

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

**TÜKETİCİ SATIMLARINDA SATICININ SÖZLEŞME
ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE
İHLALİNİN SONUÇLARI**

Özge ERBEK

Danışman
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

2010

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi 2002800314
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Özge ERBEK
Tez Başlığı : Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları
Savunma Tarihi : 31.08.2010
Danışmanı : Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU	- İZMİR ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Şeref ERTAŞ	- YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN	- DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Demet ÖZDAMAR	- DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Aydın ZEVLİLİLER	- YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	

Özge ERBEK tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları" başlıklı Doktora Tezi olarak ()oybirliği ()oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “ **Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü Ve İhlalinin Sonuçları** ” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Özge ERBEK

İmza

ÖZET

Doktora Tezi

Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü Ve İhlalinin Sonuçları

Özge ERBEK

**Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı**

Tez çalışmamızın konusu “Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları”dır. Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ilk olarak yükümlülük kavramı, borç, borç ilişkisi, külfet gibi kavramlardan farklı olduğu yönler de ortaya konularak, değerlendirilmiştir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü, adından da anlaşılacağı gibi, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkmaktadır. Sözleşme öncesi aşama, incelememizde de görüldüğü üzere, çeşitli yönlerden çokça tartışılan bir konudur. Bu nedenle, yükümlülük kavramı, yükümlülüğün türleri, bu tartışmalara da yer verilmek suretiyle incelenmiş, öncelikle, aydınlatma yükümünün bunların içindeki yeri tespit edilmiştir. Devamında sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün türleri ve hukuki temelleri incelenmiştir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, ya açık kanun hükmünden veya dürüstlük kuralından doğar. Dürüstlük kuralından doğan sözleşme öncesi aydınlatma yükümü veya dürüstlük kuralının muhataba bilgi vermeyi gerektirmesinin koşulları, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün şartları başlığı altında ilk bölümde değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde, öncelikle tüketici işlemi ve tüketici satımı, tüketicinin korunması, korunmasını gerektiren sebepler ve tüketiciyi koruma yöntemleri ele alınmıştır. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri, tüketiciyi korumanın yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Nitekim devamında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici satımları bağlamında düzenlenmiş

olan sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri incelenmiştir. Bunlar açık kanun hükmünden doğan sözleşme öncesi aydınlatma yükümleridir.

Üçüncü bölümde ise, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin gerçekleşme biçimleri ve ihlalin sonuçları değerlendirilmiştir. Aydınlatma yükümünün ihlali irade sakatlığına yol açabildiğinden, incelememizde sözleşmenin iptal edilmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Bu çerçevede culpa in contrahendo sorumluluğu da ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bu bölümün son başlığında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin ihlalinin özel sonuçları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Culpa in Contrahendo, Tüketicinin Korunması, Tüketici İşlemi, Tüketici Satımı

ABSTRACT

Doctoral Thesis

**Seller's Pre-Contractual Duty of Disclosure (Pre-Contractual Information
Duty) in Consumer Sales and Its Consequences**

Özge ERBEK

**Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department Private Law
Private Law Program**

The subject of our thesis is “Seller's Pre-Contractual Duty of Disclosure (Pre-Contractual Information Duty) in Consumer Sales and Its Consequences”. This thesis consists of three parts. In the first part, it has been dealt obligation, burden and duty by explaining the differences of it, too. Pre-contractual duty of disclosure is accrued before the phase of conclusion of the contract as being understood. The phase of contract is subject with discussion by different aspects as seen in our thesis. By that reason, the concept and variety of duty has been analysed by also dealing these discussions, at first hand, the features of duty of disclosure have been determined. Upon the kind of pre-contractual duty of disclosure and the juridical bases has been analysed. Pre-contractual duty of disclosure is accrued from provision of law or the principle of good faith. Pre-contractual duty of disclosure due to the principle of good faith or the conditions of involves to inform addressee have dealt with under the title of the conditions of pre-contractual duty of disclosure.

In the second part, it has been examined consumer transaction initially and consumer sales, consumer protection, the reasons and the methods of consumer protection. Pre-contractual duty of disclosure is one of the methods of consumer protection. As a matter of fact it has been analysed pre-contractual duty of disclosure within the frame of consumer sales in Consumer Protection Act. These are pre-contractual duty of disclosure due to provision of law.

In the third part, the kinds and the consequences of breach of duty of pre-contractual duty of disclosure have been dealt. The breach of duty of pre-contractual duty of disclosure can be caused unintentional differences of consent, in our thesis it has been classified according as the contract is cancelled or not. Within the frame of pre-contractual liability has been also analysed in an other title. The last title of this part it has been examined the special results of breach of duty of pre-contractual duty of disclosure in Consumer Protection Act.

Key Words: Pre-Contractual Duty Of Disclosure, Culpa In Contrahendo (Pre-Contractual Liability) Consumer Protection., Consumer Transaction, Consumer Sales

TÜKETİCİ SATIMLARINDA SATICININ SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İHLALİNİN SONUÇLARI

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ.....	ii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERİĞİNDEKİ YERİ

§ 1. YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI.....	4
I. GENEL OLARAK.....	4
II. YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI.....	5
A. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİNDEN FARKI.....	5
B. KÜLFETTEN FARKI.....	7
III. BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER.....	10
A. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İLK YÜKÜMLER VE TÂLİ YÜKÜMLER.....	10
B. EDİM YÜKÜMLERİ VE YAN YÜKÜMLER.....	11
1.ASLİ EDİM YÜKÜMLERİ VE YAN EDİM YÜKÜMLERİ.....	12
a. Asli Edim Yükümleri.....	12
b. Yan Edim Yükümleri.....	13
aa) Kanundan Doğan Yan Edim Yükümleri.....	15
bb) Sözleşmeden Doğan Yan Edim Yükümleri.....	16
cc) Dürüstlük Kuralından Doğan Yan Edim Yükümleri.....	16
2.YAN YÜKÜMLER.....	17
a) Genel Olarak.....	17
b) Yan yükümlerin kaynağı.....	18
c) İfa Menfaati ve Bütünlük Menfaati Ayrımı.....	21

aa) Sözleşme Öncesi Aşamada.....	21
bb) Sözleşme Aşamasında.....	26
cc) Bütünlük Menfaati – Menfi ve Müspet (İfa) Menfaat İlişkisi.....	30
d) İfaya yardımcı yan yükümler.....	33
e) Koruyucu Yan Yükümler.....	36
C) EDİM YÜKÜMÜ – İFAYA YARDIMCI YAN YÜKÜM VE KORUMA	
YÜKÜMÜ AYRIMI.....	46
IV. EDİM YÜKÜMÜNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİSİ.....	49
A. Alman Hukukunda Kavramın Ortaya Çıkması.....	49
B. Bütünsel Yasal Borç İlişkisi.....	56
C. Güven Sorumluluğu.....	61
D. İsviçre – Türk Hukukunda Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, Bütünsel	
Yasal Borç İlişkisi, Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumluluğu.....	64
V. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI.....	67
A. KAVRAM VE TANIM.....	67
B. AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN TÜRLERİ.....	73
C. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMÜ VE HUKUKÎ	
NİTELİĞİ.....	75
§ 2. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TÜRLERİ .	83
I. GENEL OLARAK.....	83
II. ÖNCEDEN DÜZENLENEN SÖZLEŞME KOŞULLARININ İÇERİĞİ VE	
KAPSAMINA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	84
III. SÖZLEŞME İRADELERİNİN OLUŞUMU İÇİN GEREKEN KOŞULLAR	
HAKKINDA AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	85
IV. SÖZLEŞMENİN GEÇERLİK KOŞULLARI VE SÖZLEŞME ENGELLERİNE	
İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	91
V. SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRME HAKKI KONUSUNDAKİ AYDINLATMA	
YÜKÜMLERİ.....	95
§ 3. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN HUKUKÎ	
TEMELLERİ.....	96
I. GENEL OLARAK.....	96
II. AÇIK KANUN HÜKÜMLERİ.....	97

III. DÜRÜSTLÜK KURALI	98
IV. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN ŞARTLARI.....	100
A. GENEL OLARAK	100
B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ TARAFIN BİLMESİ VEYA BİLMESİNİN GEREKMEŞİ.....	103
C. AYDINLATILMASI GEREKEN TARAFIN FARK EDİLEBİLİR AYDINLATILMA İHTİYACININ BULUNMASI	107
1. AYDINLATILMA İHTİYACI.....	107
2. FARK EDİLEBİLİR OLMASI.....	113
D. AYDINLATMANIN FARK EDİLEBİLİR ÖNEM TAŞIMASI	117
1. AYDINLATILMANIN ÖNEMLİLİĞİ	117
2. FARK EDİLEBİLİR OLMASI.....	119
E.GİZLİ TUTMADA ÜSTÜN BİR ÇIKARIN OLMAMASI	125
V. ARA SONUÇ.....	127

İKİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SATIMLARINDA SATICININ SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 1. Satım Sözleşmesi	129
I. SATIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE NİTELİĞİ.....	129
II. SATIM SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	130
A. SATIM KONUSU MAL.....	130
B. SATIŞ PARASI (SEMEN)	132
C. ANLAŞMA	132
III. SATIM SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ VE HÜKÜMLERİ.....	133
§ 2. Tüketici Satımı Kavramı	134
I. GENEL OLARAK.....	134
II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN UYGULAMA ALANI	134
III. TÜKETİCİ İŞLEMİNİN TANIMI	136
IV. TÜKETİCİ İŞLEMİNİN UNSURLARI.....	137
A. TÜKETİCİ	137

B. SATICI – SAĞLAYICI.....	140
C. MAL VE HİZMET ARZINI AMAÇLAYAN SÖZLEŞME.....	143
1. MAL.....	145
2. HİZMET.....	147
V. TÜKETİCİ SATIMI.....	148
§ 3. Tüketicinin Korunması ve Aydınlatılması.....	149
I. TÜKETİCİNİN KORUNMASI.....	149
A. GENEL OLARAK.....	149
B. KORUMANIN AMACI VE KAPSAMI.....	151
C. KORUMANIN NEDENLERİ.....	153
D. KORUMA YÖNTEMLERİ.....	155
II. TÜKETİCİNİN AYDINLATILMASI.....	156
A. GENEL OLARAK.....	156
B. AYDINLATMANIN ŞEKLİ.....	158
C. TÜKETİCİ SATIMLARINDA SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	159
1. AYIPLI MALA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	159
a. Genel Olarak.....	159
b. Ayıp Kavramı ve Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu.....	160
c. Ayıplı Mallara Etiket Konulması Zorunluluğu Kapsamındaki Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümü.....	164
d. Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri Çerçevesinde Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümü.....	166
aa) Ayıp Kavramı Bağlamında.....	167
bb) Tüketicinin Ayıbyı Bilmesi Bağlamında.....	172
cc) Sorumluluğu kaldıran kayıtlar bağlamında.....	173
2. SATIŞTAN KAÇINMAYA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	174
3. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	176
a. Haksız Şart, Genel İşlem Şartı, Standart Sözleşme Kavramları.....	176
b. Haksız Şartın Geçerlik Denetimi Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümü.....	178

4. TAKSİTLE SATIM SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN AYDINLATMA	
YÜKÜMLERİ.....	182
a. Genel Olarak Taksitle Satım Sözleşmesi	182
b. Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri	185
5. KAMPANYALI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA	
YÜKÜMLERİ.....	188
a. Genel Olarak Kampanyalı Satım Sözleşmesi.....	188
b. Kampanyalı Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri.....	189
6. KAPIDAN SATIŞ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA	
YÜKÜMLERİ.....	192
a. Genel Olarak Kapıdan Satış Sözleşmesi	192
b. Cayma Hakkı.....	195
c. Kapıdan Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri.....	197
7. MESAFELİ SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA	
YÜKÜMLERİ.....	202
a. Genel Olarak Mesafeli Satım Sözleşmesi	202
b. Mesafeli Satım Sözleşmesinin Şekli	204
c. Mesafeli Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri	207
8. FİYAT ETİKETİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	210
9. TİCARİ REKLAM VE İLANLARA İLİŞKİN AYDINLATMA	
YÜKÜMLERİ.....	212
a. Genel Olarak Ticari Reklam ve İlanlar	212
b. Ticari Reklam ve İlanlarda Reklam Veren Satıcının Aydınlatma	
Yükümü.....	214
10. ZARARLI VE TEHLİKELİ MAL VE HİZMETLERE İLİŞKİN	
AYDINLATMA YÜKÜMLERİ.....	216
III. ARA SONUÇ	217

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ VE
SONUÇLARI

§ 1. Yükümlülüğün İhlalinin Görünümleri	219
I. AYDINLATMADAN KAÇINMA	219
II. YANLIŞ BİLGİ VERME.....	220
III. YETERSİZ AYDINLATMA.....	221
IV. FAZLA AYDINLATMA.....	223
§ 2. Sözleşmenin İptal Edilmiş Olması Halinde İhlalin Hukuki Sonuçları.....	224
I. GENEL OLARAK.....	224
II. HATAYA DAYALI OLARAK SÖZLEŞMENİN İPTAL EDİLMESİ VE TAZMİNAT.....	225
A. GENEL OLARAK HATA	225
B. TEMEL HATASI.....	227
C. AYDINLATMA YÜKÜMÜ – TEMEL HATASI İLİŞKİSİ.....	231
D. HATAYA DÜŞENİN SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI	235
E. KENDİ KUSURUYLA HATAYA DÜŞENİN TAZMİNAT BORCU	237
F. MUHATABIN KUSURUYLA HATAYA DÜŞENİN TAZMİNAT HAKKI... ..	238
III. HİLEYE DAYALI OLARAK SÖZLEŞMENİN İPTAL EDİLMESİ.....	240
A. GENEL OLARAK HİLE	240
B. AYDINLATMA YÜKÜMÜ – HİLE İLİŞKİSİ.....	246
C. ALDATILANIN SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI.....	248
D. ALDATILANAN TAZMİNAT HAKKI	248
IV. GABİNE DAYALI OLARAK SÖZLEŞMENİN İPTAL EDİLMESİ.....	250
A. GENEL OLARAK GABİN	250
B. AYDINLATMA YÜKÜMÜ – GABİN İLİŞKİSİ	252
C. ZARAR GÖRENİN SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI	252
D. ZARAR GÖRENİN TAZMİNAT HAKKI.....	253
§3. Culpa in Contrahendo	253
I. GENEL OLARAK.....	253
II. CULPA IN CONTRAHENDONUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	255
A. GÖRÜŞME SÜRECİNDEKİ BÜTÜNLÜK MENFAATİ İHLALLERİ.....	256

B. HAKSIZ FİİL GÖRÜŞÜ.....	257
C. SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ	258
D. KARMA GÖRÜŞ	258
E. KENDİNE ÖZGÜ SORUMLULUK GÖRÜŞÜ	259
III. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUN KOŞULLARI.....	261
A. ZARAR	261
B. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ	264
C. İLLİYET BAĞI.....	265
D. KUSUR	267
IV. TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	269
A. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜNÜN KENDİ SORUMLULUĞU	269
B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜNÜN YARDIMCILARININ DAVRANIŞLARINDAN SORUMLULUĞU	270
C. TAZMİNATIN KAPSAMI.....	275
D. TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNANIN BİRLİKTE KUSURU	279
E. ZAMANAŞIMI	280
V. CULPA İN CONTRAHENDONUN DİĞER SORUMLULUK HALLERİ İLE OLAN İLİŞKİSİ	280
A. GENEL OLARAK	280
B. İRADE SAKATLIĞINA İLİŞKİN KURALLARIN CULPA İN CONTRAHENDO İLE OLAN İLİŞKİSİ.....	281
1. Sözleşme İptal Edilmeden Önceki Durum.....	281
2. Sözleşmeyi İptal Hakkından Feragat Ettikten Sonraki Durum	282
C. CULPA IN CONTRAHENDO’NUN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE YARIŞMASI.....	283
D. CULPA IN CONTRAHENDO’NUN SÖZLEŞME SORUMLULUĞU İLE YARIŞMASI.....	283
E. CULPA IN CONTRAHENDO’NUN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL İLE YARIŞMASI.....	285
VI. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL – İRADE SAKATLIKLARI İLİŞKİSİ	285
A. HATA – AYIBA KARŞI TEKEFFÜL	285
B. HİLE – AYIBA KARŞI TEKEFFÜL	286

§ 5. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen Aydınlatma	
Yükümlerinin İhlalinin Özel Sonuçları	286
I. AYIPLI MALA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ BAĞLAMINDA....	286
II. SATIŞTAN KAÇINMAYA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMÜ	
BAĞLAMINDA	287
III. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLAR	
BAĞLAMINDA	287
IV. TAKSİTLİ SATIŞLAR BAĞLAMINDA	291
V. KAMPANYALI SATIŞLAR BAĞLAMINDA.....	293
VI. KAPIDAN SATIŞLAR BAĞLAMINDA	294
VII. MESAFELİ SATIMLAR BAĞLAMINDA	299
VIII. FİYAT ETİKETİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA.....	303
IX. TİCARİ REKLAM VE İLANLAR BAĞLAMINDA	303
X. ZARARLI VE TEHLİKELİ MAL VE HİZMETLERE İLİŞKİN	
DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA	305
SONUÇ	306
KAYNAKÇA	331

KISALTMALAR

AcP	: Archiv für civilistische Praxis
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	: Artikel (madde)
AT	: Allgemeiner Teil
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bend
Bas.Kom.	: Basler Kommentar
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
Ber.Kom.	: Berner Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH LM	: Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundergerichtshofs
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Hukuk Davalarına İlişkin Alman Federal Mahkemesi Kararları)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız

BR	: Bürgerliches Recht
C.	: Cilt
c.	: Cümle
c.i.c	: Culpa in Contrahendo
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Einl.	: Einleitung
EWG	: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Avrupa Ekonomik Topluluğu)
FS	: Festschrift (Armağan)
Giş	: Genel İşlem Şartları
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İn	: İçinde
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JKR	: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung

JW	: Juristische Wochenschrift
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KKG	: Bundesgesetz über den Konsumkredit
LZ	: Leipziger Zeitschrift
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medeni Kanun
N.	: Numara
NJW – RR	: NJW – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
R.G.	: Resmi Gazete
Recht	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RGZ	: Entscheidungen des deutschen Reichgerichts in Zivilsachen (Hukuk Davalarına Alman İmparatorluk Mahkemesinin Kararları)
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung

T.	: Tarih
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
ÜİK	: Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanmasına Dair Kanun
vd.	: Ve devamı
Vorb.	: Vorbemerkungen
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	: Yukarıda
ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Zürh.Kom.	: Zürcher Kommentar

GİRİŞ

Tüketicinin Korunması günümüz hukukun en önemli meselelerinden biridir. Tüketicinin serbest piyasadaki muhatapları – satıcı/ sağlayıcı – karşısındaki ekonomik ve sosyal güçsüzlüğü, ayrıca ve özel olarak korunmasını gerektirmektedir. Bugünün piyasa koşulları, Borçlar Kanunumuzun yürürlüğe girdiği dönemden – gerek İsviçre, gerekse Türkiye bakımından – çok uzaktadır. O dönemde öngörülüş olan görece eşitler arasında ve pazarlık etmek suretiyle kurulan sözleşmelerin yerini, taraflardan birinin – satıcı/sağlayıcının – nerdeyse sözleşmenin bütün asli ve yan noktalarını belirlediği sözleşmeler almıştır. Nitekim bu süreç, tüketiciyi daha fazla/ daha etkin koruyan yasaların yapılmasına sebep olmuştur.

Ülkemizde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 23.02.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş, ilk olarak 4226¹ sayılı kanunla, daha sonra köklü değişiklik ve yenilikler getiren 4822² sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır³. Bundan başka, sırasıyla, 5179 (27.05.2004), 5217 (14.07.2004), 5582 (21.02.2007), 5728 (23.01.2008) sayılı kanunlarla çeşitli değişiklikler ve/veya eklemeler yapılmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, satıcı/sağlayıcının karşısında zayıf durumda bulunan tüketiciyi korumayı amaçlamıştır. Tüketicinin zayıflığına sebep olan nedenlerden biri tüketicinin bilgisizliğidir. TKHK bu bilgisizliği gidermek amacıyla aydınlatma yükümü içeren pek çok düzenlemeye yer vermiştir. Aydınlatma yükümleri, tüketicinin sözleşme yapma ve/veya koşullarını belirlemeye ilişkin kararının sağlıklı olmasına hizmet eder. Bundan başka, yaptığı sözleşme çerçevesinde yasanın kendisine tanıdığı haklara vakıf olmasını, dolayısıyla da bunları kullanabilmesini sağlamaya yardımcıdır. Biz çalışmamızda, tüketici satımlarına ilişkin olarak yasanın getirmiş olduğu bu yükümlülükleri inceleyeceğiz. Bu bağlamda da, öncelikle getirilen yükümlülüklerin yeterli olup olmadığı, mevcut

¹ Bkz. 28.01.1997 T., 22891 S. R.G

² Bkz. 14.03.2003 T., 25048 S. R.G.

³ Bu sürece ilişkin geniş bilgi için Bkz. ZEVKLİLER, A./ AYDOĞDU, M., Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004, s. 31 vd. ; ASLAN, Y. İ., Tüketici Hukuku, Bursa, 2006, s. 58 vd.

haliyle tüketicuyu aydınlatma amacını gerçekleştirmeye ne ölçüde elverişli olduğunu, keza aydınlatma yükümünün yerine getirilme biçiminin yerindeliğini ortaya koymaya çalışacağız.

Aydınlatma yükümü, TKHK'da olduğu gibi, yasanın açıkça düzenlediği hallerin dışında, dürüstlük kuralından doğar. Zira, açık kanun hükümleri dışında, genel bir aydınlatma yükümü ne İsviçre – Türk hukukunda, ne de Alman hukukunda mevcuttur. Bu nedenle, ancak dürüstlük kuralı muhataba bilgi vermeyi emrettiği halde görüşenler için aydınlatma yükümü söz konusu olur. Dürüstlük kuralının, ne zaman muhatabı bilgilendirmeyi gerektirdiği de, bugüne kadar öğreti ve uygulamanın belirlediği esaslara göre tespit edilmektedir. Biz çalışmamız içinde, bu esasları da değerlendireceğiz. Esas itibarıyla, açık yasa hükümlerinden doğan aydınlatma yükümleri de, çoğunlukla uygulamada ortaya çıkan yükümlülük ihlallerine bağlı olarak düzenlenmişlerdir. Ancak aydınlatma yükümlerinin hepsini önceden belirleyip düzenlemek mümkün değildir. Çalışmamızda da görüleceği üzere, aydınlatma yükümü her zaman sonuçtan hareketle ve geriye doğru (retrospektif) incelenmektedir.

İncelememiz tüketici satımlarında satıcının sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri ile sınırlıdır. TKHK anlamında satıcı ile tüketicinin, yine bu kanun anlamındaki mallara ilişkin olarak yaptıkları sözleşme görüşmeleri çerçevesinde satıcının vermesi gereken bilgiler bu yükümün konusunu oluşturmaktadır. Sorumluluğun süjesi TKHK anlamında satıcıdır. Bu bağlamda, üreticinin aydınlatma yükümleri çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Aydınlatma yükümünün ihlalden, öncelikle sözleşmenin diğer tarafı tüketici için zarar söz konusu olur. Bununla birlikte, tüketicinin dışında kalan üçüncü kişilerin de zarara uğraması ihtimal dahilindedir. Ancak üçüncü kişinin zararı, konunun çok geniş bir incelemeyi gerektirmesi nedeniyle, çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ilk olarak yükümlülük kavramı, borç, borç ilişkisi, külfet gibi kavramlardan farklı olduğu yönler de ortaya konularak, değerlendirilecektir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü/yükümlülüğü⁴, adından da anlaşılacağı gibi sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkmaktadır. Sözleşme öncesi aşama, incelememizde de görüleceği üzere, çeşitli yönlerden çokça tartışılan bir konudur. Bu nedenle, yükümlülük kavramı, yükümlülüğün türleri, bu tartışmalara da yer verilmek suretiyle incelenecek, öncelikle, aydınlatma yükümünün bunların içindeki yeri tespit edilecektir. Devamında sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün türleri ve hukuki temelleri incelenecektir. Hukuki temelleri bağlamında, dürüstlük kuralının ne zaman muhataba bilgi vermeyi gerektirdiği hususu, bir başka deyişle, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün şartları değerlendirilecektir.

İkinci bölümde, öncelikle tüketici işlemi ve tüketici satımı, tüketicinin korunması, korunmasını gerektiren sebepler ve tüketiciyi koruma yöntemleri ele alınacaktır. Aydınlatma yükümleri, tüketiciyi korumanın yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Nitekim devamında, TKHK'da tüketici satımları bağlamında düzenlenmiş olan sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri incelenecektir.

Son bölümde ise, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin gerçekleşme biçimleri ve ihlalin sonuçları değerlendirilecektir. Aydınlatma yükümünün ihlali irade sakatlığına yol açabildiğinden, incelememizde sözleşmenin iptal edilmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapılacaktır. Bu bölümün son başlığında, TKHK'da düzenlenen aydınlatma yükümlerinin ihlalinin özel sonuçları değerlendirilecektir.

⁴ Yüküm ve yükümlülük, kavram açısından aralarında fark olmayan, eş anlamlı kelimelerdir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERİĞİNDEKİ YERİ

§ 1. Yükümlülük Kavramı

I. GENEL OLARAK

Hukuki anlamda yükümlülük (Pflicht/ Rechtspflicht), hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve yerine getirilmesi gereken emirleri ifade eder⁵. Yükümlülük, kişileri birbirine bağlayan iki veya çok taraflı hukuki ilişkilerden doğabileceği gibi, aralarında herhangi bir hukuki bağ olmayan kişiler arasında da, geniş anlamda herkese yönelik emir ve yasaklar içeren davranış kurallarından doğabilir. Bir başka deyişle, hak sahibi ile yükümlü arasında önceden hukuki bir bağın, özellikle de bir borç ilişkisinin kurulmuş olmasına gerek yoktur.

Kural olarak, her alacak (borç) bir hukuki yükümlülüğe karşılık gelir, ancak her hukuki yükümlülük bir alacak hakkına dayanmaz/ bir alacak hakkı içermez⁶. Ceza hukuku, kişiler, aile, miras ve eşya hukuku, *herhangi bir alacaklısı olmayan ve bu sebeple bir borç kurmayan/ borç da olmayan* çok sayıda yükümlülük getirmektedir⁷. Örneğin, bir dernek üyesinin tüzüğe uygun davranmak yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğe uymayan üye dernekten çıkartılır. Eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin ihlali söz konusu olduğunda, ifa davası veya cebri icra yoluna başvurmak mümkün değildir, ancak başka hukuki sonuçlar (boşanma davası veya velayetin nez'i gibi) ortaya çıkabilir⁸.

⁵ KELLER/SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, 1988, s. 3.

⁶ KELLER /SCHÖBI, s. 3.

⁷ MERZ, s. 52. Yazar bunları “ Gläubigerlose Rechtspflichten” “alacaklısı olmayan hukuki yükümlülükler” başlığı altında incelemektedir. Yükümlülük kavramının tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. ADAY, s. 117 vd. HENSS, O., Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main, 1988, s. 23 vd.

⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 14-15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 30-31.

II. YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

A. BORÇ VE BORÇ İLİŞKİSİNDEN FARKI

Borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkidir. Hukuki ilişki, kişiler arasındaki hukuki bağ, bir diğer söyleyişle hukuki bağlılıktır. Hukuki ilişki, bu ilişkiye katılan taraflardan – borç ilişkisi bakımından alacaklı ve borçlu – biri veya bir kısmı için bir hakkı, diğer taraf veya taraflar bakımından ise bir yükümlülüğü veya ödevi ifade eder. Esas itibariyle, her hukuki ilişki, kural olarak, bir hak ve bu hakka karşılık gelen bir yükümlülüğün oluşur⁹.

Borç ilişkisi, Borçlar Kanunumuzda tanımlanmamış olmakla birlikte, öğretide, genel olarak, alacaklı ve borçlu olarak adlandırılan iki taraf arasında, bir veya daha çok alacak hakkı ve asli yükümler (edim yükümleri) ile yenilik doğuran hak ve def'i hakları gibi ikinci derecede (tâli) hakları, yan yükümleri – bu çerçevede bağımlı yan yükümleri ve koruma yükümlerini – ihtiva eden bir “organizma” “hukuki ilişki” veya “sürekli çerçeve ilişkisi” olarak ifade edilmektedir¹⁰. Gerçekten

⁹ EREN, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 28

¹⁰ Çeşitli nitelendirmeler için bkz. EREN, s. 24 vd.; TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A., Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 5 ; OĞUZMAN, K./ ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 3 ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2008, s. 5-6 ; KILIÇOĞLU, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2003, s. 1 vd. Borç ilişkisi ve borç kavramları arasındaki farklılık ilk kez SIBER tarafından ortaya konulmuştur. Bu yazar, borç ilişkisini, münferit edim ilişkisinden farklı bir organizma olarak nitelendirmiştir. O zamandan bu yana borç ilişkisi, özellikle LARENZ tarafından açıkça ifade edildiği üzere, “anamlı bir yapı” ve “zaman içinde işleyen bir süreç” olarak kabul edilmektedir. LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, München, 1987, s. 26-27; SIBER, H., Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts/2, Schuldrecht, Leipzig, 1931, s. 1. MERZ, H., Schweizerisches Privatrecht, OR Allgemeiner Teil, Basel und Frankfurt am Main, 1984, s. 49. İsviçre/ Türk Borçlar Kanunu “borç ilişkisi” kavramına yer vermemiştir. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu – borç ilişkisini tanımlamamakla birlikte - “borç ilişkisinden doğan yükümlülükler” kenar başlıklı § 241/1, alacaklının borç ilişkisi gereğince borçludan bir edim talep etmeye yetkili olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, anılan hükümde de esas olarak münferit borç kavramı ele alınmaktadır. Öte yandan, cins borcu kenar başlıklı § 243’de “her kim yalnız türüyle belirlenmiş bir şey borçlanmışsa, bu şeyi orta tür ve nitelikten yerine getirmek zorundadır.” “ Borçlu, edimini böyle bir şeyden gerektiği şekilde yerine getirirse, borç ilişkisi bu şeyle sınırlı olur.” şeklindedir. Bu maddede ifade edilen de münferit borçtur. MERZ, s. 49. GERNHUBER, J. , Das Schuldverhältnis, Tübingen, 1989, s. 7 vd. Borç ilişkisi kavramının içeriksel gelişimi hakkında bkz. ADAY, N., Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 2000, s. 132 vd. İsviçre hukukunda borç ilişkisinin bir organizma olduğu görüşünün eleştirisi için bkz. NEUENSCHWANDER,

de, borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasında var olan bir veya birden fazla alacak hakkı ile bunlara karşılık gelen asli ve yan edim yükümlerini içerir. Öte yandan borç ilişkisi, alacak hakkından başka düzenleme hakları, bu bağlamda fesih, iptal, dönme, seçimlik haklar gibi yenilik doğurucu hakları, ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i gibi def'i haklarını da içerir. Bundan başka borç ilişkisi, yan yükümler içerdiği gibi, külfetler de içerebilir¹¹.

Buna karşılık, borç (veya diğer bir söyleyişle dar anlamda borç ilişkisi) ise, bu borç ilişkisinden (geniş anlamda) doğan bir tek alacak hakkını ve buna bağlı olarak da bir tek edim yükümüne karşılık gelir. Bir başka deyişle, borç ilişkisinin taraflarından birinin diğerine karşı olan belli ve tek bir yükümlülüğüne veya yükümlülüklerinden her birine borç denir. Bir kira sözleşmesinden doğan kiralayanın bir aylık kira alacağı ile buna karşılık gelen kiracının bir aylık kira borcu, keza satıcının alıcıdan talep edebildiği, alıcının da ödemek zorunda olduğu semen, alıcının satıcıdan talep edebildiği, satıcının da yerine getirmek zorunda olduğu satım konusu malın teslimi ya da daha yerinde olarak zilyetliğinin devri de borç kavramını ifade eder¹².

Dar anlamda borç ilişkisi veya borç, alacaklıya, alacak hakkı ve bu hakkını elde etmeyi sağlayacak talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkisi de verir. Bir başka deyişle, borçlu kendisine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde, alacaklının bunun yerine getirilmesini talep etme, yerine getirilmemesi sebebiyle zarara uğramışsa bunun tazminini isteme ve/ veya borçluyu ifaya zorlamak için Devlet gücüne başvurma hakkı vardır¹³.

Öte yandan, borç ilişkilerinde hak sahibi (alacaklı) ve yükümlü (borçlu) de belirlidir. Borç ilişkisine katılan kişilerin sayısı sınırlıdır. Buna karşılık, bazı yükümlülükler bakımından hak sahibinin karşısında yükümlü olanların sayısı sınırsızdır. Örneğin, herkes üçüncü kişilerin mülkiyet ve kişilik haklarını ihlal

M., Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1971, s. 3-4, dipnot 13 ve 14'de yollama yapılan yazarlar.

¹¹ EREN, s. 24-25.

¹² EREN, s. 24; OĞUZMAN/ÖZ, s. 3-4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 6.

¹³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 14 -15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 30-31.

etmekten kaçınmakla, ona saygı göstermekle yükümlüdür¹⁴. Bu yükümlülük tek başına bir borç doğurmaz, ancak bunlar ihlal edildiği veya ihlal tehlikesine maruz kaldığı takdirde, hak sahibi ile ihlal eden arasında bir hukuki ilişki doğar. Eğer bu ihlal sonucunda zarar da vuku bulmuşsa ve ihlal eden de kusurlu ise, iki taraf arasında borç ilişkisi ortaya çıkar. Eş deyişle, bu halde ortaya çıkan hukuki ilişki borç ilişkisi niteliğindedir. Örneğin, başkasının malını gasp eden kimseye karşı malik istihkak davası ikame edebilir. Malı gasbeden bu malı geri vermekle yükümlüdür, ancak bu yükümlülük bir borç veya alacak ifade etmez. Zira istihkak davası borç ilişkisine değil, mülkiyete yani bir aynı hakka dayanır. Bununla beraber, gasptan bir zarar doğarsa bu halde malik ile gasp eden arasında bir borç ilişkisi de doğar¹⁵. Bunun gibi, suç işlememek de genel bir yükümlülüktür ve ihlali devlet tarafından cezai yaptırıma bağlanmıştır, ama bir alacaklının bunu yerine getirebilmesi mümkün değildir. Ancak fail bir zarara sebep olursa haksız fiil ika edenin borçlar hukukuna ilişkin bir tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, yükümlülük gerek içeriği, gerekse ihlalinin doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından borç ilişkisinden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, bazı yükümlülüklerin ihlalden borç ilişkisi de doğabilmektedir¹⁶. Nihayetinde, kural olarak her borç yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür, ancak her yükümlülük bir borç değildir.

B. KÜLFETTEN FARKI

Yükümlülüğün borç veya dar anlamda borç ilişkisinden başka, külfetten (Obliegenheit) de ayırt edilmesi gereklidir. Külfet, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu bir davranış olup yükümlü bunu yerine getirmediği takdirde ya iktisap edebileceği bir hakkı kazanamaz veya böyle bir hakkı kaybeder. Külfeti oluşturan davranışı yerine getirme, karşı tarafın değil, külfet yükümlüsünün yararına sonuçlar doğurur¹⁷. Külfetin yerine getirilmemesi, ne karşı

¹⁴ EREN, s. 28; MERZ, s. 52.

¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 31.

¹⁶ MERZ, s. 52.

¹⁷ EREN, s. 227, dipnot 89. HENNS, s. 95 – 96. Yazar, sonuçta, yükümlülük – külfet ilişkisini – eleştirmekle birlikte – menfaat ölçütüne göre belirlemektedir. Karş. ADAY, s. 120 vd.

tarafa bu davranışın ifasını talep hakkı, ne de tazminat talep hakkı verir¹⁸. Örneğin, satım sözleşmesinde alıcının satım konusu malı yoklayıp bu malda bir ayıp varsa bu durumu derhal satıcıya bildirmesi gereklidir. Yapılması gereken bu davranış bir külfettir. Satıcının, alıcıdan malı yoklamasını talep ve dava etmesi söz konusu olmadığı gibi, bunu yerine getirmediği için tazminat talep etmesi de söz konusu değildir. Esas itibariyle bu davranışın yerine getirilmesi de satıcının yararına değil, alıcının yararındır¹⁹. Bu külfeti yerine getirmeyen alıcı kanunun kendisine ayıba karşı tekeffül sebebiyle tanıdığı hakları kaybeder. Bu noktada külfet olarak adlandırılan yükümlülük, ne yukarıda ifade edildiği gibi gerçek anlamda bir yükümlülük, ne de borçtur. Sadece külfet yükümlüsünün kendi yararı için yapması gereken bir davranıştır²⁰. Bundan başka, Borçlar Kanununun 44. maddesine göre, zarar gören zararın ortaya çıkmasına veya artmasına engel olacak biçimde davranmak zorundadır. Bu şekilde davranmadığı takdirde, zarar gören birlikte kusur sebebiyle ya tazminattan yoksun kalır veya daha az tazminat alır. Esas itibariyle, zarar görenin zararın ortaya çıkmasını veya artmasını engelleme borcu yoktur. Zarar görenin yapması gereken bu davranış da bir külfettir²¹.

Bununla birlikte, iki kavramı ihlalin hukuki sonuçları – cebri icra, ifa davası, tazminat davası – ölçütüne göre ayırmak, her halde geçerli değildir. Nitekim HARTMANN, bu iki kavramı ayırt etmede bu ölçüte yer vermiş, ancak devamında bunun her zaman doğru sonuç vermeyeceğini belirtmiş, dahası bu ayırımın da aydınlatma yükümleri bağlamında amaca uygunluğunu sorgulamıştır²². Gerçekten, bir borç ilişkisinden kaynaklanmayan yükümlülüklerle (örneğin aile hukukuna ilişkin yükümlülükler), herkesin uymak zorunda olduğu genel yükümlülükler (örneğin başkasının mutlak haklarını ihlal etmeme) bakımından da ifayı talep etme hakkı söz konusu değildir. Keza, ileride inceleneceği gibi, koruma yükümleri de kural olarak ifa davasına konu edilemezler²³.

¹⁸ MERZ, s. 70; HARTMANN, S., Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg, Schweiz, 2001, s. 3, N. 2.

¹⁹ Karş. ADAY, s. 123.

²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 32. Karş. ADAY, s. 123.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 15; EREN, s. 227, dipnot 89. Karş. ADAY, s. 184 vd. ve s. 121.

²² HARTMANN, s. 3, N. 1 ve s. 174, N. 416.

²³ ADAY, s. 119.

Farklılık, külfetin yerine getirilmemesinde ve yükümlülüğün ihlalinde daha belirgindir. Esasen bu noktada menfaat ölçütü²⁴ söz konusu olmaktadır. Külfetin yerine getirilmemesi, külfet yükümlüsünün bir hakkını kaybetmesine veya bir hakkı kazanamamasına sebep olur; ancak külfet yükümlüsünün karşısında yer alan kimse bakımından olumsuz bir sonuç doğurmaz. Buna karşılık, bir yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, yükümlünün karşısındaki kişinin bir hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabileceği gibi, yükümlülük getiren normun niteliğine göre başkaca hukuki sonuçlar da, örneğin aile hukuku bakımından velayetin nez'edilmesi veya ceza hukuku bakımından cezai yaptırım gibi, doğurabilir. Öte yandan, bir külfetin yerine getirilmemesi, külfet yükümlüsü ile karşı taraf arasında bir borç ilişkisi ortaya çıkarmaz, hatta külfet mevcut borç ilişkisinden doğar. Yükümlülüğün ihlali ise, yükümlü ile karşı taraf arasında bir borç ilişkisinin doğmasına sebep olabilir.

Bununla birlikte, kanaatimizce ihlale göre daha elverişli olmakla birlikte²⁵, menfaat ölçütü de tam manasıyla yeterli değildir. Külfetin hangi yanın menfaatine olduğu da öğretide çok tartışmalı bir mevzudur. Külfet yükümlüsünün, muhatabın veya her iki yanın da menfaatine olduğunu kabul eden yazarlar mevcuttur²⁶.

Esasen, yükümlülüğü, kişiye belli bir davranış yükleyen her kural²⁷ veya bunun içerdiği davranış tarzı ya da hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve yerine getirilmesi gereken emirler²⁸ olarak değerlendiriyoruz. Hemen belirtelim ki, hukuk düzeninin kişiye yüklediği bu davranışın yerine getirilmemesinin yaptırımı, özellikle inceleme konumuz olan sözleşme öncesi aydınlatma yükümü bağlamında, tazminat olabileceği gibi, duruma göre niyetlenen işlemin mutlak veya kısmi geçersizliği de olabilir. Çalışmanın ilerleyen safhalarında bu sonuçların doğmasına yol açan yükümler incelenecektir.

²⁴ Bkz. ADAY, s. 120 vd.

²⁵ Bkz. HENSS, s. 95 vd.

²⁶ Yazarlara ve görüşlerine ilişkin olarak bkz. ADAY, s. 120-123. Yollama yapılan yerdeki örneklerden de anlaşılacağı üzere, külfetin ne vakit kimin menfaatine olduğunu tespit etmek, yararlanmanın doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleşebileceği düşünüldüğünde, zordur, dahası menfaatten ne anlaşıldığıyla da çok ilgilidir.

²⁷ HARTMANN, s. 4, N. 3.

²⁸ KELLER/SCHÖBI, s. 4.

III. BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Sözleşmeye dayanan borç ilişkisinden doğan yükümlülükler öncelikle ilk/birincil yükümler (Primärpflichten) ve tâli/ ikincil (Sekundärpflichten) olmak üzere ikiye ayrılır. İlk /birincil yükümler de kendi içinde asli yükümlülükler (Hauptpflichten) ve yan yükümlülükler (Nebenpflichten) olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlunun alacaklı karşısındaki asli yükümlülüğü edim yükümlülüğüdür. Bu sebeple, asli yükümler edim yükümleridir. Asli yükümler ya da edim yükümleri de asli edim yükümleri (Hauptleistungspflicht) ve yan edim yükümleri (Nebenleistungspflicht) olarak iki bölümde incelenirler. Yan yükümler ise borç ilişkisinden (sözleşmeden) doğan ve edim yükümleri dışında kalan diğer yükümlerdir²⁹.

A. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN İLK YÜKÜMLER VE TÂLİ YÜKÜMLER

İlk/ birincil yükümler, sözleşmeden doğan her türlü yükümleri ifade eder. İlk yükümlerin kapsamına asli, bir başka deyişle edim yükümlülükleri ve yan yükümler girmektedir³⁰. İlk yükümler ve tali yükümler, ilk/birincil edim yükümlülükleri ve tali/ ikincil edim yükümlülükleri olarak da ifade edilmektedir³¹. Bu ayırım, söz konusu yükümlülüğün ifasının sözleşmenin ilk ya da gerçek amacı olup olmadığı veya sadece ilk yükümlülüklerin ihlali halinde önem taşıyıp taşımadığı sorunuyla ilgilidir. Tali/ikincil yükümlülükler, ihlal edilen ilk/birincil yükümlülüklerin yerini alabilirler (örneğin, edimin ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan tazminat yükümlülüğü) veya onların yanında (örneğin ifa talebinin yanında, ifanın gecikmesi sebebiyle ortaya çıkan gecikme tazminatı) ortaya çıkabilirler³². Bir başka deyişle, tali yükümler, ilk

²⁹ EREN, s. 29-30

³⁰ EREN, s. 31-32.

³¹ KRAMER, E. A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2007, s. 59, N.14. ; MUSIELAK, H., J., Grundkurs BGB, München, 2007, s. 85-86, N. 178. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ilk/birincil edim yükümlülüğünü asli edim yükümlülüğü olarak tanımlamaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 7-8.

³² KRAMER, § 241, s.59, N.14. ; KRAMER, E. A./ SCHMIDLIN, B., Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art. 1-18 OR, Bern 1986, s. 52, N. 89. (KRAMER, Ber.Kom.). Öte yandan yazar, ilk yükümlerle ikincil yükümlerin her zaman birbirinin ardı sıra ortaya çıkmayacağını da ifade etmiştir. KRAMER'e göre; ilk yükümlere dayanan ifa talebi vadesinde yerine getirtilebilirken – başkaca bir koşula gerek olmadan - , ifa

yükümlerin, yani gerek asli ve yan edim yükümlerinin, gerekse yan yükümlerin, borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde (kusurlu ifa imkânsızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüd) ortaya çıkan tazminat yükümünü ifade eder³³. Öte yandan, sadece tazminat yükümlükleri değil, aynı zamanda sürekli bir borç ilişkisinin bitmesinden sonra doğan, örneğin kira veya ödünç sözleşmesinde, sözleşme konusunu geri verme yükümü veya bir sözleşmeden dönüldükten sonra doğan tasfiye yükümleri de tali yükümlülüklerdir³⁴.

B. EDİM YÜKÜMLERİ VE YAN YÜKÜMLER

Borç ilişkisinin asıl konusunu oluşturan edim yükümü, borçlunun alacaklı yararına borçlandığı ve gerçekleştirmek zorunda olduğu bir davranıştır. Sözleşmesel borç ilişkileri, borçluya borçlandığı edimi sözleşmenin amacına ve doğruluk kurallarına göre yerine getirmek, böylece alacaklının ifa menfaatini gerçekleştirme ödevi yükler. Borçlar Kanunumuz esas itibarıyla edim ve edimin ifasını, yani edim menfaatini dikkate almıştır³⁵. Bununla birlikte, bir borç ilişkisinde, bu bağlamda sözleşmesel borç ilişkisinde de, edim yükümleri dışında başka yükümlerin de bulunduğu kabul edilmektedir³⁶. Edim yükümü dışında kalan yan yükümler, ya asli edimin tam ve doğru şekilde ifasına hizmet ederler veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunmasına hizmet ederler³⁷. Bu bağlamda öncelikle asli ve yan edim yükümleri, daha sonra da yan yükümler incelenecektir.

etmemeye dayanan ikincil nitelikteki tazminat talebi ilave koşullara, her şeyden önce esas itibarıyla borçlunun kusuruna bağlıdır. Ayrıca, ilk olarak Ulrich HUBER'in işaret ettiği gibi, ifa talebi ve ifa etmemeye dayanan tazminat talebi mutlak surette birbirini takip eder şekilde ortaya çıkmak zorunda değildir. Örneğin, ticari satışta, alacaklının ifa etmemeye dayanan tazminat talebi, ifa talebinin önüne geçmiştir. Bkz. İBK m. 190, BK m. 187. Alman hukuku bakımından da aynı durum söz konusudur. Bkz. HGB (Handelsgesetzbuch) § 376. KRAMER, § 241, s.59, N.14.; KRAMER, Ber.Kom., s. 52, N. 89. Ayrıca bkz. HUBER, U., Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, s. 847 vd., FS für Ernst von Caemmerer, 1978.

³³ EREN, s. 31-32.

³⁴ KRAMER, § 241, s. 59, N. 14. ; KRAMER, Ber.Kom., s. 52, N. 90.

³⁵ EREN, s. 30.

³⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 11.

³⁷ EREN, s. 30.

1. ASLİ EDİM YÜKÜMLERİ VE YAN EDİM YÜKÜMLERİ

a. Asli Edim Yükümleri

Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümleri asli edim yükümleridir. Bir başka deyişle, sözleşmenin tür ve tipinin özellik ve niteliklerini belirleyen asli edimden borçluya karşı doğan yüküm, asli edim yükümüdür³⁸. Örneğin, satım sözleşmesinde satıcının satım konusu malın mülkiyetini alıcıya devretmesi, alıcının da satım bedelini satıcıya ödemesi veya kira sözleşmesinde kiralayanın kira konusu malın kullanımını kiracıya terk etmesi ve kiracının da kira bedeli ödemesi asli edim yükümleridir. Bir malın mülkiyetinin parasız olarak devredilmiş olması halinde satım değil, bağışlama sözleşmesi, kullanımının parasız olarak terk edilmiş olması halinde de kira değil, ariyet sözleşmesi vardır. Görüldüğü gibi, söz konusu edimler bu sözleşmelerin tipini belirleyen asli edim yükümleridir. Bunun gibi, aile hukukundan doğan anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü de bu hukuki ilişkiyi karakterize eden asli edim yükümüdür (MK m.327; İMK m. 276)³⁹. Borçlar Kanunu, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde genellikle asli edim yükümünü düzenlemiştir⁴⁰.

Asli edim yükümleri yan edim yükümlerinden ayrı olarak doğrudan ifası dava edilebilen yükümlerdir. Bunlar iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılık ilişkisi (synallagma) içinde yer alırlar. Bundan dolayı, bu tür bir yükümlülüğü yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklı BK m. 106 vd. hükümlerine göre hareket edebilir⁴¹.

³⁸ EREN, s. 32.

³⁹ EREN, s. 32-33; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 18; KRAMER, § 241, s. 59-60, N.16; MEDICUS, D., Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2007, s. 134, N. 206 ; MERZ, s. 63. MEDICUS ve MERZ, asli edim yükümü değil, asli yüküm (Hauptpflicht) ifadesini kullanmaktadır.

⁴⁰ EREN, s. 33.

⁴¹ EREN, s. 32.

b. Yan Edim Yükümleri

Borçlar Kanunu sözleşmesel borç ilişkilerini düzenlerken esas itibariyle asli edim yükümlerini dikkate almış olmakla birlikte, sözleşmelerde asli edim yükümlerinin yanında bazı yan edim yükümleri de mevcut olabilir. Bizatihi yasa bazı sözleşmeler bakımından yan edim yükümü öngördüğü gibi, taraflar da sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisine dayanarak sözleşme tipinin içeriğine asli edimin yanında bazı yan edimleri dâhil edebilirler⁴².

Yan edimler asli edime göre ikincil ve asli edime tabi bir nitelik taşırlar⁴³; ancak asli edimden bağımsız bir amaca ve içeriğe sahip olduklarından ayrıca talep ve dava edilebilirler. Çünkü her halde bunlar ayrı bir edim yükümüdür ve bunların ifasında alacaklının bağımsız bir ifa menfaati vardır⁴⁴.

Yan edim yükümlerinin sözleşmedeki ivaz ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı değişim (synallagma) ilişkisi içinde yer alıp almadığı tartışmalıdır⁴⁵. Öğretide bazı yazarlar herhangi bir koşul aramaksızın yan edim yükümlerini karşılıklılık ilişkisi içinde kabul etmektedirler⁴⁶. Buna karşılık, yan

⁴² EREN, s. 33-34; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; KRAMER, § 241, s. 60, N.17; MERZ, s. 63. MERZ, H., Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-10, Bern 1966, s. 297 vd., N.260 vd. Hemen belirtelim ki, MERZ, yan yükümler başlığı altında hem yan edim yükümlerini hem de yan yükümleri incelemektedir. Aynı şekilde DESCHENAUX, H., Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart, 1967, s. 175-177; GIGER, H., Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das OR, Art. 184-215, Bern, 1979, Art. 184, s. 24 vd., N. 48 vd.

⁴³ KRAMER, § 241, s.59-60, N.16; KRAMER, Ber.Kom., s. 53-54, N. 93 ; LARENZ, s. 9 -12; ESSER, J./ SCHMIDT, E.; Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1995, s. 107-109 ; KRÖGER, D., Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart, 1935, s. 9-10.

⁴⁴ EREN, s. 33.

⁴⁵ Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. SCHMIDT, J., Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243, 1995, s. 114-115, N. 343 ; MEDICUS, BR, s. 135, N. 207 ; STÖCKLI, H., Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich, 2008, s. 36-37, N. 55.

