

SORUMLULUK HUKUKU ALANINDA İLGİNÇ ALMAN MAHKEME İÇTİHA TLARI

Çeviren: Doç. Dr. Rona SEROZAN

Culpa in contrahendo ; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme.

Alman Federal Mahkemesinin (BGH'nin Juristenzeitung 1976, 776-78'de yayımlanmış olan 28.1.1976 tarihli kararı.

Olay: Ondört yaşında bulunan kız, annesine malları taşımada yardım etmek üzere geldiği süper markette, yerdeki bir sebze yaprağına basarak kaymış, yere düşmüş ve sağ dizinde ameliyatı gerektirecek ağırlıkta bir sakatlığa uğramıştır.

Karar: Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerine girişme olgusundan kaynaklanır; bu görüşmelerin geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla noktalanmasını da gerektirmez. Bu sorumluluk, davacı küçük kıızı, yardımcıların eylemlerinden sorumluluk, zaman aşımı süresi ve davada ispat yükü açılarından, «güvenlik önlemlerini alma yükümü»ne aykırılığa dayalı genel haksız fiil sorumluluğundan çok daha elverişli bir hukuksal konuma sokar. Yazılı hukukun geliştirilmesiyle ortaya atılan ve culpa in contrahendo kavramının çatısı altında ele alınıp sözleşme hukuku sorumluluğu ile bütünleştirilen bu yasal borç ilişkisi, olayda, mağdurun sözleşme görüşmelerinde bulunma amacıyla karşı yanın etki alanına ve buna bağlı olarak o ki-

şiden kendisine karşı özel bir özen göstermesini bekleyebilecek bir konuma girmesiyle haklılık kazanır.

Olayda, davacı küçük kızın bizzat bir alım-satım sözleşmesi kurma amacı taşımadığı, salt malları taşımada yardımcı olmak üzere annesine eşlik ettiği açıktır. Bu yüzden, mağdurun sözleşme kurma amacıyla, hiç değilse, bir iş temasında bulunma amacıyla satış yerine girmesini şart kılan culpa in contrahendo sorumluluğunun bu olayda doğrudan doğruya uygulanması, ilk bakışta olanak dışı gözükmektedir.

Şu var ki, olayda, küçük kız, annesiyle süper market sahibi arasında kurulan güven ilişkisine bir başka açıdan dahil olmuş sayılabilir. Gerçi o, üçüncü kişi sıfatıyla, asal edim istemlerinde bulunamaz, ama sözleşme ilişkisinin koruyucu etki alanına girmiş kişi sıfatıyla, özen yükümüne aykırılıktan ötürü pekala tazminat isteyebilir. Şöyle ki, olayda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığını kabul için uygulamada titizlikle aranageien tüm koşullar gerçekleşmiştir. Gerçekten de, alacaklı olan annenin aile hukukuna özgü iç ilişkide kızının kişi varlığından sorumlu olduğu, küçük kızın alacaklıya ve dolayısıyla edime yakın bulunduğu açıktır. En az bu nokta kadar açık olan bir başka nokta da bu olgunun davalı tarafından bilinebilir oluşudur. Bu nedenle, davalı süper market sahibinin ve onun ifa yardımcılarının, annesine eşlik eden kıza karşı da en az anneye karşı gösterdikleri özen ölçüsünde bir özen gösterme yükümünü üstlenmiş sayılabilecekleri kabul edilmelidir.

Culpa in contrahendo sorumluluğu ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğunun birbiriyle böylesine düğümlenmesinin satıcılar için önceden kestirilemez sınırsız bir sorumluluk riskine yol açabileceği yolundaki kaygı, aslında, anılan her iki kuruma temelinden karşı çıkan olumsuz anlayışın izlerini taşımakta olup paylaşılamaz.

Sonuç olarak, davacı, sözleşmeye özgü daha uzun zaman aşımı süresince, davalıya karşı ispat yükü açısından kendi-

si için çok daha elverişli sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayanabilecektir. (*Krş. Juristische Schulung 1977, 301*).

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme / Üçüncü kişinin zararının tazmini :

Alman Federal Mahkemesinin (BGH'nın) Juristenzeitung 1977, 721-23'de yayımlanmış olan 12.7.1977 tarihli kararı.

