 'tesadüfî' bir temas vardır; ziyaretçi, mağaza sahibinden bir özen yükümü beklemekte haklı değildir), mağazaya, yanılma sebebiyle iptal ettiği sözleşme gereğince zilyetliğine geçirmiş olduğu malı geri vermek üzere giren kimseyi, sarhoş tezgâhtardan yediği yumrukla yaralanacak olursa, mağaza işleticisine karşı akdî giderim alacaklısı kılabileceğiz (hukukî amaca yönelmiş bir sosyal temas vardır).

Kiracının evine gelen konuklar burada uğradıkları zarardan ötürü akdî giderim isteyemeyecekleri halde, kiracının evde oturan yakınları ve müstahdemleri kirayaverene karşı akdî giderim alacaklısı olabileceklerdir. Bu sonuncular, kirayaverenin etki alanına ve ondan kendilerini zarardan uzak tutmasını bekleyebilecek bir duruma girmiş bulunmaktadırlar.

Bir işletmeyi gezen öğrenciler işleticiden özel bir özen yükümü bekleyebilirler. Bu ihtimalde de öğrenciler ile işletici arasındaki yakınlaşma, bir haksız fiil öncesi ilişkisinin «sathî» ve «tesadüfî» temasından ileriye geçmiştir. Taraflar birbirlerine yakınlaştıkları ölçüde, davranış yükümlerinin çevresi de genişler; işletmeyi gezen öğrencilere karşı bir makinenin kapasitesi hakkında yanlış bilgiler verebilecek olan işletici, aynı makine ile satın alma niyetiyle ilgilenen bir geziciye karşı, bu yanlış açıklamadan ötürü akdî sorumluluk hukukuna bağlanabilir.⁴³

Bir İstanbul mahkemesinde görülmekte olan dava: Millî Savunma Bakanlığı bir oto bakım istasyonu ile bir istisna sözleşmesi yapmıştır. Askerî aracı yıkatmak ve yağlatmak üzere istasyona getiren er, liftin altında kalarak yaralanıyor. Oto bakım istasyonu işleticisinin etki alanına giren, istisna sözleşmesinin edimine olan yakınlığı dolayısıyla en az, alacaklı olan Millî Savunma Bakanlığı kadar edim tehlikelerine yakın olan er, kendisine karşı gösterilmesini bekleyebileceği özen yükümüne aykırılıktan dolayı istasyon işleticisine karşı ne ifa yardımcısının ne işleticinin kusurunu şart kılan BK 100 uyarınca akdî giderim alacaklısıdır.

Piyasaya bozuk ilâç süren veya çıkardığı ilâcın tepkileri, kullanıma biçimi ve tehlikeleri hakkında yeterli bilgi vermeyen ilâç üreticisi, tüketicinin (hastanın) bu yüzden sağlığına gelen zarardan ötürü sözleşme hukuku sorumluluğuna bağlanacaktır.

43) Bk. THIELE, 653.

Üreticinin (edimin tahsis amacına göre) tehlikeli etki alanına giren tüketici, ondan, sağlığına zarar vermemesini, bu yolda özel bir özen göstermesini bekleyebilir, beklemekte haklıdır. Burada ilâç üreticisinin özen yükümü, herkese karşı uymak zorunda olduğu bir soyut, genel yüküm değil, hastaya karşı uymak zorunda olduğu somut, özel bir davranış yükümüdür.

Üretici ile eczane (ve belki başka aracı tüccar) arasındaki sözleşmeler aslında tüketiciyi (hastayı) hedef tutmakta, eczane, üretici ile tüketici arasında özel, somut güven ilişkisini kuran sosyal temasta salt aracı rolü oynamaktadır.^{43a}

10. Edim yükümlerinden bağımsız davranış yükümlerine aykırılığın yol açtığı giderim istemleri bakımından öğretide «indî» bir giderim hesaplamasına başvurulmakta ve «ikinci» sorumluluk anlayışını aşacak devrimciliği gösterenler, bu kez giderimin hesaplanmasında gereksiz bir ikiliğe saplanmakta, culpa in contrahendo'nun bir hukukî işlemin geçersizliğine yol açma biçiminde belirmesi durumunda salt menfî zararın giderileceğini ileri sürmektedirler