⁴⁶ EREN, s. 34. EREN, bu ifade için ESSER/SCHMIDT'e yollama yapmaktadır. Söz konusu yerde, yan edimin ifa edilmemesinin, bütün işlemin yerine getirilmesini – asli edimin ifasını – tehlikeye düşürmesi halinde, kural olarak asli edimler için getirilmiş olan, imkânsızlık, ifa etmemeden doğan tazminat gibi normların uygulanacağı belirtilmiştir. Devamında yan edim yükümü niteliğindeki bazı yükümler (maddi edim niteliğinde) sayılmış ve sözleşmenin gereği gibi ifasına hizmet eden bu edimlerin synallagmaya dâhil olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla asli edimin gereği gibi ifasına hizmet eden yan edimleri synallagma içinde kabul etmektedir. Bkz. ESSER / SCHMIDT, s. 108-109 ve s. 221; KRÖGER, s. 16-17. FIKENTSCHER, W./ HEINEMANN, A., Schuldrecht, Berlin, 2006, s. 38 -39 N. 55 ve s. 26 – 30 N. 37-42. Yazarlar, yan yükümleri synallagmaya dâhil kabul etmekte, yan

edim yükümlerinin karşılıklılık ilişkisi içinde olmadığını ifade edenler de vardır⁴⁷. Bu hususun tarafların iradelerine ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gereklidir. Buna göre, yan edim, asli edim ile birlikte karşı tarafın edimini taahhüt etmesinin sebebini teşkil edecek kadar önemli ise karşılıklılık ilişkisi içinde olduğu kabul edilmelidir⁴⁸.

Yan ediminin ifasının dava edilebilir olmasıyla, bu edimin karşılıklılık ilişkisi içinde bulunması birbirinden ayırt edilmesi gereken iki konudur. Yan edim karşılıklılık ilişkisi içinde ise, bu yükümün yerine getirilmemesi halinde muhatabın kendi edimini yerine getirmekten kaçınma (ödemezlik def'i) ve ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemeden doğan taleplerini ileri sürme imkânı söz konusu olur⁴⁹. Yan edim yükümü, karşılıklılık ilişkisi içinde olmasa bile bağımsız olarak ifası talep ve dava edilebilir⁵⁰.

edim yükümlerini, koruma/ diğer davranış yükümleri de yan yükümler içinde görmektedirler. Bundan başka, synallagmatik yan edime örnek olarak kullanma kılavuzu verme yükümü gösterilmiştir ki, bu da yan edim yükümüdür.

⁴⁷ GERNHUBER, s. 19, s. 325. Yazar, yan edim yükümlerinin kural olarak synallagma içinde olmadığını, ancak tarafların aksini kararlaştırılabileceğini, keza bu yükümlerin ifa aşamasında synallagmatik yükümlere sıkı biçimde bağlı olabileceğini ifade etmektedir. MERZ, s. 69; s. 86. Yazar, yan edim yükümünü ilk/birincil yan yüküm, yan yükümü ise tali/ikincil yan yüküm şeklinde ifade etmektedir. Buna göre, yan yükümün getirilmeyle bağımsız bir amaç güdülüyorsa bu birincil yan yükümdür; ancak yan yüküm sadece asli edimin gereği gibi ifasına hizmet ediyorsa bu halde ikincil yan yükümdür. Öte yandan, kural olarak yan yükümlerin (yan edim yükümleri) karşılıklılık ilişkisine dâhil olmadığını belirtmektedir. KRAMER, Ber.Kom., s. 54, N.94. Yazar yan edim yükümlerinin ihlalinin alacaklıya synallagmadan doğan sözleşmeden dönme hakkını vermediğini ifade etmektedir. Karş. KRAMER, § 241, s.59-60, N.16., BUCHER, E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, 1988, s. 366. Yazar yan yükümlerin synallagmatik olmadığını ve bunların ihlalinin alacaklıya sadece tazminat hakkı verdiğini (İBK 97/BK 96) ifade etmektedir. KRAMER, her ne kadar BUCHER'e atıfla yan edim yükümlerinin synallagmatik olmadığını söylese de, yazar yan edim yükümü değil, yan yüküm demektedir.

⁴⁸ HAVUTÇU, A., Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 20-21; STÖCKLI, s. 36-37, N. 55; GERNHUBER, s. 322-325; Ayrıca bkz. MEDICUS, BR, s. 136, N. 209; KRÖGER, s. 17; GIGER, Ber.Kom., Art. 211, s. 626, N. 36.

⁴⁹ MERZ, s. 69. Synallagmatik yan edimin ifasında temerrüde düşülmesi halinde, yan edimde temerrüd edimler arasındaki mübadele amacını bütünüyle tehlikeye düşürüyorsa, alacaklı asli edimi de kapsayacak şekilde haklarını kullanabilir; ancak böyle bir tehlike söz konusu değilse alacaklı sadece yan edimle ilgili olarak seçimli haklarını kullanabilir, sadece yan edimle ilgili olarak müspet zararının tazmini talebinde bulunabilir. Bkz. HAVUTÇU, s. 140 ; SCHMIDT, E., Das Schuldverhaeltnis (Schuldverhaeltnis), Heidelberg, 2004, s. 18 N. 44; MEDICUS, BR, s. 135, N. 207.

⁵⁰ EREN, s. 34; KRAMER, Ber.Kom., s. 53, N. 91; ŞENOCAK, Z., Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 86. Alacaklı bu halde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüd halinde yasanın tanıdığı hakları kullanamaz. Zira bu hükümler asli edimde ve/veya synallagmatik yan edimde temerrüde düşülmesi halinde uygulanabilir. Bu halde alacaklı BK m.102'ye göre edimin ifasını ve gecikmeden doğan zararlarını talep edebilir. Bkz. HAVUTÇU, s.43-44.

Yan edim yükümü, asli edime göre tabi ve tali bir nitelik taşıdığı için, sözleşmesel borç ilişkisinde ancak asli edimle birlikte söz konusu olur. Bir başka deyişle, asli edimin olmadığı bir sözleşmede yan edim de olmaz⁵¹.

Yan edim yükümleri, kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğar.

aa) Kanundan Doğan Yan Edim Yükümleri

Bazı yan edim yükümleri bizatihi kanun tarafından öngörülmüşlerdir. Örneğin, Borçlar Kanununun 185. maddesine göre, aksine âdet veya sözleşme yoksa ölçmek ve tartmak gibi teslim masrafları satıcıya, senet yapmak ve satılanı teslim almak için yapılan masraflar alıcıya aittir. Kira sözleşmesi bakımından da, Borçlar Kanununun 256. maddesi kiracıya bir yan edim yükümü yüklemiştir. Buna göre, kiracı kiralananı özenle kullanmak ve kendisiyle aynı binada oturan kişilere saygı göstermek zorundadır⁵². Kiracının bu yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, kiralayan yapacağı ihtarla bu davranışa son vermesini bildirir, devam etmesi halinde derhal sözleşmeyi feshedebilir. Öte yandan, Borçlar Kanununun 455. maddesine göre ticari mümessil ve vekillerin rekabet yapma yasağı da kanundan doğan ve yapmama biçiminde ortaya çıkan bir yan edim yükümüdür. İhlali halinde, işletme sahibi bağımsız nitelikte bir içtinap davası açabilir⁵³.

⁵¹ EREN, s. 34.

⁵² EREN, s. 35 ; MERZ, s. 63; KRAMER, § 241, s. 60 N. 17. Bu hususta Alman hukuku ile Türk hukukunun düzenlemesi aynı biçimdedir. SCHILLING, W. ; Münchener Kommentar Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-610, 2004, § 535, s. 1417 N. 190. Bununla birlikte, kanaatimizce, kiracının anılan yükümlülüğü yan edim yükümü değil, yan yükümdür. Kiracının, kira konusu maldan yararlanma hakkını dürüstlük kuralına göre kullanması gerekir. Aksine davranışı, kiralayana sözleşmeyi fesih ve zarar vuku bulmuş ise tazminat hakkı verir. Bu konuda bkz. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 19 N. 46.

⁵³ EREN, s. 35. Kanaatimizce, bu yüküm yan edim değil, yan yükümdür. Rekabet yasağının yan edim yükümü teşkil edebileceği hal BK. m. 348 vd. hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi bakımından söz konusu olabilir.

bb) Sözleşmeden Doğan Yan Edim Yükümleri

Sözleşmesel borç ilişkisinin tarafları kendileri için önemli olan hususları yan edim yükümü biçiminde sözleşmenin içeriğine dâhil edebilirler⁵⁴. Bu sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir sonucudur. Örneğin, satıcının satım konusu makinenin bakımını ve kullanımını öğretmeyi üstlenmesi, keza satılanın başka yerden gönderilmesi halinde gönderme masraflarını üstlenmesi de yan edim borcudur. Satıcı satılanı göndermezse, alıcı gönderme ediminin ifası için dava açabilir⁵⁵. Aynı şekilde, satıcının satım konusu makinenin bakımını ve kullanımını öğretmemesi halinde de alıcı ifa davasıyla bunu talep edebilir. Hatta tarafların iradelerine ve somut olayın özelliklerine göre söz konusu yan edim yükümü karşılıklı ilişkisine dâhil ise, ödemezlik def'ini ileri sürebileceği gibi, ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemeye dayanan haklarını kullanabilir. Öte yandan, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için öngörülen rekabet yasağı da Borçlar Kanunu m. 348'e göre taraflarca belirlenen yapmama niteliğinde bir yan edim yükümüdür⁵⁶.

cc) Dürüstlük Kuralından Doğan Yan Edim Yükümleri

Yan edim yükümleri kanun tarafından öngörülmemiş ve taraflarca da kararlaştırılmamış olsa da, dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması yoluyla ortaya çıkabilir⁵⁷. Bir başka ifadeyle, ifayı talep hakkı, taraf menfaatlerinin objektif biçimde değerlendirilmesi sonucunda da tanınabilir⁵⁸. Öğretide dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlerinin ifasının, asli edimden ayrı olarak, dava edilebileceği öne sürülmektedir⁵⁹.

⁵⁴ MERZ, s. 63.

⁵⁵ KRAMER, § 241, s. 60, N.17; EREN, s. 36.

⁵⁶ EREN, s. 36; KRAMER, § 241, s. 60, N.17. Rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesi kurulmadan önce veya sözleşme sona erdikten sonra yapılamaz. Hizmet sözleşmesinin içinde veya ayrıca yapılabilir. Duruma göre yan edim olabileceği gibi, asli edim de olabilir. Bu sözleşmeye ilişkin geniş bilgi için bkz. SOYER, P., Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Ankara, 1994, s. 19 vd., s. 41 vd.

⁵⁷ ŞENOCAK, s. 85; NEUENSCHWANDER, s. 5; KÖPCKE, G., Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart, 1965, s. 128.

⁵⁸ KRAMER, § 241, s. 60, N. 17.

⁵⁹ EREN, s. 36. EREN, burada MEDICUS ve KRAMER' atf yapmaktadır. Yollama yapılan yerde MEDICUS bir örnek vermektedir ve KRAMER de bu örneği almıştır. Buna göre bir alıcı, 10 ay

2. YAN YÜKÜMLER

a) Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi edim yükümlerinin yanında başka bazı yükümler de içerir. Öğretide bunlar yan yükümler (Nebenpflichten)⁶⁰ veya bağımlı yan yükümler (unselbständige Nebenpflichten)⁶¹ veya diğer davranış yükümleri (weitere Verhaltenspflichten) olarak adlandırılmaktadırlar⁶².

Yan yükümler, asli edim yükümlerine bağımlı bir nitelik taşırlar. Kural olarak, yan yükümler ihlal edilmeleri halinde (sözleşmenin müspet ihlali veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle) tazminat talep etme hakkı verirken, bir başka deyişle yan yükümlerin doğrudan ifası talep ve dava edilemezken, edim yükümlerinin ifası talep ve dava edilebilir. Dava edilebilirlik, yan yükümlerin edim

boyunca her defasında 100 şişe olmak üzere 1000 cam şişe satın alır. İlk gönderilen kısım kötü paketlenmiş bir şekilde, ancak şans eseri herhangi bir zarara uğramadan ulaşır. Bunun üzerine alıcı, malların kendisine zamanında gelmesinin gerekli olduğunu ancak daha iyi paketlenmesi gerektiğine işaret eder, ancak satıcı bu talebi dikkate almaz. MEDICUS, bu noktada alıcının ifa davasıyla malların daha iyi paketlenmesini talep edebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerekçesinde de haksız fiil hukukunda doğması muhtemel zararlar için dava açılabilirliğini, sözleşme hukukunda ise alacaklının zararın gerçekleşmesini bekleyip daha sonra ikincil borç olan tazminat talebi için dava açtığını, ancak bunun daha kolay bir şekilde gerçekleştirebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. MEDICUS, D., Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2002, s. 149 N.208; KRAMER, § 241, s. 60, N. 17. KRAMER de, yan edim yükümlerinin sözleşmeyle ve kanunla doğabileceği gibi, taraf menfaatlerinin objektif biçimde değerlendirilmesi sonucunda da tanınabileceğini ifade ettikten sonra, örnek olarak MEDICUS' un kurguladığı bu olaya dayanmaktadır. Kanaatimizce burada yan edim değil, fakat talep ve dava edilebilir bir yan yüküm söz konusudur. Nitekim MEDICUS da bu örneği edim ve davranış yükümlerini incelediği bölümde vermekte, koruma yükümlülüklerin, bir edimle bağlantı içinde olduğu ölçüde dava edilebilir olduğunu ifade ettikten sonra anılan örneği vermektedir. Ancak daha sonra değerlendirilecek de olsa, hemen belirtelim ki, bir yan yüküm somutlaştırılıp ifa davasıyla talep edilebilir niteliğe kavuşursa, bu noktada yan yükümün yan edim yükümüne dönüşmesi söz konusu olur. (Bkz. HAVUTÇU, s. 19, dipnot 95.) Bununla birlikte, kanaatimizce dürüstlük kuralının doğrudan kaynaklık ettiği yüküm, bir yan yükümdür. Yan yükümün somutlaşıp yan edim yükümüne dönüşebilmesi, bizce dürüstlük kuralından yan edim yükümü doğacağı anlamına gelmez. Bu noktada, dürüstlük kuralı yan yükümden dönüşerek ortaya çıkan yan edim yükümüne dolaylı olarak kaynaklık eder. Sonuçta, dürüstlük kuralından doğrudan doğruya bir yan edim yükümü doğabileceğini düşünmüyoruz.

⁶⁰ MERZ, s. 62 vd; MEDICUS, BR, s. 136, N.208; Ayrıca ESSER/SCHMİDT, s. 87 vd. (Begleitpflichten, refakat eden yükümler, ifadesini kullanmaktadır.)

⁶¹ KRAMER, E., A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası), s. 60, N.18

⁶² LARENZ, s. 9 vd. ; EREN, s.37-38. Terminoloji için ayrıca bkz. FIKENTSCHE/HEINEMANN, s. 25 vd., N. 35 vd.

yükümlerinden ayırt edilmesini sağlayan temel ölçüt olarak görülmektedir⁶³. Yan yükümler, muhatabın çıkarlarına saygı göstermeye ve edim yükümüne karşılık gelen borcun gereği gibi yerine getirilmesine yönelmiştir⁶⁴. Bir başka deyişle, yan yükümler ya asli edimin gereği gibi yerine getirilmesine, yani alacaklının ifa menfaatine veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin (bütünlük veya korunma) ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunmasına hizmet ederler. Birinci grup yan yükümler “ifaya yardımcı yan yükümler⁶⁵” diğeri ise koruyucu yan yükümler/ koruma yükümleri olarak adlandırılırlar⁶⁶.

b) Yan yükümlerin kaynağı

Yan yükümlerin, genel olarak, dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden doğduğu kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, yan yükümlerin kaynağı, Türk/İsviçre Hukuku bakımından Medeni Kanun m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralıdır^{67 68}. Buna göre, herkes borçlarını yerine getirirken dürüstlük

⁶³ EREN, s. 37 ; KRAMER, § 241, s. 60, N.18 ; WIEGAND, W., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W., Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2007, Art. 97, s. 570, N. 32.

⁶⁴ MEDICUS, BR (2002), s. 149, N.208.

⁶⁵ “Leistungsbezogene Nebenpflichten”, KRAMER, § 241, s. 60-61, N. 19; KOLLER, A., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Bern, 2006, s. 23, N. 82 ; “Leistungssichernden Nebenpflichten”, ROTH, G. H., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2007, s. 72-73, N.67 ; “Leistungsbegleitende” ve “Leistungsorientierte Nebenpflichten”, WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 570, N. 33 ; GUHL, T./KOLLER, A./SCHNYDER, A. K./ DRUEY, J. K., Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000, s. 243, N. 15; Ayrıca bkz. BERGER, B., Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2008, s. 81, N. 224.

⁶⁶ EREN, s. 37. Bu noktada hemen belirtelim ki, koruma yükümleri bütünlük menfaatinin korunması hizmet ettiği gibi, bunun dışında mal varlığının korunmasına da hizmet ederler. Bu konu ileride ele alınacaktır.

⁶⁷ EREN, s. 38 ; MERZ, s. 63 ; MERZ, H., Berner Kommentar (Ber.Kom.), zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-10, Bern 1966, s. 298, N.260 ; MEIER-HAYOZ, A., Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau, 1948, s. 162 ; ZELLER, E., Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich, 1981, s. 86-87 ; BAUMANN, M., Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Einleitung, I. Teilband, Zürich, 1998, Art. 2, s. 545-547, N. 154-156 ; AKYOL, Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötiye Kullanımı Yasağı, İstanbul, 1995, s. 42 vd ; HONSELL, H., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T., Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Basel, 2006, Einl., Art. 2, s. 33, N. 16. (Burada yollama yapılan eserler); WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 557, N. 5 ; WIEGAND, W., Die Verhaltenspflichten Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, (Die Verhaltenspflichten) FS für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München, 1991, s. 551.

⁶⁸ Bununla birlikte, KRAMER, bağımsız yan yükümlerin – ki ifaya yardımcı yan yükümler de koruyucu yan yükümler de bu kavramın içindedir – (bizim tercih ettiğimiz terminoloji bakımından

kuralına göre davranmak zorundadır. Buradaki “borç” ifadesi sadece edim borçlarını veya edim yükümlerini değil, sözleşmeden doğan her yükümü kapsar⁶⁹. Dürüstlük kuralı ise, “ orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren – bu nedenle de – herkesçe benimsenen kuralların bütünüdür⁷⁰.

Öğretide, yan yükümlerin kökenine ilişkin olarak – yan yükümün türüne göre – bir ayırım yapılmamıştır. Bir başka deyişle, hem ifaya yardımcı yan yükümlerin hem de koruyucu yan yükümlerin (koruma yükümlerinin) kaynağı, doğuş sebebi olarak MK m. 2/1 görülmektedir⁷¹. Kanaatimizce, daha sonra değerlendirileceği üzere, ifaya yardımcı bir yan yükümün ortaya çıkması, ifa edilmesi gereken bir borcu gerektirdiği için, dürüstlük kuralı söz konusu yükümler için doğrudan bir kaynak oluşturmaz. Yani, sözleşme kurulmadan sadece dürüstlük kuralından bir ifaya yardımcı yan yüküm doğmaz. Bununla birlikte, 2/1’deki hükümde yer alan borç ifadesinin kapsamına edimi ifa borcu da dâhil olduğundan, anılan borcun da bu ilkeye uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir. Sonuç olarak, dürüstlük kuralı, koruma yükümlerinin doğrudan kaynağı olmakla birlikte; ifaya yardımcı yan yükümlerin doğrudan değil ancak dolaylı biçimde – ifa borcunun yerine getirilme tarzının belirlenmesi noktasında – kaynağıdır⁷².

yan yükümlerin), sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasından (sözleşme hükmünden), sözleşmenin tamamlanmasından veya sadece dürüstlük kuralından doğacağını ifade etmektedir. KRAMER, Ber.Kom., s. 55, N. 96. Terminoloji farklı olmakla birlikte, benzer görüşte MERZ, s. 63 ; MERZ, Ber.Kom., s. 298, N.260. Bu konuda ayrıca bkz. WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 557-558, N. 5. Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. MÜLLER, M./ HEMPEL, R., Nebenpflichten des Verkaufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjaehrung, AcP 2005, s. 247 , dipnot 3’de yollama yapılan yazarlar. Karş. WALTER, H., P., Auf dem Weg zum Schuldverhaeltnis – wo weiter?, Recht 2005/3, s. 72 vd. ; WEBER, R. H., Die Folgen der Nichterfüllung, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Das Obligationenrecht, B. VI, 1. Abt., 5. Teilband, Art. 97-109, Bern, 2000, Art. 97, s. 69 vd, N. 67 vd.

⁶⁹ EREN, s. 38.

⁷⁰ EDİS, S., Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği (Doğruluk ve Güven), Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, s. 449. (Doğruluk ve güven kuralları terminolojisi ile). Dürüstlük kuralı ile aynı anlama gelen başka terimler için bkz. EDİS, s. 447, dipnot 1.

⁷¹ WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 557-558, N. 5; EREN, s. 38; AKYOL, s. 42 vd.

⁷² Benzer yönde HONSELL, Bas.Kom., Einl., Art. 2, s. 33, N. 16; GERNHUBER, s. 23-24. Ayrıca bkz. KRAMER, §241, s. 60, N. 19.

Alman hukuku bakımından ise⁷³, dürüstlük kuralını düzenleyen madde Alman Medeni Kanununun § 242. Paragrafıdır. Bu paragrafa göre, “Borçlu, edimini dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralıyla birlikte genel teamülün de gerektirdiği şekle uyarak ifa etmekle yükümlüdür”. Anılan hüküm, borçlunun edimini yerine getirme biçimini/ tarzını belirlemektedir. Uygulama ve öğreti, bu hükümden, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğunu ifade eden genel bir hukuk ilkesi çıkartarak, hükme oldukça geniş bir anlam yüklemiştir⁷⁴. Öte yandan, anılan hükmün asli edimin ifa tarzını belirlemesinden başka, bir de tamamlayıcı işlevi söz konusudur. Dürüstlük kuralına dayanarak kurulan/ ortaya konulan yan yükümler, özellikle edimin/ edim konusunun hazırlanması, yerine getirilmesi, korunmasında; bilgi verme, aydınlatma, iş birliği yapma yükümleriyle, borç ilişkisinin içeriğinin tamamlanmasına gerek olduğu hallerde, bu işlevi de yerine getirmektedir⁷⁵. Kısacası, dürüstlük kuralı bu hukuk bakımından da yan yükümlerin kaynağı olarak görülmektedir⁷⁶.

Bununla birlikte, ifaya yardımcı yan yükümün ve koruyucu yan yükümün dayanağı konusunda, yukarıda ifade ettiğimiz ayırım, “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile Alman hukuku bakımından belirgin bir hale gelmiştir. “Borç ilişkisinden doğan yükümler” kenar başlıklı § 241/1, c. 1’e göre, alacaklı, borç ilişkisine dayanarak borçludan bir edim talep etmeye yetkilidir. Söz konusu yasa ile bu paragrafa, “borç ilişkisinin içeriğine göre bir taraf diğer tarafın haklarına, kişi varlığı haklarına ve çıkarlarına özen göstermekle/ haklarını, kişi varlığı haklarını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür” hükmü eklenmiştir. Anılan hüküm münhasıran koruyucu yan yükümleri/ koruma yükümlerini düzenlemektedir. Gerçi, Borçlar Kanunu Reformundan önce de, dürüstlük kuralını düzenleyen §

⁷³ Alman hukukuna metin içinde yer verilmesinin sebebi, çalışmanın ilerleyen sayfalarında da görüleceği gibi, özellikle koruyucu yan yükümler açısından söz konusu hukuk sisteminin İsviçre/ Türk hukuku için de görece bir kaynak teşkil etmesidir. Alman hukukunun İsviçre hukukuna etkisine ilişkin bkz. SCHWENZER, I., Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtages von Peter Schlechtriem, 1998, s. 59 vd. ; KRAMER, E.A., Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, s. 366 vd.

⁷⁴ SCHULZE, R., in. Bürgerliches Gesetzbuch Hand Kommentar, Baden-Baden, 2007, § 242, s. 236, N. 1.

⁷⁵ SCHULZE, s. 197, N. 2.

⁷⁶ ROTH, G. H., in. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası), s. 122 vd.

242'ye dayanarak koruma yükümlerinin varlığı kabul edilmekteydi⁷⁷ ⁷⁸; ancak reformdan sonra, koruma yükümlerinin veya koruyucu yan yükümlerin kaynağının § 241/2 olduğunu söylemek mümkündür⁷⁹.

c) İfa Menfaati ve Bütünlük Menfaati Ayrımı

aa) Sözleşme Öncesi Aşamada

Menfaat, esas itibariyle, zararın belirlenmesinde, bu kavramın dayandığı temeli ifade etmektedir, öyle ki bu bağlantı sebebiyle, anılan kavramların birinin diğerinin yerine kullanılması da söz konusu olmaktadır⁸⁰. Zarar, bir kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır ve sorumluluğun ve tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır⁸¹. Zarar, zarar verici olay sonucunda menfaatlerde ortaya çıkan eksikliklerdir, bir başka deyişle zarar, menfaati değil, menfaatlerde ortaya çıkan eksilmenin sonucunu ifade eder ve mal varlığının azalması veya çoğalmasının engellenmesi şeklinde ortaya çıkar⁸². Tazminat yükümü, esas itibariyle, bu neticeyi bertaraf etmeye, bir başka deyişle ihlal edilen menfaatlerin eski haline iadesine

⁷⁷ ROTH, in. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası), s. 122 vd. ; N. 109 vd.

⁷⁸ Öte yandan, reformdan önce de, § 242'yi koruyucu yan yükümler için kurucu norm kabul etmeyen görüşler mevcuttu. Bu konuda bkz. MEDICUS, D. ; Probleme um das Schuldverhältnis, Berlin, 1987, s. 16 vd. ; TEICHMANN, A. ; Nebenpflichtungen aus Treu und Glauben, 1. Teil : Vorvertragliche Informationspflichten ; 2. Teil : Vertragliche und "nachvertragliche" Leistungspflichten, Schutzpflichten ; in. Juristische Arbeitsblätter (JA), 1984, s. 545 vd. ; 709 vd. ; OLZEN, D. ; in : Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243, Neubearbeitung 2005, Berlin, s. 226, N. 386.

⁷⁹ Bkz. ROTH, § 242, s. 133, N. 62. Yazar, § 242'in hukuki sonuçlarının irdelerken "yükümlülükleri kurma ve somutlaştırma" başlığı altında, anılan paragrafın geçmişte çeşitli içeriklere sahip yan yükümlerin ortaya konulması ve somutlaştırılması için bir dayanak noktası olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, yan yükümler genel kural olan § 242'nin örtüsü altında gelişmiştir ve bundan sonra da genel kuralın § 241/2 üzerinde etkisi devam edecektir. Bkz. ROTH, § 241, s. 65, N. 34. SCHULZE, s. 197, N. 2. Kanaatimizce, Alman hukuku bakımından koruyucu yükümler için kurucu norm § 241/2, edim yükümleri için ise § 241/1'dir. Ancak edim yükümünün yerine getirilme tarzını §242 belirler.

⁸⁰ KELLER, M., Das negative Interesse im Verhaeltnis zum positiven Interesse, Zürich, 1948, s. 1-2. ; RENGIER, H-B., Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertraginteresse und vom Integriaetsinteresse, Berlin, 1997, s. 41 ; LARENZ, s. 482 ; NICKEL, C., Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo, Berlin, 2001, s. 33 ve dipnot 74.

⁸¹ EREN, s. 472.

⁸² KELLER, s. 1-2. Zarar-menfaat ilişkisine dair geniş bilgi için bkz. ERGÜNE, M. S., Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 14 vd.

yönelmiştir. Bu noktada müspet menfaatlere ilişkin tazminat talebi – tazminat yükümü, doğrudan müspet menfaatlere değil, ihlal edilen müspet menfaatlerin tazminine/ ikamesine ilişkindir⁸³.

Sözleşme hukukunda, asıl olarak, müspet menfaatlardan ve menfi menfaatlardan, daha doğru bir ifadeyle bu menfaatlerin ihlalinden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Edimin hiç veya kötü ifa edilmesinden/ gereği gibi ifa edilmemesinden ya da vaktinde ifa edilmemesinden ortaya çıkan zarar, müspet menfaatlerin ihlalinden doğan zararı ifade eder⁸⁴ ve bu esas itibariyle ifa menfaatine ilişkindir⁸⁵. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya dair menfaatidir⁸⁶. Müspet menfaat veya ifa menfaati, buna bağlı olarak da müspet zarar, gereği gibi ifadan sonra alacaklının ulaşacağı mal varlığı durumu ile hali hazırdaki mal varlığı durumu arasındaki farka göre belirlenir⁸⁷. Bir başka deyişle, kötü ifadan sonraki durumu ile iyi bir ifa halinde arz edeceği durumu arasındaki farka tekabül eder⁸⁸. Bu tanım çerçevesinde bakıldığında, örneğin eve tamirat yapmaya gelen borçlunun bunu yerine getirmesi, ancak ifa sırasında alacaklının masasını kırmaması halinde, alacaklının mal varlığı masanın değeri kadar eksilmiştir. Keza, verme borcu çerçevesinde, örneğin alacaklının evinin ifa yeri olarak kararlaştırıldığı bir satım sözleşmesinde, borçlunun satım konusu malı teslim ederken, alacaklının başka bir malına zarar vermesi halinde de aynı durum söz konusudur. Bu hallerde, alacaklının mal varlığı edimin gereği gibi ifası sonucunda ulaşması gereken sonuca ulaşamamış, ifa sürecinde eksilmiştir. Tanımdan hareket edildiği halde, bu eksilmeyi de müspet menfaat – müspet zarar içinde değerlendirmek gereklidir. Ancak, örneklerde olduğu gibi, sadece bütünlük menfaatinin ihlalinden doğmuş zararların müspet menfaat

⁸³ KELLER, s. 2; NICKEL, s. 40, dipnot 131.

⁸⁴ Borcun ifasının kusurla imkânsız hale gelmesinde, mütemerrid borçludan gecikmiş ifa dolayısıyla gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı istenmesinde, borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip ifa yerine tazminat istenmesinde ve akdin müspet ihlali halinde müspet zararın tazmini söz konusudur. Bkz. TANDOĞAN, H., Türk Mes'uliyet Hukuku (Mesuliyet), Ankara, 1961, s. 427.

⁸⁵ SCHWENZER, I., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern, 2003, s. 79, N. 14.29 - 14.30 ; EREN, s. 1013; BUCHER, s. 343 ; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 572, N. 38; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112 - 113, N. 210-213; ARAL, F., Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1985, s. 164.

⁸⁶ EREN, s. 1013.

⁸⁷ NEUENSCHWANDER, s. 11.

⁸⁸ ARAL, s. 164.

içinde olup olmadığı konusu tartışmalıdır⁸⁹. Bununla birlikte, hangi menfaate yönelik ihlal söz konusu olursa olsun, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanındadır⁹⁰. Bu nedenle, kanaatimizce, edimin gereği gibi olmayan ifasından doğan bütün zararları geniş anlamda ifa menfaati – ifa zararı olarak nitelendirmek mümkündür.

Menfi menfaat veya menfi zarar ise, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından⁹¹ doğan zarar menfi zararı ifade eder. Sözleşmenin kurulması için yapılan giderler ve yapılan sözleşmenin geçerliliğine güvenerek başka bir sözleşme yapmamak suretiyle kaçırılan fırsatlar menfi zarar kalemleridir, keza alacaklı geçersiz sözleşmeye dayanarak alacağı mal veya hizmeti üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt eder ve bunun için cezai şart veya tazminat ödemek zorunda kalırsa bu da menfi zarar kapsamındadır⁹². Hemen belirtelim ki, her ne kadar, menfi zarar kavramı tanımlanırken, sözleşmenin akamete uğramasına hasrediliyorsa da⁹³, sözleşmenin geçerliğini koruduğu halde de menfi zararın tazmini söz konusu olabilmektedir. İBK/BK m.31/3 – 31/2 çerçevesinde, hile halinde sözleşmenin iptal edilmemiş/icazet verilmiş olmasına rağmen, uğranılan zararın tazmin edilebilmesi mümkündür. Bu zarar da menfi zarardır⁹⁴.

Menfi ve müspet menfaat ayrımının dışında, bugün, özellikle koruma yükümlerinin ve buna bağlı olarak bütünsel borç ilişkisi kavramının benimsenmesi

⁸⁹ Bu konuya ilişkin olarak bkz. ARAL, s. 165.

⁹⁰ ARAL, s. 165; SCHWENZER, s. 80, N. 14.32; NEUENSCHWANDER, s. 43 ; BUCHER, s. 343; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 568 vd., N. 25 vd.; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112, N. 210 ; GAUCH, P./ SCHLUEP, W. R./ SCHMID, J./ EMMENEGGER, S., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Zürich, 2008, s. 148, N. 2904 ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 244, N. 18. GLAETTLI, E., Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich, 1998, s. 25-26.

⁹¹ Menfi zarar, genellikle güvenin boşa çıkmasından doğan zarar olarak nitelendirilse de, menfi zarar ile güven zararı özdeş kavramlar değildir. Bu konuda bkz. ERGÜNE, s. 47-50.

⁹² TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 427 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 340 ; EREN, s. 1014-1015 ve dipnot 126'da yollama yapılan yazarlar. Geniş bilgi için bkz. ERGÜNE, s. 36 vd.

⁹³ Bu yönde ERGÜNE, s. 39.

⁹⁴ EREN, s. 363 ; ERGÜNE, s. 176 vd. ; SCHWENZER, I., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T., Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Basel, 2006, Art. 31, s. 274, N. 23 ; YILDIRIM, M. F., Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, 2002, s. 270 ; KURŞAT, Z., Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003, s. 134-135.

ile üçüncü bir menfaat türü olarak bütünlük menfaati kabul edilmektedir⁹⁵. Bütünlük menfaati, genel olarak, kişinin sahip olduğu hukuki değerlerinin zarar görmemesine ilişkin menfaati ifade etmektedir⁹⁶. Var olanın korunmasına dair bir menfaat söz konusu olduğu için, bu hususta menfi menfaatle arasında bir benzerlik söz konusudur⁹⁷. Hatta Alman öğretisinde, bazı yazarlar, bu benzerliğe dayanarak, menfi ve müspet menfaat dışında üçüncü bir menfaat türünü kabul etmemekte, menfi menfaatin de bütünlük menfaati olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir⁹⁸. RENGIER'e göre, söz konusu menfaatin ihlali, sözleşme öncesi aşamada culpa in contrahendo sorumluluğa, sözleşme çerçevesinde akdin müspet ihlaline⁹⁹, sözleşme söz konusu değilse haksız fiil sorumluluğuna yol açar¹⁰⁰.

Sözleşme öncesi aşamada, birbirleriyle arttırılmış/yoğun bir sosyal temas ya da özel bağlantı (Sonderverbindung) içine girmiş kişiler arasında edim yükümleri içermeyen, ancak koruma yükümleri içeren ve dürüstlük kuralından doğan bir hukuki ilişki ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹⁰¹. Bu özel bağlantının ortaya çıkma anı, sözleşme görüşmelerinin başlamasından daha öncedir. Bu bağlantının ortaya çıkmasıyla veya daha somut olarak sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, anılan

⁹⁵ LÜCHINGER, N., Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg, 1999, s. 119 vd. ; SCHWENZER, s. 80, N. 14.32 ; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 113, N. 213; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 244, N. 17; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904; GLAETTLI, s. 25-26.

⁹⁶ RENGIER, s. 53.

⁹⁷ MEDICUS, D., Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse 12. Auflage, 1983, § 249, N. 26 ; LANGE, H./SCHIEMANN, G., Schadenersatz, Tübingen, 2003, s. 70 ; KREBS, P., Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten, München, 2000, s. 5 ; NEUENSCHWANDER, s. 11 ve dipnot 49 ; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904.

⁹⁸ JAKOBS, H., H., Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn, 1969, s. 33 ve dipnot 53 ; KEUK, B., Vermögensschaden und Interesse, Bonn, 1972, s. 162. Karş. NICKEL, s. 50. Öte yandan menfi menfaatle bütünlük menfaatinin aynı kavramlara karşılık geldiğini ifade etmemekle birlikte, ROTH, edim ve koruma yükümleri ayrımını anlatırken, koruma yükümlerinin muhatapların hali hazırdaki mal ve kişi varlığı değerlerini – Status quo – yani bütünlük veya menfi menfaatlerini korumaya yönelik olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ROTH, § 241, s. 79, N. 90. Benzer şekilde ACKERMANN da, öğretide bu iki kavramın aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığına işaret etmekte ve bu durumu eleştirmektedir. Bkz. ACKERMANN, T., Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen, 2007, s. 12 ve dipnot 38'de yollama yapılan yazarlar.

⁹⁹ Akdin müspet ihlali, bizim hukukumuz çerçevesinde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında yer almaktadır.

¹⁰⁰ RENGIER, s. 53.

¹⁰¹ Özel bağlantı, koruma yükümleri ve koruma yükümleri ilişkisi, keza buna bağlı olarak bütünsel kanuni borç ilişkisi veya daha geniş anlamda güven ilişkisi çalışmanın ilerleyen aşamalarında değerlendirilecektir.

kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerine etki edebilme imkânı doğmaktadır¹⁰².

Bütünlük menfaati çerçevesinde ele alınan temel husus, örneğin mağazaya giren müşterinin muz kabuğuna basıp düşmesi ve yaralanması ve sözleşme görüşmelerinin veya daha geriye çekerek işlemsel temasın başlaması sebebiyle, tipik bir haksız fiil olgusunun bu alandan çıkarılıp sözleşmesel sorumluluk alanına aktarılmasıdır¹⁰³. Bu aktarımın sebebi de, Alman haksız fiil hükümlerinin görece zayıflığıdır¹⁰⁴. NICKEL, bütünlük menfaatinin, müspet ve menfi menfaatlardan farkını şu şekilde açıklamaktadır. Öncelikle Alman İmparatorluk Mahkemesinin yer muşambası kararını açıklamış – ki anılan kararda tezgâhtarın muşamba topunu müşterinin üstüne düşürüp yaralanmasına sebep olması söz konusuydu – ve mahkeme henüz sözleşme kurulmadığı, dolayısıyla borç doğmadığı halde, mağaza sahibini ifa yardımcısının kusurundan dolayı sorumlu tutmuştu, burada ortaya çıkan zarar ne hiç ya da gereği gibi ifa etmemeden (müspet menfaat) ne de sözleşmenin kurulmuş olduğuna güvenmekten (menfi menfaat) doğmaktadır. Bir başka deyişle, ne menfi menfaat ne de müspet menfaat söz konusudur. İşte bu halde ortaya çıkan zarar bütünlük veya korunma menfaati olarak tanımlanabilir¹⁰⁵. Gerçekten de, sözleşme görüşmeleri başlamış olsa dahi, uğranılan zararın, görüşülmekte olan sözleşme ile hiçbir ilgisi yoktur¹⁰⁶. Bütünlük menfaati bu yönüyle, haksız fiil hükümlerinin koruma alanıyla örtüşmektedir¹⁰⁷.

Sözleşme öncesi aşamada, esas itibariyle ifa ve/veya ifaya olan menfaat – müspet menfaat söz konusu değildir, zira henüz kurulmuş bir sözleşme, bu

¹⁰² Esas itibariyle, kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığını ihlal etme imkânı her zaman vardır, kanaatimizce, özellikle sözleşme görüşmelerinin başlaması bu ihtimali kuvvetlendirmekte veya tarafların birbirlerinin söz konusu değerlerini ihlal edebilmesini kolaylaştırmaktadır.

¹⁰³ Nitekim İsviçre öğretisinde LÜCHINGER, bütünlük menfaatinin konusunu tanımlarken, Alman Medeni Kanununun (BGB) haksız fiili düzenleyen §823/1'e yollama yaparak, yaşam, mülkiyet, zilyetlik ve kişilik hakları gibi mutlak haklar ifadesini kullanmaktadır. LÜCHINGER, s. 127, N. 369 ve dipnot 462.

¹⁰⁴ Bkz. EMMERICH, V., Das Recht der Leistungsstörungen, München, 2005, s. 74, N. 6. Ayrıca bkz. ve karşı. MEDICUS, D., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (AT), München, 2005, s. 47-48, N. 104 ; GERNHUBER, s. 181 ve dipnot 33'de yollama yapılan yazarlar; GONZENBACH, R., Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1987, s. 42.

¹⁰⁵ NICKEL, s. 49.

¹⁰⁶ ERGÜNE, s. 35. Bu konuda ayrıca bkz. GONZENBACH, s. 86 vd.

¹⁰⁷ Bu konu ileride değerlendirilecektir.

sözleşmeden doğan ve ifa edilmesi gereken bir edim borcu yoktur. Bu aşamada, yukarıda ifade edildiği gibi, özel bağlantı içine girmiş tarafların birbirlerine haksız fiil ika etmeleri ve bu bağlantı sebebiyle haksız fiil değil sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Özetle, bütünlük menfaatinden anlaşılan tam da buna karşılık gelmektedir. Gerek Alman, gerekse İsviçre hukukunda bütünlük menfaatinin çerçevesi BGB § 823/1'e göre çizilmektedir. Anılan hükmün kural olarak korumadığı malvarlığı bütünlük menfaati içinde değerlendirilmemektedir¹⁰⁸.

Öte yandan, özel bağlantının, ya da daha doğru olarak, sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte, görüşmenin muhataplarının yapmayı düşündükleri sözleşmeye ilişkin olarak birbirlerini aydınlatma yükümü de ortaya çıkmaktadır. Bu yüküm de dürüstlük kuralının bir gereğidir. Eğer bu yüküm yerine getirilmezse, hile veya hata sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesi söz konusu olabilir. Bu halde, hata söz konusu olmuşsa, kendi kusuruyla hataya düşen, kural olarak muhatapın menfi zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür; hile söz konusu olmuşsa da, aldatan, keza kural olarak muhatapın menfi zararını tazminle yükümlü olur. Anılan halde, menfi zarar, sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı ifade etmektedir ve mal varlığına ilişkin bir zarardır. Bu noktada değerlendirmemiz gereken husus da, menfi menfaatin bütünlük menfaati ile bağlantısının olup olmadığıdır. Ancak bu hususu, sözleşme aşamasında ifa menfaati – bütünlük menfaati ayrımını ortaya koyduktan sonra değerlendirmeye çalışacağız.

bb) Sözleşme Aşamasında

Bütünlük menfaatinin haksız fiilin koruma alanıyla örtüşen yönü, yani kişilerin sahip oldukları kişi ve mal varlığı menfaatleri, kurulmuş bir sözleşmenin ifası sürecinde veya ifa vesilesiyle de ihlal edilebilir. Örneğin, kitaplık monte etmeye

¹⁰⁸ Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, bütünlük menfaatinin özellikle menfi menfaatten farkı ortaya konulmadan Alman öğretisinde kullanıldığını ACKERMANN ifade etmiştir. Bkz. s. 12 ve dipnot 38'de yollama yapılan yazarlar. Esas itibarıyla, § 823/1 gibi bir hükmü ihtiva etmeyen İsviçre hukuku bakımından da durum farklı değildir. Öyle ki, bazı yazarlar bu menfaati açıklarken doğrudan anılan hükme yollama yapmaktadırlar. Bkz. LÜCHINGER, s. 127, N. 369 ve dipnot 462 ; ROBERTO, V., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2002, s. 29.

gelen borçlunun özensiz davranışı sebebiyle tahta plakaları alacaklının üstüne düşürmesi ve alacaklının yaralanması halinde, vücut bütünlüğünün, alacaklının vazosunun üstüne düşürüp vazoyu kırması halinde ise mülkiyet hakkının ihlali dolayısıyla gereği gibi olmayan ifa söz konusudur. Edim yerine getirilmiş, kitaplık kusursuz bir şekilde monte edilmiş de olsa, koruma yükümü niteliğinde bir yan yüküm ihlal edilmiştir. Bu örneklerde ihlal edilen değer/ değerler toplamı bütünlük menfaatidir^{109 110}. Kitaplık örneği üzerinden gidersek, aynı borçlunun ifa sırasında alacaklının bütünlük menfaatlerini ihlal etmemesi, fakat edim borcunu gereği gibi ifa etmemesi, örneğin vidaların düzgün şekilde sıkıştırılmaması, eğri biçimde kitaplığın monte edilmesi halinde, bu kez ihlal edilen çıkar ifa menfaatidir.

Türk/ İsviçre hukukunda, sözleşmenin ihlalinin, hiç veya gereği gibi ifa etmeme sonucunu doğurması, sözleşmeye aykırılıktan doğan bu zararın ifa menfaati olarak tanımlanması için yeterlidir¹¹¹. Bu bağlamda, gereği gibi ifa etmeme, hem asli edimin kötü ifasını hem de yan yükümlerin ihlalini içermektedir. Bir başka deyişle, sadece asli edimin kötü ifası değil, aynı zamanda ifa sırasında veya ifa vesilesiyle koruma yükümünün veya bütünlük menfaatinin ihlalinden ortaya çıkan zarar da, gereği gibi ifa etmemeden doğan sorumluluğa sebep olacaktır¹¹². Gereği gibi ifa etmeme sonucu ortaya çıkan her zarar da – sorumluluğun diğer kurucu unsurlarının da olması şartıyla – ifa menfaati, daha yerinde olarak geniş anlamda ifa menfaati olarak tanımlanabilecektir.

Bununla birlikte, Alman öğretisinde ifa menfaati dar anlaşılmaktadır. Türk hukukunda anlaşıldığı anlamda, asli edimin kötü ifası, yani borcun ihlali, ifa menfaatinin ihlali olarak görülmektedir. Buna karşılık, edim sonucuna etki etmeyen

¹⁰⁹ Hemen belirtelim ki, bu hallerde aynı zamanda bir haksız fiil de söz konusudur. Alacaklı – zarar gören, dilerse haksız fiil, dilerse sözleşme sorumluluğu hükümlerine başvurabilir.

¹¹⁰ ROBERTO, kişi varlığı değerleri (Rechtsgüter) ile bütünlük menfaatlerini aynı anlamda kullanarak bunların yasaca tanımlanmadığını ifade etmiş, ancak Alman Medeni Kanunu § 823/1 çerçevesinde korunan değerlere karşılık gelecek şekilde ifade etmiştir. Bu bağlamda mal varlığı anılan hüküm çerçevesinde korunan bir değer değildir. Bkz. ROBERTO, s. 29.

¹¹¹ Müspet menfaat – ifa menfaati andlandırmasına ilişkin olarak bkz. WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 572, 577, N. 38, 46. vd. ; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112, N. 210.

¹¹² ARAL, s. 165; SCHWENZER, s. 80, N. 14.32; NEUENSCHWANDER, s. 43 ; BUCHER, s. 343; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 568 vd., N. 25 vd.; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112, N. 210; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 244, N. 18. GLAETTLI, s. 25-26.

davranış yükümlerinin, yani yan yükümlerin ihlali ise bütünlük menfaati ihlali kabul edilmektedir¹¹³.

Türk/ İsviçre hukuku bakımından gereği gibi ifa etmemeye bağlı sonuçların ortaya çıkması için, yukarıda da ifade edildiği gibi, ihlalin türü (asli edim yükümü ve/veya yan yüküm) önemli olmamakla birlikte, gerek Türk hukukunda¹¹⁴ gerekse İsviçre hukukunda¹¹⁵ ifa menfaati – bütünlük menfaati ayrımı benimsenmiştir¹¹⁶. Bütünlük menfaati – sözleşmenin kurulmasından sonra – alacaklının edimin ifası ile ulaşacağı menfaati değil, bunun dışında kalan, hali hazırda sahip olduğu mal ve kişi varlığı değerlerini ifade etmektedir. Kitaplık örneklerinde olduğu gibi, borçlunun asli edim yükümünü gereği gibi ifa etmesiyle – örnek bakımından kitaplığın kusursuz olarak monte edilmesiyle – alacaklının ulaşacağı durumun değil, ifa sürecinde, hali hazırda sahip olduğu kişi ve mal varlığı değerlerinin – örnek bakımından vücut bütünlüğünün ve mülkiyet hakkının – korunmasına ilişkin menfaatidir.

Kanaatimizce, alacaklının edimin gereği gibi ifasına olan menfaati, geniş anlamda ifa menfaati (veya doğrudan müspet menfaat) olarak adlandırılabilir. Bu çerçevede, geniş anlamda ifa menfaati (veya müspet menfaat), hem dar anlamda ifa menfaatini, yani sadece edimin gereği gibi ifasına dair menfaati – yukarıdaki örnek bakımından kitaplığın vidalarının sıkıştırılmış, düzgün biçimde monte edilmiş olmasını – hem de alacaklının ifa sırasında veya ifa vesilesiyle diğer menfaatlerinin (bütünlük menfaatlerinin) ihlal edilmemesine dair menfaati – yukarıdaki örnek bakımından borçlunun özensiz davranarak tahta plakaları alacaklının veya vazosunun

¹¹³ NEUENSCHWANDER, s. 12. Yazar, bu duruma sebep olarak, BGB'nin imkânsızlık ve temerrüd dışında bir sözleşme ihlaline yer vermemiş olmasını göstermektedir. Gerçekten de, bu durum reformdan önceki BGB için böyledir. Akdin müspet ihlali olgusunun Alman hukukunda ortaya çıkması da, bu boşluktan ileri gelmiştir. Bu konuda bkz. EREN, s. 1000 vd.; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 400 vd. ; KÖPCKE, s. 30 vd. Mevcut durum için bkz. EMMERICH, s. 1 vd. Ayrıca akdin müspet ihlali kurumunun tarihsel gelişimi için bkz. GLÖCKNER, H., P., Positive Vertragsverletzung Die Geburt eines Rechtsinstituts, Frankfurt am Main, 2006, s. 32 vd.

¹¹⁴ EREN, s. 39; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 12, N. 15; OĞUZMAN/ÖZ, s. 11, 36-37; ARAL, s. 165 ; SEROZAN, s. 245, N. 5. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve OĞUZMAN/ÖZ açıkça bütünlük menfaati terminolojisini kullanmamaktadırlar).

¹¹⁵ LÜCHINGER, s. 119 vd. ; SCHWENZER, s. 80, N. 14.32; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 113, N. 213; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 570, N. 34; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 244, N. 17; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904; GLAETTLI, s. 25-26.

¹¹⁶ Bu ayrımın benimsenmiş olmasının sebebi, muhtemelen, yan yüküm ve edim yükümü – koruma yükümü ayrımının Alman hukukunda ortaya çıkmış olmasıdır.

üstüne düşürmemesini, vücut bütünlüğünü veya mülkiyet hakkını ihlal etmemesini – kapsamaktadır.

Öte yandan, aynı örnek üzerinden gidilerek, edimin kötü ifa edilmesi sebebiyle, yani vidaların sıkıştırılmaması ve bu yüzden bir süre sonra kitaplığın devrilip alacaklının yaralanmasına sebep olması halinde, hem ifa menfaati hem de bütünlük menfaatinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bir başka örnek üzerinden konuyu ele alırsak, satın alınan buharlı temizleme makinesinin kullanımına ilişkin gerekli bilgileri vermeyen satıcı, bu davranışıyla hem makinenin verimli çalışmasına engel olup yanlış ya da verimsiz kullanıma, hem de bu nedenle kullanıcının veya çocuğunun yaralanmasına (örneğin yanığa) veya kullanıcının evindeki diğer eşyaların zarar görmesine sebep olabilir. Bu noktada, alıcının hem ifa menfaatinin hem de bütünlük menfaatinin ihlali söz konusu olacaktır. Özetle, kesin bir şekilde hangi davranışın hangi menfaati ihlal edeceğini belirlemek ve buna göre ifa menfaati bütünlük menfaati ayrımını ortaya koyabilmek mümkün değildir¹¹⁷. Ancak yükümlülük kavramının irdelenmesi, ister istemez, sınırları çok da belirgin olmayan bu kavrama dayanmayı gerektirmektedir.

İfaya yardımcı yan yüküm ve koruyucu yan yüküm (koruma yükümü) ayrımı da esas itibariyle, sınırları kesin bir şekilde ortaya konulamayan, ifa menfaati ve bütünlük menfaati ayrımından ileri gelmektedir. Özetle, ifaya yardımcı yan yükümler, doğrudan sözleşmeden doğan edimin gereği gibi yerine getirilmesine, alacaklının tatmin edilmesine, koruyucu yan yükümler ise¹¹⁸, alacaklının ifa sırasında veya ifa dolayısıyla, ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına yöneliktir¹¹⁹. Esas itibariyle, ifa menfaati – bütünlük menfaati ayrımına dayanmamız, bir sözleşmenin kurulmuş olması, dolayısıyla ifası gereken bir edimin var olması

¹¹⁷ Bkz. NEUENSCHWANDER, s. 12 ; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 570, N. 32; CANARIS, C. W., Schuldrechtsmodernisierung 2002 – Schuldrechtsreform 2002 (Schuldrechtsreform), München, 2002, s. 653. (§ 241/2'ye ilişkin yasa gerekçesi).