Olay: Davalı müteahhit, belediyeye karşı bir kanalizasyon işini üstlenmiş ve bu taahhüt işini yürütürken, çalıştırdığı işçilerden birinin kullandığı kazmaç (ekskavatör) ile, davacının işletmesinin enerji gereksinmesini karşılayan bir elektrik kablosunu koparmıştır. Binüçyüz işçi çalıştıran davacı işletme, otuziki dakikalık bu elektrik kesintisi yüzünden uğradığı zararın tazminini şimdi müteahhit firmadan istemektedir.

Karar: Davacının haksız fiile dayalı talebi, haksız fiile ilişkin hükmün koruduğu bir hukuksal değer in çiğnenmediği gerekçesiyle geri çevrilmeye mahkûmdur. Gerçekten, elektrik kablolarının korunmasına ilişkin yasa, bu kablodan yararlanan tüketicileri koruma amacıyla öngörölmüş bir yasa sayılamaz. Normun koruma amacı dışında kalan bu zararın haksız fiil bağlamı içinde tazmini olanak dışı gözükmektedir.

Öte yandan, olayda sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir tazminat istemine de yer yoktur. Gerçi belirli bir sözleşmenin kuruluşuna katılmamış olan kişiler de belirli koşullar altında bu sözleşme ilişkisinin koruma alanı içine çekilerek, (tam üçüncü kişi yararına sözleşmede olduğu gibi gerçek anlamda bir asal edim istemine kavuşturulmasalar bile) borçlunun sözleşmeye aykırı davranışla kendilerine zarar vermesi olasılığında bir «akdî tazminat talebi»ne sahip kılınabilirler. Ama sözleşmenin yanları arasındaki karşılıklı akdî özen ve koruma yükümlerinin üçüncü kişilere de yaydırılabilmesi, eşdeyişle, «üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme»

leşme»nin varsayılabilmesi için, edim alacaklısıyla üçüncü kişi arasında, özellikle aile, iş veya kira ilişkilerinde rastlandığı gibi, kişi hukukuna özgü yoğun bir ilişkinin, dıştan tanınabilir bir yakınlığın varlığı gerekir.

Olayda, alacaklı belediye ile ticari işletme sahibi arasında bu nitelikte bir ilişkinin oluştuğu söylenemez.

Öte yandan, davacının, «üçüncü kişinin zararının tazmini kuramı» çerçevesinde bir tazminat istemine sahibolduğundan da söz edilemez. Olayda, zararın mağdur-alacaklı yerine üçüncü kişinin mal veya kişi varlığında meydana gelmiş olması koşulu gerçekleşmiş değildir. Alacaklı belediye, işletme sahibi hesabına sözleşme kurmadığı gibi, işletme sahibine ait herhangi bir nesneyi de borçluya saklanmak üzere bırakmış değildir. (*Krş. Juristische Schulung* 1977, 363 i.s.).

Temsilcinin culpa in contrahendo'dan sorumluluğu :

Alman Federal Mahkemesinin (BGH'nin) Juristenzeitung 1975, 227/28'de yayımlanmış olan 29.1.1975 tarihli kararı.

Olay: Davacı, 1970 Eylülünde 1966 modeli kullanılmış bir Opel marka arabayı üçbin üçyüz marka otomobil galerisi sahibi davalının aracılığı ile, sorumsuzluk kaydını da içeren bir anlaşma uyarınca satın almıştır. Sözleşme görüşmeleri evresinde, davalı, arabanın sahibi adına ve hesabına sattığı bu aracın evvelce trafik güvenliğini ortadan kaldıracak kadar ağır bir kazaya uğramış olduğunu alıcıdan gizlemiştir. Bu gerçeklik, arabanın trafik muayenesinde ortaya çıkınca, davacı, sözleşme yüzünden yaptığı masrafları ve ödemiş bulunduğu satış akçasını davalı oto galerisi sahibinden geri istemiştir.

