

Istanbul Üniversitesi
Mukayeseli Hukuk
Araştırmaları Dergisi, No. 18
İstanbul, 1990

Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiiller hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar:

"Sözleşmenin müspet ihlali" ve "culpa in contrahendo"

Prof. Dr. Rona Serozan

Giriş

Yasalar da tüm doğa ve toplum ürünleri gibi, tarihsel süreç içinde yıllanıp yıpranırlar. Bu gerçek, kuşkusuz, değişiklik girişimlerine karşı en dayanıklı Borçlar Yasamız için de geçerlidir.

Yürürlüğe girdiği serbest yarışmacı ve liberal kapitalizm çağının küçük çapta tarım ve manüfaktür üretiminin maddi koşullarını yansıtan Borçlar Kanunu, günümüzün ekonomik ve sosyal boyutları baştan aşağı değişmiş kitlesel sanayi üretiminin maddi koşullarına yanıt veremez artık.

Gerçekten de, aradan geçen onyıllar içinde, sadece at arabalarının yerini, saatte iki yüz elli kilometreden süratli taşıt araçları ve değirmenlerin yerini de nükleer santraller almakla kalmamıştır. Bu süreç içinde, aynı zamanda, serbest rekabetin yerini, sermaye temerküzüne dayanan tekelci bir yapı da almıştır.

Bu sosyo-ekonomik yapıda, eşitsizlikler uçurumu giderek derinleşmiş, kişinin zarara uğrama rizikosunu artmış, onun korunma gereksiniminin içeriği de baştan aşağı değişmiştir. İşçiyi, kiracıyı ve tüketiciyi koruyucu özel yasalar ile tehlike sorumluluklarını öngören yasal düzenlemeler bu değişimin hukuki yapıdaki başlıca yansımalarıdır.

Yaygın ve yoğun kitlesel üretimin geçerli olduğu bir dönemin alışveriş yaşamı, hiç kuşkusuz, kırdaki çiftliğin, tarlada da çiftlik hayvanının satıldığı ve sokaklarında at arabalarının dolaştığı dönemin sade ve asude yaşamıyla karşılaştırılmaz.

Yüzyıl öncesinin yasa koyucusunun mezarından kalksa hayretle gözleyeceği gerçek şudur: Birey için sözleşmeyi kurma ve düzenleme serbestliği hemen hemen kalma-

mıştır. Müşteri, tröstlerin, kartellerin karşısında pazarlık gücünden yoksundur. Kendisine dayatılan genel işlem koşullarını kabullenmek zorundadır. Üstelik, müşteri, kendisini tüketime iteleyebilmek için geliştirilen akla hayale gelmez manipülasyon teknikleri karşısında, beyni yıkanmış, şartlandırılmış bir tüketim robotuna ve kölesine dönüşmüştür. Öte yandan, piyasanın saydamlığı büsbütün kaybolmuş, sağlıklı ve doğru bilgilerin yerine, gerçekleri çarpıtıcı ve abartıcı, üstüne üstlük, kişiyi yabancılaştırıcı reklamlar geçmiştir. Kalitesiz, dayanıksız, gereksiz ve sakıncalı bir sürü mal piyasayı istila etmiştir. Bu arada işbölümü giderek dallanıp budaklanmış, dağıtım zincirinin halkaları, içinden çıkılmaz biçimde artmış ve tüketici bu karmaşa içinde kimi muhatap diye seçeceğini bilemez olmuştur. Yurttaşın kazaya uğrama rizikolarının olağanüstü boyutlarda artmış olması, bu ürkütücü tabloda en belirgin ve kalın çizgiyi oluşturur.

Bütün bu oluşumların ve gelişimlerin yüzyıllık Borçlar Yasasının kalıplarını zorlayıp sonunda da çatlatacağı doğaldır.

İfa engeli nedir?

Borç ilişkisi her zaman ifayla ya da (tevdî ve takas benzeri) ifa yerini tutan olgularla amacına ulaşarak son bulmaz. Çoğu zaman, ifa sürecinde, ifanın (borç ilişkisinin amacının) gerçekleşmesini engelleyen hesaba katılmamış aksilikler çıkar ortaya. Edim programından sapmalarla karşılaşılır. Borçlu, edimini eksiksiz, düzgün, zamanında ve yerinde gerçekleştirmez ya da gerçekleştiremez duruma düşer. Öte yandan, alacaklı da verilen söze (borca) uygun edimi kabullenmeyebilir ya da kabullenemez duruma düşebilir. Nihayet, koşulların sonradan umulmadık bir biçimde değişmesi yüzünden, ifa, borçluya yüklenemeyecek ölçüde güçleşebilir ya da alacaklı için tüm anlamını yitirebilir. İşte bütün bu olgulara "ifa engeli" denir.

İfa engeli deyimine ne ders kitapları yer verir ne de yasa. Yalnız BK mad. 95 kuralının kenar başlığında "ifaya mani olan sebepler"den söz edilir.

İfa engeli karşılığında genellikle "ifa etmeme"den (ademi ifadan), sözleşmeye aykırılıktan söz edilir. Oysa herhangi bir "ihlal" oluşturmayan ifa engelleri de vardır. Aşırı ifa güçlüğü gibi.

İfa engellerinin geçit resmini bir örnek-olay çevresinde izleyelim. Bu arada kimi nitelendirmelerin kuşkulu ve tartışmalı olduğunu da ekleyelim:

Hasta A doktor B'yi tedavi için evine çağırıyor.

- 1) B kapıyı çaldığında kimse kapıyı açmıyor: Alacaklı temerrüdü.
- 2) A, B'yi beklerken uğrayan komşusu tıp profesörüne tedavi olup iyileşiyor: Alacaklı yüzünden sonraki imkansızlık.
- 3) A, B gelmeden kendiliğinden iyileşiyor: Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi (Zweckerreichung) nedeniyle sonraki imkansızlık.
- 4) A, B gelmeden ölüyor: Amacın düşmesi (Zweckfortfall) yüzünden sonraki imkansızlık.

5) Doktor B, A'nın evine gelirken alkollü araç sürüp kaza yapıyor ve A'yı tedavi edemez duruma düşüyor: Borçlunun yüzünden sonraki imkansızlık.

6) Doktor B, A'nın evine gelirken alkollü başka bir sürücünün arabasına çarpması yüzünden A'yı tedavi edemez duruma düşüyor: Borçlunun elinde olmayan nedenle sonraki imkansızlık.

7) Doktor B bir dostuna rastlıyor, söyleşiye dalıp randevusuna gitmiyor: Borçlu temerrüdü.

8) B, A'nın hastalığına yanlış teşhis koyuyor: Sözleşmenin müspet ihlali.

9) B tedavi sırasında eşinin öldüğü haberini alıyor: Borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi biçiminde işlem temelinin çökmesi.