Öğretiye SAVIGNY ve JHERING'den gelme bir fikir alışkanlığı ürünü olarak çöreklenmiş ve Roma hukuku kaynaklarında rastlanmayan⁴⁴ «menfî zarar» kavramı giderim hukukuna son derece olumsuz etkilerde bulunmuştur. Sözleşmenin konusunda imkânsızlığı bile bile sözleşme yapan kimseyi «menfî (!?) zarar» in, ifade imkânsızlığı kusurlu olarak yaratan kimseyi ise «müsbet (!?) zarar» in giderilmesi ile yükümlü tutmanın tutarsızlığı bir yana (satıcının species'i satım sözleşmesini kurmadan 1 dakika önce imha etmesiyle satım sözleşmesini kurduktan 1 dakika sonra imha etmesi nasıl olur da farklı bir giderim hesaplamasına yol açar?) «menfî zarar» diye ayrı bir giderim hesaplamasına kalkışmak, yalnız giderimin kusura uygunluğu ilkesi (BK 43) ile değil, fakat kanunun, sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları etrafından dolanmayı önleme amacıyla da mutlak bir çelişme içerisindedir. (Menfî zarar pekâlâ müsbet zararı aşabilir; bir giderim kayıtlaması yapılacak ise nişanlanmada, açık ödül duyurusunda, ayıpta ve zapttaki giderim kayıtlaması be-

43a) Alman hukukcularının son yıllarda kalemlerine doladıkları 'üreticinin sorumluluğu' konusu hakkında bk. SİMİTIS, Grundfragen der Produzentenhaftung, 1965; DIEDERICHSEN, Die Haftung des Warenherstellers, 1967; CANARIS, Juristenzeitung 1968, 494 v.d. Bu tartışmalı sorun 17-20 Eylül 1968'de Nürnberg'de Alman Hukukcular Kurultayının 47 nci toplantısında da ele alınmıştır.

44) Bk. MEDICUS, Id quod interest, Köln-Graz, 1962, 312 v.d.; KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau, 1948, 23 v.d.

nimsenmeliydi) Kaldı ki kanunumuzun «sözüm ona» «menfî zarar»-dan söz ettiği maddelerde de gerçekte «menfî» diye adlandırılan bir zarar söz konusu değildir. Evet, zararın sebebi, hukukî işlemin geçerliliğine güven uyandırmadır ama bu, giderimin hesaplanmasına hakim olan BK 43'ün «giderimin kusura uygunluğu ilkesi»ni rafa kaldırmayı haklı kılamaz. Giderim borcunun causa'sı ile tutarını birbirine karıştırmamak gerekir.⁴⁵ Zararın sebebinin bir hukukî işlemin geçerliliğine güven uyandırma olmasının, zararın hesaplanmasını kalıplaştırması izah edilemez. Böyle bir kalıplaştırmayı ne klâsik «uygun illiyet» öğretisi, ne modern «ereksel illiyet» öğretisi haklı kılabilir.⁴⁶

Yargıcı dar kalıplara, düşünce şemalarına soka ve çok kere indi hesaplamalara yol açan bu kavramdan silkinmenin, hukuk öğrencilerinin ve yargıçların mantığını bu rahatsız edici urdan kurtarmanın zamanı gelmiştir.

Yanlış anlamalara yol açmamak için burada iki çekinceyi eklemek isterim :

a) Geçersiz sözleşmelerde kusurlu tarafın davranış yükümüne aykırılık sebebiyle yerine getirmek zorunda olduğu giderim borcu «aynen giderim» olamaz. Aksi halde kanunun geçersizlik hükmünün çevresinden dolanılmış olurdu.

b) Giderilecek zarar, zarar verici eylemin sonucu olan zarar.