Karar: Sözleşme öncesi borç ilişkisinden çıkan yükümler bir güven ilişkisine dayandığına göre, bu yükümlere aykırılık edilmesinden ötürü temsilcinin mi yoksa temsil olunan kişinin mi sorumlu tutulacağı sorununun çözümünde,

alıcının kimin şahsına güven beslemiş olduğuna bakmak gerekir. (Nitekim bk. Ballerstedt, Archiv für die zivilistische Praxis 151, 501 ve 508).

Araba alım satımında uzmanlaşmış galeri sahibi, kullanılmış arabaların aracı ve temsilci sıfatıyla satımında mal sahibinin sınırsız yetkili yöneticisi kimliği ile sahneye çıktığına göre, sözleşme görüşmeleri evresindeki davranış yükümlüne aykırılıklardan ötürü, kendi şahsına güven besleyen müşteriye karşı güven zararının tazmini ile yükümlü sayılmalıdır.

Gerçi alıcının culpa in contrahendo'dan ötürü tazminat istemi, onun ayıplı ifadan ötürü zaten mevcut tazminat istemi tarafından emilip yutulmuş sayılır. Ama unutulmasın ki ayıplı ifadan ötürü tazminat istemi, alım satım sözleşmesinde satıcı sıfatıyla yer alan kişiye karşı yöneltilebilir bir istemdir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmeye dayalı daha ağır sorumluluk tarafından yutulması, salt satıcı ile alıcı arasındaki somut sözleşme ilişkisinde, eşdeyişle, «güven ilişkisinde» işlemez. İmdi, temsilcinin culpa in contrahendo'dan ötürü sorumluluğu, satıcının ayıplı ifadan ötürü sorumluluğunun «yanıbaşında» ayrıca varlığını korur.

Ne var ki temsilcinin bu sorumluluğu, satıcının sözleşmeden ötürü sorumluluğunun çerçevesini de aşamaz. Şu halde, eğer sorumsuzluk anlaşması geçerli sayılabilirse, temsilci de sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Gelgelelim, olayda satıcı, sorumsuzluk anlaşmasına dayanamayacaktır. Çünkü arabadaki ayıp, hileli biçimde alıcıdan gizlenmiştir. Bu nedenle temsilcinin sorumluluğu da saklı kalacaktır. (*Krş. Juristische Schulung* 1975, 462).

Yapımcının sorumluluğu / Çocuğun doğumunun «zarar» oluşturup oluşturmadığı :

Limburg Eyalet Mahkemesinin NJW 1969, 1574/75'de yayımlanmış olan 18.6.1969 tarihli kararı.

Olay: Davacı, evli olup, 16.10.1968 gününe kadar beş

çocuk babası olmuş, bu tarihte ise, uzun süreden beri doktorun reçetesine ve ilâcın kullanma talimatnamesine uygun olarak «Eugynon» doğum kontrol haplarını kullanmasına karşın hamile kalan karısının yaptığı doğumla altıncı çocuğa da sahibolmuştur.

«Eugynon haplarını kurallarına uygun biçimde alırsanız, çocuk doğurma olasılığını kesinlikle ortadan kaldırırsınız» yollu yazılara güvenen davacı, şimdi bu güvenin boşa çıkmasından ve istenmeyen bir çocuğun babası olmaktan ötürü uğramış bulunduğu zararın özei olarak, yeni doğan çocuğun ekonomik bağımsızlığını kazanıncaya değin sahip bulunduğu nafaka alacağıнын tazminini, bu doğum kontrol hapını imal edip piyasaya sürmüş olan yapımcıdan istemektedir.

Karar: Davacı, ne sözleşmeye ne de haksız fiile dayanarak herhangi bir tazminat talebi ileri süremez. Olayda herhangi bir satım sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü davacı ile davalı arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmuş değildir. Hapları seçen ve bunları kullanmayı sağlık veren kişi doktordur. Hapların etkinliğine ilişkin güven de doğrudan doğruya doktorun bu öğüdüne dayandırılmıştır.