10) A, komşusu tıp profesöründen hiçbir hastalığı olmadığını ya da tedavisi olanaksız bir hastalığa yakalandığını öğreniyor: Alacaklının kişisel tasavvurunun boşa çıkması biçiminde işlem temelinin çökmesi.

11) B, aslında dahiliyeci değil de veteriner: Baştan (konuda) "sübjektif" imkansızlık ve dolayısıyla borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık. Değişik bir görüşe göreyse, baştan (konuda) "objektif" imkansızlık ve hile biçiminde tezahür eden culpa in contrahendo nedeniyle güven zararının tazmini.

12) A'nın eşi, doktor B'ye telefon edip onu çağırdığında A ölmüş bulunuyor. A'nın eşi bu acı gerçeği bilebilecek durumda değil Baştan (konuda) imkansızlık. Butlan.

13) A'nın eşi doktoru telefonla eve çağırdığında, eşinin ölmüş olduğunu bilebilecek durumda: Yine baştan (konuda) imkansızlık butlanı. Ama bu kez culpa in contrahendo'dan ötürü tazminat sorumluluğu.

İfa engellerine toplu bakış

İfa engelleri, bu örneklerden de anlaşılacağı gibi, şu başlıklar altında toplanabilir: Alacaklı temerrüdü, alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkansızlığı, baştan (konuda) imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesinde kusur (culpa in contrahendo), işlem temelinin çökmesi (borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi ve alacaklının beklentisinin, eşdeyişle kişisel tasarrımının boşa çıkması).

Bütün bu ifa engelleri değişik kriterlere göre ayrı öbeklerde toplanabilir. Akla ilk gelen kriter, ifa engelinin temelli (kalıcı, aşılamaz) karakter mi yoksa geçici (aşılabilir) karakter mi taşıdığı sorusuna yanıt arayıp bulur. İmkansızlık-temerrüt ayırımı işte bu kriterle dayanır. Temelli, sürekli ifa engelinde (imkansızlık olasılığında), ifada ısrar akıl dışıdır. Edimi, içeriği değişmeksizin sonradan telafi yolu kapalıdır. Ölmüş hasta tedavi edilemez. Geçici ifa engelinde (temerrütte) ise, edimi, içeriği değişmeksizin sonradan yerine getirme (telafi) olanağının kapısı açıktır. Hasta hastalığı sürdükçe tedavi edilebilir.

İfa engellerini ayırdedici bir başka kriter de ifa engelinin kaynaklandığı etki ve egemenlik alanına, edim ortamına ve bilgi çevresine bağlıdır. Borçlu yüzünden ortaya çıkan ifa engeli (fotokopici, ders notlarını yardımcısının savrukluğu yüzünden öğrencinin sınavından öncesine yetiştiremiyor) .Alacaklının yol açtığı ifa engeli (öğrenci ders notlarının fotokopisini zamanında almaya gelmiyor) .Tarafsız etki alanında (doğa olaylarıyla, üçüncü kişinin, özel olarak kamu makamlarının eylemiyle) gerçekleşen (kazai-) ifa engeli (ders notlarının fotokopilerinin satışı dersin hocasının müdahalesiyle engelleniyor). Bu üçlü ayırım işte bu kritere dayanır.

Üçüncü bir kriter de kronolojik (zamansal) kriterdir. İfa engeli sözleşmenin kurulmasından önce mi yoksa sonra mı ortaya çıkmıştır? Bu sorunun yanıtına önem verir. Baştan (konuda) imkansızlık (satılan kanaryanın evvelce ölmüş olması) olgusuyla sözleşme öncesinde kusur(markete alışveriş için giren müşterinin muz kabuğuna basıp kayması) olgusu sözleşmenin kuruluşundan önce beliren ifa engelleridir.

Aslında bu iki olguyu gerçek anlamda birer ifa engeli saymak doğru değildir. Çünkü her ikisinde de henüz geçerli olarak oluşmuş bir borç ilişkisi yoktur. Daha ifa sürecine girilmiş değildir ki bir ifa engelinden söz edilebilsin. Ama baştan (konuda) imkansızlıkla sonradan ifa imkansızlığı ve sözleşme öncesi kusur (culpa in contrahendo) ile sözleşmenin müspet ihlali (culpa in solvendo) arasındaki sınırların silikliği (çakışma) dolayısıyla, bu olguları da ifa engelleri potasında toplamak amaca uygun olur.

İfa engellerine ilişkin yasal düzenlemenin yetersizliği

Yasanın ifa engellerine ilişkin kuralları günümüzde geçerli kitlesel sınai üretimin değil de yüzyıl öncesinde geçerli küçük çapta bireysel tarım üretiminin koşullarına göre biçimlenmiştir. Bu nedenle, yasanın ifa engelleri alanındaki avadanlığı da kullanışsız ve elverişsizdir. Günümüz sorunlarına doyurucu yanıtlar getirmez. Öyle ki ifa engellerine ilişkin sorunların çözümü genellikle yasada değil de ders kitaplarında aranır. Hani neredeyse, kuralların yerine kuramlar geçmiştir.

İfa engelleri alanında yasanın odak noktası olarak seçtiği merkezi kavram "parça borcunda imkansızlık"tır. Öyle ki yasanın "ifa etmeme" bölümü imkansızlıkla başlar. İfa engellerine bağlanan tüm sonuçlar hep bu kavramın yörüngesinde döner. Ayıplı ifa bile, kimilerine göre bölümsel imkansızlık sayılır. Borçlu temerrüdüne de hani neredeyse zamansal imkansızlık ve dolayısıyla bölümsel imkansızlık gibi bakılır. Oysa imkansızlık kavramı bugün artık ifa engellerinin başat kavramını oluşturmaya elverişli sayılmaz.

Nitekim yasa ötesinde (praeter legem) geliştirilen kavramlarla kuramlar günümüzde imkansızlıktan çok daha önemli boyutlar kazanmışlardır. Jhering'in "culpa in contrahendo"su ile Staub'un "sözleşmenin müspet ihlali" ve Oertmann'ın "işlem temelinin çökmesi", uygulamada imkansızlığı düpedüz gölgelemişlerdir.

Bereket, İsviçre-Türk BK mad. 97/96 kuralı ifa imkansızlığının yanına "akdin gereği gibi ifa edilmemesi" olgusunu da katarak, Alman hukukunda geçerli o kaskatı "imkansızlık dogması" nı bir nebze yumuşatmıştır.

Aslında fazlaca pratik önemi olmayan "parça borcunda imkansızlık" kavramının tüm ifa engelleri hukukunun odak noktası olarak seçilmesi, yasal düzenlemenin tek talih-siz yanı değildir. İfa engelleri düzenlemesindeki ayırımların çoğu da günümüzün somut yaşam gerçeğini yansıtmaz, somut gereksinimlerine yanıt getirmez.