¹¹⁸ Sadece bütünlük menfaatine yönelik koruma yükümleri, mal varlığını korumaya yönelik koruyucu yükümlerden ayırmak için, saf koruma yükümleri olarak tanımlanabilir. Bu konu ileride değerlendirilecektir.

¹¹⁹ Bu ayrımın eleştirisi için bkz. KUHLMANN, K., Leistungspflichten und Schutzpflichten, Berlin, 2001, s.109 vd.

haliyle sınırlıdır. Bu noktada, sözleşme öncesi aşamada, daha önce de ifade edildiği gibi, zaten ifa menfaati değil, bütünlük menfaatleri söz konusudur.

cc) Bütünlük Menfaati – Menfi ve Müspet (İfa) Menfaat İlişkisi

Sözleşme hukukunda, menfi ve müspet menfaatlerin esas olduğunu, ancak bunun dışında bütünlük menfaati kavramının sözleşme hukukunda yerleştiğini, Alman hukukundan farklı bir ifa ihlalleri hukukuna sahip olan Türk/İsviçre hukuku bakımından da bu ayrımın kabul gördüğünü yukarıda ifade etmiştir.

Gerek sözleşme öncesi aşamada, gerekse ifa aşamasında, özel bağlantı – sözleşme ilişkisine giren tarafların kişi ve mal varlığı değerlerinin korunması ilişkin menfaatin bütünlük menfaati olduğu konusunda fikir birliği olduğu söylenebilir. Alman hukukunda – var olanın korunmasına hizmet etmesi – noktasında bu menfaatle menfi menfaat arasında benzerlik olduğu da ifade edilmektedir. Hatta öğretilerde menfi menfaatle bütünlük menfaatini aynı anlamda kullanan yazarlar olduğu gibi, bütünlük menfaati kavramını bütünüyle reddedenler de mevcuttur.

Bizim bu başlık altında irdelemek istediğimiz husus, bu menfaatlerin, özellikle de, menfi menfaatle bütünlük menfaatinin, en azından zarar kalemleri bazında, çakışıp çakışmadığıdır. Müspet menfaat açısından bakarsak, söz konusu menfaat alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatidir. Yukarıda ifade edildiği gibi, hukukumuz açısından gereği gibi olmayan ifa – gerek kötü ifa gerekse yan yükümlerin ihlali – aynı hükümlere tabidir. Bir başka deyişle, ifa sırasında veya ifa vesilesiyle alacaklının uğradığı edim sonucunu etkilemeyen – yani yan yükümlerin ihlali – bütünlük menfaatine ilişkindir, ancak hukukumuz bakımından geniş anlamda ifa menfaati kapsamında olduğundan sözleşme sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilir. Bu çerçevede ifa menfaatiyle, bütünlük menfaatinin çakışması söz konusu olmaktadır.

Menfi menfaate gelince, sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların yapmayı düşündükleri sözleşmeye ilişkin olarak birbirlerini yanlış veya eksik bilgilendirmeleri halinde, hata veya hile sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınması ve

buna bağılı olarak zarar görenin menfi tazminat talep edebilmesi söz konusudur¹²⁰. Menfi zarar da mal varlığına ilişkin bir zarardır. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, tazmini gereken menfi zararın veya menfi zarar kalemlerinin bütünlük menfaatine girip girmediğidir. Bütünlük menfaatinin koruma alanı haksız fiile ilişkin § 823/1 paragrafla örtüşmektedir ve mal varlığı bu çerçevede korunan bir değer değildir^{121 122}. İncelememiz gereken, haksız fiil hükümlerinin kural olarak korumadığı mal varlığının, çıkış noktasını haksız fiil hükümlerinden alan bütünlük menfaatine dâhil olup olmadığı veya onun ikinci yönünü oluşturup oluşturmadığıdır.

Alman hukuku çerçevesinde, bütünlük menfaati ile menfi menfaati aynı anlamda kullanan, bütünlük menfaatini bütünüyle reddeden veya benzerlikleri olduğunu ifade eden yazarlar olmakla birlikte, sonuç olarak bu hukuk bakımından bütünlük menfaati haksız fiil hükümlerinin koruma alanıyla örtüşmektedir. Türk/İsviçre hukuku bakımından da, kural olarak aynı durum söz konusudur. Dolayısıyla, bütünlük menfaatinin ihlalden doğan zararlar, sözleşme öncesi aşamada, haksız fiil veya culpa in contrahendo¹²³ çerçevesinde, sözleşme kurulduktan sonra ise kural olarak ifa menfaati – sözleşme sorumluluğu çerçevesinde, bir başka deyişle bu hükümler kapsamında tazmin edilecektir.

Bununla birlikte, İsviçre hukukunda SCHWENZER, bütünlük menfaatlerinin hem menfi hem de müspet menfaatler içinde yer alabileceğini ifade etmektedir.

¹²⁰ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmenin geçerliğini koruduğu halde de menfi zararın tazmini söz konusu olabilmektedir. İBK/BK m. 31/3 – 31/2

¹²¹ Hemen belirtelim ki, §241/2 gereği borç ilişkisinin tarafları muhataplarının haklarını, hukuki değerlerini ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür. Bu bağlamda artık mal varlığı da korunmaktadır, ancak ifade edildiği gibi, bütünlük menfaatinin anlaşılabilir §823/1 çerçevesinde korunan değerlerdir. Bu değerler, çalışmanın ilerleyen aşamalarında incelenecektir. Bu konuda bkz. OLZEN, § 241, s. 169, N. 153. (Bütünlük menfaatlerinin içine 241/2 çerçevesinde korunan bütün değerleri dâhil etmiştir) ve § 241, s. 235, N. 415. Burada da reformla birlikte, artık § 823/1 çerçevesinde korunmayan mal varlığının korunduğunu ifade etmiştir. Yine belirtmek gerekir ki, bütünlük menfaati içinde kabul edilmemiş bulunan mal varlığını CANARIS, bu konuyu ele aldığı ilk çalışmadan bu yana hep bütünlük menfaati içinde görmüştür. Bir anlamda reformla birlikte onun görüşleri yasalaşmıştır. Bkz. CANARIS, C. W., “Ansprüche wegen “positives Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, JZ 1965, s. 477 ; CANARIS, C. W., Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten (Schutzpflichten), FS für KARL LARENZ Zum 80. Geburtstag, München, 1983, s. 90. Karş. GERNHUBER, s. 23.

¹²² Hemen belirtelim ki, borçlunun temerrüde düşmesi halinde de, alacaklının sözleşmeden dönüp menfi tazminat talep etme hakkı mevcuttur (BK m. 106/2). Bir başka deyişle, menfi tazminat sözleşmenin kurulmasından sonra da söz konusu olabilmektedir, ancak bu halde alacaklı sözleşmeden dönmekte, esas itibarıyla ifadan vazgeçmektedir.

¹²³ Bu sorumluluğun niteliği ileride tartışılacaktır.

Yazara göre, bütünlük menfaatleri ifa aşamasında veya sözleşme görüşmeleri aşamasında zarar görebilir¹²⁴. Gerçekten de, anılan menfaatler her iki aşamada da ihlal edilebilir, ancak ifa aşamasında ifa menfaati – yazara göre müspet menfaat – içinde yer almakla birlikte – ki kendisi de bunu akdin müspet ihlali olarak nitelendirmektedir – görüşme aşamasında menfi menfaat kapsamında yer almaz. Bu halde, haksız fiil veya culpa in contrahendo sorumluluk söz konusu olur.

Öte yandan, LÜCHINGER de, bütünlük menfaatini menfi ve müspet menfaatlerden ayrı ele almakta, bütünlük menfaatinden esas olarak haksız fiil hükümlerinin koruma alanına giren değerleri anlamakta, hatta BGB § 823/1' e yollama yapmaktadır¹²⁵. Bundan başka, bütünlük menfaatinden ihlalinden doğabilecek zarar kalemlerini de tek tek değerlendirmektedir. Yazara göre, anılan menfaatlerin ihlalinden doğabilecek olan zararlar, kişiye ilişkin zararlar, şeye ilişkin zararlar ve saf mal varlığı zararları¹²⁶dır. Kişiye ve şeye ilişkin zararlar, haksız fiil sonucu doğan zarar kalemleriyle örtüşmektedir. Zaten sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası aşamada bütünlük menfaatinin ihlali – sorumluluğun diğer kurucu koşulları da var olmak şartıyla – haksız fiil teşkil eder. Saf mal varlığı zararına¹²⁷ gelince, sorumluluk menfaati (Haftungsinteresse) olarak da adlandırılan menfi ve/veya müspet zarar kalemini bu çerçevede değerlendirmiştir. Yazar, sözleşmenin geçersiz hale gelmesi veya borçlunun temerrüdü neticesinde alacaklının üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan edimlerini yerine getirememekten dolayı ödemek zorunda kaldığı cezai şartı bütünlük menfaati kapsamında kabul etmektedir. Ona göre, alacaklının cezai şart borcu altına girdiği üçüncü kişi ile arasındaki borç ilişkisinin,

¹²⁴ SCHWENZER, s. 80, N. 14.32.

¹²⁵ LÜCHINGER, s. 127, N. 369 ve dipnot 462.

¹²⁶ Saf mal varlığı zararı ve bunların tazminine ilişkin olarak geniş bilgi için bkz. KIRCA, Ç., Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara, 2004, s. 9 vd.; GÜRPINAR, D., Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk, İzmir, 2006, s. 78 vd. Bu konuda ayrıca bkz. “Salt ekonomik nitelikli kayıplar” terminolojisi ile BÜYÜKSAGIŞ, E., Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007, s. 101, N. 159 vd.

¹²⁷ Saf mal varlığı zararı, kişiye veya şeye verilen zararların dışında kalan ve diğer zararlar olarak da adlandırılan zararı ifade etmektedir. Bkz. KIRCA, s. 9. Esas itibariyle, haksız fiil bağlamında söz konusu olur ve objektif teori çerçevesinde kural olarak korunmaz. Sözleşme hukukunda saf mal varlığı zararı kavramı gereksizdir/kullanılmaz. Bkz. DELCO, F., Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Zürich, 2000, s. 31. Bununla birlikte, kavramsal olarak değilse de, içerik olarak menfi zararlarla örtüşebilir. Zira menfi zararda da, kişiye ve şeye verilen zararların dışında, mal varlığının korunması söz konusudur. Menfi zarar kalemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, s. 287 vd.

mütemerrid borçlu ile olan ilişkisiyle herhangi bir bağlantısı yoktur, alacaklının bu ilişkiden bağımsız olarak mal varlığının pasifi artmaktadır¹²⁸. Ne var ki, bu görüş kabul edilse bile, anılan zarar Türk/İsviçre hukuku bakımından somut duruma göre menfi menfaat veya ifa menfaati çerçevesinde – sözleşme sorumluluğu hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, bütünlük menfaati, özel bağlantı, sözleşme görüşmeleri veya sözleşme ilişkisine girmiş olan kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerinin (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer bir hak) ihlal edilmemesine ilişkin menfaatini ifade etmektedir. Somut olaya göre haksız fiil, culpa in contrahendo veya gereği gibi ifa etmeme çerçevesinde ortaya çıkar ve anılan hükümlere göre tazmin edilir. Bu noktada mal varlığı bütünlük menfaati kapsamında korunan bir değer değildir. Bundan başka, ileride yer verileceği üzere, güven sorumluluğunun dar anlamda güven sorumluluğu türüne dâhildir¹²⁹.

Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere, koruma yükümünün somut olay çerçevesinde hem ifa hem bütünlük menfaatine hizmet etmesi de söz konusu olabilir. Ancak bu ayrıma ilişkin açıklamalar, yükümler içeriği belirlemek, özellikle de tezin ilerleyen aşamalarında yer verilecek olan aydınlatma yükümünün türleri açısından gereklidir.

d) İfaya yardımcı yan yükümler

İfaya yardımcı yan yükümler, doğrudan doğruya sözleşme gereği ifa edilmesi gereken edimle (örneğin, montajda gösterilmesi gereken özen) ilgilidirler, ama aynı zamanda edimin sağlanmasına/ temin edilmesine ve yerine getirilen edimden gereği gibi faydalanılmasına (örneğin teslim edilen şeyin doğru kullanımı için uyarı), bir başka deyişle sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler¹³⁰. Buna

¹²⁸ LÜCHINGER, s. 133 – 139, N. 387-404, s. 138, N. 402. Ayrıca bkz. ERGÜNE, s. 34, dipnot 104.

¹²⁹ Bkz. KIRCA, s. 136 ve dipnot 713.

¹³⁰ “Leistungsbezogene Nebenpflichten”, KRAMER, § 241, s. 60-61, N. 19; KOLLER, s. 23, N. 82 ; “Leistungssichernden Nebenpflichten”, ROTH, § 241, s. 72-73, N.67 ; “Leistungsbegleitende” ve “Leistungsorientierte Nebenpflichten”, WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 570, N. 33; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 243, N. 15; BERGER, s. 81, N. 224.

göre, borçlu edim sonucunun gerçekleştirilmesi ve sözleşmenin amacının sağlanmasını tehlikeye sokmamak için gerekli her şeyi yapmak zorundadır¹³¹. Somut olayda hangi yükümlülüğün söz konusu olacağı, münferit borç ilişkisine göre belirlenir. Uzman bir satıcı, alıcıya satım konusu şeyin doğru kullanımı ve kullanımdan doğabilecek zararları engellemek için gerekli olan bilgileri anlatmakla yükümlüdür¹³².

Edim menfaatlerini koruyan ve temin eden ifaya yardımcı yan yükümler, edim mübadelesi ilişkisinden ayrı olarak, işlemsel temasın ortaya çıkardığı tehlikelere karşı muhatabın bütünlük menfaatlerini korumaya yarayan koruyucu yükümlerden bu yönüyle ayrılırlar¹³³. Öte yandan, ifaya yardımcı yan yükümler hukuki temelini sözleşmeyle ortaya çıkan edim borcunda bulurlar¹³⁴. Koruyucu yükümlerin ortaya çıkması ya da varlığı bir sözleşmeyi gerektirmez.

İfaya yardımcı yan yükümlerin bir kısmı doğrudan doğruya asli edim yükümüyle ilgilidir. Bunlar ters açıdan bakıldığında asli edim yükümünün sahip olduğu muhtevaya sahiptirler. Bu bağlamda, borçlu, edimin yerine getirilmesini tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmakla, örneğin, satıcı satılan şeyin mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmemek ve/veya bu şeye herhangi bir şekilde zarar vermemekle yükümlüdür¹³⁵. Borçlu, sözleşmenin yapılmasından edimin ifası aşamasına kadar borç konusunu koruma (Obhutspflicht) ve ona özen göstermekle

¹³¹ ROTH, § 241, s. 72-73, N. 67; NEUENSCHWANDER, s. 8.

¹³² MUSIELAK, s. 253, N. 488. Satım konusu malın kullanıma ilişkin bilgi verme yükümlülüğü hem edimden gereği gibi yararlanılmasına, hem de kullanımın tehlike arz ettiği mallar bakımından alıcının bütünlük menfaatlerinin korunmasına hizmet eder. Bir başka deyişle verilen örnekteki yükümlülük, hem ifaya yardımcı yan yüküm hem de koruyucu yan yüküm olarak nitelendirilebilir. Hatta kanun bilgi verme yükümlülüğünü kullanım kılavuzu verme biçiminde somutlaştırmışsa yan edim yükümü olarak kabul edilir.

¹³³ Kanaatimizce, bütünlük menfaatini koruyan koruma yükümlerine saf veya dar anlamda koruma yükümleri demek mümkündür. Zira koruma yükümleri, bütünlük menfaatten başka mal varlığının da korunmasına hizmet ederler.

¹³⁴ ROTH, § 241, s. 72-73, N. 67.

¹³⁵ ŞENOCAK, s. 88; NEUENSCHWANDER, s. 7-8. (Yazar, bu tür yan yükümler için “asli edimi tamamlayıcı” yan yükümler ifadesini kullanmaktadır). Borçlu satılanın mülkiyetini alacaklıya değil de bir başkasına devrederse edimini gereği gibi değil fakat hiç yerine getirmemiş, dolayısıyla yan yükümü değil, doğrudan asli edim yükümünü yerine getirmemiş olacaktır. Bu yönde bkz. GERNHUBER, s. 23-24. Bununla birlikte, EMMERICH, bu yöndeki bir davranışı “ileriye etkili sadakat yükümleri”nin (Nachwirkende Treuepflichten) ihlali için örnek olarak göstermiştir. Bkz. EMMERICH, s. 348, N. 46.

(Fürsorgepflicht) yükümlüdür¹³⁶. Edim sonucunun gerçekleşmesini engelleyecek her şeyden kaçınmak ve bu sonucun yerine getirilebilmesi için gerekli her şeyi de yapmak zorundadır. Bu çerçevede, edim konusuna göre, örneğin, hayvanları yemlemek, veteriner temin etmek, makinelerin bakımını yapmak gibi davranışlarda bulunmak¹³⁷, öte yandan, örneğin satılan şeyi güvenli bir yerde muhafaza etmek, bir zarar tehlikesine karşı gerekli koruma önlemlerini almak, tehlikenin gerçekleşmesi halinde edimin kurtarılmasına ilişkin gerekleri yerine getirmek zorundadır¹³⁸.

Diğer bir kısım ifaya yardımcı yükümler, içerik olarak asli edimden farklı olmakla birlikte, dolaylı olarak onun güvence altına alınmasına yardım ederler¹³⁹. Hazırlama ve sağlama yükümleri bu gruba dâhildir. Bu tür yükümler, alacaklının edimden tam olarak faydalanmasını temin etmek için borçlunun bazı ilave tedbirler almasını gerektirirler¹⁴⁰. Bunlar, öncelikle temlik sözleşmeleri (temlik amacı güden sözleşmeler) bakımından söz konusu olur. Bu bağlamda müktesibin iktisap ettiği şeyin zilyetliğini ve yararlanmasının tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan belgelerin, ekspertizlerin ve kullanma kılavuzunun verilmesi bu yükümlerdendir¹⁴¹.

¹³⁶ Koruma ve özen gösterme (Obhuts- und Fürsorgepflichten) yükümlerine ilişkin olarak bkz. ve karşı. OLZEN, § 241, s. 259 vd., N. 153 vd.

¹³⁷ ROTH, § 241, s. 73, N.68. Borçlu bu yükümleri ihlal ettiği ve bundan bir zarar doğduğu, örneğin hayvanı yemlemeyip hasta olmasına sebep olduğu veya makinenin bakımını yapmayı verimini düşürdüğü halde, edimini gereği gibi ifa etmemiş olacaktır. Türk/ İsviçre Hukukunda; gereği gibi ifa etmeme – yukarıda da ifade edildiği üzere – kötü ifayı ve yan yükümlerin ihlalini kapsar. Bu bağlamda yan yükümlerin ihlali de hem ifaya yardımcı yan yükümlerin ihlalini hem de koruyucu yan yükümlerin ihlalini içerir. Koruyucu yan yükümlerin ihlalinde, ihlalin gereği gibi ifa etmemenin ikinci türüne (yan yükümlerin ihlali) girdiğini tespit etmek kolaydır, ancak ifaya yardımcı bir yan yükümlerin ihlalinin sonuçta kötü ifa mı yoksa yan yükümlerin ihlali mi olduğunu tespit etmek daha zordur. Örneğin satıcının satım konusu hayvana bakmaması sonucu hastalanmasına sebep olması halinde, nihayetinde gereği gibi olmayan bir ifa söz konusudur, ne var ki bunu hem kötü ifa, asli edimin kötü ifası, (hastalıklı bir hayvanın teslim edilmesi) hem de ifaya yardımcı yan yükümlerin (satım konusu malı koruma ve özen gösterme – Obhut und Fürsorge für den Schuldgegenstand –) ihlali olarak kabul edebiliriz. Bu ayrım – Türk Hukuku bakımından – teorik olmakla birlikte, bir başka deyişle ortaya çıkan vakıa “edimin gereği gibi ifa edilmemesi” olsa bile, yükümleri sınıflandırmanın zorluğunu ortaya koymaktadır. Gereği gibi ifa etmeme konusunda bkz. EREN, s. 1000 vd. ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 317 vd. ; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 427 ; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 975 ; KILIÇOĞLU, s. 448-449. Karş. SEROZAN, R., İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2006, s. 245 vd. N. 5 vd. ; DEMİRCİOĞLU, H. R., Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara, 2009, s. 150 vd.

¹³⁸ ŞENOCAK, s. 88.

¹³⁹ ŞENOCAK, s. 89.

¹⁴⁰ ŞENOCAK, s. 89.

¹⁴¹ MERZ, s. 67-68; MERZ, uluslar arası ticareti düzenleyen kuralların kapsamında çeşitli sağlama yükümleri olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, verilen örneklerden, örneğin kullanım kılavuzu verme yan edim yükümü olarak kabul edilebilir. Aynı yönde bkz. NEUENSCHWANDER, s.

Ancak hemen belirtelim ki, örneğin iktisap edilen şeyin kullanımına ilişkin bilgi verme yükümü, alıcının ifa menfaatinin gerçekleşmesine hizmet ettiği gibi, yanlış kullanımdan doğabilecek zararların engellenmesine, yani alacaklının bütünlük menfaatinin korunmasına da hizmet edebilir. Önceki bölümde verdiğimiz örnekte olduğu gibi, satın alınan buharlı temizleme makinesinin kullanımına ilişkin gerekli bilgileri vermeyen satıcı, bu davranışıyla hem makinenin verimli çalışmasına engel olup yanlış ya da verimsiz kullanıma hem de bu nedenle kullanıcının veya çocuğunun yaralanmasına (örneğin yanığa) veya kullanıcının evindeki diğer eşyaların zarar görmesine sebep olabilir. Bu noktada alıcının hem ifa menfaatinin hem de bütünlük menfaatinin ihlali söz konusu olur. Dolayısıyla bu yüküm hem ifaya yardımcı bir yan yüküm hem de koruyucu yan yüküm (sözleşmesel koruma yükümü) olabilir, hatta bilgi verme – kullanım kılavuzu verme biçiminde – somutlaşmışsa, yan edim yükümü haline de gelebilir.

e) Koruyucu Yan Yükümler

Edim yükümleri ile koruma yükümleri arasındaki temel ayrım ilk kez KRESS tarafından ortaya konulmuştur¹⁴². STOLL ise, borç ve borç ilişkisi arasındaki ayrımı ortaya koyan, bu bağlamda borç ilişkisinin sadece borçların ifasından ibaret olmadığını, aksine geniş kapsamlı haklar ve yükümler ilişkisi olduğunu belirten SIBER'e dayanarak, edim yükümü – koruma yükümü ayrımını geliştirmiştir¹⁴³.

8. (NEUENSCHWANDER, bu yükümler için yardımcı yan yükümler/ yardımcı yükümler olarak yan yükümler terminolojisini kullanmaktadır) Öte yandan, EREN, satım sözleşmesinde satılan malın temin edilip hazır bulundurulmasını, hazırlama ve sağlama yükümlerine örnek olarak vermektedir. Ancak bu yüküm yerine getirilmezse zaten asli edim yükümü, gereği gibi değil fakat hiç yerine getirilmemiş olacaktır. Bu yüzden anılan yükümü hazırlama ve sağlama yükümü olarak kabul etmekten çok, doğrudan doğruya asli edime bağlı, asli edimle aynı muhtevaya sahip bir yan yüküm olarak kabul etmek kanaatimizce daha yerindedir. Bkz. EREN, s. 38; ROTH, § 241, s. 73-74, N. 71; GERNHUBER, s. 23.

¹⁴² POHLMANN, A., Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, Berlin, 2002, s. 22.

¹⁴³ BERGER, B., Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Bern, 2000, s. 20 ; KRAMER, Einleitung (Einl.), s. 37, N. 80 ; EREN, s. 39 - 40 ; KREBS, s. 2-3. Her ne kadar koruma yükümleri ile edim yükümleri arasındaki ayrımı ilk işaret eden yazar KRESS de olsa, koruma yükümleri terminolojisini kullanan yazar STOLL'dur. Bkz. KREBS, s. 3. KRESS, H., Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München, 1929, s. 1 vd. ;STOLL, H., Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Tübingen, 1936, s. 26 vd. Bu gelişime ilişkin olarak ayrıca bkz. WIEGAND, Die Verhaltenspflichten, s. 555 vd. ; SCHUR, W., Leistung und Sorgfalt, Tübingen, 2001, s. 7 vd. Bundan başka, STOLL'un öğretisini hukuk tarihi disiplini içinde inceleyen bir çalışma için bkz. SESSLER, A., Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, Berlin, 1994, s. 23 vd.

Koruma yükümleri, esas itibariyle, dürüstlük kuralına dayanan özen gösterme, koruma, açıklama, aydınlatma olarak ortaya çıkan çeşitli yükümlerin *tamamına* verilen addır¹⁴⁴. Bütünlük menfaatinin korunmasına yönelik olan (*saf*) *koruma yükümleri*, bu kavrama dâhil olduğu gibi, mal varlığının korunmasına hizmet eden görüşülen sözleşmeye ilişkin *açıklama yapma, aydınlatma yükümü de dâhildir*^{145 146}.

Edim yükümleri, yan edim yükümleri ve ifaya yardımcı yan yükümler, sözleşmeyle amaçlanan durumu sağlamaya, bir başka deyişle tarafların sözleşmenin yerine getirilmesiyle ulaşmak istedikleri sonuca yani ifa menfaatine yönelik iken, (*saf*) koruma yükümlülükleri münhasıran bütünlük menfaatlerini korumaya yönelmiştir. Bütünlük menfaatlerinin (Erhaltungsinteresse veya Integritätsinteresse) ihlal edilmesi halinde, edim sonucu değil fakat sadece muhatabın (alacaklının) diğer

¹⁴⁴ KIRCA, s. 156 ; Bu yükümlerin türlerine ilişkin olarak bkz. SIBER, H., Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1914, § 275, s. 190 vd. ; CANARIS, JZ 1965, s. 475 vd. ; CANARIS, Schutzpflichten, s. 85 vd. ; THIELE, W., Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, s. 653 ve dipnot 37.; LARENZ, s. 105 vd. Bu noktada belirtmemiz gereken bir husus söz konudur. Koruma yükümlerine ilişkin yapılan açıklamalar – müteakiben atf yapılan eserlerde görüleceği gibi – *koruma yükümü – edim yükümü* ayrımının STOLL'e dayandığı ifade edildikten sonra, genellikle saf koruma yükümlerine ilişkin olmaktadır. Esas itibariyle STOLL'un koruma yükümleriyle ifade ettiği de – en azından yollama yapılan çalışma bazında – budur. Bkz. STOLL, s. 10-11 ve 27-30. Karş. BURGHARDT, W. G., Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers, Frankfurt am Main, 1985, s. 4 ve dipnot 5. Bununla birlikte, diğer eserlerinde koruma yükümü çerçevesinde, anılan yükümlerin doğrudan bütünlük menfaatine hizmet etmeyen yönüne – açıkça mal varlığı ifadesine de yer vererek – de işaret etmektedir. Bkz. STOLL, H., Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, s. 543-548 ; STOLL, H., Abschied von der Lehre vor der positiven Vertragsverletzung, AcP 1932, 136. Band, s. 263-264, 289, 298-301.

¹⁴⁵ LARENZ, – bizim tercih ettiğimiz terminoloji ile koruma yükümlerinin karşılığı olarak – diğer davranış yükümleri (weitere Verhaltenspflichten) terminolojisini kullanmaktadır. Bu çerçevede bütünlük menfaati ihlallerini engellemeye yönelik yükümleri koruma yükümleri (Schutzpflichten), mal varlığı zararlarını engellemeye yönelik yükümleri ise sadakat/doğruluk yükümleri (Loyalitätspflichten) olarak adlandırmaktadır. Sadakat yükümü ihlaline ilişkin verdiği örnek – bir evin satımına ilişkin görüşmelerde bulunulmuş, alıcı kararlaştırılan günde evi görmek için seyahat etmek zorunda kalmış, ancak söz konusu gündün önce evin sahibi evi bir başkasına satmış, böylece alıcının seyahat masrafları boşa gitmiştir – muhatabın sözleşme görüşmelerine başlamasaydı uğramayacak olduğu zarara ilişkindir. Olayda uğranılan zarar mal varlığına ilişkindir ve kural olarak haksız fiil hükümlerinin koruma alanına dâhil değildir. LARENZ, s. 105 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ve karş. KREBS, s. 4-6 ve s. 443 vd.

¹⁴⁶ WIEGAND ve WEBER de bu yükümlere karşılık olarak davranış yükümleri (Verhaltenspflichten) terminolojisi kullanmaktadır. Yazarlara göre, anılan yükümler, hem muhatabın menfaatlerini korumayı hem de doğru davranmayı (loyalem Verhalten) gerektirmektedir. Bir başka deyişle, davranış yükümleri muhatabın haklarının ve mal varlığının korunmasına/ bütünlüğüne hizmet etmektedir. Bu çerçevede haksız fiil hükümlerine göre korunmayan mal varlığı – objektif teorinin kabulü neticesinde İsviçre/Türk hukukuna göre de kural olarak korunmamaktadır – , akdin müspet ihlali – sözleşmenin kurulmasından sonra – çerçevesinde korunmaktadır. Özetle, yazarlar da, LARENZ gibi koruma yükümlerini bütünlük menfaatinin ve mal varlığını koruyan yükümler olarak iki grupta ele almaktadır. Bkz. WIEGAND, Art. 97, N. 34, s. 570; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 70-71, N. 76.

menfaatlerinin zarar görmesi söz konusu olur¹⁴⁷. Koruma yükümleri alacaklının sözleşmenin ifasıyla ulaşacağı durumun (status ad quem) değil, hali hazırda var olan durumunun (status quo) korunmasını sağlarlar¹⁴⁸.

Koruma yükümleri, sadece sözleşme taraflarının veya arttırılmış/yoğun bir sosyal temas ya da özel bağlantı (Sonderverbindung)¹⁴⁹ içine girmiş muhatapların hukuk alanlarını, yani bedensel bütünlüklerini, kişi ve mal varlığı değerlerini tecavüzlerden koruma işlevine sahiptir^{150 151}. Bu bağlamda, koruma yükümlerinin bütünlük menfaatini koruyan alanı için söz konusu olan, esas itibariyle haksız fiil hükümlerinin koruma alanına giren ve ihlali aynı zamanda haksız fiil teşkil eden değerlerin (§823/1), arttırılmış sosyal temas veya özel bağlantı veya sözleşme görüşmeleri (veya *sözleşmenin ifası*)¹⁵² sürecinde ihlal edilmesi, haksız fiil hükümlerinin görece zayıflığı sebebiyle, özel bağlantıya dayanarak, haksız fiil hükümlerinin uygulama alanından çıkarılıp sözleşmesel sorumluluğun uygulama

¹⁴⁷ STOLL, s. 27; KRAMER, Einl., s. 37, N. 80.

¹⁴⁸ KRAMER, Einl.,s. 37, N. 80; s. 79, N. 90 (Yazar, *bütünlük menfaatleri veya menfi menfaatler* ifadesini kullanmaktadır) ; GRIGOLEIT, H., C., Leistungspflichten und Schutzpflichten, FS für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag, München, 2007, s. 276-278 ; ŞENOCAK, s. 89. Esas itibariyle burada söz konusu edilen koruma yükümü sözleşme öncesi koruma yükümüdür.

¹⁴⁹ “Sonderverbindung” (özel bağlantı) kavramıyla eş anlamda olmak üzere “Sonderbeziehung” (özel ilişki) terimi de kullanılmaktadır. Bkz. KREBS, s. 4. Bu kavram, ileride edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi başlığı altında değerlendirilecektir.

¹⁵⁰ KRAMER, Einl., s. 37, N. 80. Alman hukukunda, borç ilişkisini düzenleyen § 241. paragrafa “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile eklenen fıkra, koruma yükümlerinin bu işlevini belirgin biçimde ifade etmektedir. Buna göre, “borç ilişkisinin içeriğine göre bir taraf diğer tarafın haklarına, kişi varlığı haklarına ve çıkarlarına özen göstermekle/ haklarını, kişi varlığı haklarını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür”. Bu fıkra münhasıran koruma yükümleri düzenlenmiştir. Hatta – İsviçre/Türk hukukundan farklı olarak – § 241/2. paragrafta düzenlenen yükümlerden birinin ihlali halinde, § 282. paragrafa; ifaya yardımcı yan yükümlerin ihlali halinde § 281/1. paragrafa başvurulacaktır. Bkz. KRAMER, § 241, s. 60 – 61, N. 18 – 19. Ayrıca bkz. GRIGOLEIT, s. 278 vd. ; EMMERICH, s. 337, N. 18 ; MADDAUS, S., Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, JURA 2004, s. 289-292. (Ancak hemen belirtmek gerekir ki, anılan paragrafa söz konusu fıkra eklenmeden önce de dürüstlük kuralını düzenleyen § 242. Paragrafa dayanarak koruma yükümlerinin varlığı kabul edilmekteydi. Bkz. ROTH, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası). s. 106 vd.). Buna karşılık bizim hukukumuzda gerek kötü ifa gerekse yan yükümlerin (ifaya yardımcı yan yükümler ve koruma ya da koruyucu yan yükümlerin ihlali) “gereği gibi ifa etmeme” başlığı altında Borçlar Kanunumuzun 96. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmesel sorumlulukta her halde başvurulacak olan kural (münferit sözleşmelere ilişkin özel hükümler saklı kalmak kaydıyla - örneğin satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri gibi -) 96. maddedir.

¹⁵¹ Bkz. NICKEL, s. 49.

¹⁵² Bu noktada akdın müspet ihlali – yan yükümlerin ihlalinden doğan gereği gibi olmayan ifa söz konusudur ve artık sözleşmesel sorumluluk alanına dâhildir.

alanına dâhil edilmesidir ¹⁵³. Ki bu husus, yukarıda bütünlük menfaati incelenirken de açıklanmıştır.

Koruma yükümlerinin, bütünlük menfaati dışındaki koruma alanı, mal varlığının korunmasına yöneliktir. Aydınlatma yükümünün dâhil olduğu alan da esas itibariyle budur. Görüşülen sözleşmeye ilişkin açıklama yapma, bilgi verme – daha sonra incelenince de anlaşılacağı üzere – öncelikle ve özellikle mal varlığının korunmasına hizmet etmektedir¹⁵⁴. Bu yönüyle, kural olarak, haksız fiil hükümlerinin koruma alanı dışında da kalmaktadır.

Koruma yükümlerinin varlığının kabulü, buradan güven sorumluluğa kadar giden bir süreci de başlatmıştır. İleride yer verileceği üzere, özel bağlantı – koruma yükümü – edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve bu düzlemde gelişmiş olan güven sorumluluğu çerçevesinde, hem haksız fiil hükümlerinin – zarar gören açısından görece elverişsiz hükümlerle – koruduğu bütünlük menfaatleri, hem de kural olarak korumadığı mal varlığı menfaatleri tazmin edilebilmektedir¹⁵⁵. Hatta borçlar kanunu reformundan önce dürüstlük kuralına dayanarak kabul edilen bu kurum, artık yasal düzenlemeye de kavuşmuştur¹⁵⁶.

Koruma yükümleri ile bütünlük menfaati ve bütünlük menfaati ile BGB § 823/1 arasındaki ilişki, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun Türk/İsviçre hukukunda da objektif teoriye göre belirlenmesi sebebiyle, açıklamayı gerektirmektedir. Şöyle ki; haksız fiil Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.”. Kısaca ifade etmek gerekirse, her kim bir başkasına hukuka aykırı ve

¹⁵³ Bkz. EMMERICH, V., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2007, § 311, s. 1454-1455, N. 59-60. MEDICUS, D., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (AT), München, 2005, s. 47, N. 104 ; OLZEN, § 241, s. 223 – 225, N. 379 ve burada yollama yapılan yazarlar. Ayrıca bkz. CANARIS, C. Schuldrechtsreform,, s. 653. (§ 241/2’ye ilişkin yasa gerekçesi)

¹⁵⁴ Bu yön, LARENZ, WEBER VE WIEGAND’IN terminolojisi ile sadakat/doğruluk/doğru davranma yükümüne karşılık gelmektedir.

¹⁵⁵ Bkz. KIRCA, s. 135 vd. ; GÜRPINAR, s. 218 vd.

¹⁵⁶ Mal varlığının sözleşme görüşmeleri çerçevesinde korunduğu hususu açık olmakla birlikte, güven sorumluluğunun ne kapsamda düzenlemeye kavuşturulduğu tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin olarak bkz. KIRCA, s. 173 -175; GÜRPINAR, s. 210 vd. ; OĞUZTÜRK, B. K., Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 138 vd. ; OLZEN, § 241, s. 226 vd., N. 384 vd.

kusurlu bir davranışla zarar verirse, o zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından biridir ve haksız fiilin var olup olmadığını tespit etmek için hangi davranışın hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir. Bizim hukukumuzda, Alman Medeni Kanununun aksine, hangi davranış kuralı ihlalinin hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda, anılan hükümdeki hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda iki farklı teori geliştirilmiştir. Objektif teori ve Subjektif teori. Objektif teori, Türk ve İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında kesin bir hâkimiyete sahiptir. Bu teori, Alman Medeni Kanununun haksız fiili düzenleyen § 823. Paragrafıyla örtüşmektedir¹⁵⁷.

§ 823/1'e göre : “Her kim kasden veya ihmalle bir başkasının hayatını, bedenini, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya başka bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal ederse, bundan doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür”. Anılan hüküm çerçevesinde korunan hukuki değerler, kişisel ve malvarlıksal değerler olmak üzere iki başlık halinde de incelenmektedir¹⁵⁸. Ancak mutlak haklar ve diğer haklar/ diğer bir hak şeklinde incelemenin daha anlaşılır olduğu kanaatindeyiz. Bu madde çerçevesinde korunan kişi varlığı değerleri (Rechtsgüter)¹⁵⁹; *yaşam, vücut bütünlüğü,*

¹⁵⁷ GÜRPINAR, s. 82 vd. ; EREN, s. 544 vd. ; MERZ, H., Die Widerrechtlichkeit gemaess Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem (Widerrechtlichkeit), Ausgewahlte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern, 1977, s. 362 vd. ; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 18 ; KANETİ, S., Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007, s. 82 vd.; ATAMER, Y. M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Haksız Fiil), İstanbul, 1996, s. 26 vd.

¹⁵⁸ Bkz. SCHWAP, D. / LÖHNIG, M. , Einführung in das Zivilrecht, Heidelberg, 2007, s. 128, N. 276 vd. Buna göre § 823/1 çerçevesinde korunan kişisel değerler ; yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük ve diğer bir hak bağlamında kişilik hakkı ; malvarlıksal değerler ise mülkiyet, aynı haklar, zilyetlik, yaratıcı eylemlerle ortaya konulan ekonomik değerler üzerindeki haklar ; - ki bunlar fikri mülkiyet hakları, faydalı model ve patent üzerindeki hakları ifade eder - , isim üzerindeki haklar (firma) marka ve tartışmalı olmakla birlikte girişimcinin işletmesi üzerindeki hakkıdır.

¹⁵⁹ Rechtsgut (çoğulu Rechtsgüter) kavramı, doğrudan doğruya hakla ilgilidir. Şöyle ki hakkı açıklayan çeşitli teorilerden birisi de Jhering'in ortaya attığı menfaat teorisi. Buna göre hak, hukuk düzeninin koruduğu menfaattir ve bu menfaatin konusu “hukuki varlıklar” “hukuki değerlerdir”. Hukuk düzeninin koruduğu bu menfaat veya hukuki varlık, bir şahıs varlığı (kişilik değeri)olabileceği gibi, bir mal varlığı (mameleki değer)da olabilir. Bkz. EREN, s. 44 vd. Rechtsgut (Hukuki değer veya kişi varlığı değeri) ise, hukukça tanınan kişisel çıkarlar veya sahip olduğu özel anlam sebebiyle hukukun korumasına mazhar olmuş genel çıkarlar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. KÖBLER, G. ; Juristisches Wörterbuch, München, 2003, s. 380. Öte yandan, Rechtsgut kavramına ilişkin olarak; SCHIEMANN, haksız fiil hukuku tarafından korunan ve § 823/1 de sayılan değerlerden biri olan mülkiyetin aksine kişinin insan olması sebebiyle sahip olduğu haklar (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlük) olduğunu söylemektedir. Bkz. Deutsches Rechts-Lexikon, Band 3, 3. Auflage, München 2001, s. 3474. Esas itibarıyla, bu ayrım kişilik hakkının § 823/1 çerçevesinde korunan bir değer olarak kabul edilmesinden önceki döneme ilişkindir. Şöyle ki; anılan dönemdeki uygulama, yaşam, vücut

sağlık ve özgürlüktür. Anılan haklar aynı zamanda mutlak haklardır. Özgürlük, bedensel hareket serbestîsini (körperliche Bewegungsfreiheit) ifade etmektedir. Bu bağlamda, resmi makamlar tarafından yanlış bir ihbara dayanarak kişinin belli bir yerde tutulması veya bir kişinin diğer bir kişinin bulunduğu yerden ayrılmasına engel olması özgürlüğün ihlalidir¹⁶⁰. Bu ifadeyle korunan örneğin düşünce özgürlüğü değildir¹⁶¹. Bu maddenin koruma kapsamındaki diğer mutlak hak ise *mülkiyet*dir.

“Diğer bir hak” şeklinde ifade edilen değer yorumlanırken, anılan maddenin açıkça tanıdığı, - yani yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük ve mülkiyet - , değerler yol gösterici olmalıdır. Bu bağlamda, diğer bir hak, maddenin açıkça düzenlediği haklar gibi, herkese karşı geçerli/ etkili ve herkes tarafından saygı gösterilmesi gereken, kısacası mutlak haklardan olmalıdır. Bu çerçevede, aynı haklar, muntazar haklar, zilyetlik, işgal ve ihraz hakkı¹⁶², yaratıcı eylemlerle ortaya konulan ekonomik değerler üzerindeki haklar ; - ki bunlar fikri mülkiyet hakları, faydalı model ve patent üzerindeki hakları ifade eder - , isim üzerindeki haklar (firma)¹⁶³,

bütünlüğü, sağlık ve özgürlük ile mülkiyet ve diğer bir hak arasında bir ayrım yapmaktaydı. İlk dört değer kendisinin bir hak olmadığı, ancak kişinin söz konusu değerler üzerinde bir hakkı olduğunu kabul etmekteydi. Bkz. BGHZ 8, s. 243, 247. Geniş bilgi için bkz. HAGER, J. ; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825, Berlin, 1999, s. 50-51, N. A14. Bu çerçevede, yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğün kişi varlığı değeri olduğu sonucuna varabiliriz. Ancak, söz konusu değerlerin veya mülkiyetin veya diğer bir hakkın ihlali neticesinde ortaya çıkacak olan sonuç – sorumluluğun diğer kurucu unsurları da olmak kaydıyla – haksız fiildir ve nihayetinde bütün bu değerler § 823/1 in koruması içindedir. Öte yandan, İsviçre öğretisinden, ROBERTO, bu kavramın yasaca tanımlanmadığını belirtmekte, ancak Alman Medeni Kanununun § 823/1 'de sayılan ve zamanla öğreti ve uygulamayla tamamlanan (örneğin kişilik hakkı) değerleriyle örtüştürmektedir. Bununla birlikte, yazar, mülkiyeti de anılan kavramın içeriğine dâhil etmiştir. Mülkiyet anılan madde çerçevesinde korunan bir değerdir; ancak önceki uygulama açısından bakılırsa bir haktır. Bkz. ROBERTO, s. 29.

¹⁶⁰ FIKENTSCHER/HEIMANN, s. 762, N. 1563 ; MUSIELAK, s. 415, N. 762. Karş. WAGNER, G. ; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, München 2004, s. 1555, N. 94.

¹⁶¹ SCHWAP / LÖHNIG, s. 128, N. 281. Yazarlar, kişinin iradesine uygun olarak karar verebilmesini (Willensentschliessung) ve fiziksel cebir veya tehdit karşısında hareket etme özgürlüğünü de bu kavramın içinde görmekte dirler. Tehdit veya cebir karşısında kişinin iradesine uygun olarak hareket edemeyeceği ve karar veremeyeceği açıktır. Bu davranışlarla da özgürlük değerinin ihlal edildiğini kabul etmektedirler. Ancak bu azlık görüşüdür. Diğer görüşteki yazarlar için bkz. HAGER, s. 90 vd., N. B53 vd ; WAGNER, s. 1555, N. 92. ; SCHIEMANN, in. Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, 3. Auflage, München 2001, s. 1706-1707.

¹⁶² MUSIELAK, s. 416, N. 764 ; FIKENTSCHER / HEIMANN, s. 764, N. 1568.

¹⁶³ SCHWAP / LÖHNIG, s. 128 vd.

marka ve tartışmalı olmakla birlikte girişimcinin işletmesi üzerindeki hakkıdır¹⁶⁴. Bundan başka genel kişilik hakkı da “diğer bir hak” olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Anılan değerlerin ihlal edilmiş olması halinde, hukuka aykırılığın ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Bu noktada neticenin haksızlığını söz konusu olmaktadır¹⁶⁶. Mal varlığı ise, § 823/1 gereği götürü olarak korunan değerlerden değildir. Mal varlığının eksilmesinden doğan zarar, mutlak olarak korunan değerlerinin ihlali sonucu ortaya çıkmamışsa, özel bir koruma normunu ihlal edip etmediği araştırılacaktır. Ancak özel bir koruma normunun kapsamına girmesi halinde mal varlığı zararları tazmin edilebilecektir (§ 823/2). BGB 823 bağlamında yapılan açıklamalar, bu çerçevede bir hüküm içermemesine rağmen, bizim hukukumuz açısından da geçerlidir. Zira objektif teori neredeyse ittifakla kabul edilmektedir¹⁶⁷.

Haksız fiil hükümlerinin koruduğu değerlerin, artırılmış sosyal temas veya özel bağlantı veya sözleşme görüşmeleri veya sözleşmenin ifası sürecinde ve ifa dolayısıyla zarar görmesi halinde, kural olarak kişinin ifa menfaati değil, fakat korunma veya bütünlük menfaatinin ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, korunma veya bütünlük menfaati olarak ifade edilen değerler esas itibariyle, - en azından başlangıçta – sadece haksız fiil alanına dâhil iken, uzun süreden beri borç doğurucu niteliğe sahip olduğu (sözleşmesel sorumluluk doğurduğu) kabul edilmektedir^{168 169}. Bütünlük menfaati, koruma yükümleri ve/veya kısaca bütünsel

¹⁶⁴ SCHWAP/ LÖHNIG, s. 137 vd. Hemen belirtelim ki, mal varlığı tek başına haksız fiil hükümlerine göre korunmaz. Bkz. SCHWAP/ LÖHNIG, s. 137-138, N. 298-300.

¹⁶⁵ Bkz. MUSIELAK, s. 419, N. 768-769; SCHWAP/LÖHNIG, s. 130, N. 284. Geniş bilgi için bkz. FIKENTSCHER/ HEIMANN, s. 775 vd. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KASTL, K., Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Der Prozess seiner Anerkennug als “sonstiges Recht” im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, Ebelsbach, 2004, s. 115 vd.

¹⁶⁶ GÜRPINAR, s. 86-87.

¹⁶⁷ EREN, s. 548 ; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 18 ; KANETİ, s. 82 vd. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 494 ; MERZ, Widerrechtlichkeit, s. 362 vd. ; BREHM, R., Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR, Bern, 2006, (BREHM, Ber.Kom.), s. 28 vd., N. 33 ; SCHNYDER, A. K., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W., Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2007, Art. 41, s. 344 vd. , N. 30 vd. Karş. GÜRPINAR, s. 103 vd.

¹⁶⁸ SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 12, N. 28. Alman Medeni Kanununun borç ilişkisinin düzenleyen § 241 paragrafına “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile eklenen ikinci fıkrası, yukarıda da ifade edildiği gibi (dipnot 69), “borç ilişkisinin içeriğine göre bir taraf diğer tarafın

kanuni borç ilişkisi – güven ilişkisi kavramı sayesinde, bir yandan sözleşme öncesi aşamada gerçekleşen haksız fiil olguları sözleşmesel sorumluluk alanına aktarılmakta, öte yandan haksız fiil hükümlerinin – kural olarak – korumadığı mal

haklarına (Rechts), kişi varlığı haklarına (Rechtsgüter) ve çıkarlarına (Interesse) özen göstermekle/haklarını, kişi varlığı haklarını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür” şeklindedir. Haklar ve kişi varlığı hakları (Rechts und Rechtsgüter) ile ifade edilen, § 823 çerçevesinde korunan ve yukarıda kişisel ve malvarlıksal değerler olarak ifade ettiğimiz haklara karşılık gelmektedir. Nitekim SCHMIDT de, SCHWAP/LÖHNIG’e atıf yapmıştır. Yazar, anılan maddeye çıkarlar (Interesse) ifadesinin de eklenmesiyle, artık, *kural olarak* haksız fiil hükümlerine göre korunmayan mal varlığının da, en azından, borç ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan, borçluların birbirlerinin haklarına etki etme ve buna bağlı olarak da artan ölçüde zarar verme ihtimallerinin gözetilerek, birbirlerinden bunu (mal varlığının korunmasını) talep edebileceklerinin, dikkate alınması gerektiğini söylemektedir. Bu durum özellikle, taraflardan birinin diğerine mal varlığı ilişkilerini, örneğin işletme sırlarını, açıkladığı veya yapılması planlanan bir tasarrufun öncesinde muhatabının önerisine güvendiği hallerde geçerli olur. Bu ve bununla karşılaştırılabilir durumlarda, *bestandserhaltende Vermögenssorge* (Varolan mal varlığı durumunun/ mal varlığı mevcudiyetinin korunması için özen gösterme) söz konusudur, elbette ki, öncelikle herkes kendi ekonomik çıkarları konusunda söz sahibidir, ancak ayırım gözetmeksizin her muhatabından da bu hususa özen göstermesini bekleyebilir. Bkz. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 12, N. 29. Bundan başka, yasanın gerekçesinde (§ 241/2), “hakların (Rechten) yanında, mutlak biçimde kişi varlığı değerlerinin (Rechtsgüter) de zikredilmesiyle, bu noktada § 823/1’le sınırlı koruma alanı da aşılarak götürü olarak mal varlığının da korunabileceği belirgin hale getirilmiştir.” ifadesi yer almaktadır. Koruma yükümlerinin koruma alanı ile haksız fiil hükümlerinin koruma alanı birbiriyle örtüşmemektedir. Yani, koruma yükümleri haksız fiil hükümlerinden daha fazlasını korumaktadır. Öte yandan gerekçede, sadece Borçlar Kanunu Komisyonu tarafından önerilen haklar ve kişi varlığı değerleri değil, mal varlığı çıkarlarının yanında diğer çıkarlarının da örneğin karar verme özgürlüğünün de korunabileceğini açıkça ifade etmek için “çıkartlar” (Interesse) kavramına da yer verildiği belirtilmiştir. Bkz. CANARIS, Schuldrechtsreform, s. 653-654. Ayrıca bkz. ROTH, § 241, s. 64-65, N. 31 vd.