Öte yandan, ilâç yapımcısı ile tüketici arasında sözleşme benzeri bir yasal borç ilişkisinin varlığından da söz edilemez. Yapımcı, ürettiği ilâcı yalnız eczanelere ve doktorlara yollar; yoksa meslekten olmayan kişilere değil. Bu açıdan, yapımcının doğrudan doğruya tüketicilere karşı bir güven sorumluluğu altına girmiş sayılması olanaklı değildir. Malını piyasaya çıkarırken, yapımcı, tüketicilere karşı özenli bir yapım ve mutlak kusursuzluk güvencesi vermeyi amaç bi'mez. Yapımcının ürününü reklâmlarda övmesi de asla tüketicisine özel bir güvence vermesi anlamına gelmez.

Kaldı ki yapımcının özel, dolaysız sorumluluğu bir an için varsayılsa bile, olayda böyle bir sorumluluğun varlığı

yine de kabul edilemez. Çünkü çocuğun doğumu bir kayıp, bir zarar sayılamaz. Çocuk bir değerdir, bir kazançtır; ama asla bir kayıp, bir zarar değildir. Gerçi nafaka ödeme borcu babaya yüklenmiş bir parasal yüküdür; ama bu kayıp, haksız fiilin koruma amacının çerçevesine girmez.



Itzehoe Eyalet Mahkemesinin Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1969, 90/91'de yayımlanmış olan 21.11.1968 tarihli kararı :

Olay: Davacı erkek, sekiz yıllık evliliğinde beş çocuk sahibi olduktan sonra, aile doktoruna karısı için bir doğum kontrol hapi reçetesi yazdırmıştır. «Eugynon» hap'arına ilişkin bu reçeteye eczaneye başvuran davacının karısına, eczanede çalışan müstahdem eczacı yanlışlıkla, «Eugynon» doğum kontrol hapi yerine «Enzynorm» mide ilâcını vermiş, bunun üzerine kadın da 10 ay sonra altıncı çocuğunu doğurmuştur. Şimdi davacı, eczane sahibinden bu çocuk için aylık 100 marklık nafaka istemektedir.

Karar: Davalı, satım sözleşmesinin kötü, ayıplı ifasından ötürü sorumludur. Davacının karısı ile davalı eczane arasında geçerli bir alım-satım sözleşmesinin oluşmuş bulunduğu kuşkusuzdur. Olayda sözleşmenin kuruluşunu köstekleyebilecek bir «gizli uyuşmazlık» söz konusu o'madığı gibi, kadının alışverişinden ötürü kocanın doğrudan hak kazanmaması da söz konusu değildir.

Yanılma, sadece verilen ilâcın adına ilişkin bir birlikte yanılma niteliği taşımaktadır; kadın da bu alışverişi evlilik birliğini temsilen gerçekleştirmiştir. Davalı eczane sahibinin ifa yardımcısının kötü ifası, kadının gebe kalmasına, çocuk doğurmasına ve bu yüzden de davacının malvarlığının eksilmesine yol açmıştır. Davacının nafaka borcundan oluşan bu zararı denkleştirebilecek herhangi bir yarar da, şimdilik ortada gözükmemektedir. Gerçekten, davacının ileride çocuğunun yardımlarından yararlanıp yararlanmayacağı

veya çocuğuna mirasçı olup olmayacağı belli değildir. Gerçi davacı çocuğunu evlâtlık olarak elden çıkarmakla bu nafaka borcunu ve dolayısıyla zararını ortadan kaldırabilir. Ama böyle bir yola başvurmamakla kendisinin zararı artırmama ödevine aykırı davrandığı da söylenemez. Olayda, davacının tazminat talebinin, indirimine, olsa olsa, karısının ilâcı, kutusuna ve kutunun içindeki prospektine hiç bakmaksızın savrukça kullanmakla zararın oluşmasına katkıda bulunmuş olması olgusu yol açabilir. Davalı, işte bu nedenle, davacının nafaka yükümünden oluşan zararının sadece yarısını tazminle yükümlü sayılmalıdır. (*Krş. Juristenzeitung 1971, 201 i.s. ve Juristische Schulung 1975, 328 i.s.*)

Turistik gezi sözleşmesi :

Alman Federal Mahkemesinin (BGH'nın) Neue Juristische Wochenschrift 1975, 40 i.s.'de yayımlanmış olan 10.10.1974 tarihli kararı.