Birbirine çok benzeyen, hatta yer yer çakışan ifa engelleri arasında açılan yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara (nisbi adaletsizliklere) yol açmaktadır.

Genel hükümlerdeki ayırımlara bir de özel sözleşme ilişkilerine özgü özel düzenlemeler (satımda, kirada ve istisnada ayıplı ifaya ilişkin özel düzenleme ile bu sözleşmelerde temerrüde ve başkaca ifa engellerine ilişkin özel düzenleme) katılırsa, ortaya çıkan hukuki tablo daha da kararır ve karışır. Aynı sözleşmede kimi ifa engeli için özel hükümlere, kimileri için de genel hükümlere bakmak zorunda kalan hukukçu, özellikle "yarışma" (telahuk) sorunsalı karşısında bunalır.

İmkansızlık-temerrüt, imkansızlık-zapt, sözleşmenin müspet ihlali-ayıplı ifa, baştan imkansızlık-sonradan imkansızlık, objektif-sübjektif imkansızlık, müspet-menfi zarar ayırımları, ifa engelleri hukukunun yadırgatıcı ayırımlarına örnek gösterilebilir.

İfa engelleri hukukunda geçerli ayırımların sağduyuya aykırılığı şu örneklerde çarpıcı bir biçimde sergilenebilir:

1) a) Evvelce yanmış antikayı bile bile satma: Baştan (konuda) objektif imkansızlık. Butlan. Culpa in contrahendo'dan ötürü kusurlu ve sınırlı tazminat sorumluluğu.

b) Evvelce çalınmış (başkasına ait) antikayı satma: Sübjektif imkansızlık ve zapt. (BK. mad.189) Kusursuz ve eksiksiz tazminat sorumluluğu.

2) a) Satılan antikanın baştan çalınmış (başkasına ait) olması: Zapttan ötürü (kusursuz-) garanti sorumluluğu. (BK mad. 189)

b) Satılan antikanın sonradan çalınması: Sonraki imkansızlık nedeniyle kusur sorumluluğu (BK mad. 96) ya da sorumsuzluk (BK mad. 117).

3) a) Mevcut olmayan alacağı satma: Garanti (tekeffül) sorumluluğu ve tam tazminat (BK mad. 169).

b) Mevcut olmayan eşyayı satma: Baştan (konuda) objektif imkansızlık. Olsa olsa, culpa in contrahendo'dan ötürü kusur sorumluluğu ve güven zararının tazmini.

4) a) Denize uçmuş arabayı satma: Baştan (konuda) objektif imkansızlık. Olsa olsa, culpa in contrahendo'dan ötürü sadece olumsuz ve güven zararının tazmini.

b) Frenleri daha baştan tutmayan ve bu yüzden daha sonra denize uçacak arabayı satma: Ayıplı ifa (BK mad.194). Her halde kusursuz ve eksiksiz tazminat sorumluluğu.

5) a) Kanaryanın satım sözleşmesinin kurulmasından bir dakika önce özensizce

bir hava akımına kaptırılması üzerine ölmesi: Baştan (konuda) objektif imkansızlık. Culpa in contrahendo'dan ötürü sadece olumsuz güven zararının tazmini.

b) Aynı kanaryanın aynı özensizlik yüzünden satım sözleşmesinin kurulmasından bir dakika sonra ölmesi: Borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık yüzünden tam tazminat. (BK mad. 96).

6) a) Yolda bozulup kalmış aracın çekici çağrıldığı anda kendiliğinden çalışmış olması: Baştan (konuda) imkansızlık butlanı. (BK mad. 20) Çekicinin ücret alacağı yok.

b) Çekilmesi gerekli bozuk arabanın çekici çağrıldıktan "sonra" kendiliğinden çalışması: Sonraki imkansızlık. Çekicinin ücretin belirli bir bölümünü alabilmesi (hasarın paylaşılması). (BK mad. 370 çözümü)

7) Öğrencinin öğretmenin dersine kararlaştırılmış saatte gelmemesi:

a) Alacaklı temerrüdü varsayılırsa, öğretmenin sadece sözleşmeden dönebilip ücreti isteyememesi, (BK mad. 94)

b) Mutlak kesin vadeli işlem ve dolayısıyla imkansızlık varsayılırsa, öğrencinin ders almadığı halde ücret ödeme yükümü. (Bizde de kabul edilen Par. 324 I BGB çözümü)

8) a) Bilgisayarı, kullanma talimatnamesi eksik ya da yanlış biçimde yollama: Sözleşmenin müspet ihlali gereği kusur sorumluluğu.

b) Bilgisayarı bozuk olarak yollama: Ayıplı ifa (BK mad. 194) uyarınca, (kursuz-) garanti sorumluluğu.

Birbirine bu denli yakın olgulara böylesine farklı sonuçların bağlanmasını kimse haklı gösteremez.

Ifa engelleri hukukunun en zayıf noktalarından biri de satımda, kirada ve istisnada birbirinden ayrımlı düzenlemelere gidilmesinin anlamsızlığı bir yana, satılanın ayıplı ifası (kalitesiz mala karşı himaye) alanında göze batmaktadır. Şöyle ki tüketici (müşteri) kalitesiz mala karşı doyurucu biçimde korunmuş değildir.

Bir kere, ayıplı ifadan ötürü sorumluluk düzenlemesinde "parça borcu" göz önünde tutulmuştur. Ayıplı ifa da bir "ademi ifa" olgusu olarak ele alınacak yerde, başlangıçta mevcut bölümsel imkansızlıktan ötürü "tekeffül" olgusu olarak ele alınmıştır.

Buna bağlı olarak, müşteri (tüketici) yararına ne ayıplı malı ayıpsızı ile değiştirme hakkı tanınmıştır ne de ayıbın onarım yoluyla giderilmesi istemi.

Bu arada alıcıya yüklenen ödevler de ağır kaçmış, üstelik zaman aşımı süresi oldukça kısa tutulmuştur.

Satıcının reklamlarının, malını övücü propagandasının nitelik vaadinden sayılması da alıcı yararına ayrı bir talihsizliktir. Gerçi Alman hukukundaki gibi açık bir garanti taahhüdü aranmış değildir. Ama yine de satıcının reklamlardaki, prospektlerdeki övgüleri nitelik vaadinden sayılmamaktadır İsviçre'de ve Türkiye'de.

Önemli bir başka eksiklik de kimi zaman asıl satıcıdan daha önemli bir rol alan seyahat acentası ve oto galerisi benzeri "güven paratöneri" aracılıkların sorumlu tutulmaması, müşterinin, hiç tanımadığı satıcısıyla sözleşmenin gerçek tarafı olarak başbaşa bırakılmasıdır.