¹⁶⁹ Bu noktada şu bağlantıya da işaret etmek gereklidir. İsviçre - Türk hukukunda, kötü ifa ve yan yükümlerin (ifaya yardımcı yan yükümler ve koruma ya da koruyucu yan yükümlerin ihlali) “gereği gibi ifa etmeme” başlığı altında Borçlar Kanununun 96. (İBK m. 97) maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, Alman hukukunda, “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa”dan önce sözleşmenin ihlali türleri imkânsızlık ve temerrüd şeklinde iki grup halinde düzenlenmişti. Zamanla sözleşmenin ihlali türlerinin bunlardan ibaret olmadığı anlaşılmış ve ilk defa STAUB “sözleşmenin müspet ihlali” “positive Vertragsverletzung” kavramını ortaya atmış, bu kavram öğreti tarafından geliştirilmiştir. Bkz. EREN, s. 1000 vd. Sonuç olarak, bizim hukukumuzdaki “gereği gibi ifa etmeme” kavramı (kötü ifa ve yan yükümlerin ihlali), Alman hukukunda sözleşmenin müspet ihlaline karşılık gelmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada ortaya çıkan yan yüküm ihlalleri – esas itibarıyla haksız fiil nitelikli olan; ancak sözleşmenin ifası sırasında ve ifa dolayısıyla gerçekleştiği için sözleşmesel sorumluluk doğuran haller – dolayısıyla haksız fiil alanından çıkıp sözleşmesel sorumluluk alanına dâhil olmaktadır. Alman hukukunda reformdan önceki durumu ilişkin olarak bkz. LARENZ, s. 366 vd. ; EMMERICH, V. , Das Recht der Leistungsstörungen, München, 1997, 4. Auflage, s. 222 vd. Son olarak belirtelim ki, bizim hukukumuz bakımından, kanaatimizce “sözleşmenin müspet ihlali” kurumuna gerek yoktur, zira “gereği gibi ifa etmeme” hem kötü ifayı hem de yan yükümlerin ihlalinin ifade edebilecek bir terimdir. Bkz. EREN, s. 1002 ve s. 1002 dipnot 79’de yollama yapılan yazarlar. Karş. DEMİRCİOĞLU, s. 150 vd. “Sözleşmenin müspet ihlali”, “yan yüküm”, “yan yükümlerin ihlali”, “culpa in contrahendo” kavramları esas itibarıyla aynı kaynaktan (dürüstlük kuralı) doğan ve gelişen kurumlardır. Bu bağlantıya ilişkin olarak ayrıca bkz. CANARIS, JZ 1965, s. 475 vd. ; SEROZAN, R., “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli : Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, s. 108 vd.

varlığı zararları, haksız fiil hükümlerinin sınırlamalarına tabii olmaksızın karşılanmaktadır¹⁷⁰.

Koruma yükümleri, özel ilişki sayesinde muhatabın hukuk alanına etki etme olanağının ortaya çıkması ve buna bağlı olarak meydana gelen muhatabın güvenine veya taraflar arasında ortaya çıkan güven ilişkisine dayanır¹⁷¹. Koruma yükümlerinin ortaya çıkması bir sözleşmenin kurulmasından bağımsızdır, bir başka deyişle bunların ortaya çıkması bir sözleşmenin kurulmuş olmasını gerektirmez. Buna uygun olarak da koruma yükümleri, doğuş anları bakımından, sözleşme öncesi (vorvertragliche Schutzpflichten), sözleşmesel (vertragliche Schutzpflichten) ve sözleşme sonrası (nachvertragliche Schutzpflichten) koruma yükümleri olmak üzere üçe ayrılır¹⁷². Bu bağlamda, ifade ettiğimiz üzere sözleşme kurulmamış olması, koruma yükümlerinin ortaya çıkmasına engel olmadığı gibi; tarafların yapmış oldukları sözleşmeden doğan dar anlamdaki borçlarının sona ermiş olması da, koruma yükümlerini ortadan kaldırmaz. “Sözleşme sonrası sadakat yükümleri” böyledir¹⁷³. Örneğin; küçük bir yerdeki tek ortopedi uzmanı olan (A)’nın, muayenehanesini (B)’ye devrettikten bir ay sonra aynı yerde yeniden muayenehane

¹⁷⁰ Güven sorumluluğunun bütünlük menfaatine dönük yönü, dar anlamda güven sorumluluğuna karşılık gelmektedir. Bu konuda bkz. KIRCA, s. 136 ve dipnot 713.

¹⁷¹ KRAMER, Einl.,s. 37, N. 80.

¹⁷² EREN, s. 41. Koruma yükümlerinin ortaya çıkmasının, edim yükümü içeren borç ilişkisinin doğmasından bağımsız olması ve – Alman hukuku bakımından – § 241/2’nin uygulama alanı bulmasının edim yükümü içeren bir borç ilişkisinin doğmasına bağlı olmaması sebebiyle, SCHMIDT “yan yüküm” terminolojisini kullanmaktan kaçınmak gerektiğini ifade etmektedir. Koruma yükümünün doğması hiçbir surette edim ilişkisini veya edim yükümü içeren bir borç ilişkisinin doğmasını gerektirmemektedir. Zira Alman hukukunda yapılan culpa in contrahendo’ya dair düzenlemeler (§ 311/2) bu yöndedir. “§ 311: Hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri borç ilişkileri (1) : Yasa başka bir şart öngörmedikçe, hukuki işlem yoluyla bir borç ilişkisinin kurulması, ayrıca bir borç ilişkisinin içeriğinin değiştirilmesi taraflar arasında sözleşme kurulmasını gerektirir. (2) : 241/2’den doğan yükümleri içeren bir borç ilişkisi, 1. Sözleşme görüşmelerinin başlaması/kurulmasıyla, 2. Taraflardan birine muhtemel hukuki işlemsel ilişkiye dayanarak diğer tarafın haklarına, kişi varlığı değerlerine ve çıkarlarına etki etme imkânı veren veya bunları ona emanet etmesine yol açan bir sözleşme hazırlığının başlamasıyla veya 3. Benzer işlemsel temaslarla da ortaya çıkar.” hükmünü içermektedir. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 19 N. 45. Hatta bu sebeple, SCHMIDT, §242/2 ’nin uygulanması çerçevesinde alacaklı ve borçlu yerine, “Schutzberechtigten” “Koruma talep eden/ korunma talep etmeye yetkili olan” ve “Schutzpflichtigen” “Koruma yükümlüsü” kavramlarını kullanmayı tercih etmektedir. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 11 N. 26. Öte yandan, anılan fıkraya ait gerekçede de, alacaklı ve borçlu yerine, “jeder teil” “her bir taraf” ve “der andere teil” “diğer taraf” ifadelerinin kullanılmasına sebep olarak, edim yükümlerinde geçerli olan alacaklı ve borçlu sıfatlarının, koruma yükümleri bakımından söz konusu olmadığı, edim yükümü alacaklısının da pekâlâ bir koruma yükümünün borçlusu olabileceği gösterilmiştir. Bkz. CANARIS, Schuldrechtsreform, s. 654.

¹⁷³ EREN, s. 41.

açması bu yükümlülüğün ihlalidir. Esas itibarıyla (A), asli edim yükümünü ifa etmiş, böylelikle dar anlamda borcu sona ermiştir, buna karşılık (B) için de ifa menfaati gerçekleşmiştir; ancak sonrasında (A)'nın (B) ile rekabete girmesi, kaynağını dürüstlük kuralında bulan, sözleşme sonrası koruma yükümünün ihlalidir. Ayrıca tarafların yaptıkları sözleşmede rekabet yasağını açıkça kararlaştırmış olmalarına da gerek yoktur¹⁷⁴. Zira ifade edildiği gibi, bu yükümün kökeni dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, taraflara sözleşmenin amacının gerçekleşebilmesi ve sonradan da buna hanel gelmemesini sağlayacak biçimde davranmaları ödevini yükler¹⁷⁵. Muhatapın ifayla ulaşmış olduğu durumun, bizatihi ifayı gerçekleştirmiş olan tarafından kötüleştirilmesi söz konusudur. Şöyle ki, kural olarak muayenehane açan kişi, (A) değil de, (C) olsa idi, her hangi bir yükümün ihlalden bahsetmek mümkün değildi, zira dürüstlük kuralı (C)'nin hukuka uygun bir şekilde ekonomik faaliyette bulunmasını engellemektedir, ancak aynı kural (A)'nın rekabet teşkil edecek şekilde ekonomik faaliyette bulunmasına izin vermemekte, bir başka deyişle ona rekabet etmeme – yapmama ödevi yüklemektedir.

Sözleşme kurulmuş olması halinde ise, taraflar arasında bu sözleşme ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkan birbirlerinin hukuk alanlarını etkileme imkânı, sözleşmesel koruma yükümlerinin kaynağını teşkil eder. Kullanımı tehlike yaratabilecek bir makinenin satılması halinde, bu tehlikeye ve bu tehlikeyi bertaraf edecek önlemlere ilişkin bilgi verme/aydınlatma yükümü sözleşmesel bir koruma yükümüdür. Sözleşme görüşmeleri safhasında, aydınlatma yükümü yerine getirildikten ve sözleşme kurulduktan sonra, artık bir hususa dair karar verme/ sözleşme yapma, kararına ilişkin önemli olan bir vakiya/ sözleşme şartlarına vâkıf olmama söz konusu değildir. Öte yandan, ileride görüleceği gibi, aydınlatma yükümünün tanımındaki unsurlar sözleşmesel aydınlatma yükümünde yoktur. Bu bağlamda, dürüstlük kuralı, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün aksine, sözleşmesel aydınlatma yükümünün birincil kaynağı değildir.

¹⁷⁴ Bu noktada hemen belirtelim ki, dürüstlük kuralının rekabet etmemeyi gerektirdiği haller dışında, “rekabet etmeme” borcunun doğması için tarafların bunu kararlaştırmış olması gereklidir. Bu halde de, söz konusu *yapmama biçimindeki* borcun ihlali, bir yan yüküm ihlali değil fakat doğrudan asli edim yükümünün ihlali anlamına gelir.

¹⁷⁵ MUSIELAK, s. 93, N. 199 ; EMMERICH, s. 348, N. 45.

Sözleşme öncesi, sözleşmesel ve sözleşme sonrası koruma yükümleri ayrımı, tabiatıyla edim yükümleri bakımından söz konusu olamayacağı gibi, ifaya yardımcı yan yükümler bakımından da söz konusu olmaz. Edim yükümü, yükümü doğuran bir borç ilişkisini, inceleme konumuz çerçevesinde bir sözleşmeyi; ifaya yardımcı yan yüküm ise bir edim yükümünü gerektirir.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ortaya konulabilmesi, sözleşme öncesi aşamanın ne zaman başladığının irdelenmesini gerektirmektedir. Müteakiben önce, edim yükümü – ifaya yardımcı yan yüküm ve koruma yükümü ayrımı değerlendirildikten sonra, koruma yükümü terminolojisiyle birlikte gelişmiş olan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi incelenecektir. Sözleşme öncesi aşamanın başlangıç noktası bu kavrama sıkı sıkıya bağlıdır.

C) EDİM YÜKÜMÜ – İFAYA YARDIMCI YAN YÜKÜM VE KORUMA YÜKÜMÜ AYRIMI

Yan yükümler ve edim yükümleri arasındaki ayrımın temel ölçütü dava edilebilirlik olduğu yukarıda ifade edilmişti. Gerçekten de yan yükümler, kendilerine aykırı hareket edildiği zaman tazminat borcu doğuran yükümlerdir. Bununla birlikte, yan yükümlerin niteliği elverdiği halde, ifasının talep ve dava edilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Koruma yükümlerinin, kural olarak, bağımsız ifa davasıyla, ifasının talep edilmesinin söz konusu olmayacağı, ancak ihlali halinde ortaya çıkan zararın tazmininin talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Ancak, öğretilerde bu hususta farklı görüşler de mevcuttur¹⁷⁸. “Alacaklı zararın engellenmesi için borçludan

¹⁷⁶ MEDICUS, AT, s. 157-158, N.424-425. KRAMER de münhasıran korunma menfaatlerine hizmet eden koruma yükümlerinin ifasının talep edilebilmesi sayesinde, ifası talep ve dava edilebilir yan edim yükümleri olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. KRAMER, in. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası). s. 83, N.16 –17.

¹⁷⁷ EREN, s. 41; KRAMER, Einl.,s. 37, N. 80.

¹⁷⁸ STÜRNER, R., Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfalts-pflichten, JZ 31, 1976, s. 385 vd.; LARENZ, s. 11; MEDICUS, AT, s. 157-158, N. 423-424 ; MEDICUS, BR (2002), s. 149, N. 208; KREBS, s. 547 vd.; KRAMER, § 241, S. 60, N. 17 ; NEUMANN, I., Leistungsbezogene Verhaltenspflichten zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten, Heidelberg, 1989, s.

koruma vb. yan yükümlerin ifasını talep edebilir mi ve gerektiğinde dava edebilir mi?” sorusunu ilk kez ele alan STÜRNER olmuştur. STÜRNER ve daha sonra da KREBS bu konuyu derinlemesine incelemişlerdir¹⁷⁹. KREBS, koruma yükümlerinin dava edilebilirliği reddetmektedir¹⁸⁰. STÜRNER ise, koruma yükümleri, yan yükümler ve özen yükümleri (Sorgfaltspflicht) arasında bir ayırım yapmakta, bunlardan ilk ikisinin, yani koruma yükümleri ve yan yükümlerin, içeriklerinin yeterince somutlaştırılabilmesi şartıyla, dava edilebilir ifayı talep hakkı verebileceğini ifade etmekte; ancak özen yükümlerinde böyle bir talep hakkı tanımayı kabul etmemektedir¹⁸¹. Bu konuya ilişkin olarak MEDICUS, şöyle bir örnek vermektedir. Bir alıcı, 10 ay boyunca her defasında 100 şişe olmak üzere 1000 cam şişe satın alır. İlk gönderilen kısım kötü paketlenmiş bir şekilde, ancak şans eseri herhangi bir zarara uğramadan ulaşır. Bunun üzerine alıcı, malların kendisine zamanında gelmesinin gerekli olduğunu; ancak daha iyi paketlenmesi gerektiğine işaret eder, ancak satıcı bu talebi dikkate almaz. MEDICUS, bu noktada alıcının ifa davasıyla malların daha iyi paketlenmesini talep edebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gereğesinde de haksız fiil hukukunda doğması muhtemel zararlar için dava açılabilirdiğini, sözleşme hukukunda ise alacaklının zararın gerçekleşmesini bekleyip daha sonra ikincil borç olan tazminat talebi için dava açtığını, ancak bunun daha kolay bir şekilde gerçekleştirebilmesi gerektiğini söylemektedir¹⁸². Anılan örnek, koruma yükümlerinin, edimle ilişkili olduğu ölçüde dava edilebilir olduğu, görüşünden sonra, bu görüşü desteklemek için kurgulanmıştır. Kanımızca, bu

136, 148 ; ANDERS, H., Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege ferenda, Berlin, 2000, s. 174-176.

¹⁷⁹ MEDICUS, AT, s. 157, N. 423.

¹⁸⁰ KREBS, s. 547 vd.

¹⁸¹ Çünkü yasa borçlunun özen yükümünü ihlal ederek asıl borcunu tehlikeye düşürmesini sadece ihtiyati tedbir yoluyla güvence altına almak istemiştir. Bkz. STÜRNER, s. 385-391; MEDICUS, AT, s. 157-158, N. 423. Ayrıca bkz. LARENZ, s. 12. LARENZ, sadece koruma yükümünün belli bir önlemi gerektirmesi ve yükümlünün bu önlemi almamakta direnmesi halinde, gerçekleşmesi muhtemel zararları engellemek için, istisnaî olarak dava yoluyla yerine getirilmesine izin verilmek zorunda olduğunu söylemektedir. Bu noktada da STÜRNER’e atıf yapmakta, STÜRNER’in koruma yükümlerinde dava edilebilir ifayı talep belli sınırlamalarla kabul ettiğini, ancak kural olarak saf koruma yükümlerinde bunu reddettiğini belirtmektedir. LARENZ, s. 11, dipnot 8. Ayrıca bkz. ve karşı. LARENZ, s. 105. NEUMANN ise, STÜRNER’e benzer biçimde, ifaya yardımcı yan yükümlerin (Leistungsbezogene Verhaltenspflichten) edimle ilgili belirli bir davranış olarak somutlaştırılması halinde, bu davranışa uyulmasına yönelik bir talep hakkının söz konusu olduğunu, bu talebin de eda davasıyla gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. NEUMANN, s. 136, 148. HAVUTÇU ise, bu halde artık yan yükümden değil, fakat yan edim yükümünden söz edilebileceğini, zira somutlaştırma ile yan yükümün yan edim yükümü seviyesine çıkarıldığını ifade etmektedir.

¹⁸² MEDICUS, BR (2002), s. 149, N. 208 .

örnekteki yükümün hizmet ettiği çıkar, bütünlük ya da korunma menfaati değil, fakat ifa menfaatidir. Dolayısıyla da, koruyucu değil – bizce de talep ve dava edilebilir – ifaya yardımcı bir yan yüküm; hatta daha doğru bir ifadeyle, somutlaştırmayla yan yükümün, yan edim yükümü haline dönüşmesi/ yan edim yükümü seviyesine çıkarılması söz konusudur¹⁸³.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla koruma yükümünün ifa davasıyla talep edilebilirliği konusunda esas itibariyle ele alınan ifaya yardımcı yan yükümlerdir. İfaya yardımcı yan yükümler, az önce de ifade edildiği gibi, somutlaştırılabildiği ölçüde yan edim yükümü haline gelir. Öte yandan, kanaatimizce somutlaştırılabildiği takdirde, koruma yükümlerinin de ifası talep ve dava edilebilir. Bu noktada gerek koruma yükümü – edim yükümü, gerekse ifaya yardımcı yan yüküm – koruyucu yan yüküm (koruma yükümü) ayrımında, kriter olarak, yükümün korumayı amaçladığı veya hizmet ettiği menfaate bakmanın daha yerinde olduğu kanısındayız. Ne var ki, bazı yükümlerde bu kriteri uygulamak da doğru bir sonuç vermeyebilir. Şöyle ki; örneğin satın alınan buharlı temizleme makinesinin kullanımına ilişkin gerekli bilgileri vermeyen satıcı, bu davranışıyla hem makinenin verimli çalışmasına engel olup yanlış ya da verimsiz kullanıma hem de bu nedenle kullanıcının veya çocuğunun yaralanmasına (örneğin yanığa) veya kullanıcının evindeki diğer eşyaların zarar görmesine sebep olabilir. Satıcının ihlal ettiği yüküm, sözleşmesel aydınlatma yükümüdür. Örnekten de görülebileceği gibi, hem ifaya yardımcı bir yan yüküm hem de koruyucu bir yan yüküm olarak nitelendirilebilir. Zira hem ifa menfaatine hem de bütünlük/ korunma menfaatine hizmet etmektedir. Aynı örnek üzerinden giderek, bu yükümün alıcıya ifa davasıyla talep edilebilir bir hak tanıyıp tanımadığına da değerlendirebiliriz. Yasal ve/veya sözleşmesel olarak kullanım kılavuzu verme yükümü getirilmiş ve aydınlatma yükümü bizatihi taraflarca ve/veya yasaca somutlaştırılmışsa, yan edim yükümü vardır ve bağımsız olarak ifası talep ve dava edilebilir.

¹⁸³ Bkz. HAVUTÇU, s. 19, dipnot 95.

IV. EDİM YÜKÜMÜNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİSİ

A. Alman Hukukunda Kavramın Ortaya Çıkması

Yukarıda da ifade edildiği gibi, koruma yükümleri sadece sözleşme taraflarının veya arttırılmış/yoğun bir sosyal temas ya da özel bağlantı (Sonderverbindung) içine girmiş muhatapların hukuk alanlarını, yani bedensel bütünlüklerini ve maddi değere sahip kişi varlığı haklarını, tecavüzlerden koruma işlevine sahiptir. Esas itibarıyla (genel bir davranış yükümü olarak) herkes başkalarının bedensel bütünlüklerini ve maddi değere sahip kişi varlığı değerlerine saygı göstermek, bir başka deyişle bu değerlerini ihlal etmemekle yükümlüdür¹⁸⁴. Bu yükümün ihlali halinde, kişiler arasında sözleşme görüşmeleri başlamış veya özel bağlantı/ işlemsel temas gerçekleşmiş olsun veya olmasın haksız fiil söz konusu olur ve fail muhatabının bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin etmekle – haksız fiil hükümlerine göre – yükümlü olur. Bununla birlikte taraflar arasında sözleşme görüşmeleri başlamakla, tarafların birbirlerinin bütünlük menfaati olarak ifade ettiğimiz değerlerini ihlal etme olasılığı artar. İşte öğretisi ve uygulama bu süreç içinde mağdur olan kişilerin bütünlük menfaatlerini daha etkin biçimde koruyabilmek için, bu süreci farklı biçimde ele almış ve sözleşme sorumluluğu ilkelerinin sözleşme görüşmelerine başlayan kişiler arasında da uygulanmasını kabul etmiştir. Hemen belirtelim ki, anılan sürecin sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tabi kılınmasının sebebi Alman Medeni Kanununun haksız fiile ilişkin hükümlerinin mağdur bakımından görece elverişsizliğidir¹⁸⁵. Ancak müteakiben inceleyeceğimiz gibi,

¹⁸⁴ “Neminem laedere” kimseye zarar vermeme ilkesi söz konusudur.

¹⁸⁵ Sözleşme görüşmeleri sırasında, muhtemel sözleşme taraflarının/ âkidlerin hakların ve hukuki değerlerin korunmasına yönelik bir davranış yükümünü (die Verletzung von Verkehrspflichten zum Schutz der Rechte und Rechtsgüter) ihlal etmesi, esas itibarıyla haksız fiil olmakla birlikte, Alman hukuku bakımından haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin eksikliği/elverişsizliği bu ihlali culpa in contrahendo alanına yönlendirmeye, dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin uygulanmasından kaçınmaya yönelmekteydi. Nitekim Borçlar Kanununda reform yapılması ile bu görüş (§ 311/2 ve § 241/2) yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Esas itibarıyla sözleşme görüşmeleri aşamasında genel davranış yükümlerinin ihlalden doğan sorumlulukla haksız fiilden doğan sorumluluk arasındaki – sorumluluğun yapısından kaynaklanan – yakın ilişki hiçbir şekilde değişmemiştir; ancak anılan düzenlemelerden sonra sözleşme görüşmeleri sürecinde ortaya çıkan haksız fiilleri de, haksız fiil hükümlerinin uygulama alanından çıkarıp sözleşme veya başka bir sorumluluk alanına kaydırmaya da gerek kalmamıştır. (olanak da kalmamıştır) Bkz. EMMERICH, § 311, s. 1454-1455, N. 59 vd..

Alman hukuku bakımından artık sözleşme görüşmeleri kavramı da büyük ölçüde aşılmıştır.

Koruma yükümü, güven sorumluluğu, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisi kavramlarının çıkış noktasını Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in 1861 yılında yazdığı "Geçersiz Veya Kurulamamış Sözleşmelerde Sözleşme Görüşmeleri Esnasında Kusur/ Culpa in Contrahendo" makalesinde bulmaktadır. Jhering anılan makalesinde, kendi kusuruyla yanılan tarafın muhatabının – başkasının kusuruyla uğramış olduğu zararlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı – hususunu değerlendirmiş¹⁸⁶, kusuruyla esaslı hataya düşen tarafın, muhatabın sözleşmenin geçerliğine inanarak yaptığı masraflardan dolayı sorumlu olmamasının haksızlık teşkil ettiğini belirtmiş ve bu gibi durumlarda zarara uğrayan kişinin korunması için "culpa in contrahendo" diye adlandırdığı bir sorumluluk sebebinin kabul etmek gereğine işaret etmiştir¹⁸⁷. Jhering teorisini, romu hukuku kaynaklarında ve Tabi hukuk dönemine ilişkin kodifikasyonlarda, özellikle Prusya Genel Kanununda var olan çok sayıda örnekle desteklemiştir¹⁸⁸. Bununla birlikte, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin geniş kapsamlı bir öğretiyi modern hukukla birlikte ortaya çıkarmıştır¹⁸⁹. Culpa in contrahendo

¹⁸⁶ JHERING, v. R, Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering, 1861, s. 2. Jhering, yollama yapılan yerde şöyle bir örnek vermektedir. Bir üründen 100 Pf (Pfund : 1/2 kilograma karşılık gelen ağırlık ölçüsü birimi) ismarlanmış, ancak ismarlayan Pf (Pfund) sembolü yerine cent sembolünü kullanmış, dolayısıyla üründen 100 Pfund isteyeceği yerde, 100 cente karşılık gelecek kadar istemiş, durum anlaşılınca da ürünleri almamıştır. Burada ticarethanenin vekilinin bizatıhi kendisinin yanlış yazması (Pfund yerine cent) söz konusudur ve bu yanılmanın önemli olduğunun kanıtlanması kaydıyla, şüphesiz sözleşme geçersizdir. Bununla birlikte boşa giden paketleme ve gönderme masraflarını kim üstlenecektir? Kendi kusuruyla yanılan tarafın muhatabı – kusursuz olduğu halde – bu zararları karşılamak zorunda mı kalacaktır? Sözleşme geçersiz olduğu için sözleşmesel kusura ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olamayacak, bu olay bakımından haksız fiil hükümleri de aynı derecede elverişsiz sonuç verecektir. Böyle bir sonucun haksızlığı, adaletsizliği son derece açıktır. Kusurlu taraf kurtulmakta, kusursuz taraf başkasının kusurunun kurbanı olmaktadır. (Haksız fiile ilişkin hükümlerinin elverişsiz olmasının sebebi, yanılanın muhatabın mutlak bir hakkını ihlal etmediği gibi, yanılıya da kasten sebep olmamasıdır, zira esas itibariyle geçersiz bir sözleşme yapmak hukuka aykırı değildir. Bkz. BUCHER, s. 278, dipnot 2.)

¹⁸⁷ GÜRPINAR, s. 140 vd. KIRCA, s. 159 vd. Esas itibariyle culpa in contrahendo sorununa JHERING'ten önce SAVIGNY, RICHELMANN ve diğer yazarlar da değinmiş, ancak konuyu derinlemesine inceleyen JHERING olmuştur. Bkz. JHERING, s. 2-3. Ayrıca bkz. SUNGURBEY, A.,K., Yetkisiz Temsil özellikle culpa in contrahendo (sözleşmenin görüşülmesinde kusur) ve olumsuz zarar, İstanbul, 1988, s. 99 vd ; NICKEL, s. 52-53.

¹⁸⁸ GONZENBACH, s. 5.

¹⁸⁹ GONZENBACH, s. 5.

sorumluluğuna ilişkin genel bir norm getirilmemişse de, Jhering'in dűřünceleri Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarının kodifikasyonlarında dikkate alınmış ve bu kapsamda sayılacak bazı vakıalar münferiden hükme bađlanmıřtır¹⁹⁰.

Jhering'ten sonra bu konuyu ele alan hukukçu LEONHARD olmuştur. LEONHARD, sözleşmenin yapılmasında kusurdan doğan sorumluluğu sadece geçerli biçimde kurulmuş sözleşmeler için kabul etmiřtir¹⁹¹.

Culpa in contrahendo sorumluluğun uygulama bakımından tanınması, Alman İmparatorluk Mahkemesinin kararlarıyla olmuştur. İlk olarak 22.01.1906 tarihli kararda, sözleşme görüşmelerindeki kusuru culpa in contrahendo olarak tanımlamış, ancak temyiz aşamasında davalının pasif dava ehliyetinin eksikliği sebebiyle davayı reddetmiştir, bu yüzden kararda culpa in contrahendo'nun sonuçlarına ilişkin hiçbir açıklama da yoktur¹⁹².

Mahkeme 1911 yılında verdiği ünlü yer muşambası kararında, sözleşme görüşmeleri sırasında vücut bütünlüğüne verilen zararlardan ötürü, sözleşme sorumluluğunu kabul etmiştir. Mahkeme olayda, taraflar arasında yalnızca hatır için yapılan eylemlerde olduğu gibi fiili bir süreç/ilişki değil, satımı hazırlayan/ satıma yönelik *sözleşme benzeri nitelik taşıyan* ve bu bakımdan satıcının ve satın alma niyetinde olan kişinin malların gösterilmesinde ve sunulmasında, diğer tarafın sağlığı ve mülkiyet hakları için gerekli özeni gösterme yükümü doğuran bir hukuki ilişki

¹⁹⁰ Bkz. GONZENBACH, s. 5, dipnot 18. Bu noktada hemen belirtelim ki, Türk/İsviçre Medeni Kanun ve Borçlar Kanunlarında culpa in contrahendoya ilişkin genel bir norm yoksa da, Alman Medeni Kanununda "Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa" ile § 311 ve § 241 paragraflarda yapılan eklemeler sonucu culpa in contrahendo'nun genel bir düzenlemeye kavuştuğunu söylemek mümkündür. Bkz. GÜRPINAR, s. 142, dipnot 415. Bununla birlikte, daha sonra değerlendirileceği üzere, yapılan düzenlemenin culpa in contrahendo kavramını büyük ölçüde genişlettiği, hatta bütünüyle anlamını değerıştirdiğini söylemek kanımızca mümkündür. Alman Medeni Kanunun kabulüne ilişkin süreçte JHERING'in ve culpa in contrahendo sorumluluğun etkilerine ilişkin geniş bilgi için bkz. NICKEL, s. 54 – 60.

¹⁹¹ LEONHARD, F., *Verschulden beim Vertragsschlusse*, Berlin, 1910, s. 58. Nitekim "Culpa in Contrahendo" terimi yerine "Verschulden bei Vertragsschluss" "Sözleşmenin kurulmasında kusur" ifadesini de, anılan sorumluluğu sadece geçerli sözleşmeler için kabul ettiğinden, culpa in contrahendonun karşıt kavramı olarak bilinçli bir şekilde kullanmıştır. Bkz. GONZENBACH, s. 6-7 ve dipnot 23 ; NICKEL, s. 61. LEONHARD'dan sonra bu konuyu ele alan hukukçular OERTMANN ve SIBER'dir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NICKEL, s. 61 vd. ; BOHRER, M., *Die Haftung des Dispositionsgaranten*, Ebelsbach, 1980, s. 118 vd.

¹⁹² RGZ 62, 315 – 319. Bu karara ilişkin olarak ayrıca bkz. NICKEL, s. 62 ; BOHRER, s. 104-105.

içinde olduklarını kabul etmiştir. Anılan olayda, satıcı ile müstakbel alıcı arasında satım sözleşmesi kurulmamış, ancak sözleşme görüşmeleri başlamıştır. Öte yandan mahkeme, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerini gözetme borcunun doğması için, olayda olduğu üzere, sözleşme görüşmelerinin başlamasını gerekli görmemektedir. *Satın alma niyetinde olan veya böyle bir niyeti olmasızın surf ziyaret için gelen kişiyle, mağaza sahibi arasında, söz konusu kişinin mağazaya girmesi ile yukarıda ifade edildiği gibi, konusu yoğun koruma yükümleri olan bir hukuki ilişkinin doğduğunu kabul etmektedir*¹⁹³.

Anılan karar gerek Alman öğretisinde gerekse İsviçre öğretisinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Bu noktada, kusurun sözleşmenin kurulmasıyla ilgili değil, sözleşmenin içeriğiyle de ilgisi olamayan şeylere ilişkin olduğu, zarar görenin sözleşmenin tarafı sıfatıyla zarar görmediği ifade edilmiştir¹⁹⁴. Ne var ki, İmparatorluk Mahkemesinden sonra Federal Mahkeme de aynı yönde kararlar vermeye devam etmiştir. Federal mahkeme 1961 yılında verdiği kararda muz kabuğuna basıp düşen müşteriye mağaza sahibine karşı culpa in contrahendodan doğan bir talep hakkı tanımıştır. Daha sonra 1966 yılındaki sebze yaprağı (Gemüseblatt) kararında, alışveriş yapan annesinin yanında iken sebze yaprağına basıp düşen kız çocuğu için aynı hakkı tanımıştır. Bir başka deyişle, koruma yükümünü sadece sözleşmenin tarafı olan kişi (anne) lehine değil, ayrıca onun koruma alanındaki kişiler (kızının) lehine de genişletmiştir¹⁹⁵.

Federal Mahkeme sebze yaprağı kararında LARENZ'in "geschäftlicher Kontakte" "işlemsel temas" görüşüne yollama yapmıştır. LARENZ, 1954 yılında yazdığı makalede, öncelikle Federal Mahkemenin "Sözleşmenin yapılmasında

¹⁹³ RG v. 7.12.1911, RGZ 78, 239 – 240 (Linoleumrollenfall). Bu karar için ayrıca bkz. SUNGURBEY, s. 103-105.

¹⁹⁴ TITZE, H., Verschulden beim Vertragschluss, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd VI, Berlin/Leipzig, 1929, s. 517. Diğer yazarlar için bkz. SUNGURBEY, s. 105 vd.; GONZENBACH, s. 41 vd.; ACKERMANN, s. 41-42. Daha sonra inceleyeceğimiz üzere, esas itibarıyla burada tipik bir haksız fiil söz konusudur.

¹⁹⁵ GONZEHBACH, s. 41. BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961. BGHZ 66, 51 (Gemüseblatt) Bu olayda, anne alışverişini bitirmiş, kızıyla birlikte aldıklarını paketlemek üzere vestiyere giderken, kızı sebze yaprağına basıp düşmüş ve sağ dizinde bedensel acıya sebep olan ve daha sonra uzun süreli bir tedavi süreci gerektiren bir eklem kanaması (Gelenkluterguss) söz konusu olmuştur. BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961.

kusurdan doğan sorumluluk, sözleşme görüşmelerinin kabul edilmesinden doğan ve görüşmecinin muhatabına karşı olan davranışlarında mutad özeni göstermekle yükümlü kılan, yazılı hukukun tamamlanmasıyla yaratılan/ ortaya konan yasal borç ilişkisinden doğar”¹⁹⁶ ifadesine yer vermiş¹⁹⁷, devamında imparatorluk mahkemesi kararlarına da atıfta bulunarak – özellikle yer muşambası kararına – söz konusu olaylarda yoğun/ arttırılmış koruma yükümlerinin, sözleşme görüşmelerinin başlamasından itibaren değil, mekâna girilmek suretiyle işlemsel temasın başlamasıyla birlikte ortaya çıktığını ifade etmiştir. Öte yandan mekâna giren kişinin alışveriş niyeti taşıyıp taşımadığı da önemli değildir, sadece ürünleri incelemek veya fiyatlarını öğrenmek için de girmiş olsa işlemsel temas başlamıştır¹⁹⁸. Bununla birlikte LARENZ, kişinin örneğin, tanıdığı görmek veya ısınmak ya da yağmurdan korunmak için mekâna girmiş olması halinde haksız fiile dair hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁹⁹. Nihayetinde “*sözleşme görüşmelerinden veya diğer işlemsel temastan doğan yasal borç ilişkisi*”²⁰⁰ kavramına ulaşmış ve bu kavram/ilişki gerek Federal Mahkemece gerekse öğretideki yazarların büyük çoğunluğu tarafından kabul görmüştür²⁰¹. Anılan ilişki için genelde tercih edilen terminoloji “Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi” terimidir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisiyle sözleşme görüşmelerinden bir adım öteye

¹⁹⁶ BGHZ 6, 333.

¹⁹⁷ LARENZ, K., Culpa in Contrahendo, Vehkehrssicherungspflicht und “Sozialer Kontakt” (Sozialer Kontakt), in. MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) 9/1954, s. 515-516.

¹⁹⁸ LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 518. LARENZ, anılan makalesinde, söz konusu sorumluluğun başlangıcını, işlemsel temas değil, daha da geniş bir başka kavramla – sosyal temasla – açıklayan ERMAN ve DÖLLE’nin görüşlerini eleştirmiştir. Baskın görüş, LARENZ’in görüşüne katılmış ve sorumluluk için işlemsel temasın varlığı şartını aramıştır. Bkz. KIRCA, s. 171 ve dipnot 929. Bkz. ERMAN, W., Beitrage zur Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139, 1934, s. 273 vd. ; DÖLLE, H., Aussergesetzliche Schuldspflichten, ZStW 103, 1943, s. 67 vd. Anılan görüşleri de değerlendiren bir çalışma için bkz. ULUSAN, İ., Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, I, İstanbul, 1982, s. 275 vd.

¹⁹⁹ Kişinin böyle bir amaçla girdiğini mağaza sahibinin ispatlaması gerekecektir. LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 518. Bununla birlikte, EMMERICH, sonradan, kişinin alışveriş amacıyla mı, yoksa sadece ısınmak için mi mağazaya girdiğini tespit etmenin zorluğuna değinmiş ve anılan hükmün kişinin somut bir alım niyeti olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Öte yandan, müstakbel müşterilerin beraberlerindeki çocukları da bu korumadan yararlanacaklardır. Sadece suç işlemek için mekâna giren kişiler bu korumadan faydalanamazlar. Bkz. EMMERICH, § 311, s. 1458, N. 72. Buna karşılık SCHULZE, kişinin ısınmak veya hırsızlık yapmak için mağazaya girmesi halinde bu hükmün uygulanmayacağı düşüncesindedir. Nitekim kendisi de konunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir. SCHULZE, s. 410, N. 16.

²⁰⁰ LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 518.

²⁰¹ BGHZ 66, 51 (Gemüseblatt) ; KIRCA, s. 171 dipnot 929’da yollama yapılan yazarlar.

gidilmiştir, artık sözleşmesel sorumluluğa dair ilkeler, sözleşme görüşmelerinin başlamasından da önce uygulama alanı bulmaktadır²⁰².

Culpa in contrahendo çok çeşitli olguyu kapsayan bir kavramdır²⁰³. Sözleşme görüşmeleri sürecinde görüşenlerin birbirlerinin beden bütünlüklerine ve mülkiyet haklarına zarar vermeme yükümü culpa in contrahendo sorumluluğunun bir yönünü oluşturmaktadır. Anılan yön, *münhasıran* görüşenlerin bütünlük menfaatine hizmet etmektedir²⁰⁴. Bundan başka, görüşme sürecinde tarafların müstakbel sözleşme ile ilgili olarak birbirlerine gerekli açıklamaları yapma, aydınlatma yükümleri de vardır, keza bu yükümlerin de kaynağı dürüstlük kuralıdır. Ancak ihlalleri farklı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Şöyle ki, sözleşme görüşmeleri sürecinde beden bütünlüğünün ve mülkiyetin ihlali aynı zamanda haksız fiil teşkil eder, oysaki taraflar birbirlerine yanlış veya eksik bilgi vermişse, hile veya hata sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesi söz konusu olabilir veya bu yükümlerin ihlaline rağmen sözleşme iptal edilmemiş olabilir ya da sözleşme kurulmasa da yanlış veya eksik bilgi muhatabın mal varlığına zararına uğramasına neden olabilir. Bu noktada, hangi hükümlere başvurulacağı somut vakiye göre belirlenmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, hata ve hile söz konusu olduğunda kural olarak menfi zarar tazmin edilecektir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun ikinci yönü, yani müstakbel sözleşmeye ilişkin tarafların birbirlerine açıklama yükümünü, imparatorluk mahkemesi ilk kez Luisinlichtfall kararında ortaya koymuştur²⁰⁵. Bu olayda, davacı, davalıya işletmesini pek çok fabrika malıyla birlikte – bu arada Luisinlicht’le – on yıl için devretmiştir. Bundan başka davalı, satış bürosunun döşenmesini de yükümlenmiştir. Tarafların iradelerine göre, işletmenin asıl ürünü (satacağı madde) Luisinlichttir. Sözleşme yapıldığı sırada davalı, davacı ile anılan maddenin patent sahipleri arasındaki uyuşmazlıktan haberdar değildir. Patent sahipleri (Luisinlicht’in) sözleşmenin yapılmasından önce, davacıyı birçok kez, davalıyı da sözleşmenin yapılmasından çok

²⁰² Bkz. LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 11. LARENZ, s. 14 ve 104 vd. Bu görüş Alman Medeni Kanununda “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile § 311 ve § 241 paragraflarda yapılan eklemeler sonucu artık yasal düzenlemeye de kavuşmuştur.

²⁰³ MEDICUS, AT, s. 46 – 47 N. 103 ;NICKEL, s. 69.

²⁰⁴ Bu konuda bkz. NICKEL, s. 69 – 70. Ayrıca bkz. BOHRER, s. 104.

²⁰⁵ NICKEL, s. 63 ; BOHRER, s. 107. RG JW 1912, s. 743.

kısa bir süre önce, Luisinlicht'in satışını bırakmak istedikleri konusunda uyarılmışlardır. Ancak davalı, bu durumu anlamamış, satış bürosu döşedikten – dolayısıyla edimini yerine getirdikten sonra – patent sahipleri bu uyuşmazlığı ileri sürerek, Luisinlicht'in davalı tarafından satışını durdurmuşlardır. Bundan dolayı da davalı zarara uğramıştır²⁰⁶. İmparatorluk Mahkemesi, sözleşmenin kurulmasında çekişmeli/ tartışmalı hususlara ilişkin bilgi verme yükümünün, aynı şekilde sözleşmenin kurulmasından sonra da var olduğunu, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması bir bütün teşkil ettiği için, sözleşme görüşmelerindeki yükümlerin, sözleşmesel yüküm olarak kabulünün gerektiğini ifade etmiştir²⁰⁷.

Öte yandan, mahkeme, söz konusu olayda, sözleşmenin kurulmasında kusurun söz konusu olmadığını, geçersiz bir sözleşmeye dayanılmadığını, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk hallerinin BGB'de düzenlendiğini ve bu hallerde zarar görenin menfi zararının tazmin edildiğini belirtmiştir²⁰⁸. Buna karşılık olayda müspet zararın tazminine hükmedilmiştir. Mahkemeye göre, bu hususta BGB herhangi bir hüküm içermemektedir, ama bu sorumluluğu red de etmemektedir²⁰⁹. Bu noktada, imparatorluk mahkemesi, ilk defa, taraflar arasındaki güven ilişkisini (sözleşmenin kurulmasında kusur – culpa in contrahendoyu değil) sorumluluğun kaynağı olarak kabul etmiştir²¹⁰. Müteakiben İmparatorluk Mahkemesi, bir başka kararında konuyu yeniden değerlendirmiş, bu kez, culpa in contrahendonun karşısında, sözleşme öncesi güven ilişkisinden doğan bağımsız bir sorumluluğun varlığını kabul etmiştir²¹¹. Takip eden kararlarında da sözleşme öncesi güven ilişkisinden doğan sorumluluğu culpa in contrahendodan bağımsız olarak değerlendirmiştir. Nihayetinde imparatorluk mahkemesi 1936 yılında verdiği bir kararla, sözleşmenin ön etkisi olayları ve sözleşme benzeri hukukî ilişkileri, sözleşme görüşmelerinden doğan bütünsel sözleşme benzeri güven ilişkisine dönüştürmüştür²¹².

²⁰⁶ RG JW 1912, s. 743 ; NICKEL, s. 63.

²⁰⁷ RG JW 1912, 743 –744.

²⁰⁸ RG JW 1912, s. 743.

²⁰⁹ RG JW 1912, s. 743-744.

²¹⁰ BOHRER, s. 107.

²¹¹ BOHRER, s. 107. KIRCA, s. 164. RGZ 88, 103.

²¹² RGZ 151, 357. KIRCA, s. 165 ; BOHRER, s. 118. Ayrıca bu karara kadar gelen süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOHRER, s. 109 – 118.

Bu aşamaya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, culpa in contrahendo kavramı, ilk çıkış noktasından çoktan uzaklaşmış, hatta kendinden doğan kavramların bir alt türü haline gelmiştir. Alman hukukunda bugün büyük ölçüde kabul gören güven ilişkisi – güven sorumluluğu, culpa in contrahendo kavramından hareketle doğmuş, ancak onu da içine alacak kadar genişlemiştir. Yer muşambası kararında, gerçekten de sözleşme görüşmeleri içinde, ifa yardımcısının müşterinin vücut bütünlüğünü ihlal etmesi söz konusu olmuştur. Ancak İmparatorluk Mahkemesinden sonra, Federal Mahkeme, müteakip kararlarında sözleşme görüşmeleri kavramını geriye çekip veya daha doğru bir ifadeyle ondan vazgeçip bu kez işlemsel temas kavramını kabul etmiş, başlangıçta sözleşme görüşmeleri için kabul edilen sorumluluğu bir ölçüde genelleştirmiştir²¹³. Esas itibariyle, artık burada culpa in contrahendo söz konusu değildir. Nitekim mahkeme de artık culpa in contrahendoya değil, doğrudan güven ilişkisine dayanmıştır.

B. Bütünsel Yasal Borç İlişkisi

Culpa in contrahendo ve edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramlarıyla aynı düzlemde gelişen, hatta edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin başladığı noktayı ifade eden, yukarıda koruma yükümleri işlenirken yollama yaptığımız, bir başka kavram da “özel ilişki” veya “özel bağlantı”dır. Esas itibariyle bu kavram otuzlu yıllardan beri Alman hukukunda kullanılmaktadır²¹⁴. Ancak, özel bağlantı kavramını, sadakat yükümlerinden doğan bütün hukuki ilişkileri kapsayacak biçimde kabul eden bu görüş, ilk defa 1953 de LARENZ tarafından kendi ders kitabında etkin/ esaslı biçimde savunulmuştur²¹⁵.

²¹³ Bu konu culpa in contrahendo incelenirken açıklanacaksa da, şimdiden söyleyelim ki, sözleşme görüşmeleri sürecindeki haksız fiil olguları bakımından – görüşülen sözleşme ile bir ilgisi olmadığı için – JHERING’in ifade ettiği anlamda bir culpa in contrahendo olduğunu düşünmüyoruz. Dolayısıyla “sözleşme görüşmeleri için kabul edilmesi gereken” ifadesi sadece haksız fiil olgularının gerçekleştiği zaman kastedilerek kullanılmıştır.

²¹⁴ KREBS, s. 4.

²¹⁵ LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953, s. 79. LARENZ’e göre, hukuki ilişkilerin ve özellikle de her hukuki özel bağlantının temelini, doğruluğun sağlanması ve güvenin korunması oluşturur. Bu sebeple anılan ilke (dürüstlük kuralı) sadece borç ilişkileri ile sınırlandırılmaz, aksine hukuki bir özel bağlantının olduğu her yerde, örneğin eşya hukukunda, usul hukukunda ve kamu hukukunda bu ilke geçerlidir. KREBS, s. 4.

Özel bağlantı kavramı, haksız fiil hukukunda zararın doğmasından önce zarar verenle zarar gören arasında herhangi bir ilişkinin olmamasına karşılık, koruma yükümü ihlalinden doğan sorumluluğa dayanılan hallerde zarar görenle zarar verenin birbirleri karşısındaki durumunun, haksız fiilden farklı olduğu, gözlemine dayanmaktadır²¹⁶. Özel bağlantıda, haksız fiildeki taraflar arasında olmayan (veya özel bağlantıda olduğu kadar yoğun olmayan) ilişkiden farklı, daha yoğun bir ilişki söz konusudur. Örneğin tipik bir haksız fiil durumu olan, trafik kazasında zarar görenle zarar veren arasında, zararın doğmasından önce hiçbir ilişki yoktur. Buna karşılık, yer muşambası kararında olduğu gibi, özel bağlantıda, zarar verenle zarar gören arasında, en azından trafik kazasında olduğundan daha yoğun bir ilişki mevcuttur²¹⁷.

Esasen, sözleşme görüşmelerinin başlaması da, bilgi verme yükümlerinin başlangıç noktası olarak bir özel bağlantı oluşturmaktadır²¹⁸. Ancak yukarıda da yer verildiği üzere, Alman hukuku uygulaması, özel bağlantıyı sözleşme görüşmelerinden daha önceki bir zamana çekmiştir²¹⁹.

Sonuç olarak, muhataplara birbirlerinin hukuk alanlarını etkileme imkânı veren özel bağlantının oluşmasıyla, anılan taraflar arasında, edim yükümleri içermeyen, ancak koruma yükümleri içeren ve dürüstlük kuralından doğan bir hukuki ilişki ortaya çıkar. Edim yükümünden bağımsız olan bu borç ilişkisi, sözleşmeye değil, karşılıklı güvene dayandığı için yasal bir borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir²²⁰.

İşlemsel temas veya daha genel ifadesiyle özel bağlantının gerçekleşmesiyle başlayan sürecin devamında sözleşme kurulsa, özel bağlantıyla doğan hukuki

²¹⁶ KREBS, s. 6.

²¹⁷ Bu konuda bkz. LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 517. Bu anlamda özel bağlantı kavramının eleştirisi için bkz. GONZENBACH, s. 35 vd.

²¹⁸ GONZENBACH, s. 38-39 ; REY, H., Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, FS für Max KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989, s. 233 ; KELLER, M., Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, Recht 1987, s. 136-137.

²¹⁹ Bu konudaki tipik örnek Federal Mahkemenin mağazanın tekstil bölümünde yere atılmış muz kabuğuna basan müşteriyi sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre korumasıdır. BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961.

²²⁰ KRAMER, Einl., s. 37-38, N. 81. Ayrıca bkz. KIRCA, s. 158 ve dipnot 858'de yollama yapılan yazarlar.

ilişkinin akıbeti ne olacaktır? Sözleşmenin kurulmasıyla doğan akdi ilişkinin yanında, önceden doğmuş bulunan yasal borç ilişkisinin varlığı devam edecek midir veya ortadan kalkıp akdi ilişkiye mi dâhil olacaktır? Öğretide bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır:

LARENZ, sözleşmenin kurulması halinde, önceki ilişkinin sözleşme ilişkisi içinde devam edeceğini, akdi ilişkiye dâhil olacağını ifade etmektedir²²¹. Esas itibariyle, sözleşmesel borç ilişkisi de koruma yükümlerini içermektedir. Buna karşılık, öğretideki diğer görüş, yasal borç ilişkisinin sözleşme ilişkisinin yanında varlığını devam ettireceği yönündedir. İlk olarak CANARIS tarafından ifade edilen bu görüşe göre, sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte tarafların yükümlerinin kaynağı müstakbel sözleşme değil, ortaya çıkan güven ilişkisidir, onun da hukuki dayanağı dürüstlük kuralıdır²²². Söz konusu ilişki tarafların iradelerine bağlı olmadığı için akdi değil, yasal borç ilişkisi söz konusudur, öte yandan koruma yükümlerinin ortaya çıkması edim yükümlerinden bağımsız olduğu gibi, söz konusu yükümler daha sonra sözleşmenin kurulmasından ve geçersiz hale gelmesinden etkilenmez²²³.

CANARIS, geçersiz sözleşmelerde koruma yükümlerini irdeleyen bu makalesinde “bütünsel yasal borç ilişkisi” kavramına ulaşmıştır. Anılan ilişki, işlemsel temasın başlamasıyla doğar, sonraki aşamalarda da – sözleşme görüşmelerinin başlaması, sözleşmenin yapılması ve ifa aşamasına geçilmesiyle – yoğunluğu artarak devam eder²²⁴. Öte yandan, sözleşmeden doğan edim borçlarının sona ermiş olması da anılan ilişkiyi etkilemez, muhataplar arasındaki son hukuki bağ/ilişki ortadan kalkıncaya dek²²⁵ koruma yükümleri ilişkisi devam eder. CANARIS, gerçi sözleşme sonrası koruma yükümlerini veya ileriye etkili sadakat

²²¹ LARENZ, s. 15 ve 117 vd. Bu görüş “Umschlagstheorie” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. KRAMER, Einl., s. 38-39, N. 83 dipnot 367.

²²² CANARIS, JZ 1965, s. 476. Bu görüşe katılan yazarlar için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 144, dipnot 362’de yollama yapılan yazarlar.

²²³ CANARIS, JZ 1965, s. 476.

²²⁴ CANARIS, JZ 1965, s. 479. Esas itibariyle koruma yükümleri, bir sözleşmenin kurulmuş olması halinde, sözleşmeden doğan edim borçları sona erdikten sonra da devam eder.

²²⁵ FROST, M., Vorvertragliche und Vertragliche Schutzpflichten, Berlin, 1981, s. 221.

yükümlerini irdelememiştir, ancak bütünsel borç ilişkisi kavramına iptal edilen – geçersiz sözleşmeleri inceleyerek ulaşmıştır²²⁶.