Olay: Bir tekstil fabrikatörü, Romanya'nın Karadeniz kıyılarında, karısı ve iki çocuğu ile birlikte iki haftalık bir tatil geçirmek üzere bir seyahat acentasıyla anlaşmıştır. Bu götürü turistik gezi sözleşmesi uyarınca acentaya toplam 2322 Mark ödeyen davacı, tatil yerine varıldığında, otel, lokanta ve plâj yönünden tam bir düşbozumuna uğramıştır. Bunun üzerine, davacı, yurda döner dönmez, seyahat acentasından, evvelce ödemiş bulunduğu yolculuk ücretinin yüzde altmışını geri istemiş, üstelik tatilin boşuna harcanmış olması yüzünden de 1500 Marklık zarara uğradığını ileri sürerek bu zararın tazminini de istemiştir.

Karar: Bu götürü turistik gezi sözleşmesi, bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Sözleşmenin ayıplı ifasından götürü davacının Par. 635 (Türk BK 360) uyarınca ücretten indirdiği tutarı elde etmesi uygun görülmüştür. Kökleşmiş içtihatlarla göre, bu olaydakine benzer yolculuklar düzenleyen seyahat acentaları, sözleşmelerin gerçek anlamda tarafı sayılırlar ve yolcuyla dolaysız bir hukuksal ilişki içine girmiş olurlar. Bu nedenle de edim sonucunun sözleşmeye

uygun biçimde gerçekleştirilmemesinden ötürü bizzat sorumlu tutulurlar. Taşıyıcılar, otelciler, lokantacılar ve plâj-cılar, seyahat acentasının eylemlerinden bizzat sorumlu tutulduğu ifa yardımcılarınıdır. Seyahat acentasının dıştan tanınabilecek biçimde salt aracılık faaliyetinde bulunmakla yetindiği, yalnız yolculuk biletlerinin satış mümessilliğini yaptığı ve belirli otellerle sözleşme kurulmasına tellal sıfatıyla aracılık ettiği kural dışı olasılıklar hiç kuşkusuz saklıdır. Ama böyle bir istisnanın varlığını kabulde dikkatli davranmalı, yolcuların dış görünüşe güveni titizlikle korunmalıdır.

Olayda asıl tartışmalı nokta, kaçırılan tatil keyfinin, dinlenme rahatlığının davalıya tazmin ettirilip ettirilemeyeceğidir. Alışveriş yaşamında metalaştığı kabul edilebilecek olan «arabadan yararlanma olanağı» benzeri değerler arasında «tatilde dinlenme olanağı»nın da yer aldığı kabul edilmek gerekir. «Zaman eşit paradır» formülüne uygun olarak, davalı, davacının boşuna harcadığı tatil zamanının karşılığını da tazmin etmelidir.

(*Krş. Neue Juristische Wochenschrift* 1973, 318; 1974, 37 ve 1187; *Juristische Schulung* 1976, 223 i.s.).

Futbolcu transferine ilişkin sözleşmede işlem temelinin çökmesi :

Alman Federal Mahkemesinin (BGH'nın) *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, 565 i.s.'de yayımlanmış olan 13.11.1975 tarihli kararı.

Olay: Yöresel futbol ligine katılan (K) kulübü, 24.6.1971 tarihinde, davalı Federal lig kulübü (B) ile, bu kulübün profesyonel futbolcusu (F) nin transferiyle ilgili bir sözleşme kurmuş ve transfer parası olarak da (B) kulübüne 40.000 Mark ödemiştir. Her iki taraf da futbolcu (F) nin bir yıl önce Federal ligdeki büyük rüşvet skandalına karışmış olduğunu bilmemekteydi. 1971 Ağustosunun başında, yeni futbol mevsiminin açılışından kısa bir süre sonra, bu rüşvet olayı

ortaya çıkarılmış ve futbolcu (F) nin lisansı Futbol Federasyonunca geçersiz kılınmıştır. Bunun üzerine, (K) kulübü, (B) kulübü ile kendisi arasındaki transfer sözleşmesini çözdüğünü bildirerek, (B) kulübünden evvelce ödemiş bulunduğu transfer parasını geri istemiş bulunmaktadır.