Bunun gibi, arka planda kalan yapımcı da genellikle (özel bir garanti belgesi vermediği durumda) ayıplı ifadan (kalitesiz maldan) ötürü sorumluluğun muhatabı olmayıp, bu sorumluluk doğrudan doğruya bayiye (ön plandaki asıl satıcıya) yüklenmektedir. Buysa, müşterinin çoğu kez elinin boş çıkmasına yol açar.

İşte bütün bu eksikliklere ve aksaklıklara karşı başvurulabilecek çare, culpa in contrahendo ya da sözleşmenin müspet ihlali kavram ve kuramlarında aranıp bulunmaktadır.

İfa engellerine ilişkin yeni yasal düzenlemeler

İfa engellerinin yürürlükteki düzenlemesine yöneltelen eleştirileri haklı çıkaran bir olgu da, uluslararası satıma ilişkin 1964 Lahey ve 1980 Viyana Andlaşmalarında benimsenen sade, pratik ve pragmatik ifa engelleri tablosudur. Bu andlaşmalarda ifa engellerinin tümü (peius, aliud, eksik ve aksak ifa) tek bir "ademi ifa" (breach of contract, non performance) kavramı altında toplanmış, ifa engellerinin gerekleri ve sonuçları (yaptırımları) arasındaki yapay ayırımlar da ortadan kaldırılmıştır.

Bu yeni ifa engelleri modelinde kilit kavramlar ve temel ilkeler şunlardır: Borçlunun sözleşmenin amacıyla (normun koruma amacıyla) sınırlı garanti sorumluluğu, alacaklı yararına ayıbın giderilmesi (onarım veya değiştirme yoluyla aynen ifa) isteminin varlığı, sözleşmeden dönme hakkının ancak "esaslı ihlal" de (fundamental breach) başvurulabilecek bir "son çare" oluşturması, sözleşmeden dönmeyele edimden yoksun kalma zararının giderilmesine yönelik tazminatın istif edilebilmesi, tazminat kapsamının sözleşmenin (koruma-) amacıyla (hukuka aykırılık bağıyla) sınırlanması. (Bk. son olarak Schwenger, NJW 1990, 602 i.s.)

Yürürlükteki haksız fiiller hukukunun yetersizlikleri

Mülkiyet ve mülkiyet benzeri mutlak hakların korunmasını amaç bilmiş yasal haksız fiiller hukukunun günümüzün gelişmiş işbölümünün, sanayi ve tüketim toplumunun gereksinimlerine yanıt veremediği de yadsınamaz bir gerçektir.

Bir kere, haksız fiil hükümleri, status quo'yu koruyucu statik işlevleri gereği, mal varlığını artırma (alışveriş) çıkarına (status ad quem'e yönelik dinamik kazandırma amacına) yeterince hizmet edememektedir. Dürüstlüğe aykırı davranışlarla başkasının parasal çıkarının ihlali BK. mad. 41 I kuralının koruma alanı dışında kalmaktadır. Sözleşme müzakerelerini gereksiz yere kesme, sözleşmenin geçersizliğine yol açma, yalan yanlış bilgiler verip öğütlerde bulunma ve dürüstlüğe aykırı benzeri davranışlarla başkasının parasal çıkarını ihlal alanlarında haksız fiil sorumluluğunu harekete geçirebilmek için, "failin ahlaka mugayir bir fiil ile başkasının zarara uğramasına bilerek sebebiyet vermesi" gerekir. (BK mad. 41 II) Böylesine nitelikli, özel bir kastın varlığını kanıtlamak ise pek güçtür.

Ama yalnız malvarlığını artırma (alışveriş) çıkarı değil, aynı zamanda malvarlığını koruma (bütünlük) çıkarı da yeterince gözetilmiş değildir. Günümüz sanayi toplumunun, kitlesel üretiminin ve giderek karmaşık hale giren işbölümünün riskinin bu gelişmeden yarar sağlayan kişiye yükletilmesi anlayışına da haksız fiiller hukukunda gereken ağırlık verilmemiştir. BK mad. 55 kuralına göre, adam çalıştıran, müstahdemi seçmede, ona yönerge vermede ve onu gözetlemede gereken özeni gösterdiğini kanıtlamakla sorumluluktan sıyrılabilmektedir. Oysa, kamuya açık bir yerin, bir mağazanın ve lokalin, tehlikeli bir işin, bir inşaatın, bir mamulün başında olan kişinin (patronun) kusur gereğinden bağımsız bir "risk sorumluluğu"na, nesnel nitelikte bir "güvenlik önlemlerini alma yükümüne aykırılık", bu arada "organizasyon bozukluğu" sorumluluğuna bağlı tutulması, herşeyden önce sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Marketin patronu, personelinin seçiminde gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayarak ya da aradan bir yıldan fazla bir süre geçtiğini (haksız fiil zaman aşımının dolduğunu) ileri sürerek sıyrılamamalıdır sorumluluktan.

İşte "edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi" kuramının, özel olarak da "culpa in contrahendo" kavramının hipertrofisi (ya da enflasyonu) doğrudan doğruya bu olgulardan kaynaklanır.

Sözleşmenin müspet ihlali

Sözleşmenin müspet ihlali, giderek artan önemini hem ifa engelleri hukukunun hem de haksız fiiller hukukunun yetersizliğine borçludur. Şöyle ki BK mad. 96 kuralının ve ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin doyuruculuktan uzaklığı "yan edim yükümüne aykırılık" tipindeki "müspet ihlal" olgusuna kaynaklık etmiş, Bk mad. 41 i.s. haksız fiil kuralının eksikliği ve aksaklığı da "davranış yükümüne aykırılık" biçimindeki "müspet ihlal" olgusuna "çanak tutmuştur".

Kısaca kötü ifa diye tanımlanabilecek olan bu ifa engeli, imkansızlıktan da temerrütten de önemlidir. İmkansızlık ile temerrüt sayılmayan tüm sözleşmeye aykırılıkları dile getirir. Bu açıdan, ifa engelleri için gerçek anlamda bir "rezervuar" oluşturur. Zamanında getirilebilen mazotun taşırılması ve süper benzinin normal benzinle karıştırılıp ters depolara doldurulması (ne imkansızlık vardır ne de temerrüt) bu ifa engeline tipik bir örnek diye gösterilebilir.

Aslında "sözleşmenin müspet ihlali" deyimi yanıltıcıdır. Çünkü bu tür ihlaller ile sözleşme dışı borç ilişkilerinde, özel olarak "edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkilerinde" de karşılaşılır. Sonra, ihlal salt olumlu (müspet) bir davranışla değil, aynı zamanda olumsuz (menfi) bir tutumla, örneğin, bilgi vermemeye, uyarmamaya da gerçekleşebilir.