Bütünsel borç ilişkisi görüşüne göre, varlığını sözleşmeye, dolayısıyla tarafların iradelerine borçlu olmayan bir ilişki, sözleşmenin kurulmasıyla birdenbire sözleşmesel bir karaktere bürünmez. Koruma yükümleri ilişkisinin sözleşmenin kurulmasıyla sözleşmeye dâhil olduğu kabul edildiği takdirde, iptal edilen hukuki işlemler için şöyle bir sonuç doğacaktır: Hukuki işlemlerin iptalinde “iptal teorisini” kabul ettiğimiz halde²²⁷, iptal hakkı kullanılmakla, geçerli bir işlemin daha sonra, başlangıçtan/ yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmesi söz konusu olur. Bu noktada, sözleşmenin kurulmasıyla sözleşmesel niteliğe bürünen koruma yükümleri ilişkisinin iptalle birlikte ortadan kalktığını veya akdi ilişki ortadan kalkmakla birlikte, koruma yükümlerinin yeniden doğduğu sonucuna varmak gerekecektir. Öte yandan, koruma yükümlerinin sözleşmeden doğan edim borçları sona erdikten sonra da devam ettiği kabul edilmektedir. Şayet koruma yükümleri akdi ilişki içine dâhil olursa, sözleşmeden doğan edim yükümleri sona erdikten sonra, benzer şekilde, anılan yükümlerinin yeniden canlanması veya doğması gibi bir sonuca varmak gerekecektir²²⁸.

Esas itibariyle, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin işlevi, haksız fiil vakıalarını sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tahvil etmenin dışında, sözleşme öncesi aşamayı dürüstlük kuralına dayanarak düzenlemektir. Dürüstlük kuralı, kişilerin bütün hukuki ilişkilerini, hukuki sonuç doğurmaya elverişli davranışlarını, tabi bu bağlamda sözleşme görüşmelerini de, doğruluk ve güven kurallarına göre şekillendirmelerini emreder. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ifadesi kullanılsaydı veya öğreti böyle bir kavrama ulaşmasaydı ya da bu şekilde adlandırmaydı bile, sözleşme öncesi aşama ve bu süreçte dürüstlük kuralının amir olması söz konusu olurdu. Nitekim, hileye ve ayıbın ve zapt tehlikesinin hileyle gizlenmesine müeyyide getiren hükümler de, kanaatimizce, yasa koyucunun bu

²²⁶ Hemen belirtelim ki, CANARIS de anılan yükümlerinin varlığını kabul etmektedir. Bkz. CANARIS, JZ 1965, s. 478, IV. 1.

²²⁷ Baskın görüş iptal teorisini kabul etmektedir. Bkz. EREN, s. 370 – 371 ve burada yollama yapılan yazarlar.

²²⁸ Bkz. KIRCA, s. 101. Bkz. GONZENBACH, s. 50 vd.

süreci dürüstlük kuralından vareste tutmadığının bir delilidir. Buna karşılık, yasa koyucu sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı, sözleşme öncesi aşamanın aksine, ayrıntılı olarak düzenlemiş, hatta belli sözleşme tiplerine münhasır hükümler de sevk etmiştir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, sadece sözleşme öncesi aşamayı tanımlamak ve somutlaştırmakla zaten deyim yerindeyse görevini ifa etmektedir. Müteakip aşama, zaten yasa koyucunun düzenlendiği bir aşamadır, bu aşama için dürüstlük kuralına dayanarak ayrıca bir ilişki tanımlamaya gerek yoktur. Şüphesiz, taraflar edim borçlarını da dürüstlük kuralına göre yerine getirmek, bu süreçte muhataplarının edim/ifa menfaati dışındaki menfaatlerini de gözetmekle yükümlüdürler. Yani koruma yükümleri bu süreçte de mevcuttur. Ancak zaten bütün bu hususlar yasal düzenlemenin kapsamındadır.

Bütünsel borç ilişkisi, yukarıda da belirtildiği gibi, ilk bakışta, teorik olarak tutarlı görünmektedir. Bununla birlikte, sözleşme iptal sebebiyle geçersiz hale gelse bile, kurulmasından iptale kadar geçen süre içinde – esasen sözleşmenin geçerli sanıldığı süre – taraflar koruma yükümlerinden kurtulmuş değildir. Örneğin kiracı, sözleşme geçersiz de olsa, kendisine teslim edilen kiralananı özenle kullanmakla yükümlüdür. Kira konusunun zarar görmesinden sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre sorumludur²²⁹. Bütünsel borç ilişkisinin kabulü, yasa koyucunun, adıyla ve içeriğiyle doğrudan düzenlediği bir alana, öğretinin dürüstlük kuralına dayanarak bir boşluğu doldurmak için ulaştığı bir ilişkiyi ithal etme sonucu doğurmaktadır. Bunun neticesi de, sözleşme sonrası aşamada, sözleşmesel borç ilişkisinin (tek ve bütün bir borç ilişkisinin) farklı esaslara dayanan iki farklı ilişkiye bölünmesidir^{230 231}. Dürüstlük kuralı her zaman geçerlidir, kurulan sözleşmenin sonradan iptal edilmesi veya geçersiz olması, dürüstlük kuralının, sözleşmenin kurulmasından geçersizliğe kadar geçen sürede, cari olmadığı anlamına gelmez. Dürüstlük kuralından doğan bir ilişki geçersiz hale de gelmez. Sadece uygulanacak olan hükümler değişir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte bunlar sözleşmesel sorumluluk hükümleridir. Sözleşme akamete uğrarsa, irade sakatlığı

²²⁹ LARENZ, s. 119.

²³⁰ LARENZ, s. 120.

²³¹ Bu bağlamda, CANARIS'in, yanlış anlaşıldığı, aslında iki ayrı borç ilişkisini kabul etmediği görüşüne ilişkin olarak bkz. ARAL, s. 117-118 ; FROST, s. 218-219.

veya başkaca bir sebeple geçersiz hale gelirse, buna ilişkin özel düzenlemeler söz konusu olacağı gibi, yasal düzenlemeye kavuşmamış haller içinde culpa in contrahendo sorumluluk zaten ittifakla kabul edilmektedir. Ancak, kanaatimizce culpa in solvendo varsa, culpa in contrahendo uygulanmaz²³².

C. Güven Sorumluluğu

Güven sorumluluğu, culpa in contrahendo öğretisiyle başlayan sürecin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Esas itibarıyla, c.i.c, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, keza bütünsel borç ilişkisi birbirlerine paralel gelişmiş kavramlardır. Bugün için culpa in contrahendo sorumluluğun güven sorumluluğunun bir türü olduğunu söylemek mümkündür²³³. Güven sorumluluğu, bütünsel kanuni borç ilişkisine dayandığı için, sadece sözleşme öncesini değil, koruma yükümlerinin var olduğu her safhayı kapsamaktadır. Culpa in contrahendo ise, sadece sözleşme öncesi aşamada söz konudur.

Culpa in contrahendo ve güven sorumluluğunun başlangıç noktası özel bağlantıdır, dolayısıyla da sözleşme öncesi aşamada gerçekleşmektedir. Yukarıdaki değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, özel bağlantı, sözleşme görüşmelerinden de önce gerçekleşebilmektedir. Bununla birlikte, sözleşme görüşmeleri tipik bir özel bağlantı olarak görülmektedir²³⁴. Esasen bizim inceleme konumuz, sözleşme öncesi aydınlatma yükümü olması nedeniyle, geniş anlamda güven sorumluluğundan çok, doğrudan culpa in contrahendo ile ilgilidir. Keza bu yükümün doğuşu da, örnekle ifade edersek, bir mağazaya girmekle değil, yapılması düşünülen sözleşmeye ilişkin görüşmenin başlaması ile gerçekleşir. Ancak sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, adı üzerinde, sözleşme öncesi aşamada doğması nedeniyle, bu safhanın irdelenmesini gerektirmektedir. Sözleşme öncesi, bu konudaki öğretisi ve içtihatlar çerçevesinde,

²³² SUNGURBEY, s. 112 vd.

²³³ KIRCA, s. 137 ; GÜRPINAR, s. 211 ; HARTMANN, s. 108, N. 256 ; FEHLMANN, R., Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, St. Gallen, 2002, s. 122 ; WALTER, H. P., Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001, s. 80 ; DEMİRCİOĞLU, s. 163.

²³⁴ KIRCA, s. 119 ve dipnot 631.

sözleşme görüşmelerinden daha önce, örnek bağlamında mağazaya girmekle başlamaktadır.

Güven sorumluluğunu, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu dışında ayrı bir sorumluluk türü olarak ele alan, bütünsel yasal borç ilişkisi kavramının da kurucusu olan CANARIS'dir. Koruma yükümlerinden hareketle oluşturduğu bütünsel yasal borç ilişkisi kavramından nihayetinde güven sorumluluğuna ulaşmıştır²³⁵.

Biz güven sorumluluğunu, konumuzla ilgili olduğu ölçüde ana hatlarıyla açıklamaya çalışacağız. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ne Alman ne de İsviçre/Türk hukukunda güven sorumluluğu böyle bir adlandırmayla üçüncü bir sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Ancak bu güvenin sorumluluk kurucu özelliğini bertaraf etmez ki culpa in contrahendo bunun tipik bir örneğidir, kökeni dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı da, orta zekâlı, makul kişilerin karşılıklı güvene dayalı ilişkileri sonucunda oluşmuş ve herkesçe benimsenmiş kurallar bütünüdür.

Güven sorumluluğu, bir başkasının haklı olarak güvendiği bir durumu yaratan kişinin, bundan sorumlu olmasını, bu davranışının arkasında durması gereğini ifade eder²³⁶. CANARIS, güven sorumluluğunu dört bölümde değerlendirmiştir²³⁷. Bunlardan konumuzla ilgili olan dar anlamda güven sorumluluğu ve açıklamadan doğan sorumluluktur.

Öte yandan, güven sorumluluğu hukuki sonuçları bakımından, hukuki görünüşe güven ve fiili görünüşe güven olmak üzere ikiye ayrılır. Güven, ya güvenen kişinin güvendiği olgunun, hukuken kendisinin güvendiği hale getirilmesiyle korunur ki bu güvenin pozitif korunması olarak ifade edilmektedir veya güvendiği duruma güvenmeseydi içinde bulunacağı duruma uygun hale getirilmesiyle, yani boşa çıkan

²³⁵ CANARIS, C. W., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (Vertrauenshaftung), München, 1971.

²³⁶ GÜRPINAR, s. 215-218 ; KIRCA, s. 136.

²³⁷ CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 526 vd.

güveni sebebiyle uğradığı zararın tazmini yoluyla (negatif güvenin korunması) korunur²³⁸.

Dar anlamda güven sorumluluğu/ emanet sorumluluğu²³⁹ (Anvertrauenshaftung), özel bağlantının gerçekleşmesinden sonraki süreçte, kişinin bütünlük menfaatlerinin ihlali sonucunda söz konusu olan sorumluluktur. Bu bağlamda, sözleşme görüşmeleri sırasında uğranılan zararlardan doğan sorumluluk da buna dâhildir. Nitekim CANARIS, örnek olarak muz kabuğu kararına yollama yapmaktadır. Yazara göre, zarar gören hukuki işlem sürecinde kendi hukuki değerlerini muhatabının onlara etki etme imkânına açmıştır ve bu anlamda muhatabına güvenmiştir²⁴⁰.

Dar anlamda güven sorumluluğunun kapsamındaki vakılarda söz konusu olan negatif güvenin korunması, uğranılan zararın tazmin edilmesidir. Zararın hangi hükümlere göre tazmin edileceği meselesi, aslında culpa in contrahendo ya hangi sorumluluk normlarının uygulanacağı sorunsalı ile örtüşmektedir²⁴¹. Alman hukuku bakımından artık sözleşme sorumluluğunun uygulanması söz konusudur (BGB § 311/II ve § 241/2)²⁴².

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü bakımından, güven sorumluluğunun esas olarak konumuzla bağlantılı yönü, açıklamadan doğan sorumluluktur (Erklaerungshaftung). Kişinin, yanlış bilgi vermesinden veya vermesi gereken bilgiyi vermemesinden doğan sonuçlardan sorumlu olması anlamına gelmektedir²⁴³. İsviçre

²³⁸ KIRCA, s. 135-137 ; DEMİRCİOĞLU, s. 165-166 ; AKYOL, s. 54 ; WALTER, ZSR, s. 82-83. CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 526 vd. Karş. LOSER-KROGH, P., Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, Recht und Internationalisierung, Zürich, 2000, s. 128 ; LOSER, P., Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern, 2006, s. 8, N. 4.

²³⁹ KIRCA, s. 136 ; GÜRPINAR, s. 219. LOSER-KROGH, bu türü gelişim menfaatlerinden (Abwicklungsinteresse) doğan güven sorumluluğu olarak adlandırmaktadır. Bkz. LOSER-KROGH, s. 131 ; LOSER, s. 539, N. 875 vd.

²⁴⁰ CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 539-540.

²⁴¹ Hemen belirtmek isteriz ki, bu safhada gerçekleşen haksız fiil olgularının aslında culpa in contrahendo olmadığı kanaatindeyiz. Ancak çalışmanın bütünlüğünün bozulmaması için, incelemeyi bu şekilde yapmak durumundayız.

²⁴² İsviçre- Türk Hukuku ileride değerlendirilecektir.

²⁴³ CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 532 – 533 ve dipnot 42. Bkz. ve karşı. HILDEBRANDT, H., Erklarungshaftung, Berlin und Leipzig 1931, s. 132.

öğretisinde LOSER-KROGH, açıklamadan doğan sorumluluğu bağlantı menfaatlerinden (Bindungsinteresse) doğan sorumluluk ve karar menfaatlerinden (Entscheidungsinteresse) doğan sorumluluk olarak incelemektedir. Bağlantı menfaatlerinden doğan güven sorumluluğu, irade beyanının sakatlığı veya hukuki işlemin geçersizliği, imkânsızlık, hukuka aykırılık veya şekil eksikliği sebebiyle culpa in contrahendo, şekil eksikliğine rağmen bağlayıcı etki, geç gelen kabulden doğan sorumluluk vb. halleri kapsamaktadır. Karar menfaatlerinden doğan güven sorumluluğu ise, sözleşmenin konusuna ilişkin yanlış bilgi verilmesi veya verilmesi gereken bilginin verilmemesi sonucunda muhatabın güveninin boşa çıkarılmasında söz konusu olmaktadır²⁴⁴.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlalinden doğan sorumluluk bu sınıflandırma çerçevesinde açıklamadan doğan sorumluluk, bu çerçevede bağlantı ve karar menfaatlerinden doğan güven sorumluluğu kapsamında ortaya çıkacaktır. Anılan hallerde, pozitif güvenin mi korunacağı, yoksa sadece tazminatın mı söz konusu olacağı (negatif güvenin korunması), somut olaya göre değişecektir. Ancak genellikle, güvenin korunmasında ortaya çıkan durum, negatif güvenin korunmasıdır, pozitif güvenin korunması ancak belli koşullar altında gerçekleşebilmektedir²⁴⁵.

D. İsviçre – Türk Hukukunda Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, Bütünsel Yasal Borç İlişkisi, Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumluluğu

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve bütünsel borç ilişkisi kavramı²⁴⁶ gerek Türk hukukunda²⁴⁷, gerekse İsviçre hukukunda²⁴⁸ çoğunlukla kabul

²⁴⁴ Bu hallere ilişkin geniş bilgi ve bu çerçevede başka örnekler için bkz. LOSER-KROGH, s. 130-131 ; LOSER, s. 169 vd, N. 266 vd. ; 403 vd., N. 658 vd.

²⁴⁵ LOSER-KROGH, s. 130-131 ; LOSER, s. 173 vd., N. 274 vd., s. 443 vd., N. 716 vd.

²⁴⁶ CANARIS, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramından bütünsel borç ilişkisi kavramına ulaşmıştır. Esas itibarıyla farklılık, özel bağlantının gerçekleşmesinden sonra sözleşmenin kurulması halinde önceki ilişkinin akıbeti noktasındadır. LARENZ, sözleşme kurulduktan sonra bu ilişkinin akdi ilişkiye dâhil olacağını kabul etmektedir. Türk hukukunda EREN ve KOCAYUSUFPAŞAOĞLU bu görüşe katılmaktadır. Bkz. LARENZ, s. 15 ve 117 vd; CANARIS, JZ 1965, s. 476; EREN, s. 43-44; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 14, N. 17. Karş. BULUT, N. K., Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul, 2009, s. 88. Ayrıca bkz. AYDINLI, İ., İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004, s. 24 vd.

edilmektedir. Güven sorumluluğunun, İsviçre hukuku bakımından tanınması, özellikle Swissair kararı ile söz konusu olmuştur. Anılan kararda, Federal Mahkeme, muhatapta güven uyandırmanın bir sorumluluk sebebi olabileceğini ifade etmiş, bu sonucun culpa in contrahendo ilkelerinin genelleştirilmesinden doğacağını belirtmiş²⁴⁹ ve bununla bütünsel borç ilişkisi kavramını kabul etmiştir²⁵⁰.

Bizim hukukumuz açısından, öğretilerde güven sorumluluğunu inceleyen çalışmalar yapılmıştır²⁵¹. Ancak bugün için Yargıtay'ın doğrudan güven sorumluluğunu kabul eden bir kararı söz konusu olmamıştır^{252 253}.

Culpa in contrahendoya gelince, bu aşamaya kadar da sürekli vurgulandığı gibi, güven sorumluluğuna ulaşan yolun başlangıç noktası culpa in contrahendodur. Bu nedenle de hep birlikte incelenen gelmiştir. Ancak biz, bu noktadaki görüşleri ifade etmek için, önce, culpa in contrahendonun iki yönüne tekrar değinmek istiyoruz.

Culpa in contrahendonun birinci yönü, esas itibariyle JHERING'in ortaya koyduğu, muhatapların menfi menfaatlerini korumaya dönük kısmıdır. Görüşülen

²⁴⁷ EREN, s. 41 vd. ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 8-9, N. 8 ; SEROZAN, MHAD 1968, s. 108 vd. ; SEROZAN, s. 248 vd., N. 1 vd. ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 11-12 ; AKYOL, s. 42 vd. ; KIRCA, s. 101 vd. ; AYDINLI, s. 84 ; DEMİRCİOĞLU, s. 126 vd. , s. 145-146 ; BULUT, s. 94 vd. Yargıtay, bir kararında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kabul etmiş, bunun hukuki temelini de MK. m. 2'ye dayanarak kabul edilen bütünsel borç ilişkisinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. YHGK, 1992/13-213 E., 1992/315 K., 6.5.1992 T., YKD 1992, C. 18, S. 8, s. 1176 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ATAMER, Y., Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD 1996, S. 1-2, s. 99 vd. ; ŞENOCAK, 277 vd.

²⁴⁸ İsviçre hukukunda bütünsel borç ilişkisi terminolojisi ile kabul edilmektedir. Bkz. KRAMER, Ber.Kom., s. 74, N. 143; WEBER, Ber.Kom., Vorbemerkungen zu Art. 97-109 (Vorb), s. 17-18, N. 48; WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 559, N. 10; BERGER, s. 689-690, N. 1979-1980.

²⁴⁹ Karar için bkz. BGE 120 II 331 vd., s. 335.

²⁵⁰ WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 559, N. 10. Anılan karara ve mahkemenin güven sorumluluğunu kabul eden başkaca kararlarına ve bu kararların değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. KIRCA, s. 148 vd. ; GÜRPINAR, s. 210 vd.

²⁵¹ Bkz. OĞUZTÜRK, s. 227 vd.

²⁵² Güven sorumluluğunu değil ama culpa in contrahendoyu ve görüşmeciler arasındaki güven ilişkisini kabul eden veya bu hususun gözetilmesi gerektiğini ifade eden kararları mevcuttur. Bkz. 19. HD, 2005/1932 E., 2005/4790 K., 28.04.2005 T., 13. HD, 1995/9375 E., 1995/4860 K., 13.11.1995 T., 13. HD, 1992/2492 E, 1992/4759 K., 21.05.1992 T., YHGK 1996/13-850 E., 1997/186 K., 12.03.1997 T., 19. HD, 2005/2865 E., 2005/11959 K., 01.12.2005 T., 19. HD, 2004/4912 E., 2004/11803 K., 30.11.2004 T. (Kararlar için bkz. <http://www.kazanci.com>)

²⁵³ Başka bir kaynağa (kitap veya şerh) yollama yapılmamış Yargıtay kararları, <http://www.kazanci.com>, internet sitesinden alınmıştır.

sözleşmeye ilişkin bilgi verme, aydınlatma bu alana dâhildir. İkinci yönü ise, kanaatimizce *JHERING'in incelediği anlamda culpa in contrahendo olmayan* bütünlük menfaati ihlalleridir²⁵⁴. Bu sorumluluk İsviçre ve Türk hukukunda münferit vakıalara ilişkin olarak düzenlendiği, bir başka deyişle, bu sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm söz konusu olmadığı için, anılan sürece hangi sorumluluk normlarının uygulanacağı tartışılmaktadır. Bu tartışma bağlamında da, genellikle, belirttiğimiz ayırım yapılmadan görüş açıklanmaktadır²⁵⁵. Bununla birlikte, sözleşme görüşmeleri sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini ayrı gören ve bunları haksız fiil olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur²⁵⁶.

Biz sözleşme görüşmeleri sürecinde gerçekleşen bütünlük menfaati ihlallerinin culpa in contrahendo olmadığını, söz konusu haksız fiil olgularına da, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Haksız fiil hükümlerinin yetersiz kaldığı noktalar varsa, yasa değişikliği yoluna gidilmelidir. Kanaatimizce, bu kavramları iç içe geçirmekten, aralarındaki ayırt edici özellikleri ortadan kaldırmaktan daha yerindedir²⁵⁷. Bu nedenle culpa in contrahendo'dan anladığımız sözleşme görüşmeleri sürecinde muhatapların birbirlerinin kural olarak²⁵⁸ malvarlığı menfaatlerini korumaya dönük yönüdür²⁵⁹.

Culpa in contrahendo teşkil eden durumların bazıları yasaca düzenlenmiştir; hataya düşen tarafın sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı muhatabının uğradığı zararı

²⁵⁴ Bu konuda bkz. ACKERMANN, s. 41.

²⁵⁵ EREN, s. 1083 vd., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 9, N. 8 ve s. 10, N. 11 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 979-980 ; SEROZAN, MHAD, s. 108 vd. Karş. YALMAN, S., Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s. 65.

²⁵⁶ GONZENBACH, s. 38 ; KRAMER, Ber.Kom., s. 77, N. 149 ; SCHWENZER, s. 296, N. 4710 ; KOLLER, s. 438, N. 42 vd. ; HONSELL, H., Schweizerisches Haftpflichtrecht (Haftpflichtrecht), Zürich, 2005, s. 55-56, N. 22.

²⁵⁷ Nitekim PICKER, haksız fiil teşkil eden vakıaların, haksız fiil alanından çıkarıp culpa in contrahendo kabul edilmesi sebebiyle, culpa in contrahendonun etiket dolandırıcılığıyla suçlandığını belirtmektedir. Bkz. PICKER, E., Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zum Problematik der Haftung zwischen “Vertrag und Delikt”, AcP, 1983, s. 376. HONSELL de, kabaca ifade edersek, götürü olarak sosyal temasa sorumluluk kurucu özellik tanıyanın, pandoranın kutusunu açtığını – sayısız sorumluluk doğuran olayla birlikte – ifade etmektedir. GONZENBACH, culpa in contrahendonun “Maedchen für alles” *elinden her iş gelen kız* olarak kötüye kullanıldığı düşüncesindedir. GONZENBACH, s. 33. Ayrıca s. 84 vd.

²⁵⁸ Kural olarak dememizin sebebi, önceden belirtildiği gibi, görüşme sürecindeki yükümlerin, bazı hallerde, hem mal varlığının hem bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet etmesidir.

²⁵⁹ Bu görüşte bkz. KOLLER, s. 428, N. 4 ve s. 438, N. 42 vd.

tazmin etme yükümlülüğü (OR m. 26/ BK m. 26), temsil belgesinin geri alınmaması dolayısıyla üçüncü kişilerin uğradığı zarardan doğan sorumluluk (OR m. 39/ BK m. 39) bunlardan bazılarıdır. Öte yandan, kanunda düzenlenmemiş, ancak öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmiş başka haller de söz konudur²⁶⁰. Biz culpa in contrahendoya ilişkin görüşleri, keza kendi görüşümüzü aydınlatma yükümü kavramını açıkladıktan sonra, bu yükümün ihlaliyle bağlantılı olarak ifade etmeye çalışacağız.

V. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI

A. KAVRAM VE TANIM

Aydınlatma yükümü (Aufklärungspflicht/Informationspflicht), Türk hukukunun aksine, İsviçre ve Alman hukukunda çokça incelenmiş bir konudur. Her iki hukuk bakımından da, anılan yüküme ilişkin genel bir hüküm, buna bağlı olarak da bir tanım yoksa da, esas itibariyle; bir tarafın²⁶¹ kendisinden talep edilmeksizin ve talep edilmesi gerekmeksizin, *muhatapın kararı için* önemli olduğu fark edilebilir olan; ancak muhatap tarafından vâkıf olunmayan hususlara/ vakıalara ilişkin bilgi verme yükümü olarak açıklanabilir^{262 263}. Bu bağlamda, aydınlatma yükümünün

²⁶⁰ Bkz. GONZENBACH, s. 8 vd. ; YALMAN, s. 38 vd.

²⁶¹ Esas itibariyle, bu noktada görüşmeci demek daha yerinde olabilir, zira sözleşmesel aydınlatma yükümü olduğu gibi, sözleşme öncesi aydınlatma yükümü de vardır.

²⁶² ROTH, § 241, s. 85, N. 114 ; POHLMANN, s. 29 ; BÖHME, L., Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen, Göttingen, 1964, s. 1 vd. ; KLINGER, J., Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, Düsseldorf, 1981, s. 20 vd. ; WERRES, R., Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen, Köln, 1985, s. 4 vd. ; BURGHARDT, W. G., Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers, Frankfurt am Main, 1985, s. 5 vd. ; BREIDENBACH, S., Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, München, 1989, s. 1 vd. ; REHM, G. M., Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, München, 2003, s. 3 vd. ; HUBER, U., Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss (Aufklärungspflichten), Karlsruher Forum 2000 : Aufklärungspflichten, Karlsruhe 2001, s. 5 vd. ; LAUER, J., Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Bern, 1983, s. 19 vd. ; WAHRENBERGER, A., Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), Zürich, 1992, s. 65 ; ABEGGLEN, S., Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Bern, 1995, s. 3 ; HARTMANN, s. 6, N. 8 vd. HARTMANN, sağlık, mülkiyet veya yaşamın korunmasına yönelik olarak verilen bilgileri inceleme dışı bırakmıştır. İleride açıklanacağı üzere söz konusu bilgi verme yükümleri, tehlikeye karşı uyardırmaya yönelmiştir. Aynı şekilde SCHWARZE de, bütünlük menfaatini koruyan aydınlatma yükümlerini inceleme dışı bırakmıştır. Bkz. SCHWARZE, R., Vorvertragliche Verständigungspflichten, Tübingen, 2001, s. 13. Türk Hukukunda ARAL, s. 19 ; OZANOĞLU, H., Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım

ortaya çıkması, buraya kadar inceleye geldiğimiz sözleşme öncesi aşamada söz konusu olmaktadır²⁶⁴.

Esas itibariyle, sözleşmenin kurulmasından önce görüşmecilerin birbirlerine bilgi verme yükümü yoktur. Her görüşmeci/ taraf sözleşme kurmaya ilişkin kararıyla bağlantılı olan bilgileri, bir başka deyişle bu karar için kendisine gereken bilgileri bizatihi kendi edinmek zorundadır²⁶⁵. Bu hususta bireysel sorumluluk ilkesi geçerlidir. Bu ilke OR/BK m. 26'da ifadesini bulmuştur. Buna göre, kendi kusuruyla yanılan sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabilir, ancak muhatabın bu iptalden dolayı uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalır²⁶⁶.

Aydınlatma yükümü, yukarıda ifade edilen bireysel sorumluluğun istisnasını teşkil etmektedir. Buna göre aydınlatma yükümü, ya açık bir kanun hükmünden veya dürüstlük kuralından doğar. Bundan başka, bilgi verme sözleşme konusu olarak da kararlaştırılmış olabilir ki, bu noktada zaten teknik anlamda bir aydınlatma yükümü söz konusu değildir²⁶⁷.

Bilgi (Information), insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat olarak tanımlanmaktadır^{268 269}. Gerek asli, gerekse yan edim veya yan

Sözleşmesi (Taksitle Satım), Ankara, 1999, s. 196 ; YALMAN, s. 91. Karş. DEMİRCİOĞLU, s. 222 vd.

²⁶³ Aydınlatma yükümünün konusuna ilişkin olarak da bir tartışma söz konusudur. Şöyle ki tanım, muhatabın hukuki işleme dair hususlarda aydınlatılmasını öngörmektedir. Ancak ABEGGLEN, bundan daha geniş de anlaşılabilmesi/ kullanılabilmesi görüşündedir. Bkz. ABEGGLEN, s. 3. Bundan başka, BURGHARDT da, aydınlatma yükümünün konusunun hukuki işleme sınırlandırılmasına karşıdır. Bkz BURGHARDT, s. 6.

²⁶⁴ Genellikle aydınlatma yükümlülüğü bağlamında incelenen de budur. Bkz. ROTH, § 241, s. 85, N. 114 ; POHLMANN, s. 29 ; BÖHME, s. 1 vd. ; KLINGER, s. 20 vd. ; WERRES, s. 4 vd. ; BURGHARDT, s. 5 vd. ; BREIDENBACH, s. 1 vd. ; REHM, s. 3 vd. ; HUBER, Aufklärungspflichten, s. 5 vd. ; LAUER, s. 19 vd. ; WAHRENBERGER, s. 65; HARTMANN, s. 6, N. 10 ; ABEGGLEN, s. 121. Bkz. ve karşı. ABEGGLEN, s. 5.

²⁶⁵ HARTMANN, s. 25, N. 49 ve dipnot 86'da yollama yapılan yazarlar. Keza Alman hukuku bakımından aynı yönde EMMERICH, s. 86, N. 8 ; SCHWARZE, s. 21 ; "Erkundigungspflicht" terminolojisi ile POHLMANN, s. 101-102 ; GRUNEWALD, B., Aufklärungspflichten ohne Grenzen?, AcP 1990, s. 609 ; SKIBBE, M., Zur Aufklärungspflicht bei Kaufvertragsverhandlungen, FS für Kurt REBMANN zum 65. Geburtstag, München, 1989, s. 807 ve s. 810 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. LAUER, s. 272-273, s. 352 ; WAHRENBERGER, s. 107.

²⁶⁶ HARTMANN, s. 25, N. 49.

²⁶⁷ HARTMANN, s. 25, N. 50.

²⁶⁸ www.tdk.gov.tr

²⁶⁹ Bilgi kavramının çeşitli açılardan geniş bir değerlendirmesi için bkz. DRUEY, J. N., Information als Gegenstand des Rechts, Entwurf einer Grundlegung, Zürich, 1995, s. 3 vd.

yüküm olarak, konusunu *bilginin* oluşturduğu bütün yükümlerde söz konusu olan, kabaca, muhataba bir bilginin aktarımından ibarettir. Bu noktada ayırt edici olan bilginin talep edilmesinin gerekip gerekmediği, keza talep ve dava edilebilirliği ve aktarılan veya aktarılması gereken bilginin hangi amaca hizmet ettiği, bir başka deyişle, muhatabın hangi çıkarının gerçekleştirilmesine ve korunmasına yönelik olduğudur.

Bilgi aktarımı bir sözleşmede asli edim yükümü olarak ortaya çıkabilir. Örneğin müvekkilin vekilinden bir davanın sonucuna ilişkin olarak bilgi almasında, bir başka deyişle danışmasında, vekilin edimini yerine getirmesi, anılan hususa ilişkin bilgi vermesini gerektirir. Bu noktada bilgi verilmesi, ifaya yardımcı veya koruyucu yan yüküm veya yan edim yükümü değil, doğrudan asli – sözleşmesel edim yükümünü oluşturur^{270 271}.

Bundan başka, bilgi aktarımı, “Auskunftspflicht” diye ifade edilen ve kavram karışıklığına engel olmak için “bilgilendirme yükümü” olarak çevireceğimiz, yükümlülük çerçevesinde de ortaya çıkabilir²⁷². Bilgilendirme yükümü, aydınlatma yükümünün aksine, *muhatabın talebi üzerine* yerine getirilmesi gereken bir yükümdür. Bu çerçevede, örneğin, vekilin hesap verme borcu (İBK m. 400/1, BK m. 392/1) – bilgi ve hesap verme borcu (BGB § 666), kiraya verenin bilgi verme yükümü (İBK m. 256a) ve sigorta yaptırmanın bildirim yükümü, bilgilendirme

²⁷⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. GÜRPINAR, s. 34 vd.

²⁷¹ POHLMANN, aydınlatma yükümlerini incelerken öncelikle, yükümlere ve taleplere (Anspruch : BGB § 194/1’e göre, talep bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteme hakkıdır) yer vermiş, daha sonra talepleri Erwerbsansprüche (edinim talepleri) ve Schutzansprüche (korunma talepleri) olarak iki kısımda değerlendirmiştir (KRESS’e dayanarak; KRESS, s. 1 vd.) . Edim yükümleri birinci türden taleplerin gerçekleştirilmesine, bu çerçevede malların değişimine, koruma yükümleri ise, bunların korunmasına hizmet ederler. Edinim talepleri, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir niteliktedir. Bu yüzden anılan talepleri *entwickelte Anspruche* (gelişmiş/tam talep) olarak nitelendirmektedir. Korunma taleplerini ise, ancak ihlal halinde – o da ihlalden kaynaklanan zararın tazminini talep hakkı – tanıdığı için ve dolayısıyla sonradan ortaya çıktığı için *unentwickelte Anspruche* (gelişmemiş/eksik talep) olarak kabul etmektedir. Gelişmemiş nitelikteki koruma talepleri, ihlal edilmesiyle birlikte, gelişmiş nitelikteki tazminat talebine dönüşmektedir. Bilgi aktarımın asli edimi oluşturduğu bir sözleşmede, bilginin kendisi bir mal olarak aktarılmakta, bilgi verme edinim talebinin konusunu oluşturmaktadır. Bu halde, bilgi, bir koruma yükümü olan aydınlatma yükümünde olduğunun aksine, muhatabın mallarını koruma değil, malların değişimi işlevini görmektedir. Bkz. POHLMANN, s. 22-30.

²⁷² Aslında Auskunft ve Aufklärung kavramları, Almancada da – kanunda değil ancak – gerek günlük dilde gerekse bilim dilinde aynı anlama karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. KUHLMANN, s. 114 ve dipnot 250.

yükümü mahiyetindedir²⁷³. Bilgilendirme yükümleri, ifaya yardımcı yan yüküm olarak nitelendirilmekte²⁷⁴ ve kural olarak dava edilebilir olduğu kabul edilmektedir²⁷⁵. Bu bağlamda, ROTH, bilgilendirme yükümüne örnek olarak, alacağın temlikinde temlik edenin bilgi verme yükümünü göstermekte ve bunun bütünlük değil ifa menfaatine yönelik olduğu ifade etmektedir²⁷⁶. İfaya yardımcı bir yan yükümün söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce, ifa edilmesi gereken bir edimin var olması gereklidir.

Aydınlatma yükümü irdelenirken, inceleme geriye dönük olarak yapılır. Şöyle ki; aydınlatma yükümünün konusu, muhatap tarafından bilinmeyen, ancak bilinse – örneğin, sözleşmeyi yapmadan önce – idi, onun önceki davranışlarında belirleyici olabilecek – mesela sözleşmeyi yapmayacak veya mevcut koşullarda yapmayacak – bilgilerdir²⁷⁷. Buna bağlı olarak, aydınlatılması gereken – ve fakat aydınlatılmamış olan – taraf, kendisine bilgi verilmesi gereken husustan haberdar olmadığı gibi, muhatabının da kendisini aydınlatması gerektiğinden, bir başka deyişle muhatabının kendisini aydınlatma yükümü olduğundan haberdar değildir. Bu duruma, ancak yükümlülüğün ihlali neticesinde bir zarara uğradığı halde vâkıf

²⁷³ HARTMANN, s. 4-5, N. 5. Aynı yönde ABEGGLEN, s. 4-5. POHLMANN, ise, vekilin bilgi ve hesap verme borcunu (BGB § 666) aydınlatma yükümünün bir örneği olarak kabul etmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, anılan paragrafta vekil için; haber verme (Benachrichtigungspflicht), bilgilendirme (Auskunftspflicht) ve hesap verme (Rechenschaftspflicht) olmak üzere üç yükümlülük getirilmiştir. Bunlardan son ikisi müvekkilin talebi üzerine yerine getirilebilir ve ifası dava edilebilir yükümlerdir. Haber verme yükümü ise, vekilin, yaptığı işleme ilişkin olarak ortaya çıkan yeni durumlardan müvekkili haberdar etmesi gereğidir ve diğer iki yükümün aksine müvekkilin talebine bağlı değildir. POHLMANN, bu yükümü aydınlatma yükümünün yasaca düzenlenmiş bir örneği olarak kabul etmektedir. Zira spontan olarak ortaya çıkan bir vakıanın bildirilmesi söz konusudur, dolayısıyla müvekkil bakımından talep ve dava edilebilirlik niteliği söz konusu değildir, esas itibarıyla de vekilin sadakat yükümünün bir sonucudur. Nihayetinde burada aydınlatma yükümü şeklinde ortaya çıkan bir koruma yükümü mevcuttur. Bkz. POHLMANN, s. 31 ve 86; WITMANN, R., in. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-704, 13. Bearbeitung 1995, Berlin, § 666, s. 280-282, N. 1-5; SCHULZE, § 666, s. 888, N. 1-6. Öte yandan İsviçre öğretisinde FELLMANN da aynı görüştedir. Şöyle ki, İBK m. 400'de yer alan hesap verme yükümünün bilgilendirme yükümü olduğunu; buna karşılık vekilin m. 398/2'de düzenlenmiş olan sadakat yükümünün gereği olarak, gerekli durumlarda müvekkile – tabiatıyla müvekkilin talebi olmaksızın – bilgi vermesinin ise aydınlatma yükümü olduğunu ifade etmektedir. Bkz. FELLMANN, W., Der einfache Auftrag, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Das Obligationenrecht, B. VI, 2. Abt., Bern, 1992, Art. 398, s. 409-410, N. 146

²⁷⁴ OLZER, s. 241, N. 431; ROTH, § 241, s. 85, N. 114. Karş. NEUENSCHWANDER, s. 5-6.

²⁷⁵ OLZER, s. 241, N. 431 ve burada yollama yapılan yazarlar.

²⁷⁶ ROTH, § 241, s. 66, N. 40. (BGB § 402)

²⁷⁷ İnceleme konumuz tüketici satımlarında satıcının sözleşme öncesi aydınlatma yükümleridir; ancak daha sonra değinileceği üzere aydınlatma yükümü sözleşmesel de olabilir.

olacaktır²⁷⁸. İşte bu noktada, geriye dönük bir inceleme yapıp aydınlatma yükümünün varlığı, koşulları, ihlal edilmiş olup olmadığı araştırılacaktır. İfaya yardımcı bir yan yüküm olarak bilgilendirme yükümünde ise; *muhatap duruma vâkıf olsaydı, farklı şekilde karar verecek idi* denilebilecek bir durum söz konusu değildir. Zira bu yükümlülüğün var olduğu yerde, bilginin – aydınlatma yükümünden farklı olarak – talep üzerine aktarımı söz konusudur. Vekilin bilgi verme yükümünde olduğu gibi (BGB § 666), talep üzerine aktarılan veya aktarılması gereken bilgi; müvekkilin müstakbel davranışlarını kendisine (bilgiye göre) göre belirlemek isteyeceği türdendir²⁷⁹. Karar verme veya davranışlarını belirleme noktasında söz konusu kişi için önem taşıyan bir bilginin varlığı, iki yüküm arasında bir benzerlik teşkil edebilir²⁸⁰; ancak bu noktada müvekkilin ihlal neticesinde vâkıf olduğu bir yüküm mevcut değildir. Bir başka deyişle, müvekkil için *aydınlatılması gereken hususu bilseydi başka türlü karar verecekti* denilmesi söz konusu değildir. Zira bilginin aktarımı kendisinin talebini gerektirmektedir.

Aydınlatma yükümü Almanda aynı kavrama karşılık gelen farklı terimlerle ifade edilmektedir²⁸¹. Alman hukukunda bu terimlerin, keza kavramların içeriğine ilişkin olarak nüans niteliğinde de olsa farklılıklar olduğu kabul edilmekteyken²⁸², İsviçre hukukunda bu terimler ve kavramlar içeriğinde bir farklılık kabul edilmeksizin biri diğerinin yerine kullanılmaktadır²⁸³. Biz de, tekrara engel olmak ve çalışmanın dilini tek düzelikten kurtarmak için, bilgi verme yükümü ile aydınlatma

²⁷⁸ POHLMANN, s. 29.

²⁷⁹ ROTH, § 241, s. 85, N. 114; OLZER, s. 241, N. 431. Öte yandan OLZER, ifaya yardımcı yan yüküm olarak kabul ettiği bilgilendirme yükümlerinin koruyucu yan yükümlerinin kaynağı olan BGB § 241/2'nin değil, edim yükümünün – buna bağlı olarak da ifaya yardımcı yan yükümlerinin kaynağı olan – BGB § 241/1 in kapsamına girdiğini ifade etmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. yuk. §I, III, 2, b.

²⁸⁰ BREIDENBACH, s. 3.

²⁸¹ Terminoloji için bkz. HEINRICHS, H., Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München, 2006, § 242, s. 245, N. 37.

²⁸² WEBER, W., Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b, § 242, 1961, s. 331 vd., N. 832 vd. Bu yazarı takiben; KLINGER, s. 20 vd. ; BURGHARDT, s. 5 vd. ; BÖHME, s. 3 vd. ; MÜLLER, G., Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht, Heidelberg, 1994, s. 22. Bu farklılığı kabul etmeyen yazarlar : BREIDENBACH, s. 4 ; MOHRENFELS v. P. W., Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht, Berlin, 1986, s. 23.

²⁸³ LAUER, s. 19 ; HARTMANN, s. 9, N. 17 ; ABEGGLEN, s. 3-4. Ayrıca bkz. DIETZI, H., Aufklärungs- und Informationspflichten von Banken, FS für DIETER ZOBL zum 60. Geburtstag, Zürich, 2004, s. 249 vd.

yükümünü, herhangi bir anlam farkı gözetmeksizin birini diğerinin yerine geçecek şekilde kullanacağız.

Bundan başka, Alman hukukunda “bilgi verme yükümü (Informationspflicht)” kavramı bir üst kavram olarak ele alınmakta ve bu kavramın hem aydınlatma yükümünü (Aufklärungspflicht) hem de danışma yükümünü (Beratungspflicht) içerdiği genellikle kabul edilmektedir²⁸⁴. İsviçre hukukunda ise, bilgi verme yükümü (Informationspflicht) ve aydınlatma yükümü (Aufklärungspflicht) kavramları, içerik açısından hiçbir farklılık söz konusu olmaksızın, başlangıçta belirtildiği anlamıyla, biri diğerinin yerine kullanılmaktadır²⁸⁵.

Danışma yükümü ile aydınlatma yükümü arasındaki fark, esas itibariyle çok belirgin değildir²⁸⁶. Her iki yüküm için de muhatabın bilgilendirilmesi söz konusudur; ama aydınlatma yükümünde verilmesi gereken bilgi, somut olayın özelliklerinin ortaya çıkardığı özel veya kişisel durumlara ilişkindir²⁸⁷, öte yandan bu bilginin talep edilmesi, daha doğru bir ifadeyle talep edilmesinin gerekmesi, de söz konusu değildir. Danışma yükümünde de, esas itibariyle muhatabın vereceği bir karar için önemli olan hususlarda bilgilendirilmesi söz konusudur²⁸⁸, ancak burada daha geniş kapsamlı bir bilgi verme yükümü var olduğu gibi²⁸⁹, bu bilgi, bilgiyi verenin belirli ilişkilere ve risklere ilişkin değerlendirmesini de içerebileceği için, açıkça olmasa bile, bir tavsiyede bulunulması sonucuna da varabilecektir²⁹⁰. Esas

²⁸⁴ OLZEN, § 241, s. 240, N. 429 ; ROTH, § 241, s. 85, N. 114 . “Wertpapierhandelsgesetz” (Kıymetli evrak ticareti yasası) çıkmadan önce, uygulama ve öğreti anılan iki kavramı, aralarındaki farklılığı ortaya koymaksızın kullanılmaktaydı. Bu konuda geniş bilgi için bkz. LANG, V., Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, München, 2003, s. 27 vd.

²⁸⁵ LAUER, s. 19 ; HARTMANN, s. 9, N. 17 ; ABEGGLEN, s. 3-4.

²⁸⁶ ROTH, § 241, s. 85, N. 114.

²⁸⁷ OLZER, s. 240, N. 429. Esas itibariyle burada kişisel ifadesi kullanılmamakla birlikte, kişisel ifadesi, bilginin genel değil kişiye özel ve soyut değil somut oluşunu işaret etmeye daha elverişlidir.

²⁸⁸ LANG, s. 34. KUHLMANN, danışma yükümündeki bu özelliğin bilgilendirme yükümünde de olması sebebiyle – gerçekten de örneğin vekilin bilgi verme borcunda olduğu gibi – ikisi arasında içeriksel bir özdeşlik olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KUHLMANN, s. 114. Ayrıca bkz. VORTMANN, J., Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, Köln, 2006, s. 1 vd. ; EBERS, M., Informations- und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen : Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze, Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, Tübingen, 2003, s. 173 vd.

²⁸⁹ OLZER, s. 240, N. 429.

²⁹⁰ LANG, s. 34. Ayrıca bkz. ABEGGLEN, s. 26-28.

itibariyle, iki yüküm arasındaki ayrımı geliştirilmiş olan kriterlere rağmen net biçimde açıklayabilmek oldukça zordur.

Bundan başka, danışma yükümü, Alman hukukunda “Wertpapierhandelsgesetz” Kıymetli Evrak Ticareti Kanunu § 31’de düzenlenmiştir²⁹¹. Genel olarak bilgi verme yükümleri bağlamında değerlendirildiğinde, yukarıda ifade edildiği gibi danışma ve aydınlatma yükümünü ayırmak güçlük arz eder. Ancak özelde inceleme konumuz çerçevesinde bakıldığında, her şeyden önce anılan kanun *tüketiciyi değil, müşteri*yi (§ 31a Kunde) esas almaktadır. Müşteri, gerçek ve/veya tüzel kişi olabileceği gibi, ticari amaçla da hareket edebilir²⁹². Öte yandan, bizim inceleme konumuz tüketici satımlarında satıcının sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri olduğu için, görüşülen sözleşmenin konusu mal olmak gerekirken, söz konusu kanun hükümleri hizmet edimlerini esas almaktadır²⁹³. Ayrıca, yükümler, sözleşme öncesi bağlantının doğmasıyla birlikte ve/veya hâlihazırda bir sözleşme ilişkisinin var olduğu hallerde söz konusu olabilir²⁹⁴.

B. AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN TÜRLERİ

Önceki başlık altında da ifade etmeye çalıştığımız gibi, aydınlatma yükümü çerçevesinde irdelenen hemen her zaman sözleşme öncesi aşamada, hatta daha yerinde olarak sözleşme görüşmeleri çerçevesinde, görüşmecilerin sözleşme yapmaya veya sözleşmenin koşullarına ilişkin olarak verecekleri karar için önemli olan ve önemli olduğu muhatap tarafından anlaşılabilir veya anlaşılması gereken

²⁹¹ Karş. HADDING, W., Zur Abgrenzung von Unterrichtung, Aufklärung, Auskunft, Beratung und Empfehlung als Inhalt bankrechtlicher Pflichten, FS für Herbert Schimansky, Köln, 1999, s. 71.

²⁹² Buna karşılık, tüketicinin ticari amaçla hareket etmesi söz konusu olmayacağı gibi, Alman hukuku bakımından tüzel kişi olması da mümkün değildir (BGB § 13). Bkz. ARTZ, M., BÜLOW, P./ ARTZ, M., Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heidelberg, 2005, s. 25 vd., N. 8 vd. ; MARTIS, R./ MEINHOF, A., Verbraucherschutzrecht, München, 2005, s. 23 vd., N. 33 vd.

²⁹³ § 31a : Kunden im Sinne dieses Gesetzes sind alle natürlichen oder juristischen Personen, für die Wertpapierdienstleistungsunternehmen Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen erbringen oder anbahnen. (Bu kanun anlamında müşteri, kıymetli evrak hizmetleri sunan sağlayıcının/ müteşebbisin – Wertpapierdienstleistungsunternehmen – kıymetli evraka ilişkin asli veya yan edim yükümü sunduğu veya bu edimlere yönelik olan bir sözleşmenin kurulması sürecine girdiği – Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen erbringen oder anbahnen – bütün gerçek ve tüzel kişilerdir.)

²⁹⁴ LANG, s. 61, N. 41 vd.

noktalara dair olarak bilgilendirilmesi gereğidir. Ancak bilgilendirilmesi gereken görüşmeci – kendisinin aydınlatılması gerektiğine ve buna bağlı olarak muhatabın aydınlatma yükümüne – vâkıf değildir.

Buna karşılık, sözleşmesel aydınlatma yükümünde, her şeyden önce bir sözleşmenin kurulmuş, asli edim yükümünün doğmuş olması gereklidir. Bu noktadan sonra, sözleşmesel aydınlatma yükümü geniş anlamda ifa menfaatine, bu bağlamda da hem ifa (dar anlamda ifa), hem de bütünlük menfaatine hizmet edebilir. Bu yüküm, sözleşmenin kurulmasından sonra, yani ifa sürecinde, ifaya yardımcı yan yüküm veya yan edim yükümü olarak ortaya çıkabilir. Edimden, konumuz bağlamında, satım konusu maldan gereği gibi yararlanabilmek için bilgi verme yükümü ifaya yardımcı yan yükümdür. Somutlaştırılıp kullanma kılavuzu verme yükümü olarak düzenlenmişse yan edim yükümü haline gelmiştir. Her halde, sözleşmesel aydınlatma yükümü için tipik örnektir. Bundan başka, sözleşmesel aydınlatma yükümleri, özellikle sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır²⁹⁵.

İki yükümlülük türü arasındaki ayrımı şöyle bir örnekle açıklamaya çalışalım: Kullanımı kolay ve donanımı basit bir fırın almak isteyen tüketiciye, satıcının, beğenmiş olduğu fırının elektronik olduğunu ve kendisinin istediği gibi kullanımının kolay olmadığını söylemesi gereği, *sözleşme öncesi aydınlatma yükümü*dür. Bu yüküm yerine getirilmez ve sözleşme kurulursa – ilerleyen bölümlerde inceleyeceğimiz – çeşitli sonuçlar ortaya çıkabilir. Tüketici hata – koşulları varsa hile – hükümlerine göre sözleşmeyi iptal ettirebilir, bunu yapmaz ise fakat anılan yükümün ihlali neticesinde edimin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu hâsıl olursa – kötü ifa veya yan yükümlerin ihlali – yine ilgili hükümlere gidilmesi söz konusu olur. Kabaca, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin ihlali sonucunda, *öncelikle*, muhatabın menfi menfaatlerinin zarar (güvenin boşa çıkmasından doğan zarar) görmesi, *sonrasında ise (ifa aşamasına geçilmekle)* geniş anlamda ifa menfaatinin (dar anlamda ifa veya bütünlük menfaatinin) zarara uğraması söz konusu olabilir²⁹⁶.

²⁹⁵ Bkz. MOHRENFELS, s. 19 vd. ; OTT, C., Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Recht des Güter- und Leistungsaustausches, Ökonomische Probleme des Zivilrechts, Berlin, 1990, s. 143 ; ROTH, § 241, s. 99 vd., N. 160 vd. Geniş bilgi için bkz. ve karşı. POHLMANN, s. 77 vd.