Karar: Sözleşmenin işlem temeli, belirli olguların varlığına veya gelecekte gerçekleşeceğine ilişkin olup, sözleşme konusu olamasa bile sözleşmenin kuruluşunu etkilemiş olan karşılıklı ortak tasarımlardan oluşur. Uyuşmazlık konusu olayda, oyuncunun bir lisansa sahip bulunduğu, transfer sözleşmesinin taraflarınca doğal olarak karşılanmış olduğu ve bu ortak tasarımın transfer sözleşmesinin işlem temelini oluşturduğu açıktır.

Gerçi sözleşmeye bağlılık ilkesi karşısında, işlem temelinin çöktüğünü kabulde çekimser davranmak gerekir. Böyle bir olgu, ancak hakkaniyet duygularıyla bağdaşmaz, sözleşme ilişkisini taraflar için çekilmez kılan özel durumlarda kural dışı yoldan kabul edilebilir. Ama uyuşmazlık konusu olayda, işte böylesine nitelikli bir kural dışı durum gerçekleşmiş sayılabilir.

Lisansı elinden alınan futbolcu, nesnel bir gözlemle, kendi eski kulübü için de değerini tümüyle yitirmiş bir oyuncudur. Bağlılık ve güven ilkesi ışığında, böyle bir futbolcuyu devreden kulübün bu ağır rizikoyu olduğu gibi öteki kulübün sırtına yüklemesi düşünülemez. İşlem temeli çöken transfer sözleşmesine bağlı kalması da artık (K) kulübünden beklenemez.

İşlem temelinin çökmesinde riziko dağılımı sorunu hiç kuşkusuz asal önem taşır. Uygulamada benimsenen görüşe göre, sözleşmenin amacı ışığında, salt belirli bir sözleşmenin riziko alanına giren olgular, o kişi yararına, işlem temelinin çöktüğünü ileri sürme hakkı vermez. Ele alınan olaydaysa böyle bir durumdan söz edilemez. Transfer sözleşmesi bir spekülatif işlem değildir. Gerçi profesyonel futbolda her transfer sözleşmesi belirli ölçüler içinde bir riziko ögesini

bünyesinde taşır. Transfer edilip kulübe kazandırılan oyuncunun kendisine bağlanan umutları boşa çıkarıp çıkarmayacağı, evvelce geçirmiş olduğu bir sakatlığın depresmesi yüzünden futbol oynayamaz duruma düşüp düşmeyeceği, hep oyuncuyu devralan kulübün üstlendiği rizikolardan sayılabilir. Ama olaydaki durum farklıdır. Futbolcu (F), rüşvet o'ayına karıştığı için, Futbol Federasyonunca tanınmış ve her iki kulüpçe de bağlayıcı olarak kabul edilmiş kurallar çerçevesinde ve doğrudan doğruya kişisel nedenlerle futbol oynama lisansını yitirmiştir. Bu kişisel aksaklık yüzünden, o, hiçbir kulüpte futbol oynayamaz duruma düşmüştür. Bu o'gunun sözleşmenin kuruluşu sırasında transfer sözleşmesinin taraflarınca bilinmemiş olması hukuken önem taşımaz. Önemli olan, tarafların öznel bilgisi değil, fakat bu nesnel olgudur.

Şu da var ki işlem temelinin baştan eksikliği ya da sonradan çökmesi her zaman sözleşme ilişkisinin tümüyle ortadan kaldırılmasına yol açmaz. Sözleşme bağından kurtulma ve böylelikle sözleşme yükümlerinden sıyrılma, ancak güven ilkesi böyle bir çözümü kaçınılmaz kıldığında düşünülebilir. O halde, işlem temeli çöktüğünde, başta cevaplanması gerekli soru, sözleşmenin değişik koşullara uydurularak ayakta tutulup tutulamayacağıdır. Olay açısından bu soruya olumsuz bir karşılık vermek gerektiğinden, (B) kulübü, ister istemez, sözleşmenin (K) kulübü tarafından tümüyle çözümlmesine katlanmak zorunda kalacaktır.

(Krs. Juristische Schulung 1977, 225 i.s.).