Yan edim yükümüne aykırılık

Kötü ifa ya da sözleşmenin müspet ihlali denince, akla ilk gelen, satımda, kirada ve istisnada (eser sözleşmesinde) asli edimi nitelikçe amaca uygun (iyi) bir biçimde yerine getirme konusundaki yan edim yükümüne aykırılıktır. Kısaca "ayıplı ifa" dır. (Frenle-

ri tutmayan araba, tavanından su sızdıran ev) Yasada özel olarak, üstelik kusur gereğinden bağımsız bir garanti sorumluluğu ağırlığında düzenlenmiştir. (BK mad. 194, 249, 360).

Alacaklının özel ayıp hükümlerine dayanacak yerde, sözleşmenin müspet ihlaline dayanabilip dayanamayacağı (yarışma=talep temelinin çokluğu) sorunu tartışmalı bir sorundur. Alman hukukunda bu sorun, Türk hukukundan ayrımlı olarak, ayıplı ifa sonucu (ifa ve alışveriş çıkarı ötesi) dolaylı refakat zararlarının (bütünlük çıkarının) tazmini kural olarak ayıp hükümleri çerçevesinde sağlanamadığı için özel bir önem taşır. (Krş. oysa BK mad. 205, 250, 360). Bizde bu sorun, ancak ayıp hükümlerine dayanmanın, kısa etkisizleşme sürelerini kaçırma ya da yasada öngörülmüş hukuki ödevlere uymama yüzünden olanaksızlaştığı olasılıkta güncel önem kazanır.

"Ayıplı ifa"ya ilişkin bu özel düzenlemelerin dışında, asli edim yükümünün amacına (edim programına) uygun biçimde yerine getirilmesine yarayan başkaca yan edim yükümlerine aykırılıklar (avukatın kötü dava takibi, doktorun yanlış teşhisi ve tedavisi, kötü bir bilanço hazırlama, vedia olarak alınmış malı kullanma gibi) sözleşmenin müspet ihlalinin gerçek önemini kazandığı olgulardır.

Bu arada, satımda, kirada ve istisnada da "ayıplı ifa" kategorisine sokulamayacak yan edim yükümüne aykırılıklar söz konusu olabilir. Satılan malın kullanma talimatnamesini vermeme, satılanı paketlememe, makbuz vermeme, yedek parça stokunu hazır tutmama gibi. Böyle durumlarda da, ifa imkansızlığı veya ayıplı ifa ile çakışma olmadıkça, ister istemez sözleşmenin müspet ihlali, alacaklının biricik hukuki tutamağı olabilir.

Davranış yükümüne aykırılık

Sözleşmenin müspet ihlalinin asıl bereketli tarlasıyla, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi çerçevesindeki "davranış" yükümlerine aykırılıklar bölgesinde karşılaşılır.

Bilindiği gibi, davranış yükümleri, bir kimsenin kişi ve malvarlığını başka birisinin etki ve güven çevresine sokan hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temasla doğar, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra da sürer, hatta borçlar karşılıklı ifayla söndükten sonra da ayakta kalır, geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığını şart koşmaz ve yalnız sözleşenleri değil, fakat onların özel etki alanına ve güven çevresine giren üçüncü kişileri de kapsar. Bu niteliğiyle de yalnız sözleşmenin müspet ihlaline değil, fakat aynı zamanda "culpa in contrahendo"ya ve "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme"ye de kaynaklık eder.

Tedavi için geline eve bulaşıcı hastalık taşıma (yanlış tedaviden, yan edim yükümüne aykırılıktan farka dikkat edilsin), evi onarırken ev eşyasına zarar verme (kötü boyamadan, yan edim yükümüne aykırılıktan farka dikkat edilsin), benzin doldururken arabayı çizme gibi davranış yükümüne aykırılıklar, "sözleşmenin müspet ihlali"nin bu özel ve önemli görünüm biçimine çarpıcı örnekler oluştururlar.

Aslında, sözleşme edimlerinden tümüyle bağımsız bu gibi davranış yükümüne aykırılıklar, bu örneklerden de anlaşılacağı gibi, çoğunlukla haksız fiil karakteri taşırlar. Malvarlığını artırma (alışveriş) çıkarını (status ad quem'i) değil de, malvarlığını korumayı, eşdeşiyle, bütünlük çıkarını ve status quo ante'yi sağlamayı amaçlar. Ama haksız fiil sorumluluğunun, özellikle ispat yükünün dağılımı, yılanma süresi ve yardımcıların eylemlerinden sorumluluk alanlarında yetersiz kalması yüzünden, salt bu ihlalleri haksız fiil hükümlerinden sözleşmeye aykırılık hükümlerine aktarabilmek için böylesine, bir etiket hilesine, bir zorlamaya başvurulur.

Hukuki dayanağı

Sözleşmenin müspet ihlalinin BK mad. 96 kuralına bağlanabilip bağlanamayacağı tartışmalıdır. İsviçre aslına uygun okunduğunda hiç ya da gereği gibi ifa edilememe "olgusuna ilişkin bulunan ve besbelli imkansızlık" dogmasının damgasının taşıyan bu kurala sözleşmenin müspet ihlali olasılığını, hele geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmeden tüm bağımsız davranış yükümlerine aykırılık olasılığını atlamamanın yasanın amacını aşacağı besbellidir. Yan edim ya da davranış yükümüne aykırılığın aynı zamanda bir bölümsel imkansızlığa yol açtığı olasılıklar (yemek takımının bir bölümü iyi paketlenmediği için kırılıyor), sözleşmenin müspet ihlaline "bölümsel imkansızlık" etiketini takmanın ise bir "etiket hilesi" oluşturacağı açıktır.

Şu da varki bugün artık adeta bir "örf ve adet hukuku" katına çıkmış olan bu ifa engelini mutlaka BK mad. 96 kuralına atlama zorunluluğu da yoktur. Üstelik BK mad. 96 kuralı aynen ifa istemine ve sözleşmeden dönmeye yer vermeyen bir kuraldır. Bu niteliği ile de "sözleşmenin müspet ihlali" ne uygun bir hukuki kılıf sayılamaz.

Sözleşmenin müspet ihlali, MK mad. 2 I, BK mad. 96 ve 101 genel kurallarından, bir de ayıplı ifaya ilişkin özel düzenlemelerden "hukuki kıyas" yoluyla türetilebilecek bir ifa engelidir, bir borca aykırılıktır.

Sonuçları (yaptırım)

Sözleşmenin müspet ihlaline, yerine göre, sözleşmeye aykırılık tazminatı, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih, hatta aynen ifa yaptırımları bağlanabilir. Süre (son şans) verme gereği genellikle BK. md. 107 anlamında etkisiz ve yararsız sayılır.