²⁹⁶ Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü ihlalinin, ifa aşamasında sonuç doğurmasına tipik bir örnek Alman Federal Mahkemesinin CAPUZOL kararıdır. Bu olayda, bir maden işletmesine pas önleyici bir

Buna karşılık, çok fonksiyonlu bir fırın almak isteyen satıcıya, talep ettiği gibi bir ürünü satan satıcı²⁹⁷, bu noktada görüşme sürecinde sözleşme konusu ürünün kullanımıyla ilgili bilgileri de vermiş olmak, yani sözleşme öncesi aydınlatma yükümünü yerine getirmiş olmak kaydıyla; ürünün kullanımına dair gereken bilgileri vermezse – yani *sözleşmesel aydınlatma yükümünü* yerine getirmez ise – edimin gereği gibi ifa edilmemesinden hâsıl olabilecek zararları tazminle yükümlü olacaktır, keza ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilecektir. Bu bağlamda, gereği gibi aydınlatılmamış olan ve ürünü yanlış kullanan tüketicinin doğrudan ve/veya dolaylı zararlara uğraması söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, ifa aşamasına geçildikten sonra uygulanacak olan hükümler *kural olarak* sözleşmesel sorumluluk hükümleridir. Sözleşme öncesi bilgi verme yükümlerinin ihlaline ilişkin hükümlerin (hata ve hile hükümlerinin), sözleşmesel sorumluluk hükümleri (genel hükümler ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin) ile yarışabilirliği tartışmalıdır. Bu tartışmaya ileride yer verilecektir.

C. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMÜ VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, isminden anlaşılacağı üzere, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkar. Alman hukukunda, haksız fiil hükümlerinin uygulama alanını daraltmak için yapılan yorumlar ve değerlendirmeler, bu hukuk bakımından sözleşme öncesi aşamayı, sözleşme

madde olan Capuzol satılmış, ancak maddenin yanıcı özelliği hakkında bilgi verilmemiştir. Maddenin alev alması sonucunda da, işletmede çalışan işçi zarar görmüştür. Gerçi söz konusu kararda, sözleşme öncesi veya sözleşmesel aydınlatma yükümünden çok, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme tartışılmıştır. Yine de bu olay çerçevesinde sözleşme öncesi aydınlatma yükümünü örneklemek mümkündür. Alıcı bakımından, yanıcı olduğunu bilseydi muhtemelen almayacağı bir ürün söz konudur. Ancak daha bu özelliğe vâkıf olup sözleşmeden dönmeden anılan maddenin kullanılmasından ötürü zarar vuku bulmuştur. Bkz. NJW 1959, s. 1676-1677 ; HEISEKE,J./LARENZ, K., Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, s. 77 vd. POHLMANN, muhtemelen bu karardan esinlenerek kurguladığı olayı sözleşmesel aydınlatma yükümünün ihlaline örnek olarak göstermiştir. Bkz. POHLMANN, s. 78, Fall 7.

²⁹⁷ Hemen belirtelim ki, bu noktada – kural olarak – çok fonksiyonlu fırın almak isteyen tüketiciye ürünün kullanımına ilişkin bilgileri de – örneğin kullanımının zor ve karmaşık olduğunu – görüşmeler sırasında vermelidir, zira çok fonksiyonlu fakat kullanımı çok zor olan bir ürünü almak istememesi söz konusu olabilecektir. Bu aşamada verilecek bilgi ürünün kullanımının zorluğuna ilişkindir, yoksa – kural olarak – fırının nasıl çalıştığını ayrıntılı olarak anlatması söz konusu değildir.

görüşmelerinin başladığı andan daha geriye çekmiştir. Bu noktaya, yani sözleşme görüşmelerinden işlemsel temasa ve/veya özel bağlantıya geline sürec, yukarıda değerlendirilmiştir. Yapay bir ayırım olmakla birlikte, sözleşme öncesi aşamayı, özel bağlantının başladığı noktadan sözleşme görüşmelerinin başladığı ana ve bu andan da sözleşmenin kurulması anına kadar iki kısma ayırabiliriz²⁹⁸. Aydınlatma yükümü, sözleşme görüşmelerinin başladığı andan itibaren ortaya çıkabilir. Zira aydınlatma yükümü, tanımı gereği, en başta, aydınlatılması gereken hususların anlaşılabilmesini, ortaya çıkmasını gerektirir. Tabiatıyla bu da kişilerin/ tarafların sözleşme görüşmelerine girmesi lüzumunu doğurur. Özetle, inceleme konumuz yüküm, sözleşme görüşmelerinin başladığı andan itibaren söz konusu olacaktır.

Alman hukukunda POHLMANN, aydınlatma yükümlerini sözleşmenin kurulmasına yönelik aydınlatma yükümleri (Vertragsschlussbezogene Aufklärungspflichten) ve bütünlük menfaatine yönelik aydınlatma yükümleri (Auf das Integritätsinteresse gerichtete Aufklärungspflichten) olmak üzere iki kısımda incelemiştir²⁹⁹. Bununla birlikte, esas itibariyle, aydınlatma yükümünden anlaşılan veya bugüne kadar aydınlatma yükümü başlığı altında incelenen husus daima sözleşmenin kurulmasına yönelik aydınlatma yükümleri olmuştur³⁰⁰. Yine de iki yüküm türü arasındaki farkın ortaya konulması gereklidir.

Bütünlük menfaatine yönelik aydınlatma yükümleri, kural olarak, sözleşme görüşmelerine başlamış olan kişilerin ifa menfaati dışında kalan, Alman Medeni Kanununun § 823/1 çerçevesinde korunan (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer bir hak) değerlerini korumaya yönelmiştir. POHLMANN, buna

²⁹⁸ Hemen belirtelim ki, esasen sözleşme görüşmesi de bir özel bağlantıdır. Ancak Alman hukuku bakımından özel bağlantı kavramı sözleşme görüşmesiyle özdeş değildir. Özellikle son yapılan yasa değişikliği ile de bu daha belirgin hale gelmiştir. Bu hukuk bakımından özel bağlantı, sözleşme görüşmelerinin başlamasından da önce ortaya çıkmaktadır.

²⁹⁹ POHLMANN, s. 37 vd. ; 69 vd.

³⁰⁰ İsviçre hukuku için bkz. HARTMANN, s. 6, N. 10 ; LAUER, s. 19 ; WAHRENBERGER, s. 65. POHLMANN'ın sınıflandırmasına benzer bir ayırımla, *Vertragabschlussförderungspflichten* terminolojisi ile bkz. FRICK, J., *Culpa in Contrahendo – Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie*, Zürich, 1992, s. 37 vd. Alman hukuku için bkz. BREIDENBACH, s. 3 ve dipnot 19. Hemen belirtelim ki, müteakiben verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, anılan yükümlerin bütünlük menfaatlerinin korunmasına hizmet etmesi de söz konusu olabilecektir. Roma hukukundan başlayarak sözleşmenin kurulmasına yönelik aydınlatma yükümlerinin gelişimine ilişkin geniş bilgi için bkz. FLEISCHER, H., *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München, 2001, s. 19 vd. İsviçre hukuku için bkz. s. 629 vd.

ilişkin iki örnek kurgulanmıştır³⁰¹. İlk örnek, bir dükkânın önünde kayıp düşerek kolunu kıran kişiye ilişkindir. Yerler temizlendikten sonra nemli – kaygan olduğuna ilişkin bir uyarı yazısı konulmamış ve söz konusu kişi de kayıp düşmüştür. Esas itibarıyla verilen örnek, federal mahkemenin muz kabuğu³⁰² ve sebze yaprağı kararlarında³⁰³ culpa in contrahendo olarak nitelendirdiği haksız fiil olgularını çağrıştırmaktadır. Nitekim devamında, yazar bu örnek üzerinden giderek, bir dükkânın içinde veya önünde düşme arasında bir fark yaratmanın anlamlı olmadığını ve kışın dükkânların önünü tuzlamak³⁰⁴ ile kaygan zemine karşı uyarı yazısı koymanın nihayetinde aynı amaca hizmet ettiğini ifade etmektedir³⁰⁵. Bu olay bakımından muhataba verilmesi gereken bilgi veya muhatabın aydınlatılması gereken husus, zeminin kaygan olmasıdır. Ki bu da, onu tehlikeye karşı uarmaktan başka bir anlama gelmemektedir. Sözleşme öncesi aşamada vuku bulan bu ve benzer vakıaların – muz kabuğu, sebze yaprağı kararlarında olduğu gibi – görüşülen sözleşme ile bir ilgisi yoktur. Bu nedenle, genel olarak değerlendirdiğimizde, yukarıda bütünsel kanuni borç ilişkisi çerçevesinde de ifade ettiğimiz üzere anılan vakılarda özellikle de JHERING’in işaret ettiği anlamıyla bir culpa in contrahendo

³⁰¹ POHLMANN, s. 69-70. Benzer bir örnek için STOLL, LZ, s. 535.

³⁰² BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961.

³⁰³ BGHZ 66, 51 (Gemüseblatt).

³⁰⁴ Burada “Verkehrspflicht/ Verkehrssicherungspflicht” denilen bir genel davranış yükümü söz konusudur. “Verkehrspflicht” tehlikeli bir durum yaratmanın onu bertaraf edecek tedbirleri alması yükümü olarak anlaşılmaktadır. Bu yüküm hem olumlu hem de olumsuz davranışla ihlal edilebilir. 823/1 in koruduğu değerler, genel davranış yükümüne aykırılık bağlamında da korunabilmektedir. Bu noktada, sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olan “hukuka aykırılık” için gerekli normu sağlamaktadır. Alman hukukunda örf adet kuralı niteliğini kazanmıştır. Bununla birlikte, söz konusu yükümü, haksız fiilin kusur unsuru bağlamında değerlendiren yazarlar da mevcuttur. Yazarın, verdiği örnek Alman hukukunun kabul ettiği, kişinin sahip olduğu taşınmazda kamunun kullanılmasına açık olan yerleri tuzlaması, buzlanma tehlikesini bertaraf etmesine ilişkin bir tehlikeyi önleme/ genel davranış yükümüdür. Bu yüküm İsviçre hukukunda “Gefahrensatz” tehlikeyi önleme yükümüne karşılık gelmektedir. POHLMANN’ın, özel bağlantı ve/veya sözleşme görüşmeleri sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerinin haksız fiil teşkil ettiğini gösterme ve bütünsel borç ilişkisini bu noktada reddetme çerçevesinde böyle bir örnek verdiği kanaatindeyiz. Genel davranış yükümlerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Von BAR, C., Verkehrspflichten, Köln, 1980, s. 3 vd. ; MATTHIENSEN, K., Die zivilrechtliche Haftung aus Verletzung der Verkehrspflichten, Hamburg, 1974, s. 1 vd. ; VOSS, L., Die Verkehrspflichten, Berlin, 2007, s. 20 vd. ; LARENZ, K./ CANARIS, C. W., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, München, 1994, s. 399 vd. ; EMMERICH, § 311, s. 1457 vd., N. 70 vd. İsviçre Hukuku için bkz. FURGLER, K. J., Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Freiburg, 1978, s. 1 vd. ; BREHM, Ber.Kom., s. 43 vd., N. 51 vd. ; SCHWENZER, s. 314-315, N. 50.32-50.33 ; HONSELL, Haftpflichtrecht, s. 59-60, N. 31-37. Türk hukukunda farklı terminolojilerle birlikte bkz. KIRCA, S. 46 vd. (genel davranış yükümleri) ; GÜRPINAR, s. 94 vd. (genel davranış yükümleri) ; KANETİ, s. 135 (birlikte yaşama ödevleri) ; ÖZTAN, B., İmalatçının Sorumluluğu, Ankara, 1982, s. 29 ve dipnot 42, s. 103 (tehlikeyi uzaklaştırma yükümü) ; ATAMER, Haksız Fiil, s. 17 (güvenlik önlemleri alma yükümü).

³⁰⁵ POHLMANN, s. 72-77.

(sözleşme öncesi kusur) söz konusu değildir, bir başka deyişle kusurlu davranış³⁰⁶ zaman açısından sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşse bile, sözleşmeye ilişkin değildir. Özel olarak, aydınlatma yükümü çerçevesinde baktığımızda da, verilecek bilginin tehlikeye karşı uyarma anlamına geldiği açıktır. Anlaşıldığı kadarıyla, POHLMANN da bu örneği, anılan durumu ortaya koyabilmek için kurgulamıştır. Esas itibarıyla bütünsel borç ilişkisi görüşünü de – özellikle haksız fiil olguları sebebiyle – eleştirmekte, kabul etmemektedir³⁰⁷.

İkinci örneğe gelince, bu defa bir araba satışına ilişkin sözleşme görüşmesi söz konusudur. Alıcı, deneme sürüşü sırasında kaza yapar ve yaralanır. Zira satıcı kendisine arabanın frenlerinde sorun olduğunu söylememiştir. Yazara göre, arabanın frenlerindeki probleme işaret etmenin iki işlevi mevcuttur. İlki bütünlük menfaatini korumaktır, ikinci ise alıcının kendisi için elverişsiz bir sözleşmeyi kurulmasına – fren tertibatı bozuk bir araba satın almasına – engel olmaktır. POHLMANN, olay bakımından, aydınlatma yükümünün bütünlük menfaatini koruyan yönünün, alıcının *bütünlük menfaatini ihlal edilmesi ihtimaliyle* birlikte – ki bu da arabayla temas etmesi, (belki çalıştırması ile) – ihlal edildiği görüşündedir³⁰⁸. Bütünlük menfaati açısından bakıldığında, aydınlatma yükümü olarak adlandırılmış da olsa, söz konusu olan tehlikeye karşı uyarı yükümüdür, tabiatıyla tehlikeli durum sonuca ulaşmadan, yani tehlike gerçekleşmeden önce yerine getirilmelidir. Gerekli uyarı yapılmamış, fakat şans eseri frenler işlevini yerine getirmiş ve alıcı kazaya uğramamışsa, daha sonra da, sözleşmeyi yapmaya karar vermişse, aydınlatma yükümünün sözleşmenin kurulmasına dönük yönü, bu sözleşmeye karar verilmesiyle ihlal edilmiştir³⁰⁹. Bu

³⁰⁶ Kusurlu davranış, yapma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, yapmama biçiminde de söz konusu olabilir. Bkz. EREN, s. 468 vd.

³⁰⁷ POHLMANN, s. 82-84 ve 198-200.

³⁰⁸ POHLMANN, s. 72.

³⁰⁹ POHLMANN, s. 72. Hemen belirtelim ki, alıcının kararı aslında verilmesi gereken fakat verilmeyen bilgiye dayanmaktadır. Şöyle ki, alıcı arabanın fren tertibatındaki bozukluktan dolayı değil de – ki buna vâkıf değildir – arabanın rengini beğenmediğinden sözleşme yapmaktan vazgeçerse de, satıcı yine vermediği bilgi nedeniyle – kanaatimizce – aydınlatma yükümünü ihlal etmiştir. Yükümlülüğün ihlali zarar doğuran sonuçtan bağımsızdır; bununla birlikte, alıcının zarara uğraması söz konusu olmadığı için satıcı bakımından da sorumluluk doğmaz. Ancak arabanın bütün özelliklerini beğenen fakat fren konusundaki ayıbından bihaber olan alıcı kabul beyanında bulunur (örnek bazında şekil şartına bağlı bir sözleşme olmadığını düşünerek) ve sözleşme yapılırsa, yeni bir aşama başlamış olur ki, bu noktadan sonra satıcının çoktan kurulmuş bir sözleşmeye ilişkin bir aydınlatmada bulunması söz konusu olmaz. Bir başka deyişle, sözleşmeyi yaptıktan sonra, mesela pişmanlık duyup durumu açıklarsa da, bu yükümlülüğü ihlal ettiği gerçeğini değiştirmez. Nasıl ki,

sözleşme kurulur, ifa edilir, daha sonra da alıcı ayıplı arabayla kazaya uğrarsa, işte bu durum aydınlatma yükümünün sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamaya etki eden yönünü oluşturmaktadır. Satıcının aydınlatma yükümünü ihlal etmesi sonucunda, alıcı hem ayıplı bir arabaya ilişkin sözleşme yapıp malvarlığı zararına uğramıştır, keza ifa menfaatleri ihlal edilmiş, hem de söz konusu araba kendisinin bütünlük menfaatinin ihlaline sebep olmuştur.

Örneği aydınlatma yükümünün tanımı çerçevesinde irdelediğimizde, tanımla altlayabildiğimiz görülmektedir. Kabaca değerlendirecek, satıcı ve alıcı arasında sözleşme görüşmeleri başlamıştır, fren tertibatındaki bozukluğa ilişkin bilgiye alıcı vâkıf değildir, dolayısıyla bu bilgiyi talep etmesi de söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, buna vâkıf olsa ya bu sözleşmeyi yapmayacak veya bu koşullarda yapmayacaktır; bu noktada belki fiyat konusunda bir indirim söz konusu olabilecektir. Satıcı da, bu durumun alıcının kararı için önemli olduğunu anlayabilecek durumdadır. Bu koşulların varlığına rağmen, satıcının alıcıyı aydınlatmaması, sözleşmenin kurulup ifa edilmesi, daha sonra de alıcının kaza geçirip yaralanması halinde, alıcının hem bütünlük hem ifa menfaatleri zarara uğramaktadır.

Bu süreci ihtimaller bazında irdeleyerek tarafların sorumluluk durumlarına baktığımızda da şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, alıcının deneme sürüşü sırasında kaza yapıp zarar görmesi halinde söz konusu olan haksız fiildir. Haksız fiilin sözleşme görüşmeleri başladıktan sonra ifa edilmiş olmasının bizce sonuca etkisi yoktur. Satıcı, haksız fiil hükümlerine göre sorumludur. İkinci örneğin, ilk örnekten farklı olduğu nokta, uğranılan zararın sebebinin – fren tertibatı bozuk araba – görece, kaygan zemin, muz kabuğu veya sebze yaprağına nazaran, sözleşme konusu ile – araba satımı – daha yakından ilgili olmasıdır³¹⁰. Bununla birlikte,

tehlikeye karşı uyarma yükümünün ihlali, alıcının arabaya temas etmesi ile başlıyorsa ve bir biçimde tehlike gerçekleşmemiş olsa bile, yükümün ihlal edildiği gerçeği değişmiyorsa, aynı durum bu halde de söz konusudur.

³¹⁰ Gerçi bu yaklaşımla ele alındığında, ünlü muşamba topu kararında da müşterinin yaralanmasına sebep olan, aynı zamanda görüşülen sözleşmenin de konusu olan muşamba topudur. Nihayetinde, deneme sürüşü vakiasında da söz konusu olan, uğranılan zararın sözleşme dışı (vertragsfremde Schaden) bir zarar olması ve bununla yapılması planlanan sözleşme arasında hiçbir bağlantının olmamasıdır. Bkz. GONZENBACH, s. 86.

sözleşme öncesi aşamada ortaya çıkan haksız fiil olgularını, sözleşmeyle çok yakından ilgili, yakından ilgili veya ilgisiz gibi bir sınıflandırmaya tabi tutmak mümkün değildir, gerekli de değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, haksız fiil hükümlerine ilişkin sıkıntılar söz konusu ise, bunun yolu kanun değişikliği yapmaktır. Anılan hükümleri uygulamadan kaçabilmek için, eksiklikleri gidermek yerine, kavramların içeriğini boşaltmak her halde bir çözüm değildir.

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, satıcının alıcıyı tehlikeye karşı uyarma yükümü bir sözleşmenin yapılmasından, yapmaya niyetlenilmesinden, hatta sözleşme görüşmelerinden bile bağımsızdır. Bir kişinin, satım niyeti olmasa da, örneğin arkadaşına veya tanıdığına fren tertibatı bozuk arabasını kullanması için vermesinde de tehlikeye karşı uyarma yükümü vardır ve gereği yerine getirilmeyip zarar doğduğu halde, şüphesiz haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, bu yüküm aydınlatma değil, uyarma yükümüdür. Bu çerçevede, daha yerinde olarak bu örnek bazında, bir aydınlatma yükümünden bahsedebilmek için, sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir^{311 312}. Ancak aydınlatma yükümünün,

³¹¹ Tek başına aydınlatma yükümünün ihlalden zarar veya (ileride açıklanacağı üzere elverişsiz bir sözleşme yapma gibi) olumsuz bir sonuç hâsıl olmadıkça sorumluluk doğmaz. Verilen örnekteki uyarma yükümünün aydınlatma yükümü vasfını taşıyabilmesi için sözlenmenin kurulmuş, yükümün ihlalinin ifa aşamasına etki etmiş olması gereklidir.

³¹² Bu konuda bkz. BREIDENBACH, s. 3-4. Yazar, inceleme konusunu aydınlatma yükümleriyle sınırlandırırken şöyle bir ayrıma gitmektedir. İlk olarak, muhtemel sözleşme tarafının § 823/1 çerçevesinde korunan hukuki değerlerinin, yani bütünlük menfaatlerinin tehlikeye karşı korunmasına yönelik uyarı yükümlerinin (Warnpflichten) inceleme konusu dışında kaldığını ifade etmiştir. İkinci ve en önemli ve tartışmalı grubun ise, sözleşmenin kurulması çerçevesinde önem taşıyan hususlara ilişkin olan ve bu yüzden sözleşmenin kurulmasına yönelik aydınlatma/bilgi verme yükümleri olarak tanımlanan (vertragsschlussbezogene Informationspflichten), bütünlük menfaatlerinin korunmasına da hizmet etmekle birlikte, esas olarak mal varlığını ve irade özgürlüğünü koruyan aydınlatma yükümleri olduğunu ifade etmiştir. Ona göre, bir de üçüncü bir grup olarak; doğrudan sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmenin kurulmasında önem taşıyan hususlara, dolayısıyla muhatapın bütünlük menfaatlerinin korunmasına ilişkin bilgi verme yükümleri mevcuttur. Bu grup bilgi verme yükümlerine örnek olarak da, HOPT'un atf yaptığı, kazalı araba satışı göstermiştir. Kazalı bir arabanın piyasa değeri düşüktür ve bu yönüyle satım sözleşmesinin yapılması kararı üzerinde etkili olabilecek bir husustur. Öte yandan, alıcının bu aracı kullanımı sırasında bütünlük menfaatlerinin zarara uğraması tehlikesi de mevcuttur. Fakat bu tehlikenin gerçekleşmesi için, satım konusu arabanın kullanılması, tabiatıyla bunun için de sözleşmenin kurulmuş ve ifa edilmiş olması gerekmektedir. Öte yandan, kanaatimizce, kazalı dolayısıyla piyasa değeri düşük fakat gereği gibi onarılmış /sağlam bir arabanın söz konusu olması halinde de – yani *vuku bulabilecek kazanın sebebinin arabanın ayıbı olmaması halinde* – yine aydınlatma yükümünün ihlalden doğan bir zarar mevcuttur. Nihayetinde alıcı için durumu bilseydi yapmayacağı veya bu koşullarda yapmayacağı bir sözleşme söz konusudur, ama bu durumda uyarma yükümünün aydınlatma yükümü vasfı yoktur. Örnek için bkz. HOPT, K., J., *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, München, 1975, 242. Bu örnek ile POHLMANN'ın kurguladığı örnek büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Esas itibarıyla, BREIDENBACH'ın, ikinci ve üçüncü grup olarak ayırdığı aydınlatma yükümleri özdeştir. Bu arada belirtelim ki, yazar bilgi verme

menfi menfaatleri koruyan – hatta en çok da bunu koruyan – bir yönü de mevcuttur ki, bu halde tabii ki sözleşmenin kurulmuş olması gerekmez, hatta zarar doğuran olgu, kural olarak, sözleşmenin kurulamamış veya akamete uğramış olmasından ileri gelir. Bu da, büyük ölçüde, zaten sözleşmenin kurulmasına yönelik aydınlatma yükümlerine karşılık gelen – hatta aydınlatma yükümü kavramından anlaşılan – kısma tekabül etmektedir.

Bundan başka, sözleşmenin ifasından sonra doğan zararın, ifa menfaatinin mi bütünlük menfaatinin mi yoksa her ikisinin mi ihlalden ortaya çıktığının, – aydınlatma yükümünün tanımlanması açısından – önemi yoktur. Bu noktada belirleyici olan husus, sözleşme görüşmelerine başlamış görüşmecilerden biri için, aydınlatılma ihtiyacının olup olmadığı, varsa muhatabın bunu anlamış olması veya anlamasının gerekmesi ve fakat gerekli bilginin aktarılmamış olmasıdır. Bundan sonra, sözleşme kurulur, ifa edilir ve aydınlatılması gereken taraf zarara uğrarsa, aydınlatma yükümünün varlığını ve ihlal edilip edilmediğini incelerken dikkat edilecek husus zararın hangi çıkarların ihlalden doğduğu değildir. Örneği ikinci ihtimal çerçevesinde değerlendirdiğimizde de aynı sonuç ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, alıcı deneme sürüşü yapmamış veya yapmış olsa da kaza yapmamış – dolayısıyla arabanın ayıbına da vâkıf olmamışsa – devamında da sözleşme yapılmış kurulmuş, ifa edilmiş ve bundan sonra kaza söz konusu olmuşsa, alıcının hem ifa hem bütünlük menfaatleri ihlal edilmiştir. Bir başka deyişle, aydınlatma yükümü ihlal edilerek kurulmuş bir sözleşmeden ötürü, muhatabın hem ifa hem bütünlük menfaatlerinin ihlali – sözleşme görüşmeleri sırasında bütünlük menfaati ihlal edilmemiş olsa da – söz konusu olabilmektedir. Aydınlatma yükümünün ihlali nihayetinde gereği gibi ifa etmeme sonucuna varmaktadır. Bu halde de, hukukumuz açısından genel olarak gereği gibi ifa etmeme özel olarak da ayıba karşı tekeffül hükümleri, özetle sözleşme sorumluluğu, uygulama alanı bulacaktır.

Aydınlatma yükümünden esas olarak anlaşılan, sözleşmenin kurulmasına yönelik aydınlatma yükümleridir. Sözleşme görüşmelerine başlamış tarafların görüşülen sözleşme ile ilgili olarak, muhataplarının (sözleşmenin yapılmasına ve

ve aydınlatma yükümü ifadelerini aynı anlamda kullanmaktadır. Bkz. s. 4. Bu konuda ayrıca bkz. KLINGER, s. 3 ve s. 11 ; BÖHME, s. 4-5 ; ABEGGLEN, s. 121.

koşullarına ilişkin) kararı için önemli olduğu fark edilebilir olan, ancak muhataplarının vâkıf olmadığı hususlara dair, kendilerinden talep edilmeksizin – talep edilmesi de gerekmeksizin bilgi verme yükümü söz konusudur. Bu yükümün hukuki dayanağı dürüstlük kuralıdır. Bu yükümler, “bütünlük menfaatini korumaya yönelik aydınlatma yükümlerinden”³¹³ farklı olarak, öncelikle haksız fiil hükümlerinin koruma alanındaki hukuki değerleri (deliktische Rechtsgüter) – somut olayda böyle bir etkisi de söz konusu olsa bile – korumayı amaçlamazlar, aydınlatılma ihtiyacı içinde olan kişinin sözleşme yapmaya ilişkin kararında esas olacak bilgilerle, daha doğrusu bu bilgilerin aktarımıyla, anılan kararın sağlıklı olmasını sağlarlar³¹⁴.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin, sözleşme yapıp yapmama veya yapılacak sözleşmenin koşullarını belirleme noktasındaki kararın sağlıklı olmasını sağlama işlevi, aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün (Privatautonomie - Vertragsfreiheit³¹⁵) gerçekleştirilmesine de hizmet eder. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme hukukunun em temel ilkelerindedir. Bu özgürlük, kişiye, kiminle ve hangi konuya üzerinde sözleşme yapacağını kendi özgür iradesiyle belirlemesine yönelmiştir³¹⁶. Esasen bu özgürlük, yeterli bilgiye sahip taraflarca amaca uygun bir şekilde kullanılabilir³¹⁷. Bilgi eksikliği, murad edilen sözleşmenin (gerek sözleşme, gerekse sözleşme koşulları) yapılamaması sonucunu doğurabilir. İşte aydınlatma yükümleri bu tehlikeyi bertaraf eder. Gereği gibi bilgi sahibi olmuş tarafın hangi yönde karar vereceği yine onun özgür iradesine kalmıştır. Aydınlatma yükümleri, deyim yerindeyse, izhar edilecek iradenin/ kurulacak sözleşmenin temelini sağlamlaştırır. Bu nedenle de sözleşme özgürlüğü ilkesini ihlal etmez³¹⁸.

³¹³ Belirttiğimiz üzere esasen bunlar uyarma yükümleridir (Warnungspflichten).

³¹⁴ REHM, s. 3.

³¹⁵ Sözleşme özgürlüğünü bütün yönleriyle değerlendiren bir çalışma için bkz. CARBONARA, A., Privatautonomie und Vertragsschluss, FS für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich, 2007, s. 85 vd.

³¹⁶ MERZ, H., Vertrag und Vertragsschluss (Vertrag), Freiburg, 1992, s. 48 vd., N. 81 vd.

³¹⁷ BREIDENBACH, s. 11 vd.

³¹⁸ BREIDENBACH, s. 12 ; HARTMANN, s. 10, N. 19. Karş. ABEGGLEN, S., Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischen Recht (Aufklärungspflichten), Summum ius, summa iniuria – Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, Stuttgart, 1995, s. 116 ; BAUMANN, Zürch.Kom., Art. 2, s. 556, N. 174. Ayrıca bkz. WAHRENBERGER, s. 17 vd.

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin aydınlatma yükümleri gerek İsviçre gerekse Alman hukukunda çeşitli alt başlıklar altında incelenmektedir. Yazarın tercihinin ve/veya inceleme konusunun kapsamına göre bu başlıklar değişmektedir. Biz tüketici satımlarında satıcının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerini inceleme konusu olarak belirlediğimizden, konumuzla bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek ihtimallere göre bir sınıflandırma yapacağız. Ancak bunlar çalışmamızın ikinci bölümünde yer alacaktır.

§ 2. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TÜRLEİ

I. GENEL OLARAK

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerine dair sınıflandırma, özelde incelenmek istenen konuya, değerlendirmelerin yer aldığı çalışmaya (şerh, doktora tezi, makale gibi), nihayetinde de yazarın tercihinin göre belirlenmektedir³¹⁹. Biz bu kısımda konumuzla bağlantılı gördüğümüz aydınlatma yükümleri türlerini genel olarak ifade etmeye çalışacağız. Bunlar, sadece tüketici sözleşmeleri çerçevesinde değil, en çok da klasik sözleşmeler hukukunda ortaya çıkabilecek durumlardır. Nitekim ilk olarak klasik sözleşmeler içinde söz konusu olmuş ve genel hükümlere göre değerlendirilmişlerdir. Tüketici satımlara bağlamında, özellikle incelenmesi gereken hususlara ise, bu bölümde işaret edilecek, ancak ayrıntılı değerlendirme daha sonra yapılacaktır. Bu nedenlerle, çalışmamızda HARTMANN'ın sınıflandırmasını tercih ettik, ancak asıl inceleme konumuz bu yazarın çalışmasına göre daha spesifik olduğu için, onun değerlendirdiği bazı hususları inceleme dışında bırakıyoruz.

Bu bağlamda, belirtelim ki, kanun koyucunun açıkça düzenlediği bir aydınlatma yükümü söz konusu olmadığı halde, esasen hangi hususta aydınlatma yükümü olduğunu söylemek, daha doğru bir ifadeyle bunları eksiksiz bir biçimde ortaya koymak mümkün değildir. Çünkü aydınlatma yükümünün varlığı ve kapsamı geriye doğru bir inceleme ile belirlenebilmektedir. Bu başlık altında değerlendirmeye

³¹⁹ Çeşitli sınıflandırmalar için bkz. İsviçre hukuku; LAUER, s. 28 vd. ; HARTMANN, s. 15, N. 29 vd. Alman hukuku ; EMMERICH, 88 vd., N. 12 vd. ; NICKEL, s. 70 vd.

çalışacağımız aydınlatma yükümleri, esasen, bugüne değin gerçekleşen olaylar ve buna bağlı olarak oluşan içtihatlarla göre, öğreti ve uygulamanın belirlediği olay gruplarıdır. Bu olay grupları, bir başka deyişle, sıklıkla ortaya çıkan ihlaller sonucu, kanun koyucu bazı aydınlatma yükümlerini açık yasal düzenlemeye kavuşturmuştur³²⁰. Ancak bütün aydınlatma yükümleri için bunu yapmak her halde mümkün değildir. Zira belirttiğimiz üzere, bir aydınlatma yükümünün varlığı, ancak ihlali ile ortaya çıkabilmektedir, yani sonuçtan hareketle – geriye doğru (retroperspektif) değerlendirme ile aydınlatma yükümünün varlığını araştırma söz konusu olmaktadır. Kısacası, bir aydınlatma yükümünün olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenmek durumundadır.

Bundan başka, incelememizde de görüleceği üzere, bazı hükümlerin açıkça aydınlatma yükümü düzenlememekle, yani yüküm için kurucu norm olmamakla birlikte, yükümün ihlaline sonuç bağlaması söz konudur. Kanaatimizce, sözleşme iradelerinin sağlıklı oluşumuna hizmet eden ve bunun gerçekleşemediği hale, bir biçimde müeyyide getiren – mutlak veya kısmi butlan, tazminat vb. – her norm, aydınlatma yükümü çerçevesinde incelenmeye değerdir.

II. ÖNCEDEN DÜZENLENEN SÖZLEŞME KOŞULLARININ İÇERİĞİ VE KAPSAMINA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

Klasik liberal anlayışı benimsemiş hukuk sistemlerinde, esas itibariyle, bireysel sözleşme modeli geçerlidir. Bu modelde, taraflar karşılıklı görüşmeler yoluyla sözleşmenin içeriğini belirlerler, anlaşma sağlandığı halde de sözleşme kurulur. Bu sözleşme tipinin karşıtı, içeriğinin karşılıklı görüşmelerle değil, bir tarafın önceden – müzakere etmeden – hazırladığı koşulları içeren sözleşmeyi muhatabına sunduğu ve muhatabın da kabul etmesiyle kurulan standart sözleşmelerdir. Standart sözleşmeler, içerikleri tamamen veya kısmen genel işlem şartlarıyla belirlenmiş olan sözleşmelerdir³²¹.

³²⁰ Örnek olarak bkz. HARTMANN, s. 16-17, N. 33.

³²¹ HAVUTÇU, A., Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Genel İşlem Şartları), İzmir, 2003, s. 1-3. Genel işlem şartları içeren sözleşmelerin

Genel işlem şartları (giş), hukuki ilişkilerde rasyonellik sağlamakla birlikte, her zaman tek taraflı olarak onu hazırlayanın menfaatine hizmet etmektedir. Bu noktada, tüketicinin konumu gereği (ekonomik güçsüzlük, bilgi eksikliği gibi), satıcı/sağlayıcıya, deyim yerindeyse muhtaç olması, onu anılan sözleşmeleri yapmaya mecbur etmektedir³²².

Aydınlatma yükümleri, bu noktada, tüketicinin, açık olmayan, beklenmedik nitelikteki hükümlere karşı korunmasına yardımcı olur. Bu hükümlerden haberdar olup da kabul etmesi, hükümlere hiç vâkıf olmadan kabul etmesine tercih edilir³²³.

Bizim hukukumuzda, genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme henüz yapılmamıştır. Bununla birlikte TKHK m. 6'da haksız şartlar düzenlenmiştir. Esas itibarıyla haksız şart ve genel işlem şartı da birbirinden farklıdır. Biz iki konunun birlikte değerlendirilmesinin daha yerinde olacağını düşündüğümüz için, bu husustaki aydınlatma yükümlerini TKHK'la da bağlantılı olarak, tezin ikinci bölümünde irdelemeye çalışacağız.

III. SÖZLEŞME İRADELERİNİN OLUŞUMU İÇİN GEREKEN KOŞULLAR HAKKINDA AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

Aydınlatma yükümlerinin, her halde en önemli kısmını, görüşmecilerin sözleşme tarafı haline gelmesini sağlayan bu yükümler oluşturmaktadır. Sözleşme yapıp yapmama, keza sözleşmenin hangi koşullarda yapılacağını belirleme noktasında, görüşmecilerin birbirlerine aktarması gereken bu bilgiler önem arz etmektedir. Sözleşmenin konusu, muhatabın kim olduğu da sözleşme yapma kararında etkili olabilecektir³²⁴.

özelliklerine ilişkin geniş bilgi için bkz. ATAMER, Y.M., Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Genel İşlem Şartları), İstanbul, 2001, s. 30 vd.

³²² HARTMANN, s. 16, N. 30-31 ; MERZ, Vertrag, s. 52-53, N. 93 ; HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 4-9.

³²³ İsviçre hukukuna ilişkin çeşitli örnekler için bkz. HARTMANN, s. 16 – 18, N. 32-35.

³²⁴ HARTMANN, s. 18, N. 36.

Kullanımı basit bir fırın almak isteyen müşteriye, beğendiği fırının çok fonksiyonlu, elektronik olduğunu söyleme gereği, MP3 çalar bir müzik setine ihtiyaç duyan kişiye, keza bu özelliğe haiz ürünlerin gösterilmesi gereği, dört katlı bir bina yapmayı planlayan alıcıya, imar mevzuatının üç kattan fazlaya izin vermediğinin söylenmesi gereği vb. haller, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünden ileri gelmektedir. Bundan başka, sözleşme tarafının özellikle önem taşıdığı – hakemlik sözleşmesi gibi – ve muhatabın aranan bu özelliğe sahip olmadığı halde, bunu bildirmek de aynı yükümün gereğidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşme öncesi aydınlatma yükümüne ilişkin genel bir düzenleme, ne bizim hukukumuzda, ne de İsviçre Hukukunda mevcuttur. Hangi halde, muhatabın aydınlatılması gerektiği, öğretisi ve uygulamanın bugüne değin ortaya koyduğu ölçütlere göre belirlenmektedir. Bu müteakiben incelenecektir. Ancak açık hüküm olmamakla birlikte, hileye ilişkin hükümler, ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümleri, özellikle bu hükümlerin ihlalinin müeyyideleri, aydınlatma yükümünün kapsamını belirleme konusunda bize dayanak teşkil etmektedir³²⁵.

Hile, İBK m. 28 – BK m. 28’de düzenlenmiştir. Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için bu kişide kasten hatalı bir kanaat uyandırma (aktif hile davranışı: ört-bas etme ve/veya yanlış vakıalar ileri sürme) veya önceden mevcut hatalı bir tasavvuru koruma ve sürdürme (pasif hile davranışı: susma) fiiline hile denir³²⁶. Hileye duçar olarak sözleşme yapan kişi, o sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Bundan başka, aldatılan uğradığı zararların tazminini de talep edebilir³²⁷ (İBK m. 31 – BK m. 31).

Daha sonra incelenecek olsa da, hile konusu, aydınlatma yükümünün ne zaman var olduğu ve ne şekilde ihlal edilebileceği konusuna kabaca değinmemizi gerektirmektedir. Aydınlatma yükümü, açıkça yanlış bilgi vermekle ihlal

³²⁵ WAHRENBERGER, s. 21.

³²⁶ EREN, s. 358 ; YILDIRIM, s. 8 ve 97 vd. ; KURŞAT, s. 11 vd. ve s. 50 vd. ; GILOMEN, H. V., Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Bern, 1950, 8 vd. ve 48 vd. ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 260 vd., N. 1 vd.

³²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, s. 266 vd.

edilebileceği gibi, en çok da susmak suretiyle ihlal edilebilir³²⁸. Bununla birlikte, aydınlatma yükümünün varlığının tartışıldığı nokta, kişinin hangi halde susma hakkının veya bilgi verme zorunluluğunun olduğudur. Şöyle ki, susma suretiyle aydınlatma yükümünün ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, dürüstlük kuralının kişiye ne zaman bilgi vermeyi emrettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Ancak dürüstlük kuralı gerektirdiği halde, kişi muhatabına bilgi vermekle yükümlüdür. Zira genel bir aydınlatma yükümü yoktur.

Yanlış bilgi verme/ yanlış vakıalar ileri sürme halinde, susmanın aksine, bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının incelenmesine gerek yoktur, bir başka deyişle, bu halde dürüstlük kuralının kişiye aydınlatma yükümü yükleyip yüklenmediğine ve yüklüyorsa ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bizatihi dürüstlük kuralının doğrudan doğruya ihlal edilmesi söz konusudur³²⁹. Yanlış bilgi verme, kural olarak, her halde dürüstlük kuralının ihlalidir³³⁰.

Hile teşkil eden aktif davranış, yanlış bilgi verme şeklinde söz konusu olabileceği gibi, ört-bas etme biçiminde de gerçekleşebilir³³¹. Ancak birçok halde, ikisi arasındaki farkı ayırt etmek güçlük arz eder. Şöyle ki, satıcı, en son dört yıl önce revizyondan geçmiş makinenin, kısa süre önce tamir edildiğini söylüyorsa, hem kısa süre önce tamir edildiğini ifade etmekle yanlış bir vakıa ileri sürmekte/ yanlış – gerçeğe aykırı bilgi vermekte, hem de gerçeği (dört yıl önce revize edildiği gerçeğini) ört bas etmektedir³³². Her iki halde de aldatanın aktif bir davranışı söz konusudur ve hileye sebep olma noktasında aynı şekilde değerlendirilir³³³.

Susma suretiyle hileye gelince, bu ancak, deyim yerindeyse kişinin konuşmak zorunda olduğu halde susmasında söz konusu olur. Susmanın hileye sebebiyet

³²⁸ Yükümün ihlal edilme biçimlerine ilişkin olarak bkz. HARTMANN, s. 77 vd., N. 179 vd.

³²⁹ SCHMIDLIN, B., Mängel des Vertragsabschlusses, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Art. 23-31, Bern 1995, Art. 28, s. 265, N.20.

³³⁰ Yanlış bilgi verme, aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmadığı halde de tazminat yükümlülüğü doğurabilir. Bu konuda bkz. ROTH, § 241, s. 86, N. 115.

³³¹ İki davranış türü hakkında geniş bilgi ve örnekler için bkz. YILDIRIM, s. 97 vd.; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 264 vd., N. 17 vd. ; GILOMEN, s. 50 vd. Ayrıca bkz. BUCHER, s. 219-220 ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 453, N. 3 ; KURŞAT, s. 51.

³³² GILOMEN, s. 51.

³³³ YILDIRIM, s. 99.

vermesi için, dürüstlük kuralının muhatabı bilgilendirmeyi gerektirmesi, dolayısıyla aydınlatma yükümünün varlığı gereklidir³³⁴. Federal Mahkemeye göre, aydınlatma yükümü, özel bir kanun hükmünden veya sözleşmeden veya dürüstlük kuralı ve hâkim anlayışa göre bilgi vermenin gerekli olduğu hallerden doğar. Bu yükümlülüğün var olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenir³³⁵.

Susma suretiyle hilenin gerçekleşebilmesi için, hile kastı gereklidir. Aydınlatma yükümünün ihmal suretiyle ihlal edilmesi sözleşme öncesi sorumluluğa sebep olur³³⁶, ancak hile hükümlerini uygulamak için yeterli değildir. Hile muhakkak hile kastını gerektirir. Bir başka deyişle, aldatan muhatabını sözleşme yapmaya sevk etmek için susmak suretiyle aydınlatma yükümünü ihlal etmektedir. Bu halde hile hükümleri cari olur.

Hile hükmü (İBK m. 28 – BK m. 28), esas itibariyle aydınlatma yükümü için kurucu bir norm değildir, bu norm ancak kast ile altlanabilmektedir. Aydınlatma yükümünün, muhatabı sözleşme kurmaya sevk etmek amacıyla kasten ihlalinin sonucu hile hükmünün uygulanmasıdır. Bu anlamda hile, aydınlatma yükümü için sonuçtur, ancak sebep değildir. Sebep, hile hükmü bakımından dürüstlük kuralıdır. Kastin ihlalin norma bağlanmış olması, aydınlatma yükümünün kanun koyucu tarafından dolaylı olarak tanındığı şeklinde yorumlanmaktadır³³⁷.

Ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine gelince, bunlar da kanun koyucunun sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerini tanımasının bir neticesi/tezahürü olarak görülmektedir³³⁸. İBK m. 192/1 – BK m. 189/1 gereği satıcı, üçüncü kişilerin satım konusu malda hak iddia etmeleri ve bu hak sebebiyle malın alıcının elinden alınmasından ötürü sorumludur. İkinci fıkrada yer alan hüküm ise, aydınlatma yükümünün ortaya çıkma koşulları konusunda bir dayanak noktası oluşturmaktadır. Buna göre, alıcının vâkıf olduğu zabıt tehlikesinden dolayı satıcının sorumlu tutulabilmesi için açıkça sorumlu olduğunu kabul etmesi gerekmektedir. Bir

³³⁴ Aydınlatma yükümünün somut koşulları müteakiben ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

³³⁵ BGE 116 II 431, 434.

³³⁶ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 262, N. 11.

³³⁷ HARTMANN, s. 56, N. 125.

³³⁸ LAUER, s. 28; WAHRENBERGER, s. 21.

başka deyişle, alıcının bildiği – aydınlatılma ihtiyacı içinde olmadığı – bir husus hakkında, satıcıyı sorumlu tutmak açıkça tekeffül şartına bağlanmıştır. Satıcı, üçüncü kişinin hakkını bilerek gizlemişse, bu halde sorumluluktan kurtarma koşulları da hükümsüz olacaktır (İBK m. 192/3 - BK m. 189/3).

Ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından da, aynı durum söz konusudur. Satıcı gerek zikir ve vaat ettiği, gerekse maldan faydalanılması için malın haiz olması gereken özelliklerdeki eksiklikten ötürü sorumludur (İBK m. 197 - BK m. 194). Bununla birlikte, satıcı alıcının satım zamanında bildiği ayıplardan sorumlu olmadığı gibi, gerekli özeni gösterseydi bilebileceği ayıplardan dolayı da, ancak tekeffül etmişse sorumludur (İBK m. 200 – BK m. 197). Bundan başka, satıcı, ayıbı hile ile gizlemişse, tekeffül sorumluluğunu kaldıran veya kısıtlayan şartlar batıldır (İBK m. 199 – BK m. 196).

Mehaz kanunda hile için (İBK m. 28) *absichtliche täuschung*, zapta karşı tekeffülde satıcının üçüncü kişinin hakkını bilerek gizlemesi hali (İBK m. 192/3) için *absichtlich verschwiegen*, ayıba karşı tekeffülde ayıbın hileyle gizlenmesi haline müeyyideler getiren hükümler bakımından sırayla (İBK m. 199, İBK m. 203, İBK m. 210/3) *arglistik verschwiegen*, *absichtlicher täuschung*, *absichtlicher täuschung* terimleri kullanılmıştır. Farklı terminolojilere rağmen, bu hükümler içerik itibariyle özdeştir³³⁹. Türk hukukunda ise, zapta karşı tekeffülde üçüncü kişinin hakkının *bilerek gizlenmesi* (BK m. 189/3)³⁴⁰; ayıba karşı tekeffülde ise, sırasıyla (BK m. 196, BK m. 200, BK m. 207/3) *hile ile gizlenmesi*, *alıcının iğfal edilmesi*, *alıcının iğfal edilmesi* terimleri kullanılmıştır. Bu noktada da, farklı adlandırmalara rağmen, hükümler içerik itibariyle aynıdır³⁴¹. Ancak hemen belirtelim ki, anılan hükümlerde hilenin muhatabını sözleşme yapmaya sevk etme amacı - bu bağlamda BK. m. 28'in

³³⁹ HONSELL, Bas.Kom., Art. 199, s. 1159, N. 7. Ayrıca bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 299-301, N. 133- 141. Karş. SCHÖNLE, H./ HIGI, P., Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204, Zürich, 2005, Art. 192, s. 46 vd., N. 72 vd. ; GIGER, Ber.Kom., Art. 192, s. 250-252, N. 73-76. Terminolojiye ilişkin genel bilgi için bkz. YILDIRIM, s. 7 vd.

³⁴⁰ Bkz. YAVUZ, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002, s. 87.

³⁴¹ YAVUZ, C., Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu (Ayıp sorumluluğu) , İstanbul, 1989, s. 99 ve s. 125; YILDIRIM, s. 63 vd.

tüm koşulları - aranmaz, örneğin, BK m. 200'ün uygulanabilmesi için, hilenin alıcının satılanı muayene ve ayıpları ihbar etmemesine sebep olması yeterlidir³⁴².

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür³⁴³. Kanaatimizce, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, gereği gibi ifa etmeme/ kötü ifa halinin özel olarak düzenlenmiş bir türüdür³⁴⁴. Temel inceleme konumuz ayıba karşı tekeffül olmadığı için bu konuyu çok fazla değerlendirmek istemiyoruz. Ancak bu görüşlerden biri, ayıba karşı tekeffülü culpa in contrahendo ile açıklayan görüştür ki, inceleme konumuzla da bağlantılı görülebilir. Bu görüşe göre, “ Satıcı, akdin inikadı sırasında inikada veya tam teşekküle engel olan noksanlığı (ayıbı) bilmemek suretiyle bir kusur ika etmiştir. Alıcı, onun bu kusurlu hareketinden hakkaniyet kaidelerine göre tazmin edilmesi lâzım gelen bir zarara duçar olmuştur. Akdin inikadı sırasında satıcının noksanlığa (ayıba) vâkıf olmayışının mazur görülebilir olması bile, satıcıyı sorumluluktan kurtaramaz. Satıcının kusuru, bizatihi satmak vakiasındadır³⁴⁵”. Kanaatimizce, ayıp bakımından, başka bir ifadeyle satım konusu malın ayıplı olması açısından, satıcının kural olarak bir kusuru söz konusu değildir. Ancak, ayıbı bilen veya bilmesi gereken satıcı için, bir aydınlatma yükümü olduğu görüşünderiz. Culpa in contrahendo, yani sözleşme öncesi/görüşme süreci kusuru, ancak, ayıbı bilen satıcının susması, yani aydınlatma yükümünü ihlal etmesi, halinde mevcuttur. Öte yandan culpa in contrahendo adı üzerinde bir kusur sorumluluğudur. Satıcıyı, bilmediği ayıptan sorumlu tutmak mümkündür, nitekim kanun da satıcıyı sorumlu tutmak için buna vâkıf olmasını aramamıştır. Ancak bunun için culpa in contrahendoya dayanmak kendi içinde çelişen bir durumdur. Öte yandan, culpa in contrahendoyu bir sorumluluk sebebi olarak değerlendirdiğimizde, kural olarak bundan doğan menfi zararın tazminini

³⁴² YAVUZ, Ayıp sorumluluğu, s. 125. İsviçre hukuku bakımından keza, HONSELL, Bas.Kom., Art. 199, s. 1159, N. 7, Art. 203, s. 1168-1169, N. 1, Art. 210, s. 1189, N. 3.

³⁴³ Bu görüşlere ilişkin olarak bkz. YAVUZ, Ayıp sorumluluğu, s. 19 vd.

³⁴⁴ YAVUZ, Ayıp sorumluluğu, s. 23-25. Ayrıca bkz. ÖZEL, Ç., Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu (Yapımcı), Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 771 vd., s. 782-783 ve dipnot 29'da yollama yapılan yazarlar.

³⁴⁵ EDİS, S., Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963, s. 24-25.

kabul etmekteyiz^{346 347}, bir başka deyişle bu sorumluluğun müeyyidesi budur. Ancak, yukarıdaki hükümlerde öngörülen müeyyideler farklıdır.

Satıcının ayıptan ve zapttan sorumlu olması için, bunlara vâkîf olması gerekmez. Bir başka deyişle, bunları bilmesi ve bilmesi beklenmese de sorumludur. Ancak bildiği halde, susması, bu noktada muhatabını aydınlatmaması halinde, kanun koyucu sorumluluğunu ağırlaştırmıştır³⁴⁸. Buna karşılık, alıcının bildiği veya bilebileceği ayıplar bakımından – kanaatimizce bu hususta aydınlatılma ihtiyacı olmadığından – satıcıyı sorumlu tutmamıştır. Aynı husus zapta karşı tekeffül bakımından da geçerlidir.