45) Bk. SİMONIUS, Zeitschrift für schweizerisches Recht 37, 232 v.d. BK 108/2'de sözü edilen zarar, sözleşmenin geçersizliğine yol açmaktan doğmamakta, edim yükümüne aykırılıktan doğmaktadır; borçlunun kusuru, alacaklıda bir güven uyandırmada değil, asli edim yükümünü yerine getirmemede yatar. Üstelik burada menfî zarar söz konusudur diyerek değişik bir giderim hesaplamasına olanak açmak, alacaklının, gecikmeye düşmüş borçluya karşı birtakım spekülasyonlara girişmesine yol açar; bk. SİMONIUS, 260 v.d.; MARTİN, Zeitschrift für schweizerisches Recht 33, 127. Sonra, değil mi ki BK 205 bir yan edim yükümüne aykırılık halinde dönme üzerine tam giderim isteme olanağı vermiştir, BK 108/2 -ki asli edim yükümüne aykırılığa ilişkindir- alacaklı yararına öncelikle tam giderim isteme olanağını açık tutmuş sayılmalıdır. Hele BK 188 ve 212'nin dönme halinde de tam zararın karşılanmasını ön gördükleri, BECKER, OR 215 N I ve SİMONIUS, 262 v.d. ile birlikte kabul edilirse, dönme-ye rağmen tam giderim istemine olanak vermek daha da kolaylaşır.

BK 169/1'de ön görülmüş somut bir 'culpa in contrahendo' ihtimalinde de giderim borcunun 'menfî zarar'la kayıtlanamamış olduğu açıktır.

46) Sorumluluğu normun amacı ile kayıtlayan 'ereksel illiyet' öğretisi için bk. FİKENTSCHER, Das Schuldrecht, Berlin, 1965, 236 v.d.: Ehliyetsiz bir araba sürücüsü kusursuz olarak bir yayayı ezse o, ölümden sorumlu değildir, çünkü ehliyet zorunluluğunu ön gören normun amacı kişi hayatını korumak değildir! Katılamadığım ereksel illiyet bağı teorisine karşı LARENZ I, 157 v.d.; STAUDİNGER-WERNER, Vorbemerkungen 30-35 vor § 249 BBG.

dır; başka bir söyleyişle: giderimin hesaplanmasında kusurlu eyleme uygun sebep - sonuç bağı ile bağlı zararlar esas alınacaktır. Meselâ kumaş topunun düşmesi sebebiyle sakatlanan alıcı ancak uğradığı cismanî zararın giderilmesini isteyebilecek, yoksa satım sözleşmesinin ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini isteyemeyecektir. Çünkü bu sonuncu zarar ile kumaş topunun ayağına düşmesi arasında sebep - sonuç bağı yoktur. Nasıl ki bozuk (ayıplı) makine yollanması sebebiyle ham maddesinin zarara uğramasından dolayı alıcının — satım sözleşmesi geçersiz oldukça — karşılanmasını isteyebileceği çıkar, borcun ayıpsız ifası çıkarı (sağlam bir makine yollanmış olsaydı üretilebilecek kumaşın değeri) olamayacaksa! Çünkü bozuk makine yollama eylemi ile sözleşmenin geçersizliğinden doğan zarar arasında vasıtasız bir sebep - sonuç bağı yoktur. (Eğer satıcı satım sözleşmesinin geçersizliğine kusurlu olarak sebep olmuş olsaydı, o zaman alıcı, savunduğum görüş çerçevesinde ifa çıkarının da karşılanmasını isteyebilecekti)

Fakat bundan öteye giderek, satıcının kasden geçersizliğe sebep olması halinde alıcıdan, sözleşme geçerli olsaydı elde edeceği kârın (alıcı şeyi kiralayacak ve kira bedeli sağlayacaktı) karşılanmasını ve borcun ifa edilmemiş olması dolayısıyla uğradığı zararın (şeyi başkasına kiralamaya söz vermiş olan alıcı şimdi bu taahhüdüne uyamamaktadır) giderilmesini satıcıdan isteme olanağı esirgenemez.