Borcu ifa etmeyeceğini baştan bildirme

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini ifa gününden (muacceliyetten) önce bildirmesi, hiç kuşkusuz, ona karşı sözleşmeden dönüp bağıttan kurtulabilmek için temerrüt ihtarında bulunma ve süre verme gereklerini ortadan kaldırır. Bu açıdan, ifa gününden "önce", ifanın gerçekleştirilmeyeceği yolundaki bildirim ifa gününden "sonra", ifanın gerçekleştirilmeyeceği yolundaki bildirimden herhangi bir ayrımı, herhangi bir özelliği yoktur. (BK mad. 101 II, 107)

Sorun, ifa gününden önce (daha baştan) borcunu yerine getirmeyeceğini bildiren bir borçluya karşı, alacaklının da ifa gününden önce (daha baştan) harekete geçip, "öncelenmiş" (erken) bir dönme hakkı kullanabilip kullanamayacağı noktasında düğümlenmektedir.

Borçlunun bu yoldaki iradi davranışları, özel olarak "bahane" yaratıp sözleşmeyi yersiz ve haksız olarak çözmesi ve kendisini sözleşmeyle bağlı saymadığını açıklaması, tıpkı evvelce satılmış arabanın aksesuarını söküp değiştirme girişimi gibi, güven ilişkisini kökünden sarsıcı bir davranış (sadakatsizlik) yükümüne aykırılık tipinde bir "sözleşmenin müspet ihlali"ni oluşturur. Sözleşmenin asal amacına (ifaya) ulaşılmasını tehlikeye sokan ve güven temelini çökerten böylesine bir davranış (hiç süre vermeksizin) öncelenmiş dönme ve tazminat yaptırımlarını çağırır.

Bu olasılıkta sözleşmenin müspet ihlali, "sözleşmenin asal amacını ihlal" ya da "sadakatsizlik edip güven temelini çökertme" düşüncesine dayanır.

İngiliz hukukunda geçerli olup, oradan esinlenen kimi Kara Avrupası hukukçularının da benimsediği bir görüşe göreyse, borçlunun ileride borcunu ifa etmeyeceği yolundaki bildirim, onun kusurundan tüm soyut olarak, alacaklı tarafından bir tür "tersine taahhüt" olarak değerlendirilebilir ve aynı yaptırımların kusursuz bir borçluya karşı da derhal seferber edilmesine olanak sağlar.

Buna karşılık, gelecekteki ifa etmeme olasılığının borçlunun iradesi dışında, onun elinde olmayan nedenlerle ortaya çıktığı durumlarda, kendisinden "tevekkül" beklenemeyecek olan ve alacağına kavuşması tehlikeye girmiş bulunan alacaklının, ifada bulunma şansı ortadan kalkmış gözükken borçlusuna karşı, gereğinde son bir fırsat (süre) verdikten sonra, doğrudan doğruya "işlem temelini çökmesine" (kişisel tasavvurun boşa çıkmasına) dayanarak, (hiç kuşkusuz, tazminatsız) sözleşmeden dönebileceği kabul edilmelidir. (Kırş. BK mad. 82, 358)

Alacaklının, göze aldıktan ve diledikten sonra, ifa gününe dek bekleyip, aynen ifada ısrar etme olanağı ayrıca saklıdır.

Art arda yollamalı sözleşmede dönemli edimlerden birine ilişkin sözleşmeye aykırılık

Art arda yollamalı dönemli edimlerden herhangi birindeki borca aykırılık (örneğin, bira veya kola fiçisinde köpürtücü gaz eksikliği), kural olarak, "sürekli" sözleşmenin sadece o münferit edimine ilişkin dönme ve tazminat hakları verir. Ama bu bölümsel borca aykırılık, gelecekte de benzeri aykırılıkların "tekerrür edeceği" yolunda köklü bir kaygı yaratabilecek ağırlıktaysa (örneğin üst üste iki kez yinelenmişse) sürekli sözleşme ilişkisi haklı nedenle olağanüstü (süresiz) fesih hakkı kullanılarak tümüyle sona erdirilebilir de.

Bu olasılıkta da, haklı nedenle olağanüstü fesih yetkisi, borçlunun güvenilir kişi olmaktan çıkıp, sözleşmenin asal amacına ulaşmasını tehlikeye sokmasından ve sözleşmeye bağlılığı artık alacaklıya yüklenemez hale getirmesinden (sadakatsizliğinden) ötürü sorumlu gözüküğü durumda "sözleşmenin müspet ihlali" ne dayanır.

Sözleşmenin müspet ihlali konusunda bk. Neuenschwader, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1972; Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, 301-344.

Sözleşme öncesi kusur (Culpa in contrahendo)

Kişinin sokakta yürürken ya da araba kullanırken, herkese karşı mal varlığının korunacağı konusunda beslediği genel, soyut, anonim güven sarsılırsa ve o kişi zarara uğrarsa, haksız fiilin sorumluluk mekanizması harekete geçirilebilir. (BK mad. 41 i.s. kurallar)

Buna karşılık, kişinin, icap ve kabul beyanlarıyla oluşmuş belirli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, borçlusuna karşı mal varlığının artırılacağı konusunda beslediği özel, somut, yoğun akdi güven sarsılırsa ve o kişi zarara uğrarsa, sözleşmeye (borca) aykırılık hükümleri devreye sokulabilir. (BK mad. 96 i.s.)

Bu iki güven olgusu arasındaki yoğunluk ayrımına (farklı özen beklentisine) bağlı olarak, sözleşmeye aykırılık hükümleri, zarara uğrayan kişi için daha avantajlı biçimde düzenlenmiştir. Bu avantaj, özellikle yardımcıların zarar verici eylemlerinden sorumluluk, ispat yükünün dağılımı ve zaman aşımı alanlarında kendini gösterir. (Krş. BK 55-100, BK 41-96, 60-125)

Ama haksız fiil hükümlerinin dezavantajlı yanı bundan ibaret değildir. Şöyle ki haksız fiil kuralları, genelde kişinin mal ve kişi varlığını, bütünlük çıkarını (onun aynı hak ya da kişilik hakkı gibi mutlak haklarını) korur, ama onun malvarlığını artırma çıkarını, başka bir deyişle alışveriş çıkarını korumaz. (Status quo ante'ye yöneliktir, yoksa status ad quem'e değil!) Nitekim sözleşmenin geçersizliğine yol açma, malı umut ve söz verdiği halde başkasına satma, yanlış bilgi ve öğüt verme gibi çıkar ihlalleri haksız fiil sayılmaz. Bu gibi olguların haksız fiil sayılabilmesi için, ayrıca ahlaka aykırı bir saikle kasten gerçekleştirilmiş olması da gerekir. (BK mad. 41 II)

İşte bu nedenlerle (bu hukuki açıklar yüzünden), sözleşme öncesinde ve ötesinde belirli bir yoğunluk derecesine ulaşmış güven ilişkilerinde de, salt sözleşme hükümlerini işletebilmek için, "akdi edim yükümlerinden bağımsız" sözleşme benzeri bir yasal borç ilişkisi varsayılır. Bu borç ilişkisi haksız fiil ile sözleşme arasında ortalama bir yerde (gri bir alanda) özel bir akdi güven sorumluluğuna kaynaklık eder.