IV. SÖZLEŞMENİN GEÇERLİK KOŞULLARI VE SÖZLEŞME ENGELLERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

Sözleşmenin geçerlik koşulları ve sözleşme engellerine ilişkin yanlış tasavvurlar, bir tarafın sözleşmenin hüküm ifade edeceğine olan güveninin boşa çıkmasına sebep olabilir. İrade sakatlığındaki durumun aksine, bu noktada esas itibariyle bağlanılmak istenmeyen bir sözleşme ile bağlı olmak değil, aksine kurulmak istenen bir sözleşmeyle bağlı olamama söz konusudur³⁴⁹.

³⁴⁶ Culpa in contrahendo sorumluluğun neticesinde tazmini gereken zarar kural olarak menfi zarardır, ancak bu esas itibariyle culpa in contrahendo teşkil eden vakıalardan ileri gelmektedir. Nihayetinde “culpa in contrahendo vakıalarında menfi zarar tazmin edilir” gibi bir kural yoktur. İleride, tüketici hukukunda düzenlenen spesifik aydınlatma yükümleri çerçevesinde – sözleşme akamete uğramasa da – sözleşme öncesi kusurdan zarar doğabilecek halleri inceleyeceğiz. Bu konuda bkz. HARTMANN, s. 173-174, N. 412-415. Sorumluluğun menfi zararlar (sözleşmenin hiç kurulamaması veya akamete uğramasında söz konusu olan menfi zararlar) sınırlandırılmayacağına ilişkin olarak bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 263 vd., özellikle s. 267.

³⁴⁷ Nitekim, yukarıda da yer verildiği üzere, hile sonucu kurulmuş sözleşmeye icazet verilmesi, ancak yine de doğan zararın tazmini imkanı mevcuttur ki bu zarar da menfi zarardır. Ancak bu tazminatın dayanağının haksız fiil mi yoksa culpa in contrahendo mu olduğu tartışmalıdır. Ayrıca, bu noktada müspet zararın tazmin edilebilirliği de tartışılmaktadır. Bkz. YILDIRIM, s. 266 vd. ; ERGÜNE, s. 179-181.

³⁴⁸ YAVUZ, Ayıp sorumluluğu, s. 34 ve s. 99 vd. Sorumluluğu ağırlaştırılan bu hükümlerde bir aydınlatma yükümü olduğuna ilişkin bkz. HONSELL, Bas.Kom.,Art. 199, s. 1159, N. 7; HUGUENIN, C., Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich, 2008, s. 46, N. 304.

³⁴⁹ HARTMANN, s. 20, N. 41.

Kanun bir hukuki işlem için şekil şartı öngörmüşse, o şekle uyulmadan yapılan işlemler geçersizdir³⁵⁰. Kanun koyucu şekil eksikliğine bundan başka bir müeyyide getirmemiştir. Ancak, öğreti ve uygulama, belli koşulların varlığı halinde, güveni boşa çıkan tarafa sözleşme öncesi kusura dayanarak tazminat hakkı tanımaktadır³⁵¹.

Esasen, her bir taraf şekil hükümleri ile kendisi ilgilenmek zorundadır. Bir başka deyişle, bu hükümlere uymak, bunları gözetmek herkesin kendi sorumluluğundadır. Bu noktada, kural olarak görüşmecilerin birbirlerini aydınlatma, şekil eksikliğine işaret etme yükümü yoktur. İstisnaen, bir görüşmecinin muhatabını aydınlatması zorunlu olabilir³⁵². İlk olarak, taraflardan birinin görüşme sürecinde söz konusu sözleşmenin şekle bağlı olup olmadığını incelemekle yükümlü kılındığı halde, yükümlü tarafın muhatabına bilgi vermesi zorunluluğudur³⁵³. İkinci ve asıl olan ise, dürüstlük kuralının taraflardan birine aydınlatma yükümü yüklemesidir³⁵⁴. Bir taraf, muhatabının şekil zorunluluğunun farkında olmadığına vâkıfsa, buna rağmen bu hususa muhatabının dikkatini çekmiyorsa, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünü ihlal etmiş olur ve buna bağlı olarak ortaya çıkan zararları da tazmin etmekle yükümlüdür³⁵⁵. Söz konusu zarar, aydınlatılması gereken tarafın, sözleşmenin geçerliğine duyduğu güvenin akamete uğramasından doğan menfi zararıdır³⁵⁶.

³⁵⁰ EREN, s. 259. Öğretide geçersizliğin hukuki niteliği çok tartışmalıdır. Bkz. EREN, s. 259 vd.

³⁵¹ LAUER, s. 31 ; WAHRENBERGER, s. 22.

³⁵² HARTMANN, s. 20, N. 42 ; BUCHER, E., Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften (Rechtsmissbrauch), ZBGR 56, 1975, s. 72-73 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 11, s. 428, N. 188.

³⁵³ Bu halde, esasen inceleme konumuz anlamında bir aydınlatma yükümü söz konusu değildir. Kanaatimizce, görüşmecilerin, asıl görüştükleri sözleşme için yaptıkları, başka bir sözleşme söz konusudur. Bu yükümlülüğe aykırı davranan tarafın muhatabı, uğradığı zararlar için sadece culpa in contrahendoya değil, aynı zamanda vekâlet ediminin kötü ifasına da dayanılabilir. Bkz. SCHMID, J., Die Öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Öffentliche Beurkundung), Freiburg, 1988, s. 248-249, N. 837-839.

³⁵⁴ BUCHER, Rechtsmissbrauch, s. 72-73.

³⁵⁵ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art 11, s. 428, N. 188. *Treuepflicht* terminolojisi ile SCHÖNENBERGER, W./ JAEGGİ, P., Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürich, 1973, Art. 11, s. 545, N. 96 ; BUCHER, s. 170

³⁵⁶ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art.11, s. 429, N. 191 ; SCHÖNENBERGER/JAEGGI, Zürh.Kom., Art. 11, s. 544, N. 94 ; BUCHER, s. 170

Esas itibariyle, kanun koyucu görüşmecilere birbirlerinin bilgi eksikliklerini araştırmak gibi bir yükümlülük getirmemiştir. Ancak aydınlatma ihtiyacının fark edilebilir olduğu halde, bilgi vermemek aydınlatma yükümlünün ihlalidir. Öte yandan, yasa, kural olarak şekle aykırılığa geçersizlikten başka bir sonuç da bağlamış değildir. Önceki bölümde incelenen tekeffül ve hileye ilişkin hükümler bakımından, norm açıkça yükümlülük kurmuyorsa da, ihlaline sonuç bağlamıştır^{357 358}. Burada ise, esasen, geçersizliği düzenleyen norm, aydınlatma yükümlünün ihlaline sonuç da bağlamamıştır. Geçersizlik müeyyidesi, tarafların birbirlerini aydınlatmalarından tamamen bağımsızdır. Ancak bu halde, dürüstlük kuralı bir tutamak teşkil etmekte ve bu sayede muhatabın zararının telafisini sağlamaktadır.

Hemen belirtelim ki, şekil eksikliğini butlan müeyyidesine bağlamak klasik görüştür. Federal Mahkemenin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir³⁵⁹. Bununla birlikte, Federal Mahkeme geçersizlik yaptırımını iki şekilde sınırlandırmıştır. Tarafların bütün edimlerini bilerek ve isteyerek ifa ettikleri halde, şekil eksikliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Bundan başka, bir tarafın şekil eksikliğine kasten sebep olduğu ve daha sonra şekil eksikliğini ileri sürdüğu halde de, hakkın kötüye kullanımı söz konusu olur ki, kanun bunu himaye etmez³⁶⁰. Esas itibariyle, bu durumda culpa in contrahendo değil; güven sorumluluğu çerçevesinde güvenin pozitif korunması söz konusu olur³⁶¹.

TKHK'da düzenlenen bazı tüketici satımları için kanun gerçi şekil şartı getirmiştir, ancak bunların niteliği – ispat veya geçerlik – tartışmalıdır³⁶². Gerek bu husus, gerekse yasa koyucunun yazılı olarak sözleşmede bulunmasını öngördüğu konuların eksikliği hali, ileride değerlendirilecektir.

³⁵⁷ Bkz. ve karş HARTMANN, s. 56, N. 125 ve dipnot 238'de yollama yapılan yazarlar.

³⁵⁸ şekle aykırılık, hata ve hile bağlamında da söz konusu olabilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 11, s. 429 vd., N. 192 vd.

³⁵⁹ EREN, s. 259-260 ve dipnot 78'de yollama yapılan kararlar. Geniş bilgi için bkz. ALTAş, H., şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 101 vd.

³⁶⁰ EREN, s. 259 vd. Yumuşatılmış Butlan Görüşü terminolojisi ile bkz. ALTAş, s. 110 vd. Yargıtay da, şekle aykırılık sebebiyle butlanın dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyeceği görüşündedir. Bkz. 15. HD, 2003/3899 E., 2004/408 K., 27.01.2004 T.

³⁶¹ DEMİRCİOğLU, s. 201. Bu sonucun sadece muhatabın hilesi halinde geçerli olması gerektiği yolunda bkz. HARTMANN, s. 100-101, N. 236-237.

³⁶² TKHK m. 6/A, m. 7, m. 8, m. 9/A. Bu konuda bkz. ZEVKLİLER/AYDOğDU, s. 177-178.

Bu başlık altında değerlendirmek istediğimiz bir husus da, edimin başlangıçtaki imkânsızlığından sorumluluktur. İBK/BK m. 20/1 gereği, sözleşmenin içeriği, yani içerdiği edim veya edimlerden biri başlangıçtan itibaren objektif olarak imkânsız ise, sözleşme geçersizdir. Edimin imkânsızlığını bilen veya bilmesi gereken, ancak buna rağmen imkânsız edime ilişkin sözleşme yapan taraf, bilgilendirme yükümünü ihlal etmiştir. Bu durum, sözleşmenin geçersizliği sonucu değiştirmemekle birlikte, muhatabın boşa çıkan güveninden doğan zararların tazmini yükümünü doğurur. Bu hal, tipik bir culpa in contrahendodur ve menfi zararın tazminini gerektirir³⁶³. Öte yandan, içeriği hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmeler de geçersizdir. Keza bu sonucun doğması için de, taraflarda hukuka veya ahlaka aykırılık bilincinin olması aranmaz³⁶⁴. Ancak, bu durumu bilen veya bilmeni gereken kişinin sözleşme yapması bir culpa in contrahendo teşkil eder ve güveni boşa çıkan tarafın menfi zararları bu çerçevede tazmin edilir³⁶⁵.

Sözleşme engelleri ve geçerlik koşulları bağlamında değerlendirmek istediğimiz son husus, fiil ehliyetine sahip olmayan kişinin sözleşme yapmasıdır. Sözleşme görüşmesi yapan kişinin, muhatabını kendisinin fiil ehliyetinin olmadığı hususunda aydınlatması gereklidir. İMK m. 411/2 – MK m. 452/2 uyarınca, vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda muhatabını yanıltırsa, onun bu sebeple uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür^{366 367}. Yanıltıcı hareket, aktif bir hareket olabileceği gibi, yapmama şeklinde pasif bir hareket de olabilir. Ancak sadece susmak yeterli değildir. Sınırlı ehliyetsizin³⁶⁸ susmak suretiyle bir aydınlatma

³⁶³ ALTUNKAYA, M., Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s. 238 vd. ; BAŞPINAR, V., Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı (Butlan), Ankara, 1998, s. 178-179. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı için bkz. 15. HD, 1975/515 E., 1975/2952 K., 09.06.1975 T. (KARAHASAN, M. R., Türk Borçlar Hukuku, C. 1, Ankara, 1992, s. 295); benzer bir karar için bkz. 13. HD, 1995/9375 E., 1995/4860 K., 13.11.1995 T. Müspet zararın tazmini konusuna ilişkin olarak bkz. s. 244-245 ; BUCHER, s. 249-250 ; LAUER, s. 32 ; GONZENBACH, s. 14-15. Alman hukukunda imkânsızlığa ilişkin düzenlemenin reformdan önce ve sonraki haline dair geniş bilgi için bkz. ALTUNKAYA, s. 238 vd. ; DEMİRCİOĞLU, s. 204 vd.

³⁶⁴ ATEŞ, D., Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara, 2007, s. 200 ; DEMİRCİOĞLU, s. 208.

³⁶⁵ DEMİRCİOĞLU, s. 208 ; ATEŞ, s. 305 vd. ; LAUER, s. 32.

³⁶⁶ HARTMANN, s. 21, N. 44 ; DEMİRCİOĞLU, s. 213-214.

³⁶⁷ Bu halde bir culpa in contrahendo olmakla birlikte, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 213-214.

³⁶⁸ Madde metninde açıkça vesayet altındaki kişi denilmektedir, ancak bu hüküm velayet altındaki mümeyyiz küçükler için de geçerlidir. Bkz. BUCHER, E., Berner Kommentar (Ber.Kom.) zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Das Personenrecht, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern,

yükümünü ihlal etmesi gereklidir. Federal Mahkemenin içtihatlarına göre, sınırlı ehliyetsiz, özellikle, kendisi hukuki bir işlem için girişimde bulunduğu halde (muhatabını) aydınlatmak zorundadır³⁶⁹. Öte yandan, şekle aykırılık konusunda söz konusu olan, pozitif güvenin korunması (MK m. 2/2'ye dayanarak işleme geçerli sonuç bağlama) bu halde söz konusu olamaz. İMK m. 411/2 – MK m. 452/2 taraflar arasındaki çıkar dengesini gözetmiş, yanıtılan muhataba tazminat hakkı tanımıştır³⁷⁰.

V. SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRME HAKKI KONUSUNDAKİ AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

Bazı hukuki işlemler bakımından yasa koyucu tüketici lehine düşünme süreleri öngörmüştür. Bu süre zarfında tüketicinin bu sözleşmeleri geçmişe etkili olarak sona erdirme hakkı söz konusudur. Tabiatıyla, tüketicinin bu hakkını kullanabilmesi, bundan haberdar olmasını gerektirmektedir. İşte bu nedenle kanun koyucu sağlayıcıya aydınlatma yükümü getirmiştir. Anılan yükümler, sözleşmenin kurulmasından önce ifa edilmelidir³⁷¹.

Esas itibariyle, tüketicinin korunması için sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşmeyi sona erdirme hakkına ilişkin bilgi sahibi olmasına gerek yoktur. Tüketici, bu bilgiye, daha ziyade, yapmış olduğu bir sözleşmeyle bağlı kalmak isteyip istemediği hususundaki kararı için gereksinim duyar³⁷². Bununla birlikte, kanaatimizce, bir sözleşmeden gerekçe göstermeden cayabilmek, söz konusu sözleşmeyi yapıp yapmama konusundaki karar bakımından önem taşır.

TKHK'da da bazı hukuki işlemler bakımından – konumuz çerçevesinde satımın bazı türleri için – tüketiciye cayma hakkı tanıyan hükümler söz konusudur³⁷³.

1976, Art. 19, N. 410 ; LEUBA, A., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T., Basler Kommentar (Bas.Kom.) Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel, 2002, Art. 411, s. 2081, N. 2.

³⁶⁹ HARTMANN, s. 21, N. 44. BGE 79 II 356, 361 (HARTMANN'dan naklen)

³⁷⁰ HARTMANN, s. 101-102, N. 239 ; LEUBA, Bas.Kom., Art. 410, s. 2079, N. 31-33. Karş. BIGLER-EGGENBERGER, M., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T., Basler Kommentar (Bas.Kom.) Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel, 2002, Art. 19, N. 25.

³⁷¹ İsviçre hukukundaki örnekler için bkz. HARTMANN, s. 21-22, N. 45-46.

³⁷² HARTMANN, s. 22, N. 46.

³⁷³ Bkz. TKHK m. 7 (Kampanyalı Satışlar), m. 8 (Kapıdan Satışlar), m. 9 (Kapıdan Satışlarda Satıcının ve Sağlayıcının Yükümlülüğü), m. 9/A (Mesafeli Sözleşmeler).

Bu çerçevede, cayma hakkının yazılı sözleşmede yer alıp almamasının, almadığı halde bu hakkın hangi süre zarfında kullanılabileceği gibi pek çok hususun incelenmesi gereklidir. Biz bunları ileride değerlendireceğiz.

§ 3. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN HUKUKİ TEMELLERİ

I. GENEL OLARAK

Bu bölüme gelinceye kadar, yeri geldikçe ifade edilmiş olsa da, çalışmanın bütünlüğünün sağlanması sözleşme önce aydınlatma yükümlerinin hukuki temellerini tekrar ve daha ayrıntılı olarak açıklamayı gerektirmektedir. Aydınlatma yükümü veya aydınlatma faaliyeti içinde söz konusu olan, esas olarak bilginin aktarımıdır. Bilgi aktarımı, yapılan sözleşmede edim konusu olarak belirlenmişse, zaten sözleşme öncesi veya sözleşmesel aydınlatma yükümü değil, edim yükümü söz konusu olur ki incelememizin kapsamı dışındadır.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü ya açık kanun hükmünden veya dürüstlük kuralından doğar. Açık hüküm söz konusu olduğunda, yasanın bilgi verme yükümü yüklediği görüşmeci, muhatabına öngörülen bilgiyi aktarmak durumundadır. Bu halde, muhatabın – daha sonra inceleyeceğimiz koşulları – sağlaması gerekmez. Şöyle ki, görüşmecinin, muhataba – muhatabının aydınlatılma ihtiyacı içinde olup olmadığına bakılmaksızın – yasanın öngördüğü bilgiyi aktarması gereklidir. Ancak hemen belirtelim ki, yasanın aydınlatma yükümü getirdiği işlemler bakımından, sadece bunun yerine getirilmiş olması, görüşmecinin sorumluluğunu tümünden bertaraf etmez/ etmeyebilir. Yasal yüküme konu dışındaki bir konuya ilişkin olarak, muhatap aydınlatılma ihtiyacı içinde ise – müteakiben incelenecek olan diğer bütün koşullarla birlikte – dürüstlük kuralının emrettiği bu hal bakımından da görüşmeci muhatabını aydınlatmak zorundadır. Bir başka deyişle, açık kanun hükmünün gereğini yerine getirmiş olmak, dürüstlük kuralının gereğinden kaçınabilmek, deyim yerindeyse, kurtulmak hakkı ve imkânı vermez.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün tartışılmaya ve irdelenmeye en muhtaç alanı dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümleridir. Açık kanun hükmünün aksine, öncelikle aydınlatılma ihtiyacına gereksinim duyar. Dürüstlük kuralı, aydınlatma yükümünün ve daha pek çok yükümün kaynağıdır, ancak somutlaştırılmasına gerek vardır.

Müteakiben aydınlatma yükümü öngören açık kanun hükümleri kısaca ifade edilecek, devamında ise dürüstlük kuralı ve bu kuralın somutlaştırılmasıyla ortaya çıkan aydınlatma yükümünün koşulları incelenmeye çalışılacaktır.

II. AÇIK KANUN HÜKÜMLERİ

Dürüstlük kuralının temel oluşturduğu aydınlatma yükümleri dışında, klasik sözleşme hukuku, esas itibariyle çok fazla açık biçimde düzenlenmiş aydınlatma yükümleri içermez. İsviçre/ Türk hukuku bakımından bu bağlamda değerlendirilebilecek temel hüküm hazır olmayanlar arasındaki icabı düzenleyen 5. maddedir. 5/3'e göre, vaktinde gönderilen kabul haberi icabı yapana geç varır ve o kimse (icapçı) icabıyla bağlı olmak istemezse, durumu derhal kabul edene bildirmek zorundadır. Bu bildirimini yapmadığı, kabulcüyü aydınlatmadığı halde, icabıyla bağlı olur, dolayısıyla sözleşme de kurulmuş olur³⁷⁴.

Bundan başka, kendisi açıkça yüküm kurmadığı halde, yükümün ihlaline sonuç bağlayan normlar vardır ki, biz bunları yukarıda, sözleşme iradelerinin oluşumu için gereken koşullar hakkında aydınlatma yükümleri çerçevesinde, *yükümlülük kurma – yükümlülüğe sonuç bağlama* hususunu gözeterek değerlendirmeye çalıştık.

Tüketici hukukunda, daha özel olarak TKHK kapsamındaki aydınlatma yükümlerine gelince, bunlar tüketici satımlarında değil, diğer başka tüketici işlemleri

³⁷⁴ HARTMANN, s. 55, N. 123. Karş. LAUER, s. 27. Bunun aydınlatma yükümü değil, külfet olduğu görüşüne ilişkin olarak bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 5, N. 21; SCHÖNENBERGER/ JAEGGI, Zürch.Kom., s. 453, Art. 5, N. 30 ; EREN, s. 227 ve dipnot 89. Ayrıca bkz. SCHÖNENBERGER/ JAEGGI, Zürch.Kom., s. 464 vd., Art. 6, N. 29 vd.

çerçevesinde de (örneğin TKHK m. 6/B) söz konusudur³⁷⁵. Biz, müteakip bölümde, konumuz bağlamında tüketici satımlarında satıcıya aydınlatma yükümü getiren normları tek tek açıklamaya ve değerlendirmeye çalışacağız.

III. DÜRÜSTLÜK KURALI

İMİK/ MK m. 2/1'e göre, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dürüstlük kuralı ise, "orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren – bu nedenle de – herkesçe benimsenen kuralların bütünüdür³⁷⁶.

Yukarıda yan yükümlerin kaynağı başlığı altında koruyucu yan yükümlerin asli dayanağının dürüstlük kuralı olduğunu, buna karşılık ifaya yardımcı yan yükümler bakımından bu kuralın ikincil/ tali bir kaynak olduğunu belirtmiştik. Şöyle ki, anılan yükümlerin ortaya çıkması ifa edilmesi gereken bir borcu gerektirmektedir. 2/1'de ifade edilen borcun kapsamına tabiatıyla, edimi ifa borcu da dâhil olduğundan, söz konusu borcun da bu ilkeye uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir. Bu çerçevede, sözleşme kurulmadan, sadece dürüstlük kuralından ifaya yardımcı yan yüküm doğmaz, bu noktada dürüstlük kuralının bu yükümlerin ikincil kaynağı olduğu kanaatindeyiz.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, koruyucu yan yükümlerin mal varlığını koruyan türüne dâhildir. Bu anlamda, dürüstlük kuralı sözleşme öncesi aydınlatma yükümü için asli/ birincil kaynaktır.

³⁷⁵ Özellikle konut finansmanı sözleşmesine ilişkin olarak Yasa Koyucu ayrıntılı bilgi verme yükümleri getirmiştir. Bkz. TKHK m. 10/B. Bu konuda geniş bilgi için bkz. AYDOĞDU, M., Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, DEÜHFD, C. 9, S. I, 2007, s. 1 vd. ; AYDOĞDU, M., Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, Ünal NARMANLIOĞLU'na Armağan, Yayın Yılı : 2009, s. 553 vd.

³⁷⁶ EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 449.

Sözleşme görüşmelerine giren kişiler, görüşülen sözleşmeyle ilgili olan önemli noktalarda birbirlerine bilgi vermekle yükümlüdürler³⁷⁷. Orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve herkesçe benimsenen kurallar bütünü, görüşmecilere sözleşme için önem taşıdığı anlaşılan hususlarda, bilgi vermeyi gerektirmektedir. Elbette ki, bilgi vermenin kapsamı sınırsız değildir³⁷⁸, sözgelimi satıcı, sattığı ürünün iki sokak ötedeki bir başka satıcıda yarı fiyatına satıldığını açıklamak zorunda değildir, ancak muhatabının beğendiği fırının tek rezistanslı olup hazır bir gıdayı bile bir saatten evvel pişiremeyeceğini söylemek zorundadır. Hangi hususta, ne ölçüde bilgi verilmesi gerektiğini belirleyecek olan da dürüstlük kuralıdır. Bu noktada, her ne kadar, bugüne kadar gelen uygulama ve öğretinin değerlendirmeleri ışık tutacak olsa da, yine de sonuçta somut olayın özelliklerinin dürüstlük kuralı bağlamında denetlenmesi belirleyici olacaktır.

Dürüstlük kuralını düzenleyen normun salt gramatik yorumu, sözleşme görüşmelerine girişenlerin birbirlerini aydınlatmaları gerektiği gibi bir sonuca varmayabilir. Hali hazırda doğmuş bulunan hakların kullanımı ve borçların yerine getirilmesi için, hatta sadece borçlar hukuku, özelde sözleşme hukuku için geçerli olduğu yorumuna da sebep olabilir³⁷⁹. Ancak, yanlış veya eksik bilgi vermek, muhatabın yanlıgısını fark ettiği halde susmak, zaten kanun koyucunun irade sakatlıkları çerçevesinde yaptırma bağladığı hususlardır. Bundan başka, sözleşme görüşmeleri, iki kişi arasındaki alelade bir görüşmeyi aşan, doğurması muhtemel hukuki sonuçları bakımından hukuken önem taşıyan davranışları³⁸⁰ içinde barındıran bir süreçtir. Nitekim bu nedenle, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, görüşme ilişkisi özel bağlantı olarak kabul edilmektedir. Bu ilke, sadece sözleşme aşamasına

³⁷⁷ Federal Mahkeme, aydınlatma yükümlülüğünü kural olarak *sözleşme görüşmelerine* girişen kişiler arasında kabul etmektedir. Bkz. BGE 108 II 305, s. 313; BGE 105 II 75, s. 80.

³⁷⁸ GONZENBACH'ın ifadesiyle, görüşmeciler, her halde bütün kartlarını açık olarak masaya koymaya zorlanamazlar. GONZENBACH, s. 103, ayrıca bkz. s. 103, dipnot 90.

³⁷⁹ HARTMANN, s. 28, N. 55 ; TUOR, P./ SCHNYDER, B./ SCHMID, J./ RUMO-JUNGO, A., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 2002, s. 53. Bu konuda bkz. ZELLER, s. 262-263; MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 227, N.9.

³⁸⁰ “*rechtlich relevante Kontakte*”, “*rechtlich relevante Verhalten*” terminolojileri ile bkz. BAUMANN, Zür.Kom., Art. 2, s. 522 vd. N. 109 vd. ; MIDDENDORF, P./ GROB, B., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich, 2007, s. 8, N. 12.

değil, sözleşme öncesi aşamaya³⁸¹, hatta edimlerin ifa edilmesinden sonrasına da şamildir. Öte yandan, hukuk düzeni hiç kimsenin bir başkasına hukuka aykırı olarak zarar vermesine izin vermemiştir.

IV. SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Aydınlatma yükümünün ve aydınlatma yükümünün de dâhil olduğu koruyucu yan yükümlerin ortaya çıktığı görüşme süreci, yukarıda ifade edildiği gibi, tartışmalı/ sorunlu bir alan teşkil etmektedir³⁸². Bu süreçte görüşen taraflar kendi menfaatlerini olabildiğince gözetmeye, mümkün olan en avantajlı sözleşmeyi yapmaya çalışırlar. Bu çerçevede, belirleyici olan öğelerden biri de bilgi avantajı/ üstünlüğüdür. Genellikle, bilgi avantajına sahip olan taraf, aynı zamanda ekonomik olarak da üstün olan taraftır. İnceleme konumuz bakımından, muhatabın tüketici olduğu da dikkate alınır, durumun önemi daha iyi anlaşılır.

Bilgiyi sahip olanın bunu muhatabından saklamak istemesi, ticari hayat göz önünde tutulduğunda, eşyanın tabiatı gereğidir. Ancak söz konusu ilişkiler ağı içinde dürüst ve makul muhatapların kendilerini uymakla sorumlu hissettiği ve uymak zorunda olduğu kurallar bütünü de vardır. Dürüstlük kuralı, bilginin kime, ne ölçüde aktarılacağına tespitinde tutamak noktasıdır. Bununla birlikte, dürüstlük kuralına dayanarak, menfaatler arasında kurulması gereken dengeyi götürü olarak belirlemek mümkün değildir. Dürüstlük kuralı hem bu yükümün kaynağı, hem de kapsamının ölçütüdür. Bu ölçütün, somut olayın özelliklerine uygulanması suretiyle çözüm bulunması söz konusudur. Ancak tabii ki, teorik olarak bunu böyle ifade etmek kolay olsa da, pratikte gerçekleştirme için aynı şeyi söylemek bu kadar kolay değildir. Bu noktada, bugüne kadar gerek uygulamanın gerekse öğretinin ortaya koyduğu ilkeler, dürüstlük kuralı ölçütünü somutlaştırmaktadır.

³⁸¹ LAUER, s. 293.

³⁸² HARTMANN, s. 28, N. 57.

Federal Mahkeme'ye göre, görüşmecilerin birbirlerini ne dereceye kadar aydınlatmaları gerektiği hususunda genel bir sonuca varılamaz. Somut olayın koşullarına göre karar verilmelidir, bu noktada, sözleşmenin yapısı, görüşmelerin akışı, tarafların bilgi düzeyleri ve niyetleri dikkate alınması gereken hususlardır³⁸³.

Öğreti de, Federal Mahkemenin görüşü ile mutabıktır. Genel ifadeler, kabuller yerine yükümlülüğün kapsamının somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir³⁸⁴.

İsviçre hukukunda aydınlatma yükümünü, özellikle tüketici ve satım hukuku bağlamında, spesifik olarak inceleyen ilk yazarlardan biri LAUER'dir. LAUER, olay gruplarını esas alarak bir inceleme yapmıştır³⁸⁵. Daha sonra ABEGGLEN, kısmen Alman öğretisine, özellikle de BREINDENBACH'a dayanarak, aydınlatma yükümünün varlığının ve kapsamının belirlenmesinde, koşullara göre değişen dinamik bir sistem ortaya koymuştur³⁸⁶. Bu sistem münferit ölçütlerden/ unsurlardan (fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacı, bilgi avantajı, rolü ve işlevi) oluşmaktadır. Buna göre, somut olayda bilgi verilmesinin zorunlu olup olmadığına bu unsurların değerlendirilmesi sonucunda karar verilir³⁸⁷. Bu unsurların varlığı ne kadar belirgin ise, muhatabın aydınlatma yükümü de o ölçüde vardır ya da o ölçüde yoğundur/geniş kapsamlıdır. Eksik ya da görece zayıf olan unsur, çok belirgin şekilde gerçekleşmiş diğer unsurlar aracılığıyla dengelenebilir³⁸⁸. Bununla birlikte, fark

³⁸³ BGE 116 II 431 vd., 434 ; BGE 105 II 75, 80. Yargıtay'ın culpa in contrahendo'yu kabul eden kararları mevcuttur. Hatta bu kararlarda açıkça ifade edilmese de aydınlatma yükümü de kabul edilmiştir, ancak açıklamalar, bunlardan koşulları saptamaya yetecek nitelikte değildir. Bkz. yuk. Bölüm I, §1, IV, C.

³⁸⁴ BUCHER, s. 220 ; GONZENBACH, s. 107 ; WAHRENBERGER, s. 82 ; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, N. 91-92 ; KRAMER, E. A., Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 19-22, Bern, 1991, Art. 22, s. 220, N. 24 ; HARTMANN, s. 29, N. 59.

³⁸⁵ İlk olay grubu, muhatabın öngöremeyeceği/ öngörmesinin de gerekmediği sözleşme koşullarıyla bağlantılıdır. İkincisi ise, görüşme sürecinde görüşmecilerden birinin diğerine görece üstün olduğu hallere ilişkindir. Bkz. LAUER, s. 292 vd. ; s. 317 vd.

³⁸⁶ ABEGGLEN, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri ile sözleşmesel aydınlatma yükümleri arasında – baskın görüşün aksine – ayırım yapmamaktadır. Bkz. ABEGGLEN, s. 127 vd. Bundan başka oluşturduğu sistemin bütün aydınlatma yükümü türleri için – hatta tıbbi aydınlatma yükümü dâhil – uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 185 vd.

³⁸⁷ ABEGGLEN, s. 171 vd. ; BREIDENBACH, s. 61 vd. Yazar, yine Alman öğretisinden HOPT'tan da faydalanmıştır. HOPT, s. 414 vd.

³⁸⁸ HARTMANN, s. 30, N. 61.

edilebilir aydınlatılma ihtiyacı, olmazsa olmaz bir koşuldur, yani bu söz konusu değilse, aydınlatma yükümünün varlığından bahsetmek mümkün olmaz³⁸⁹.

Aydınlatma yükümünün değerlendirilmesi hususunda biz HARTMANN'ın değerlendirme biçimini esas alacağız³⁹⁰. İncelememizde de görüleceği üzere, kanaatimiz, bu ölçütlerin birlikte uygulanması halinde – ki böyle öngörülmektedir – taraflar için mümkün olan en adil sonuca ulaşılabileceği yönündedir. Bu değerlendirme yöntemi Federal Mahkemenin içtihatları ile de uyumludur³⁹¹.

Koşulları tek tek incelemeden önce ana hatlarıyla belirtmek gerekmektedir. İlk olarak, bir görüşmecinin muhatabını aydınlatmakla yükümlü olması için, verilmesi gereken bilgiye kendisinin vakıf olması, yani bilmesi gereklidir. Bilmese bile, bilmesinin gerekmesi yeterlidir. İlk koşul, **aydınlatma yükümlüsü tarafın bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir** (*Wissen oder Wissenmüssen der aufklärungspflichtigen Partei*)³⁹².

Görüşmeci, muhatabının bilmediği ve bilmek zorunda da olmadığı hususlara ilişkin bilgi vermek zorundadır. Bundan başka, ancak muhatabının bilgi eksikliğini fark etmek zorunda olduğu halde bilgi vermekle yükümlüdür. Buna göre ikinci koşul, **aydınlatılması gereken tarafın fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacıdır** (*Erkennbarer Informationsbedarf der aufklärungsberechtigten Partei*)³⁹³.

Aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlüsü tarafın, muhatabının kararı için önemli olduğunu bildiği veya bilmek zorunda olduğu vakıalara ilişkindir. O

³⁸⁹ ABEGGLEN, s. 172. Hemen belirtelim ki, bu esas dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümleri için geçerlidir. Yasanın açık hükmünden doğan aydınlatma yükümlerinde muhatabın aydınlatılma ihtiyacı içinde olup olmadığına bakılmaz.

³⁹⁰ Alman hukuku için bkz. POHLMANN, s. 101 vd. ; OLZEN, § 241, s. 243 vd. N. 439 vd. ; ROTH, § 241, s. 87 vd., N. 123 vd. Esas itibarıyla, değerlendirilecek olan hususlar Alman hukukuyla da örtüşmektedir. POHLMANN'ın ifadesiyle, aydınlatma yükümünün kapsamının belirlenmesi noktasında altın kural şudur: Görüşmeci, muhatabına, muhatabının sözleşme yapma kararı için önemli olduğunu fark ettiği hususları, dürüstlük kuralı da anılan hususlarda bilgi vermesini gerektiriyorsa, bildirmelidir. Bkz. s. 103 ve dipnot 474'de yollama yapılan kararlar.

³⁹¹ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. BGE 117 II 218, s. 230. Ayrıca bkz. BGE 102 II 81, BGE 125 III 86, s. 89 ve burada yollama yapılan kararlar.

³⁹² HARTMANN, s. 30, N. 63.

³⁹³ HARTMANN, s. 30-31, N. 64.

halde, üçüncü koşul, **bilginin fark edilebilir önemi**dir (*Erkennbare Erheblichkeit der Information*)³⁹⁴.

Son olarak, bilgi verme yükümünün daha üstün bir menfaatin karşısında olması hali değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, örneğin kişilik hakkı, bir gebenin müstakbel işverenleri karşısında aydınlatma yükümünü sınırlandırır. Sonuç olarak, dördüncü koşul, **gizli tutmaya ilişkin üstün bir menfaatin yokluğu**dur (*Fehlen eines überwiegenden Geheimhaltungsinteresses*)³⁹⁵.

Aydınlatma yükümünün varlığını kabul etmek için, belirtilen koşulların hepsinin somut olayda gerçekleşmesi gereklidir. Ancak, bu değerlendirmeyi yapacak kişinin (hâkimin) bütüne dair değerlendirmesini engellemez. Bu bağlamda, koşullardan birinin belirgin şekilde ortaya çıkması, diğerlerinin ise görece zayıf olması halinde, bunlar birbirini dengeleyebilir. Ancak bu koşullardan birinden bütünüyle vazgeçilemez³⁹⁶.

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ TARAFIN BİLMESİ VEYA BİLMESİNİN GEREKMESİ

Aydınlatma yükümünü incelerken, ilk nokta aydınlatma yükümlüsünün bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir³⁹⁷. Görüşmeci, bilmediği veya hal ve şartlara göre bilmek zorunda olmadığı bir durum bağlamında aydınlatma yükümlüsü olamaz ve yükümlülüğü ihlal etmesinden ötürü de sorumlu tutulamaz³⁹⁸.

Aydınlatma yükümlüsünün, muhatabın sözleşme yapma kararı için etkili olabilecek hususa vakıf olması halinde bu koşul kolaylıkla gerçekleşir. Esasen, muhataba bir bilgiyi aktarmak için, o bilginin önemli olması, bunun fark edilebilirliği

³⁹⁴ HARTMANN, s. 31, N. 65.

³⁹⁵ HARTMANN, s. 31, N. 66.

³⁹⁶ HARTMANN, s. 31, N. 67.

³⁹⁷ Bilme, bilmek zorunda olma ve yasada bu duruma sonuç bağlanan hallere ilişkin geni bilgi için bkz. WALTER, M., Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Bern, 2005, s. 16 vd., s. 43 vd.

³⁹⁸ WALTER, s. 22.

dışında, yükümlünün o bilgiye vakıf olması, yani bilmesi gereklidir. Belirttiğimiz gibi, bilme halinde, zaten bu koşul gerçekleşmiş olur³⁹⁹.

Bu çerçevede, esas olarak tartışılması gereken nokta, görüşmecinin ne zaman muhatabın kararı için önemli olan – sonuca etkili vakıalar konusunda bilmek zorunda olduğudur. Bir kişinin, bir hali bilmek zorunda olup olmadığı, gerçekte onu bilmediği vakit araştırılır⁴⁰⁰. Bu noktada, somut olaya göre gösterilmesi gereken dikkat bir ölçüdür⁴⁰¹. Bilme zorunluluğu, kişinin gerekli dikkati/özeni göstermemesi sebebiyle bilmemesine, bir başka deyişle gerekli özeni⁴⁰² gösterseydi, bilebileceği hususuna dayanır⁴⁰³.

Aydınlatma yükümlüsünün bilmesi gerekmesi konusunda bir diğer ölçüt genel uzmanlık bilgisidir⁴⁰⁴. Bu çerçevede aydınlatma yükümlüsünün mesleği, ekonomik yaşam içindeki görece üstün pozisyonu da dikkate alınan hususlardan biridir⁴⁰⁵. Örneğin bir kurs yöneticisinin, muhatabı taksi şoförüne, kendisinin koşullarının programlanmış bir kursu⁴⁰⁶ başarıyla tamamlamaya engel olacağını bilmesi, mesleki tecrübesinin – programlanmış kursun özelliklerine vâkıf olmasının – bir gereğidir⁴⁰⁷. Bundan başka, mesleki bilgi gösterilmesi gereken özenin ölçüsünü belirleme noktasında da belirleyici olmaktadır. Öyle ki, Alman hukukunda münferit mesleki sorumluluk görüşleri ortaya çıkmıştır⁴⁰⁸.

³⁹⁹ HARTMANN, s. 32, N. 68.

⁴⁰⁰ WALTER, s. 27.

⁴⁰¹ HARTMANN, s. 32, N. 68.

⁴⁰² Özen veya özen yükümü gerek günlük dilde, gerekse hukukta çok çeşitli anlamlarda kullanılan bir kavramdır. Bu kavrama ileride aydınlatmanın fark edilebilir bir önem taşıması başlığı altında yer vereceğiz.

⁴⁰³ WALTER, s. 27.

⁴⁰⁴ HARTMANN, s. 32, N. 68. Ayrıca bkz. WALTER, s. 27-28 ; KOLLER, A. , Der Gute und Der Böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht (Glaube), Freiburg, 1985, s. 40 vd. ; N. 146 vd.

⁴⁰⁵ ABEGGLEN, s. 181-182 ; GONZENBACH, s. 113 vd. ; LAUER, s. 317 vd.

⁴⁰⁶ Programlanmış kurs, verilecek bilginin küçük birimlere ayrılıp genellikle öğretmen yardımı olmaksızın kitaplar ve yardımcı araçlar yoluyla sunulduğu ve sık sık denetlendiği öğretim yöntemi, programlanmış öğretimdir. Almanca-Türkçe Sözlük, C. II, Ankara, 1993, s. 816.

⁴⁰⁷ Bu ve benzer örnekler ve kararlar için bkz. GONZENBACH, s. 113. Bu aynı zamanda, kurs yöneticisinin muhatabının aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliği konusunda da önem taşır. Kursun ne şekilde yapılacağını bilmeyen bir taksi şoförünün bu konuda aydınlatılma ihtiyacı içinde olması da tabidir. Bir başka deyişle, sahip olduğu uzmanlık bilgisi, muhatabını aydınlatmakla yükümlü olduğunu bilmek zorunda olması sonucunu doğurmaktadır.

⁴⁰⁸ HARTMANN, s. 32, N. 68. Bu kavramın çeşitli açılardan değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. GRUNEWALD, B., Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr, JZ 1982, s. 627 vd. ; BREIDENBACH, s. 33 vd. ; EMMERICH, § 311, s. 1455, N. 63 ve s. 1513 vd., N. 253 vd.

Görüşen taraflar arasındaki, gerek mesleki bilgi, gerekse ekonomik üstünlükten doğan eşitsizlik, aydınlatma yükümleri ile giderilmeye, bir ölçüde dengelenmeye çalışılmaktadır. Yasa koyucu da, şekle ilişkin hükümler getirmekle, cayma hakkı tanımakla aynı amaçla hareket etmektedir⁴⁰⁹.

Bu koşul bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husus da temsil ilişkilerinde bilme veya bilmenin gerekmesi unsurudur. İsviçre/ Türk hukukuna göre, ilke olarak, bu koşulda, temsil olunanın değil, temsilcinin kişiliği (bilgisi) dikkate alınır. Bilgi temsili (Wissensvertretung) olarak adlandırılan bu halde, *temsilcinin bildiği veya bilmek zorunda olduğu hususun temsil olunana isnat edilmesi*, dolayısıyla temsilcinin bilmesinin veya bilmesinin gerekmesinin araştırılması, söz konusudur. Bu çerçevede, irade beyanlarının uyuşup uyuşmadığı, hukuki işlemin irade sakatlığı ile malul olup olmadığı vb. haller, temsilcinin şahsına göre belirlenir⁴¹⁰. Buna karşılık, temsil olunanın somut bir işleme dayalı olarak yetki vermiş olması ve/veya içerik olarak kesin bir işlemle sınırlı şekilde özel yetki verilmesi hali, bir istisna teşkil eder. Anılan durumda, bilme ve bilmek zorunda olma hem temsil olunan hem de temsilci için geçerlidir. Bir başka deyişle, bu halde temsil olunanın ve temsilcinin bilgilerinin toplamı esastır⁴¹¹. Aydınlatma yükümünün değerlendirilmesi de bu ihtimallere göre belirlenecektir.

Son olarak, tüzel kişilerde *bilmesi gerekme* incelenmelidir. Tüzel kişiler, organları aracılığıyla iradelerini beyan ederler. Tüzel kişide kimin bilmesi gerektiği sorusunun cevabı, tüzel kişinin organıdır⁴¹². Ancak organ kavramının hangi kritere göre belirleneceği çok tartışmalı bir konudur. En başta da, tüzel kişinin niteliği, keza böyledir. Her iki konunun tartışılması da, bizim çalışmamızın kapsamını hayli aşmaktadır⁴¹³. Bu noktada, kısaca şunu söylemek mümkündür. Duruma göre organ

⁴⁰⁹ GONZENBACH, s. 113-114.

⁴¹⁰ EREN, s. 385 ; GAUCH, P./ SCHLUEP, W. R./ SCHMID, J./ EMMENEGGER, S., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 2008, s. 325, N. 1444 - 1448 ; BUCHER, s. 630-631.

⁴¹¹ BUCHER, s. 631 ; HARTMANN, s. 32 - 33, N. 69. Alman hukuku için bkz. BGB § 166/2. Bu konuya ve BGB hükmüne ilişkin değerlendirme için bkz. WALTER, s. 169 vd.

⁴¹² WAHRENBURGER, s. 67.

⁴¹³ Gerek tüzel kişinin niteliği, gerekse organ kavramının belirlenmesine ilişkin kriterler ve uygulamalar için bkz. ÖZTAN, B., Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk (Organ), Ankara, 1970, s. 3 vd., s. 11 vd., SIEGER, K., Das rechtlich

olduğu tespit edilen birimi oluşturan gerçek kişilerin bilgi durumu dikkate alınmalıdır^{414 415}. Hemen belirtelim ki, gerçek kişiler temsilci tayin edebileceği gibi, tüzel kişiler de temsil ilişkisine girebilirler. Tüzel kişi bakımından organ ve temsilci birbirinden farklıdır. Organı olmayan tüzel kişi, hiçbir faaliyette bulunamaz. Organın el çektilmesi halinde, derhal yeni bir organ tayini gereklidir⁴¹⁶. Temsilcinin yokluğu ise, gerçek kişinin mevcudiyetine hanel getirmedığı gibi, tüzel kişinin mevcudiyetine de hanel getirmez. Organ ve temsilci arasında benzerlikler bulunsa da, birbirinden farklıdır⁴¹⁷.

Bundan başka, gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler yardımcı şahıs kullanabilirler. Bunların yardımcı şahıs ile arasındaki ilişki geçici veya sürekli, akdi veya fiili olabilir. Keza iradi temsilci de yardımcı şahıs sıfatına haiz olabilir⁴¹⁸. Tüzel kişiler bakımından, yardımcı kişi organdan farklıdır. Esas itibariyle, bu iki kavram birbirini bertaraf eder. Bir kimsenin organ sıfatını taşıması, yardımcı şahıs olmasını engeller. Organın faaliyeti tüzel kişinin faaliyetidir, yardımcı şahsın fiili başkasının fiili olmasına rağmen, yardımcı kişi kullanıma bağlar⁴¹⁹. Hemen belirtelim ki, yardımcı şahıs, ifa yardımcısı olabileceği gibi, esasen bizim konumuzla bağlantılı olarak görüşme yardımcısı (Verhandlungsgehilfe) da olabilir⁴²⁰. Yardımcı şahsın davranışından sorumluluğun hangi hükümlere göre belirleneceği culpa in contrahendonun niteliğinin nasıl açıklandığıyla ilgilidir ki bu husus ileride incelenecektir. Ancak özetle şu söylenebilir : Gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler, temsilci veya yardımcı kişi marifetiyle hareket edebilirler. Anılan kişiler, bir aydınlatma yükümünü ihlal ederlerse ve bu davranış (ihlal davranışı) gerçek ya da

relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung, Zürich, 1979, s. 27 vd., s. 76 vd. ; WALTER, s. 190 vd. ; ABEGGLEN, S., Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen (Wissenszurechnung), Bern, 2004, s. 39 vd.

⁴¹⁴ Özellikle bu hususa ilişkin olarak bkz. WALTER, s. 190 vd. ; ABEGGLEN, Wissenszurechnung, s. 46 vd.

⁴¹⁵ Bu konu Alman hukuku bakımından da tartışılmıştır. Yollama yapılan eserlerde de karşılaştırmalı bir inceleme mevcuttur. HARTMANN'ın Alman hukukuna ilişkin ulaştığı sonuçta şöyledir : Bir tüzel kişiyle müzakerelerde bulunan bir taraf, sanki gerçek bir kişiyle karşı karşıyaymış gibi olan taraftan daha kötü bir duruma düşürülememelidir. Öte yandan görüşmeci, gerçek bir kişiyle müzakerelerde bulunan kişiden de daha iyi durumda olmamalıdır. s. 33, N. 71.

⁴¹⁶ ÖZTAN, Organ, s. 86-87.

⁴¹⁷ Farklılıklar ve benzerliklere ilişkin geniş bilgi için bkz. ÖZTAN, s. 83 vd.

⁴¹⁸ EREN, s. 1032-1033 ; ŞENOCAK, s. 166.

⁴¹⁹ ÖZTAN, Organ, s. 93 ; Geniş bilgi için bkz. ŞENOCAK, s. 130 vd.

⁴²⁰ Bu konuda bkz. ŞENOCAK, s. 265 vd.

tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilmek zorundaysa, ihlalin sonucu, temsil olunanın veya iş sahibinin/ yardımcı şahıs kullananın hukuk alanında doğar. Eş deyişle, bu halde onların davranışından ötürü kendileri sorumludur⁴²¹.

C. AYDINLATILMASI GEREKEN TARAFIN FARK EDİLEBİLİR AYDINLATILMA İHTİYACININ BULUNMASI

Bu koşul kendi içinde iki unsuru içermektedir. İlki muhatabın/ aydınlatılması gereken tarafın aydınlatılma ihtiyacı, ikinci ise bu ihtiyacın aydınlatma yükümlüsü tarafından fark edilebilir olmasıdır.

1. AYDINLATILMA İHTİYACI

Bir aydınlatma yükümünün varlığından söz edebilmek için, aydınlatılması gereken tarafın bilgi eksikliği/ bilgi boşluğu olmalıdır. Aydınlatma yükümlüsü taraf, muhatabına nazaran bir hususa ilişkin ondan daha fazla bilgiye sahip olmalıdır⁴²². Bu bilginin aktarımı ile muhatabın bilgi eksikliğini/ boşluğunun giderilmesi ve iradenin sağlıklı oluşumu söz konusu olabilecektir. Aydınlatma yükümünün işlevi de esasen budur. Bu çerçevede, muhatabın hali hazırda vakıf olduğu bir konuda bilgilendirilmesine gerek yoktur⁴²³.

Aydınlatılması gereken tarafın bir konuya ilişkin bilgi boşluğunun olması/ bilgisizliği tabiidir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu vakıyı bilmekle de yükümlü olmamasıdır. Bir başka deyişle, aydınlatma yükümlüsü, muhatabı, muhatabının bilmediği ve bilmek zorunda da olmadığını hususa ilişkin olarak bilgilendirmekle, onun bilgi boşluğunu gidermekle yükümlüdür. Muhatabın bilmemekle birlikte, bilmesi gereken – yani kendisinin araştırması gereken bir vakıa – söz konusu olduğunda, aydınlatma yükümü biter. Eş deyişle, muhatabın aydınlatma yükümünün başladığı yerde, karşı tarafın aydınlatma yükümü sona erer⁴²⁴. Esas

⁴²¹ WAHRENBERGER, s. 67.

⁴²² OLZEN, § 241, s. 243, N. 440. Karş. ABEGGLEN, s. 173.

⁴²³ HARTMANN, s. 34, N. 73 ; POHLMANN, s. 104.

⁴²⁴ HARTMANN, s. 34, N. 74 ; WAHRENBERGER, s. 101 ; BGE 102 II 81, 84.

itibariyle, görüşmeciler verecekleri karara etkili hususları kural olarak kendileri araştırmak zorundadır (*Erkundigungspflicht*), işte bu yükümlüğün bittiği nokta, muhatabın aydınlatma yükümlüğünün (*Aufklärungspflicht*) başladığı noktadır, elbette bu önermenin tersi de geçerlidir⁴²⁵.

Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bazı hususlar söz konusudur. Federal Mahkemenin verdiği bazı kararların telif edilmesi ve tarafların kusur durumunun aydınlatma yükümlüğüyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Öğretide WAHRENBERGER ve LAUER, bir ölçüde de HARTMANN bu hususu değerlendirmiştir. Federal Mahkeme, BGE 102 II 75 sayılı kararında, culpa in contrahendo için muhatabın bilmediği, bilmek zorunda da olmadığı hususta susmasının (susma suretiyle yükümlülüğü ihlal) gerektiğini ifade etmiştir. Bir başka deyişle, mahkemeye göre, muhatabın kendisinin araştırmak zorunda olduğu konuda görüşmecinin bilgi vermemesi culpa in contrahendo sonucunu doğurmaz. Bu bağlamda, görüşmeci, muhatabın gereken dikkati göstermekle fark edebileceği hatalarını araştırmakla yükümlü olmadığını gibi, muhatabının menfaati için ondan daha dikkatli davranmakla da yükümlü deđildir⁴²⁶. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, araştırma yükümlüğünün başladığı nokta, aynı zamanda, aydınlatma yükümlüğünün de bittiği noktadır.