Yoğun bir televizyon ve gazete reklamı kampanyasıyla kişinin yemek ve yatak odasına kadar girerek malına müşteri çekmeye çalışan yapımcı (imalatçı), kapılarını olası müşterilerine, üstelik tahrik edici biçimde açan galeri ya da market, hele sözleşme kurma girişiminde bulunan kişi, yaşadığı (hitabettiği) kişilerin malvarlığı ve kişi varlığı ile ilgili hiçbir çıkarını ihlal etmeyeceği, kendilerine karşı doğru ve dürüst davranacağı yolunda özel bir güven yaratmış olur. Akdi güvenden düşük dozda olsa da haksız fiil hukukunun raslantısal, yüzeysel, anonim güveninden yüksek dozda olan bu güven sarsılırsa, tıpkı bir sözleşme yükümüne aykırılık edilmişçesine "akdi tazminat" ödenir.

Demek ki sokaktaki muz kabuğuna basılıp düşülürse, bu kabuğu yere atanın haksız fiili söz konusu olabilirken, marketteki muz kabuğuna basılıp düşülürse, market patronun sözleşmeye aykırılığı varsayılır. Mecazi anlamda, "trafik kazası" haksız fiil sorumluluğuna yol açarken, "alışveriş kazası" sözleşme sorumluluğuna yol açar.

İşte culpa in contrahendo'nun içyüzü özetle budur. Bu kavram, varlığını doğrudan doğruya sorumluluk hukukumuzun yetersizliğine borçludur. Eksik ve aksak sorumluluk hukuku düzenlenmesi, açık ve örtülü yasa boşluklarını doldurma zorunluluğunu gündeme getirmiş, culpa in contrahendo da bu amaç için biçilmiş kaftan bir hukuki araç, adeta "her derde deva" bir kavram ve kuram olmuştur.

(Bu konuda bk. Serozan, Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, MHAD 1968 Yıl 1 Sayı 3; bu alandaki güncel bir araştırma için bk. Sungurbey, A., Yetkisiz temsil, İstanbul, 1988).

Bu açık ve örtülü boşluk doldurucu işleviyle, culpa in contrahendo'nun sosyal boyutu gözardı edilemez. Özellikle büyük ticari işletmelere, büyük mağazalara ve bankalara karşı tüketicileri daha etkili biçimde korur. Sakıncası ise, sözleşme hukukunu altından kalkamayacağı bir yükün altında ezmesidir.

Bütün bu açıklamaların ortaya çıkardığı gerçek şudur: Culpa in contrahendo, davranış yükümüne aykırılık tipindeki "sözleşmenin müspet ihlali"nin (culpa in solvendo'nun) sözleşme öncesi aşamaya, sözleşme kurma girişimi aşamasına, yani müzakere ve pazarlık aşamasına çekilmesi anlamına gelir. Satılmış arabanın nasıl kullanılacağını gösterirken kişiye zarar verme "sözleşmenin müspet ihlali" (culpa in solvendo) ise, pazarlık konusu arabanın deneme seferinde kişiye zarar verme "culpa in contrahendo" sayılır.

Evvelce de belirtildiği gibi, davranış yükümleri, bir kimsenin kişi varlığını ve malvarlığını başka birisinin etki alanına sokan hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temasla doğarlar ve geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığını da şart koşmazlar. Bu arada "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme" kavramı eliyle tarafların özel etki ve güven alanına giren üçüncü kişileri (örneğin kirada, kiracının evde birlikte oturan aile efradını, yapımcı ile pazarlayıcı arasındaki ilişkide, tüketiciyi, ana baba ile doktor arasındaki tedavi sözleşmesinde, çocuğu) kapsarlar.

Culpa in contrahendo sorumluluğu İsviçre ve Türk hukukunda sadece kusuruyla hataya düşüp de sözleşmeyi iptal edene, hilede ve ikrahta bulunana ve temsilci kimliğine bürünen yetkisiz temsilciye karşı yasada açıkça öngörülmüştür. (BK mad. 26, 31 II, 39) Almanya'da ayrıca baştan imkansızlık butlanına bile bile yol açmada benimsenmiştir. (Par. 307 BGB)

Gelgelelim, günümüzde, sorumluluk ve ifa engelleri hukukunun sözleşmenin müspet ihlali ile birlikte adeta en önemli örf ve adet hukuku kurumlarından biri olmuştur.

Klasik kürsü örneği (aynı zamanda "leading case"), tezgahtarın ağır muşamba topunu muşambayı henüz satın almamış müşterinin üstüne düşürüp onun sakatlanmasına yol açmasıdır.

Ama bu örnek şaşırtmasın! Salt sağlığı ya da mülkiyeti (varlığı, statükoyu) koruma yolundaki (davranış-) yükümüne aykırılıktan (bütünlük çıkarının ihlalinden) ibaret değildir culpa in contrahendo.

Malvarlığını artırma çıkarının, eşdeyişle alışveriş çıkarının ihlali de culpa in contrahendo sayılır. Gerçekten de sözleşme görüşmelerini gereksiz ve haksız yere kesme, sözleşmenin geçersizliğine yol açma, sözleşmenin kuruluşu sırasında yanlış ya da eksik bilgi vererek (aydınlatma yükümüne aykırılık ederek) elverişsiz koşullarla sözleşme kurdurma da hep culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilecek olgulardandır.

Yapımcıların ve bankaların yalan yanlış bilgiler vermeleri ve yanıltıcı, çarpıtıcı reklamlar yapmaları, culpa in contrahendo'nun son yıllarda tüketiciden yana özel önem kazanan bir görünümünü oluşturur. Bu yoldan, tüketiciler için özellikle bankalara karşı daha etkili bir biçimde harekete geçme olanağı sağlanmıştır.

Hukuki sonuçları

Culpa in contrahendo'nun temel yaptırımını "sözleşmeye aykırılık tazminatı" dır. (Dikkat: Haksız fiil tazminatı değil.) Bunun en önemli pratik sonucu, ispat yüküne ve zaman aşımına ilişkin elverişli sözleşme kurallarının yanısıra, yardımcıların zarar verici eylemlerinden ötürü salt "kurtuluş beyyinesi" ile yumuşatılmış bir nesnel özen sorumluluğu öngören yetersiz BK mad. 55 kuralı yerine, kusursuz bir risk sorumluluğunu benimseyen BK mad. 100 kuralının işletilebilmesidir. (Borçlu, yardımcıyı seçmede, ona yönerge vermede, onu denetlemede tüm özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.)

Aslında, genelde, sadece haksız fiilden sorumlu sayılan yardımcı (aracı) kişi de, alışverişte özel kişisel çıkarları (provizyon çıkarları) bulunduğu ve özel bilgisi ve becerisi ile müşteriye karşı özel bir güven ilişkisi yarattığında, özel bir güven toplayıp çektiğinde, borçlunun "yerine" veya onun "yanında" culpa in contrahendo'dan sorumlu tutulabilmektedir. Bu yola, özellikle, oto galerilerine, antika müzayedecilerine, seyahat acentalarına, borsa komisyoncularına, yatırım danışmanlarına, genellikle "-Pa" takısı alan oto, beyaz ve elektronik eşya pazarlayıcılarına, bankerlere, bankalara, bilirkişilere, mali müşavirlik bürolarına, sözün özü, "iddialı sıfatlarla piyasaya çıkanlara" karşı başvurulur. Böylece, aslında aracı-yardımcı (katalizör) kişi (Sachwalter), güven temeline dayalı özel bir akdi "meslek sorumluluğu"na (Berufshaftung) bağlanmış olur. Bu ilginç sorumluluğu iki temel düşünce taşır: Birincisi, tüketicinin işbölümü kısılcasına, kumpasına sıkıştırılmaması düşüncesidir. İkincisi de "güven paratönerliği" karşısında güveni koruma düşüncesidir. Bu düşüncelerin ışığında, bir yandan BK mad. 100 kuralının özünde mevcut işbölümü rizikosu anlayışı zorlanmış (force edilmiş), öte yandan da "edim yükümlerinden bağımsız güven ilişkisi" kavramı sonuna dek götürülmüş olur.

(Bu konuda bk. Assmann, Prospekthaftung; Grote, Die Eigenhaftung Dritter als Anwendungsfall der culpa in contrahendo; Herrmann, Die Sachwalterhaftung vermögenssorgender Berufe, Juristenzeitung 1983, 422).

Culpa in contrahendo tazminatının kapsamı ve türü

Sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırılığa bağlanacak tazminatın kapsamı ve türü konusunda yoğun tartışmalar sürdürülür. Aslında, tüm tazminat hukukuna egemen

"fark kuramı" (Mommsen) bu alanda da geçerli sayılmalıdır. Nitekim kişinin malvarlığını koruma (bütünlük) çıkarının ihlalinde tazminatın hiçbir özel şablona (klişeye) bağlı olmaksızın genel şemaya göre belirleneceği noktasında hiç mi hiç duraksanmaz.

Buna karşılık, malvarlığını artırma (alışveriş) çıkarlarının ihlalinde, özellikle geçerli bir sözleşmenin kurulamadığı olasılıkta sorun daha duyarlıdır. Bir kere, geçerli bir sözleşmenin kuruluşunu engelleme türündeki culpa in contrahendo'da "aynen tazmine" hükmedilemeyeceği görüşü yaygındır. Bu görüşte, bağlamazlığı dolan kaygısı etkin olmuş olsa gerektir. Daha ileri gidenler, aynı kaygıyla, "aynen tazmin" şöyle dursun, "müspet zararın paraca tazminine" bile olanak tanımazlar. (tartışmalı)

Eğer culpa in contrahendo sözleşmenin elverişsiz koşullarla oluşmasına yol açma görünümünde belirmişse, çıkarı ihlal edilen taraf, tazminat istemi çerçevesinde sözleşmenin çözülmesini (tasfiyesini) ya da elverişsiz koşulların değiştirilmesini isteyebilir. Böylelikle, dolanlı yoldan, hile nedeniyle iptal veya iptal yerine tazminat ya da ayıp nedeniyle dönme veya indirim yaptırımlarının sağladığı avantajlar, üstelik bu alandaki sıkı gerekler (hilede kast, ayıpta kısa etkisizleşme süreleri gibi gerekler) aşılarak elde edilmiş olunur. (tartışmalı)

Anımsayalım: Hukukumuzda tazminatın tıpkı ayıplı ifa nedeniyle satış parasının indiriminde ve bölümsel hükümsüzlükte rastlandığı gibi, sözleşme koşullarını değiştirip düzeltici (fahiş edimi hizaya getirici) işlevi, "hile ve tehdit" olgularına doğrudan doğruya, "gabin" olgusuna da "kıyasen" uygulanan BK mad. 31 II kuralında da karşımıza çıkar.

Tazminatın türü ve kapsamı denli tartışmalı bir konu da tazminat alacaklısının iyi niyetli sayılamayacağı durumlarla ilgilidir. Bu gibi durumlarda, BK mad. 26 ile BK mad 39 kurallarının seçtiği "ya hep ya hiç" (ya tam tazminat ya sıfır tazminat) çözümü yerine, BK mad.44 kuralı çerçevesindeki "koşullara uyarılama" esnek çözümü yeğ tutulmalıdır.

Culpa in contrahendo'nun çakıştığı hukuki kurumlar

Olur olmadık nitelik vaatleriyle alıcıyı, kiracıyı ya da müteahhide eser ismarlayıcıyı yanıltma biçimindeki culpa in contrahendo, bu sözleşmelerde ayıplı ifaya ilişkin özel yasal garanti sorumlulukları tarafından yutulur. (Soğurma)

Bunun dışında, yanlış bilgilerle yanıltılan kişinin sözleşmeyi irade bozukluğuna dayanarak iptal yetkisi ayrıca saklıdır.

Genellikle ayıplı ifaya ve irade bozukluklarına ilişkin hükümler, çıkarları bu nedenlerle sarsılanlar için yeterli sayılabilir. Ama somut olayda ayıplı ifaya ve irade bozukluğuna dayanmanın gerekleri yoksa, ister istemez culpa in contrahendo tazminatından medet umulacaktır.

Sözleşme sonrası kusur

Edim yükümlerinden bağımsız borç (güven)ilişkisinden kaynaklanan davranış yükümleri, sözleşme öncesinde (bu arada geçersiz bir sözleşme içinde) olduğu gibi, karşılıklı ifayla amacına ulaşmış bir sözleşme "sonrasında" da söz konusu olabilirler.

Kirayaverenin, taşınan doktorun ya da avukatın yeni adresini içeren tabelaya belirli bir süre katlanma yükümü, vekilin sır saklama yükümü, işçinin işten ayrıldıktan sonra rekabet etmeme yükümü, hava parası karşılığında işletmesini devreden yakın çevrede rekabet etmeme yükümü, hep bu tür "sözleşme sonrası yüküm'e örnek gösterilebilir.

Bu soy yükümlere aykırılıklar (culpa post contrahendum) da tıpkı bakışım lısı (simetriği) culpa in contrahendo gibi, sözleşme temeline dayalı tazminat sorumluluğuna yol açarlar.

Sonuç

Öğretiyi ve uygulamayı sözleşmenin müspet ihlali ve culpa in contrahendo kavramlarının ve kuramlarının ağır yükünden kurtarabilmenin yolu, ekonomik ve sosyal gelişmelerin ardında kalmış olan yürürlükteki sorumluluk hukukumuzu bir an önce yenileştirip çağdaşlaştırmadan geçer.