Bir başka kararda ise, görüşmecinin muhatabın kendisinin bilgi sahibi olabileceği veya olmak zorunda olduğu hususlara ilişkin olarak dikkatini çekmemesinin aydınlatma yükümlüğünün ihmal suretiyle ihlali anlamına geleceğini ve bunun da sorumluluğunun doğmasına sebebiyet vereceğini, culpa in contrahendonun kastı gerektirmediğini ifade etmiřtir⁴²⁷. Bir anlamda, kişinin araştırma yükümlü olduğu hususta bile muhatabına deyim yerindeyse aydınlatma yükümlü yüklemekte, sadece ihlali için kasıt düzeyinde kusur aramamaktadır. Esasen aydınlatılması gereken tarafın bilebileceği veya bilmek zorunda olduğu bir hususu bilmemesi, daha doğru bir ifade ile öğrenmemesi, araştırmaması kendisi için zaten bir eksiklik ya da

⁴²⁵ Bkz. “*Aufklärungspflicht versus Erkundigungspflicht*” başlığı altında POHLMANN, s. 101-102. Esas itibariyle, nasıl genel bir aydınlatma yükümlüğü yoksa, genel bir araştırma yükümlüğü de yoktur. Bu konuda bkz. KOLLER, Glaube, s. 43 vd., N. 153 vd.

⁴²⁶ BGE 105 II 75, 80.

⁴²⁷ BGE 102 II 81, 84.

kusurdur. Federal Mahkeme, eski tarihli bir başka kararında⁴²⁸, satıcının hileli davranışı karşısında, alıcının özen yükümünü ağır ihmal suretiyle ihlal etmesi söz konusu olduğunda, satıcının korunmayı hak etmediğini ifade etmiştir⁴²⁹.

LAUER, aydınlatılması gereken tarafın özen yükümü ihlal etmesi halinde, keza aydınlatma yükümlüsünün hilesi durumunda, bunların zararın hesaplanmasında, birlikte kusur teşkil edip etmediği noktasında, dikkate alınacağı görüşündedir. Hile söz konusu olduğunda, aldatan, muhatabının ağır kusurunu zaten benimsemiş, kendisi kullanmış/ kullanmak istemiştir. Bu halde, hile yapan, muhatabının dikkat etseydi ve/veya araştırsaydı durumu anlayabileceği itirazında – yani kusurlu olduğu itirazında – bulunamaz⁴³⁰.

WAHRENBERGER, bu kararları değerlendirirken şöyle bir tespitte bulunmuştur. Öncelikle, değerlendirilmesi gereken husus aydınlatılması gereken tarafın bilmesinin gerekmesidir. Biliyorsa, zaten tartışılacak bir husus yoktur. Buna karşılık, kendisinin bilebileceği veya bilmek zorunda olduğu bir konuyu ağır ihmale dayanan bir kusurla bilmemesi/ öğrenmemiş/ araştırmamış olması halinde, nihayetinde ne şekilde olursa olsun bilmediği bir konuya, aydınlatma yükümlüsünün vakıf olması halinde, kural olarak aydınlatmakla yükümlü olmadığı bir konu dahi olsa, bilgi vermekle yükümlü olur. Burada vakıf olma, aydınlatılması gereken konuyla sınırlı değildir, esasen o konuyu muhatabının bilmekle veya araştırmakla yükümlü olduğuna ancak bilmediğine de vakıf olmalıdır. Bu noktada, susması aydınlatma yükümünün ihlali anlamına gelir. WAHRENBERGER, kural olarak aydınlatma yükümü olmayan hususa ilişkin olarak aydınlatma yükümünün yeniden ortaya çıktığını/ doğduğunu ifade etmektedir⁴³¹. Kanaatimizce, bu halde – yeniden doğup doğmadığından bağımsız olarak – bir aydınlatma yükümü vardır ve bunun

⁴²⁸ BGE 66 II 132.

⁴²⁹ BGE 66 II 132, 139. Bu karar ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda alıcının gerekli özeni göstermekle fark edebileceği ayıplar için satıcının kural olarak sorumlu olmayacağını düzenleyen İBK m. 200/2 ile ilgilidir. Öğreti, durumun gerektirdiği özeni değerlendirirken, alıcının ağır ihmalinin satıcının sorumluluğunu bertaraf edeceği görüşündedir. Bkz. GIGER, Ber.Kom., Art. 200, s. 425, N. 15 ; WAHRENBERGER, s. 102-103.

⁴³⁰ LAUER, s. 309-310 ; HARTMANN, s. 35, N.75 ; WAHRENBERGER, s. 103 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 284, N. 84 ; BGE 47 II 524, 547 (SCHMIDLIN'den naklen) ; BGE 66 II 132, 139.

⁴³¹ WAHRENBERGER, s. 103.

ihlali, yani bilgisizlikten – o bilgisizlik kişinin kendisinin ağır kusuruna da dayansa – faydalanmak hile teşkil edecektir. Her ne kadar bir yanın bilme yükümlülüğü, diğer tarafın aydınlatma yükümüne engel oluyor, deyim yerindeyse bertaraf ediyorsa da, bu muhatabın bilgisizliğinden bilinçli olarak faydalanma hakkı vermez. Muhatabın bilgisizliğinden bilinçli olarak faydalanmak, görüşme sürecinde muhatabının çıkarlarını gözetme/ sadakat yükümüne aykırılık teşkil eder⁴³². Bu noktada, sınırın hile olduğunu düşünüyoruz. Zira böyle bir durumda, dürüstlük kuralı muhatabın bilgisizliğinden faydalanmaya izin vermeyecektir. Sonuç olarak, hile yapan, muhatabının dikkat etseydi ve/veya araştırırsaydı durumu anlayabileceği itirazında – yani kusurlu olduğu itirazında – bulunamaz^{433 434}.

Aydınlatılma ihtiyacı çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir konu da, bir tarafın kendisini bilgilendirme konusunda yeterli imkânının olmaması halidir. Bu halde, aydınlatılma ihtiyacı olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, bir taraf, basit bir araştırmayla bilgi sahibi olabileceği bir konuda, muhatabının kendisini, kendi talep etmeden/ sormadan aydınlatmasını beklemekte haklı değildir⁴³⁵. Federal Mahkeme, bir kararında bilgisayar programcısıyla yapılan yazılım sözleşmesinde yer alan “ Objekt Code” ifadesinin ne anlama geldiği hususunda, programcının muhatabına bilgi vermekle yükümlü olmadığını, muhatabın kolaylıkla bunun ne anlama geldiğini öğrenebileceğini ifade etmiştir⁴³⁶. Bununla birlikte, muhatabın tecrübesizliğinin açık olduğu, özellikle de yazılım gibi teknik – karmaşık konuları olan sözleşmeler bakımından, kolaylıkla öğrenilebileceğini ifade etmek, kanaatimizce çok da kolay olmamalıdır. Bu durumda, aydınlatma yükümünün

⁴³² HARTMANN, s. 35, N. 75.

⁴³³ LAUER, s. 309-310 ; HARTMANN, s. 35, N.75 ; WAHRENBERGER, s. 103 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 284, N. 84 ; BGE 47 II 524, 547 (SCHMIDLIN'den naklen) ; BGE 66 II 132, 139.

⁴³⁴ WAHRENBERGER, hile ile ihmalin dengelenemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak ele aldığı bir husus daha mevcuttur. Bilgisizliğin ağır ihmale dayanmadığı (Yazara göre, bilgi edinebileceği ancak bilgi edinmek zorunda olmadığı halde) ancak muhatabının ihmal suretiyle aydınlatma yükümünü ihlalden ileri geldiği halde, nasıl bir sonuca varılacaktır? Esas itibarıyla, bu halde zaten bir aydınlatma yükümünün olduğunu kabul etmektedir. Bu yükümün ihmal suretiyle ihlalinin de sorumluluk doğuracağı görüşündedir. Bu konu, aydınlatma yükümünün varlığını tespit etmekle doğrudan ilgili değildir. Zaten varlığını kabul etmektedir. Bkz. WAHRENBERGER, s. 103-104.

⁴³⁵ HARTMANN, s. 35, N. 76.

⁴³⁶ BGE 125 III 263, 267.

varlığı, görece daha kolay kabul edilmeli ve yükümlüğün kapsamı da daha geniş tutulmalıdır⁴³⁷.

Bir tarafın kendisinin bilgi alabilmesi noktasında, bu kişinin uzmanlık alanı, tecrübesi ve ekonomik yaşam içindeki yeri ve rolü önem arz eder⁴³⁸. Uzman taraflar veya rakipler arasında görüşülen bir sözleşmede aydınlatma yükümleri, taraflardan birinin görece tecrübesiz ve bilgisiz olduğu bir sözleşmeye nazaran daha dar kapsamlı olacaktır⁴³⁹. Esasen, bu konu sadece aydınlatılma ihtiyacı bağlamında değil, aydınlatma yükümlüsünün bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, keza meslek sorumluluğu ile de ilintilidir. Yine bu çerçevede, özellikle bilgiye erişme imkânı çerçevesinde bilginin kimde veya kimin alanında olduğu da önemlidir. Bilgi, ne ölçüde bir tarafta mevcutsa, bilgiye sahip olanın aydınlatma yükümü o ölçüde fazla olacaktır⁴⁴⁰. Bu bağlamda, bilginin kişinin kendi etki alanı/ mesleki bilgisi bağlamında yer aldığı halde, muhatabın aydınlatma yükümü söz konusu olmaz. Federal Mahkeme, inşaatçının ücretini belirlerken kendi hesabının kendisinin yapması gerektiğini, muhatabının kendisinin hesap hatalarını denetlemekle yükümlü olmadığı, eş deyişle bu noktada aydınlatma yükümünün olmadığına hükmetmiştir⁴⁴¹. Bundan başka, her iki tarafın da bilgiye erişme konusunda aynı imkânlarla sahip olduğu halde, aydınlatma yükümünün olmayacağı ifade edilmektedir⁴⁴². Buna karşılık, FABRE-MAGNAN, bilgiye erişmenin bir taraf için daha az masrafla mümkün olacağı halde, bu taraftan aydınlatma beklemeye izni olduğu görüşündedir⁴⁴³. Biz de bu görüşün kabul edilebilir olduğu kanaatindeyiz.

⁴³⁷ CHAPPUIS, C., Note sur le devoir d'information du donneur de licence à l'égard du preneur de licence en matière informatique, in: Semjud 121, 1999, I, s. 474 vd. (HARTMANN'dan naklen, s. 35-36, dipnot 139) ; LORENZ, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München, 1997, s. 424 ; SCHUMACHER, R., Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner, Tübingen, 1979, s. 107.

⁴³⁸ HARTMANN, s. 36, N. 78.

⁴³⁹ MERZ, Ber.Kom., Art. 2, N. 272 ; GILOMEN, s. 73. Benzer şekilde POHLMANN, s. 105.

⁴⁴⁰ GONZENBACH, s. 104 ; MEDICUS, D., Die Culpa in Contrahendo zwischen Vertrag und Delikt (Culpa), FS für Max KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989, s. 214.

⁴⁴¹ BGE 102 II 81, 84.

⁴⁴² HARTMANN, s. 36, N. 79.

⁴⁴³ FABRE-MAGNAN, M., De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, Paris, 1992, s. 202 (HARTMANN'dan naklen, s. 36, dipnot 144.)

Aydınlatılma ihtiyacı çerçevesinde, değerlendirmek istediğimiz son husus, bir tarafın muhatabına güvenmesi ve güvenmeye de izinli (hakkı) olması sebebiyle, araştırma yapmayı ihmal etmesidir. Bu halde de aydınlatılma ihtiyacı olduğu kabul edilmektedir. Esas itibariyle, bu durum iki halde gerçekleşebilir. Bazı meslek gruplarına – avukat, sigortacı, bankacı, doktor gibi – genel dürüstlük beklentilerini de aşan bir güven duyulması söz konusu olabilir⁴⁴⁴. Bu çerçevede, kişinin araştırma yükümünü ihmal etmesi, deyim yerindeyse hoş görülmektedir. Ki bu, söz konusu meslek mensubunun aydınlatma yükümlüsü olmasını bilmesiyle de – yukarıda da ifade edildiği gibi – ilintilidir. Ancak, satım sözleşmesi bağlamında, satıcıya geneli aşan bir güven duyulmasının kural olarak haklı görülebileceği kanaatinde değiliz. Esasen, satım sözleşmesi bağlamında, sözleşmenin kurulmasından önce, görüşenlerin çıkarlarının zıtlığı sebebiyle, kural olarak aydınlatma yükümü olmadığı kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Yani, avukat veya doktordan farklı olarak, satıcıya *salt bu sıfatına dayanarak* özel bir güven duyulmasının haklı görülebileceği düşüncesinde değiliz. Bununla birlikte, ekonomik yaşamda oynadığı rol, görece üstünlüğü, tabi ki dikkate alınması gereken noktalar. Özellikle tüketici satımları çerçevesinde bu husus daha da belirgindir.

Bundan başka, yıllardır süren iş ilişkileri veya dostluk da, genel dürüstlük beklentilerini aşan bir güven duyulmasını haklı gösterebilir. Buna bağlı olarak da, kişinin kendisinin araştırma yapmayı ihmal etmesi söz konusu olabilir. Bu özel güven muhatap tarafından aydınlatılmayı beklemeyi, keza kendisinin araştırma yapmasını ihmal etmeyi haklı gösteriyorsa, aydınlatma yükümünün varlığı kabul edilmelidir⁴⁴⁶. HARTMANN'ın ifadesiyle, burada korunan görüşmecinin kör inancı değil, haklı güvenidir⁴⁴⁷.

Son olarak, yukarıda kısaca değinilen çıkarların zıtlığının kural olarak genel bir aydınlatma yükümünü ortadan kaldırmasının dışında, aynı çerçevede değerlendirilmesi gereken bir husus da piyasa koşullarıdır. Çıkarların zıtlığına

⁴⁴⁴ HARTMANN, s. 36, N. 80 ; GILOMEN, s. 73 ; BREIDENBACH, s. 73 ; LORENZ, s. 433 vd.

⁴⁴⁵ ROTH, § 241, s. 88, N. 123 ; MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 301, N. 273.

⁴⁴⁶ LAUER, s. 317 vd. ; HARTMANN, s. 36-37, N. 80 ; GILOMEN, s. 73 ; BAUMANN, Zürch.Kom., Art. 2, s. 553, N. 168.

⁴⁴⁷ HARTMANN, s. 37, dipnot 147.

rağmen, dürüstlük kuralının gerektirdiği halde aydınlatma yükümü kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, satım gibi değış-tokuş sözleşmelerinde (Austauschvertrag) aydınlatma yükümü **kural olarak** yoktur⁴⁴⁸. Bundan başka, genel piyasa koşulları konusunda da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu değildir. Örneğin, satıcı, müşteriye ne aynı ürünü başka bir yerde daha ucuza alabileceğini, ne de yakında fiyatların düşeceğini söylemek zorundadır⁴⁴⁹. Her taraf, bu konudaki araştırmayı kendisi yapmak zorundadır. Alıcı kendisine verilen fiyatın piyasa koşullarına uygun olup olmadığını kendisi araştırmak zorundadır. Bu fiyatın piyasa koşullarına uygun olduğuna güvenmesi halinde, muhatap için aydınlatma yükümü kabul etmek, sakıncalıdır⁴⁵⁰. Esasen, bu halde **kural olarak** istisna da söz konusu olmamalıdır. Ancak önceden ileride vuku bulacak olayları bilme imkanı olmadığı için kural olarak ifadesini yine de kullanıyoruz.

2. FARK EDİLEBİLİR OLMASI

Dürüstlük kuralı, bir tarafa sadece muhatabının bilgi eksikliklerini fark ettiği veya fark etmek zorunda olduğu halde, bilgi verme yükümü yüklemiştir⁴⁵¹. Yani sadece, muhatabın aydınlatılma ihtiyacı içinde olması yeterli değildir, bunun aydınlatma yükümlüsü tarafından fark edilebilir olması da gereklidir. Hiç kimse, muhatabının hatalarını araştırmak zorunda değildir⁴⁵², Federal Mahkemeye göre, hiç kimse muhatabının menfaatini, muhatabının kendisinden daha fazla gözetmek zorunda da değildir⁴⁵³. Ancak kanaatimizce, bu ifade, HARTMANN'ın da belirttiği gibi, uygun değildir veya amacını aşmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, bir tarafın tecrübesizliği onun gereken özeni göstermesine, menfaatlerini gözetmek için araştırma yapmasına engel oluyorsa, dürüstlük kuralı aydınlatılmasını gerektirir⁴⁵⁴. Bundan başka, fark edilebilir hataya işaret etmemek, diğer koşullar da mevcutsa, hileye sebep olabileceği gibi, hile kastı söz konusu değilse, sadece culpa in

⁴⁴⁸ ROTH, § 241, s. 88, N. 123 ; MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 301, N. 273.

⁴⁴⁹ Von TUHR, A., Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligatenrecht, ZSR 17, 1898, s. 10. (HARTMANN'dan naklen, s. 43, N. 96 ve dipnot 188)

⁴⁵⁰ ROTH, § 241, s. 92, N. 138 ; WAHRENBERGER, s. 98-99.

⁴⁵¹ BGE 117 II 218, 230 ; BGE 116 II 431, 434.

⁴⁵² BGE 102 II 81, 84.

⁴⁵³ BGE 102 II 81, 84.

⁴⁵⁴ HARTMANN, s. 37, dipnot 150.

contrahendo sorumluluğa da yol açabilir⁴⁵⁵. Muhatabın, doğru mülahazalarla hareket ettiğine dair güçlü bir şüphe varsa bu da aydınlatmayı gerektirebilir⁴⁵⁶. Bu noktada, yine yukarıda da belirtilen bilginin kimin alanında olduğu da önemlidir. Öte yandan, bilgi ne kadar gizli ise, muhatabın ona ulaşma ihtimali de o ölçüde güçtür⁴⁵⁷. Bu halde, aydınlatılma ihtiyacı artacak, ancak aydınlatılması gerekenin bu ihtiyaca vakıf olması da o ölçüde güçleşecektir.

Bir görüşmecinin muhatabının aydınlatılma ihtiyacı içinde olup olmadığını fark edebilmesi esas itibariyle görüşme sürecine, görüşmelerin akışına bağlıdır. Bu çerçevede, görüşülmekte olan sözleşmenin özellikleri, tarafların meslek bilgisi de şüphesiz önemlidir, ancak bunlar da görüşme süreciyle doğrudan ilgilidir⁴⁵⁸.

Sözleşme görüşmeleri, görüşmecilerin bilgi durumları hakkında çıkarım yapmalarına imkân verir. Özellikle birbirlerine tevcih ettikleri sorular bu anlamda önemlidir. Muhatabın soruları, aydınlatılma ihtiyacı konusunda bilgi verir. Soruyu yanıtlayan, açıkça sorulmayan, ancak sorulan hususla yakın bağlantı içinde bulunan noktalara da işaret etmelidir. Ayrıca, verilen bilgi tam ve doğru olmak zorundadır⁴⁵⁹. Çok basit bir örnekle ifade etmek gerekirse, pamuklu kumaşa ihtiyacı olduğunu söyleyen müşteriye, baktığı mavi kumaşın polyester olduğunu satıcı söylemek durumundadır. Bir kumaş tercihi belirtmemekle birlikte, sözleşme görüşmeleri sırasında polyestere alerjisi olduğunu söyleyen müşteri karşısındaki satıcının da, mavi kumaşın polyester olduğu hususunda muhatabını aydınlatması gerekir. Buna karşılık, satıcının elinde hiçbir veri (soru, talep vb.) yokken, müşterinin ne tür kumaşa ihtiyacı olduğunu veya özellikle neyi istemediğini bilmesini beklemek, kanaatimizce, makul bir yorum olmaz.

⁴⁵⁵ BGE 105 II 75, 80.

⁴⁵⁶ KRAMER, Ber.Kom., Art. 22, s. 221, N. 25.

⁴⁵⁷ KRAMER, Ber.Kom., Art. 22, s. 223, N. 30.

⁴⁵⁸ Bkz. MERZ, Ber.Kom., Art. 2, N. 273 ; MERZ, s. 66.

⁴⁵⁹ MERZ, Vertrag, s. 75-76, N. 124 ; MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 301, N. 273 ; MERZ, s. 66 ; WAHRENBURGER, s. 87.

Bundan başka, bir taraf muhatabını etraflıca bilgilendirdiği etkisi uyandırıp buna rağmen esasa/ muhatabın kararına etkili hususları gizlememelidir⁴⁶⁰. Deyim yerinde gereksiz bilgiye boğup asıl gerekli olanı saklamamalıdır. Bundan başka, örneğin satım konusu şeye ilişkin sadece olumlu özellikleri değil, olumsuz özellikleri de bildirmelidir⁴⁶¹. Bu bağlamda, satıcı müşterinin beğendiği fırının aynı zamanda üç çeşit yemeği kokularını birbirine karıştırmadan pişirebildiğini söylediği gibi, elektronik olması nedeniyle kullanımının diğer fırınlara göre görece daha zor olduğunu da söylemelidir. Ancak aynı fırının, başka bir semtteki satıcıda daha ucuz olduğunu söylemek zorunda değildir. Öte yandan, yine de, soruyu yöneltene karşısındakinin cevaplarına, tabiri caizse, körü körüne güvenmemelidir. Ticari ilişkiler içinde, bilgilerin tek yönlü, bir başka deyişle, bilgiyi verenin menfaatine yarayacak şekilde aktarılabilmesini gözetmelidir⁴⁶². Örneğin, bir taksi şoförüne istasyona ne kadar zamanda yürünebileceğini soran kişi, muhatabının bu süreyi, sokaktan yürüyerek geçen herhangi birinden daha fazla hesaplayacağını dikkate almak zorundadır. Benzer şekilde, taşınmaz alma niyetinde olan bir kişi, taşınmazı sadece satıcıdan veya komisyoncudan değil, mümkün olduğunca komşu taşınmazlarda yaşayanlardan da sormalıdır⁴⁶³. MEDICUS, sözleşme görüşmeleri sürecinde, kişinin müstakbel sözleşme tarafı olduğu ve kendi menfaatlerini gözeteceğinden hareketle, bu gibi (örneklediği gibi) hallerde culpa in contrahendoyu kabul etmede çekingen davranılması gerektiği kanaatindedir⁴⁶⁴. Kanaatimizce, bu ve benzeri – nispeten daha tartışmalı – vakıalar bakımından bütüne bakmak, doğru karar vermeyi sağlayabilir. Özellikle muhatabın bilgi durumu ve görüşülen sözleşmenin özellikleri ulaşılabilecek sonucun yönünü değiştirebilir.

Bir kimse övünme maksadıyla gerçeğe aykırı bilgiler vermişse veya verdiği vakit doğru olan bilgiler şartlara göre sonradan değişmişse, bu durumu muhatabına bildirmelidir. Örneğin bir tarafın övünmek için muhatabına yanlış bilgiler vermesi,

⁴⁶⁰ HARTMANN, s. 39, N. 84.

⁴⁶¹ WAHRENBERGER, s. 87-88 ; HARTMANN, s. 39, N. 84.

⁴⁶² HARTMANN, s. 39, N. 84.

⁴⁶³ MEDICUS, D., Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo (Grenzen), JuS 1965, s. 213.

⁴⁶⁴ MEDICUS, Grenzen, s. 213. MEDICUS, esas itibarıyla sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerini kabul etme konusunda da çekingen davranmak gerektiği kanaatindedir. Bkz. MEDICUS, Culpa, s. 217. Tarafların görüşme sürecinde politik davranabileceklerine ilişkin olarak bkz. ERMAN, s. 282. Ayrıca bkz. ve karşı. BALLERSTEDT, K., Zur Haftung für culpa in contrahendo, AcP 151, s. 503-504.

daha sonra muhatabın bu bilgilerine dayanarak kendisine icapta bulunması halinde, yanlış bilgiler veren yanın muhatabına bu durumu açıklaması gereklidir⁴⁶⁵. Susmaya izinli değildir. Susması – diğer koşullarla birlikte – hileye sebep olabilir⁴⁶⁶. Müphem veya yanlış anlaşılabilir bir durum yaratan taraf, her halde muhatabının aydınlatılma ihtiyacını fark etmek zorundadır⁴⁶⁷. Önceden verilen bilginin veya sözleşme görüşmelerinin başladığı sırada veya daha önce icaba davet çerçevesinde verilen bilgilerin, sözleşmenin kurulması sırasındaki koşullara uygun düşmemesi halinde de, muhatap durumdan haberdar edilmelidir⁴⁶⁸. Federal Mahkeme bir kararında, sözleşme görüşmelerinin başlangıcındaki yönetim kurulu başkanının bir bankayla olan ilişkilerine dikkat çekmiş, karşı tarafın buna bir önem atfettiğini ifade etmiş, daha sonra başkanın değişmesinin de dürüstlük kuralı gereği bu yana bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁶⁹. Bundan başka, aydınlatma yükümü, bir tarafın muhatabının üçüncü kişi tarafından aldatıldığını bildiği veya bilmek zorunda olduğu halde de mevcuttur⁴⁷⁰. Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı bildirimlerde bulunurken hile niyeti olmasa bile, muhatabının bu bilgilere göre hareket ettiği fark eden görüşmeci kendisini aydınlatmakla yükümlüdür⁴⁷¹. Bu halde de hile hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

Aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliği noktasında, görüşülen sözleşmenin özellikleri de belirleyicidir. Örneğin kefalet sözleşmesinde, kefil borçluyla alacaklıya göre daha yakın ilişki içinde olur, dolayısıyla alacaklı kefilin ekonomik durumu hakkında gereken bilgileri kendisinin sağlayacağını düşünmekte haklıdır⁴⁷².

Bir kişi belli bir konuda ne kadar uzmanlaşmışsa, muhatabının da bu konuya ilişkin olarak yeterli bilgiye sahip olacağına güvenmekte o kadar hakkı vardır. Esasen uzman kişilerin gerekli araştırmayı zaten kendilerinin yapacağını kabul

⁴⁶⁵ Ancak bunun tersi de söz konusu olabilir. Şöyle ki, yüzme havuzu inşa etme konusundaki engin tecrübesiyle övünen bir yükleniciye inşaat alanı altındaki yer altında bulunan su damarının gösterilmesine gerek yoktur. Bkz. BGE Semjud 97, 1975, s. 501 vd., 508. (HARTMANN'dan naklen, s. 38, N. 82 ve dipnot 154)

⁴⁶⁶ GILOMEN, s. 63.

⁴⁶⁷ MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 301, N. 275

⁴⁶⁸ GILOMEN, s. 63.

⁴⁶⁹ BGE 106 II 346, 351-352.

⁴⁷⁰ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 184, N. 865.

⁴⁷¹ GILOMEN, s. 64.

⁴⁷² HARTMANN, s. 39, N. 85. Ayrıca bkz. BURGHARDT, s. 29 vd.

etmekten başka, bu kişilerin – özellikle muhataplarının tecrübesiz olması karşısında – onların aydınlatılma ihtiyacına da o kadar vakıf olmaları beklenir⁴⁷³. Bu bağlamda, tüketici işlemlerinde satıcı/ sağlayıcının geniş kapsamlı aydınlatma yükümleri olduğunu, tüketicilerin onlara göre daha fazla aydınlatılma ihtiyacı içinde olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷⁴.

D. AYDINLATMANIN FARK EDİLEBİLİR ÖNEM TAŞIMASI

Aydınlatma yükümünün varlığını kabul için aranan üçüncü koşul, aydınlatmanın veya bilginin fark edilebilir önemidir. Buna göre, bilginin muhatabının vereceği karar için önemli olması ve bilgiyi vermesi gerekenin de bu önemin farkında olması gereklidir. Aydınlatma yükümleri, kural olarak, muhatabın kararı için önemli olduğu fark edilebilir koşullara ilişkindir. Bu kuralın istisnası hile hükmünde mevcuttur. İBK/BK m. 28/2'ye göre, bir taraf muhatabının üçüncü kişi tarafından aldatıldığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, hileye duçar olan sözleşmeyi iptal edebilir. Bu halde, bilgi verme yükümü önemli hususlara ilişkin de olmayabilir⁴⁷⁵.

1. AYDINLATILMANIN ÖNEMLİLİĞİ

Aydınlatma veya bilgi verme yükümü, sadece muhatabın sözleşme yapma veya sözleşmenin koşullarına ilişkin kararını etkileyebilecek olan hususlarla sınırlıdır⁴⁷⁶. Bu anlamda, bir vakıa muhatabının kararı için ne kadar önemli ise, aydınlatma yükümü de o ölçüde ve o kapsamda mevcuttur⁴⁷⁷. İkincil noktalar hakkında aydınlatma yükümü yoktur⁴⁷⁸.

⁴⁷³ HARTMANN, s. 40, N. 87.

⁴⁷⁴ KRAMER, Ber.Kom., Art. 22, s. 222, N. 29 ; HARTMANN, s. 40, N. 87.

⁴⁷⁵ HARTMANN, s. 40-41, N. 88.

⁴⁷⁶ SCHÖNENBERGER/ JAEGGI, Zürch.Kom., Art. 1, s. 402, N. 576 ; LAUER, s. 296 vd. ; HATMANN, s. 41, N. 89 ; ABEGGLEN, s. 173 ; BGE 105 II 75, 80 ; BGE 117 II 218, 230 ; OLZER, § 241, s. 244-45, N. 444.

⁴⁷⁷ GILOMEN, s. 66 ; KRAMER, Ber.Kom., Art.22, s. 223, N. 30.

⁴⁷⁸ ABEGGLEN, s. 173 ; BREIDENBACH, s. 62.

Bir vakıanın önemli olduğu sonucuna kolaylıkla varılmamalıdır. Her vakıayı önemli sayıp taraflara aydınlatma yükümü yüklemek hukuki işlemleri – ilişkileri önemli ölçüde güçleştirir. Görüşme sürecine her yanın kendi menfaatini gözetmesi, sahip olduğu bilgi avantajından faydalanması tabiidir. Kural olarak, hiç kimse muhatabının çıkarlarını korumak zorunda değildir⁴⁷⁹. Tarafların bu süreçte gerçeği söylemek yerine politik davranabilecekleri düşünülmelidir⁴⁸⁰. Ancak, tarafların kendi çıkarlarını ne pahasına olursa olsun koruması da aynı ölçüde hukuki ilişkileri güçleştirir. Nihayetinde, dürüstlük kuralı, bu ilişkiler ağı içinde yer alan kişilerin karşılıklı güvene dayanan ilişkileri çerçevesinde kabul görmüş kurallar bütünüdür.

Bir vakıanın önemli olup olmadığı tespit edilirken, aydınlatılması gereken tarafın yapmak istediği sözleşmeyle güttüğü amaç, keza bu sözleşmenin özellikleri de değerlendirilmelidir⁴⁸¹. Bir arazinin üzerine ev yapılmak amacıyla iktisap edilmesinde, zeminin sağlamlığı en önemli unsurdur, buna karşılık koyun otlatmak için arazi satın alınmasında, zeminin sağlamlığının görece daha önemsiz olduğu açıktır⁴⁸². Yukarıda da belirtildiği üzere, malların değişimine ilişkin sözleşmelerde, bu bağlamda satım sözleşmesinde, ortaya çıkan aydınlatma yükümleri, örneğin vekâlet sözleşmesine göre, daha dar kapsamlıdır. Bu sözleşmeler bakımından taraflar arasında çıkar çatışması aşikârdır⁴⁸³. Bu yüzden, tarafların birbirlerinin açıklamalarına ihtiyatla yaklaşmalıdırlar⁴⁸⁴. Buna karşılık, örneğin vekâlet sözleşmesinde, güven sözleşmesinin kurulmasında büyük ölçüde önem taşır. Bu bağlamda, taraflar muhataplarının doğruluğu ve dürüstlüğüne ilişkin yüksek beklentiler içinde olabilir. Buna uygun olarak da aydınlatma yükümlülükleri geniş kapsamlı olmak gerekir⁴⁸⁵.

Yapılmak istenen işlemin kapsamı da bu noktada önemlidir. Bir yanın ekonomik durumunda önemli ölçüde ve uzun süreli etki yapacak olan

⁴⁷⁹ HARTMANN, s. 41, N. 90 ; GONZENBACH, s. 105.

⁴⁸⁰ ERMAN, s. 282.

⁴⁸¹ BGE 105 II 75, 80.

⁴⁸² HARTMANN, s. 42, N. 91.

⁴⁸³ MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 301, N. 273 ; MERZ, s. 66 ; ROTH, § 241, s. 88, N. 123.

⁴⁸⁴ MEDICUS, Grenzen, s. 213 ; GILOMEN, s. 73 vd.

⁴⁸⁵ BUCHER, s. 220 ; WAHRENBERGER, s. 83 ; HARTMANN, s. 42, N. 94 ; BGE 125 III 86, 89.

sözleşmelerdeki aydınlatma yükümü, olağan işlemlerden daha fazla olacaktır⁴⁸⁶. Bundan başka, sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde de geniş kapsamlı aydınlatma yükümleri ortaya çıkar⁴⁸⁷.

Edim ve karşı edimin değerine ilişkin olarak aydınlatma yükümleri çok dar kapsamlı bir çerçevede mevcuttur⁴⁸⁸. Esasen, görüşmeci, muhatabının piyasa koşulları konusunda aydınlatmakla yükümlü değildir⁴⁸⁹. Fiyatı oluşturan unsurlar, kendi maliyeti gibi konularda da bilgi vermek zorunda değildir⁴⁹⁰. Bundan başka, örneğin, satıcı, müşteriye ne aynı ürünü başka bir yerde daha ucuza alabileceğini, ne de yakında fiyatların düşeceğini söylemek zorundadır⁴⁹¹.

2. FARK EDİLEBİLİR OLMASI

Bir vakıanın sözleşmenin yapılması veya koşulları bakımından önemli olup olmadığı tarafların niyetine bağlıdır. Bu anlamda, bir sözleşme yapmak kararını etkileyen öznel sayısız vakıa söz konusu olabilir⁴⁹². Aydınlatma yükümünün doğması için, görüşmecinin muhatabının somut bir vakıaya hangi anlamı verdiğini fark etmesi veya fark etmek zorunda olması gerekir⁴⁹³.

Bir vakıanın tipik olarak kişinin kararı üzerinde etkili olacağı kabul ediliyorsa, aydınlatma yükümlüsü, somut olayda bu durumu öngörmek zorundadır. Bu durumda, *bilginin önemli olma niteliği*, aynı zamanda kolaylıkla da *fark edilebilir*. Bir evin havaalanı yakınında uçakların iniş güzergâhı içinde olması, oturmak maksadıyla ev almak isteyen kişinin kararını etkiler. Satıcı, bu vakıanın

⁴⁸⁶ HARTMANN, s. 42-43, N. 95.

⁴⁸⁷ BUCHER, s. 220 ; MERZ, Vertrag, s. 75, N. 124 ; KELLER/SCHÖBI, s. 160 ; BÖHME, s. 70.

⁴⁸⁸ HARTMANN, s. 43, N.96.

⁴⁸⁹ GILOMEN, s. 74 ; LAUER, s. 297-298 ; ROTH, § 241, s. 92 - 93, N. 138-140 ; WAHRENBERGER, s. 98-99. Bkz. Yukarıda *Aydınlatma İhtiyacı* başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁹⁰ GILOMEN, s. 84 ; Von TUHR, A./ PETER, H., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1979, s. 322. Aksi durum ancak müzayedelerde söz konusu olabilir. Bkz. BGE 109 II 123, 127 ; HARTMANN, s.44, N. 97.

⁴⁹¹ Von TUHR, A., Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 17, 1898, s. 10. (HARTMANN'dan naklen, s. 43, N. 96 ve dipnot 188)

⁴⁹² BREIDENBACH, s. 63.

⁴⁹³ BGE 117 II 218, 230-231.

önemini anlamak durumundadır⁴⁹⁴. Keza, muhatabın geçerlik koşulları veya sözleşme engellerine ilişkin olarak yanılması/ hataya düşmesi halinde de, bilginin önemli olma ve fark edilebilir olma özelliği her halde mevcuttur⁴⁹⁵.

Bu aşamaya kadar aydınlatma yükümü çerçevesinde aydınlatma yükümlüsünün bilmesi veya *bilmesinin gerekmesi*, keza bilginin önemli olduğunu fark etmesi veya *fark etmesinin gerekmesi*, durumun gerektiği özeni gösterseydi fark edebileceği/ anlayabileceği gibi ifadeler kullanılmıştır. Bu çerçevede özen kavramı ve özen yükümü ile bilmesinin gerekmesi/ bilmek zorunda olması kavramı ve bu noktada neye veya kime göre bilmek zorunda olması gereğinin tartışılmasına ihtiyaç vardır.

Özen kavramından başlarsak, öncelikle inceleme konumuzun da dâhil olduğu koruma yükümleri özen yükümleri olarak da adlandırılmaktadır⁴⁹⁶. Sözleşme görüşmesine giren kişi, muhatabının gerek bütünsel gerekse mal varlıksal menfaatlerinin korunmasına özen göstermekle yükümlüdür. Aydınlatma yükümü de esas itibarıyla malvarlığını korumaya dönük koruma yükümlerinden biridir.

Bundan başka özen, gerek günlük dilde, gerekse hukuk dilinde, keza yasalarımızda çok çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır⁴⁹⁷. Konumuz bağlamında özen, hem aydınlatma yükümünün ihlali (Pflichtwidrigkeit) hem de kusurun (Verschulden) belirlenmesi noktasında önemlidir. Esas itibarıyla bu husus, sadece aydınlatma yükümü için değil, bütün sorumluluk hukuku (hem sözleşme, hem de haksız fiil hukuku) bakımından da böyledir⁴⁹⁸. Özen, sorumluluk hukukunda kusurun belirlenmesinde bir ölçüttür. Hukuka aykırı sonuç istenmemekle birlikte, durumun gerektirdiği özenin gösterilmemesi ihmaldir⁴⁹⁹. Bundan başka, özen kavramı hukuka

⁴⁹⁴ HARTMANN, s. 44, N. 99.

⁴⁹⁵ KRAMER/SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art.11, s. 417, N. 148.

⁴⁹⁶ LARENZ, s. 10. Ayrıca bkz. s. 10, dipnot 5. Bu konuda ayrıca bkz. NICKEL, s. 61, dipnot 67.

⁴⁹⁷ Geniş bilgi için bkz. GÜMÜŞ, M. A., Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s. 45 vd. ; BAŞPINAR, V., Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Ekim, 2004, s. 121 vd. ; OSWALD, C., Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausserertraglichen Bereich, Zürich, 1988, s. 21 vd. ; WERRO, F., Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art 41 OR, ZSR 1997, s. 345 vd.

⁴⁹⁸ Bkz. OSWALD, s. 24 vd.

⁴⁹⁹ EREN, s. 537-538 ve dipnot 292'de yollama yapılan yazarlar ; OSWALD, s. 39-40 ve s. 53 vd.

aykırılık veya sözleşmeye aykırılık ile de yakından ilgilidir. Objektifleştirilmiş kusur anlayışı⁵⁰⁰ karşısında, sorumluluk kurucu iki unsurun birbirinden ayrılması oldukça güçtür. Edimin özenli ifa edilmemesi, bir yandan ifa edene ihmal düzeyinde kusurun atfedilmesine, öte yandan da sözleşme ihlaline sebep olur⁵⁰¹. Bu bağlamda özenli davranmama, hem kusur unsurunu hem de sözleşmeye aykırılık unsurunu atlamaktadır⁵⁰².

Aydınlatma yükümüne gelince, bu bağlamda özen kavramıyla birlikte tartışılan husus şudur: Muhatabın aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliği, sorumluluğu kuran bir unsur mudur, yani bir aydınlatma yükümü vardır diyebilmek için aydınlatma yükümlüsünün muhatabının aydınlatılma ihtiyacını fark etmesi gereklidir midir yoksa sadece kusurun incelenmesinde mi dikkate alınır⁵⁰³? Ki bu halde, deyim yerindeyse aydınlatma yükümünün varlığını götürü olarak kabul etme söz konusudur. HARTMANN'ın ifadesiyle, muhatabın aydınlatılma ihtiyacının fark edilmek zorunda olup olmadığı/ fark edilebilir olup olmadığı, hangi başlık altında, yükümlülük ihlali (Pflichtwidrigkeit) – kusur (Verschulden), incelenmelidir? Yükümlülük ihlali ile kusur kavramlarını birbirinden ayırmadaki güçlük bu soru bağlamında da ortaya çıkmaktadır⁵⁰⁴. Alman öğretisinden HOPT ve ona katılan BREIDENBACH'a göre, fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacı kusur bağlamında incelenmelidir⁵⁰⁵. HOPT, örneğin bir kredi kurumu için aydınlatma yükümünün varlığın tespitinde, fark edilebilir bir aydınlatılma ihtiyacı aramamaktadır⁵⁰⁶. Bunun pratik sonucu şudur: Aydınlatılma ihtiyacının – özellikle belli muhataplar için – fark edilebilir olduğu veya daha doğru olarak sadece aydınlatılma ihtiyacı götürü olarak kabul edildiğinde, *zarar gören aydınlatılması gerekenin (der geschädigte Aufklärungsadressat)*, aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilir olduğunu

⁵⁰⁰ Bu kavrama ilişkin olarak bkz. EREN, s. 531 vd. Kısaca belirtmek gerekirse, objektifleştirilmiş kusur anlayışında, ortalama, makul tip esas alınır. Somut olayda, yükümlünün orta yetenekten daha aşağı düzeyde olması dikkate alınmaz. Buna karşılık, yükümlü ortalamadan üstünde ise onun bu özellikleri dikkate alınır. Bu konuda ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 57 vd.

⁵⁰¹ GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 168-169, N. 2997 vd.

⁵⁰² Haksız fiil hukuku bakımından, özen ve hukuka aykırılık ilişkisinin çeşitli normlarla değerlendirilmesi için bkz. OSWALD, S. 73 vd. Ayrıca bkz. WERRO, s. 356 vd.; GÜMÜŞ, s. 62 vd.

⁵⁰³ ABEGGLEN, s. 173.

⁵⁰⁴ HARTMANN, s. 116, N. 274-275. Kusur ve Hukuka Aykırılık kavramları arasındaki farklar için bkz. EREN, s. 572-573.

⁵⁰⁵ HOPT, s. 418 vd. ; BREIDENBACH, s. 31-32.

⁵⁰⁶ Bundan başka örnekler ve geniş bilgi için bkz. HOPT, s. 418 vd.

ispatlamasının gerekip gerekmeyeceği veya aydınlatma yükümlüsünün, aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilir olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı önem kazanmaktadır⁵⁰⁷. Gerçi, objektifleştirilmiş kusur ölçüsünden hareket edildiğinde, yükümlülük ihlali, aydınlatma yükümünün ihlali ispat edildiği halde, sorumluluktan kurtulma pratikte mümkün olmayacaktır. Zira yükümlülüğün ihlal edildiğini ispat eden zarar gören, bunu ispat etmekle, aynı zamanda, muhatabının ortalama bir borçlunun (yükümlünün) halin icabı olarak göstermesi gereken özeni göstermediğini de ispat etmiş olacaktır. Kısacası, yükümlülük ihlali ve objektif kusur kavramı için aynı ölçütler geçerlidir veya özdeştir⁵⁰⁸. Hemen belirtelim ki, objektif kusur anlayışı çerçevesinde bir kişinin kusurlu olup olmadığını tespit ederken, somut olayın koşulları dikkate alınır. Bir başka deyişle, objektif olması mutlak ve kesin bir ölçü uygulanacağı anlamına gelmez. Ancak aynı koşullar altındaki makul, ortalama tipin nasıl davranacağı ölçü olur⁵⁰⁹. Örneğin, aynı koşullar altındaki makul beyaz eşya satıcısı/ makul bankacı/ makul pratisyen hekim/ makul kurs yöneticisi vb. örnek alınır⁵¹⁰. Ortalamanın altındaki düzeye sahip olunması dikkate alınmaz. Buna karşılık, ortalamanın üstünde yeteneğe, özellikle tecrübeye sahip olan kişinin bu özellikleri dikkate alınır. Somut olayda makulü aşan bir tecrübe/ yetenek söz konusu ise, bu var olan özellikler dikkate alınır.

Aydınlatma ihtiyacının fark edilebilirliği götürü olarak var kabul edilirse, inceleme aydınlatma yükümlüsünün kusurlu olup olmadığı hususuna münhasır olacaktır. Bu görüş, fark edilebilirliği kusur bağlamında inceleyen görüştür. Bu halde fark edilebilirlik araştırılmamakta, zaten var kabul edilmektedir. Diğer görüş ise, dürüstlük kuralına dayanarak bir aydınlatma yükümünün varlığını kabul etmek için, fark edilebilir aydınlatma ihtiyacını aramakta, onu önceden var kabul

⁵⁰⁷ ABEGGLEN, s. 173-174. Esasen, önem kazanacak olan husus, aydınlatma yükümlüsünün muhatabın aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilir olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağıdır. Zira, güven sorumluluğu veya daha dar olarak culpa in contrahendo sorumlulukta, ispat yükünün dağılımı sözleşme sorumluluğu hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bir başka deyişle, yükümlülük ihlali mevcutsa, ihlal eden kural olarak kusurludur. Bkz. WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 575-577, N. 42-43 ; KRAMER, Ber.Kom., Einl., s. 72-73, N. 141 ; ABEGGLEN, s. 173 ; HARTMANN, s. 117, N. 276.

⁵⁰⁸ WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 576-577, N. 43.

⁵⁰⁹ EREN, s. 538-539.

⁵¹⁰ Bu konuda bkz. kurs yöneticisi örneği ve benzer örnekler için GONZENBACH, s. 113.

etmemektedir⁵¹¹. Götürü olarak veya değerlendirme neticesinde, fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacı mevcutsa, bundan sonraki safha kusurun değerlendirilmesidir. Ki her halde, objektifleştirilmiş kusur anlayışı geçerlidir.

Kanaatimizce, her ne kadar sonuca çok etkili değilse de, bir aydınlatma yükümünün varlığını kabul etmek için, muhatabın aydınlatma ihtiyacının fark edilebilirliği aranmalıdır. Sonuca çok fazla etkili olmaması, bu yükümlülüğün irdelenmesinde ilk görüşü savunanların dayandığı hususların, zaten gözetilmesidir. Özellikle bir yanın bilgi açısından muhatabından görece üstünlüğü, ekonomik hayatta oynadığı rol, uzmanlık bilgisi, muhatabın görece güçsüzlüğü gibi hususlar zaten ikinci görüş çerçevesinde de kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, kredi kurumunun muhatabının aydınlatılma ihtiyacını – bu sıfatından dolayı – fark etmesi gereği, ikinci görüş çerçevesinde de muhtemelen kabul edilecektir. Ancak, kişinin bilgi verme yükümünü kendisinin üstlendiği, keza muhatabın aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilir olmadığı halde, aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliğini – kredi kurumu vb. için de olsa – var kabul etmek, güven düşüncesinin tabiri caizse abartılması, güveni korumada da aşırılığa kaçılması anlamına gelecektir⁵¹².

Fark edilebilirlik, esas itibariyle sözleşme yapma kararı çerçevesinde herkesçe önemli kabul edilecek hususlara dair olarak kural olarak vardır. Yukarıda belirtildiği gibi, örneğin geçerlik koşulları ve sözleşme engellerinin önemli olduğu ve bu hususta aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliği açıktır. Ancak kişilerin sözleşme yapma kararını etkileyen öznel birtakım koşullar, tasavvurlar, niyetler de söz konusu olabilir. Bu konularda aydınlatma yükümünün söz konusu olabilmesi için bunun fark edilebilir olması, bir başka deyişle muhatabın davranışından böyle bir vakıaya ne anlam yüklediğinin anlaşılabilmesi, gereklidir⁵¹³. Yoksa hiç kimse, deyim yerindeyse muhatabının niyetini okumak durumunda değildir. Bu bağlamda, görüşmeci bir vakıyla ilgilenmiyorsa – bu vakıa nesnel olarak önemli kabul edilebilir değilse – karşısındaki bu vakıayı önemsiz addetmekte haklıdır. Çok basit

⁵¹¹ Bu görüşte bkz. ABEGGLEN, s. 174 ; GILOMEN, s. 67 ; HARTMANN, s. 116-117, N. 275 ; BGE 117 II 218, 230.

⁵¹² Benzer şekilde HARTMANN, s. 117, N. 275.

⁵¹³ BREIDENBACH, s. 62 vd. ; HARTMANN, s. 44-45, N. 100. Karş. ABEGGLEN, s. 174.

bir örnekle, satıcıya gömleklik mavi kumaş almak istediğini söyleyen alıcı, kumaşın türüne ilişkin hiçbir tercihte bulunmamışsa, satıcı da bunu önemsememekte, her türden kumaşı alıcıya göstermekte haklıdır. Ancak bu halde de, alerji yapabilecek veya ütülenmesi çok zor bir kumaş türü söz konusu olduğunda, sorulmasa bile bilgi vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Bundan başka, örneğin bir araziye talip olan kişi, o yörenin vergi oranlarını önemsiyorsa, bu kararı için etkili bir husus ise, bu durumu satıcıya iletmeli, sormalıdır. Yoksa satıcının arazinin vergi oranına işaret etme yükümü kural olarak yoktur⁵¹⁴.

Temlik sözleşmelerinde ve kullanma hakkının devredildiği sözleşmelerde, aydınlatma yükümü kural olarak, sözleşme konusu eşyanın mutad kullanımına engel olan veya güçleştiren hususlarla sınırlıdır. Muhatabın mutadın dışında başkaca bir kullanım amacı varsa, görüşmeci için bu ancak fark edilebilir olduğunda dikkate alınır^{515 516}. Örneğin bir taşınmazın satıcısı, alıcının söz konusu arazi üzerinde benzin istasyonu kurmak istediğini biliyorsa, kendisinin buna ilişkin talebinin daha önce yetkili makamca reddedildiğini alıcıya bildirmek zorundadır⁵¹⁷. Keza, muhatabının taşınmazı satın aldıktan sonra, tavan arası yaptırmak istediğini öğrenen satıcının, imar hükümlerinin buna izin vermediğini söylemesi gerekmektedir^{518 519}.

⁵¹⁴ HARTMANN, s. 45, N. 100.

⁵¹⁵ MERZ, Ber.Kom., Art. 2, s. 301, N. 274 ; WAHRENBERGER, s. 88.

⁵¹⁶ Avusturya hukukunda, satım konusu malın (örneğin odun) çeşitli amaçlarla kullanılabilmesi halinde, satıcının alıcıyı sadece kendisinin malumu olan amaca uygun olup olmadığı konusunda aydınlatmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. HARTMANN, s. 45, dipnot 198.

⁵¹⁷ ZBGR 41, 1960, s. 37 vd., 43 (MERZ'den naklen, bkz. MERZ, s. 66, dipnot 7 ; MERZ, Ber.Kom., Art 2, s. 301, N. 274.)

⁵¹⁸ BGE 40 II 370, 371 vd. (HARTMANN'dan naklen, s. 45, dipnot 200)

⁵¹⁹ WAHRENBERGER, Luzern Kanton Mahkemesinin bir kararına yer vermiştir. Anlaşıldığı kadarıyla, alıcının satın aldığı halı, yerinin değiştirilmesi üzerine renk değiştirmiştir ya da konulduğu yere/ aldığı ışığa göre renk değiştirmektedir. Esasen renk değiştirmenin sebebi bilinmemektedir, ancak bu durum halının kullanışlılığını, kalitesini, ömrünü hiçbir surette etkilememektedir. Kanton mahkemesi, sözleşme görüşmeleri sürecinde, alıcının halının görünümüne, renk yapısına önem verdiğini bir şekilde ifade etmediği veya bunun anlaşlamadığını gerekçe göstererek, olayda satıcının aydınlatma yükümünü ihlal etmediğine karar vermiştir. Yazar'ın ifadelerinden, satıcının bu renk değiştirme özelliğine vakıf olduğu, ancak söylemediği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, bu karar doğru değildir. Malın kullanımına engel olmaması, keza alıcının halının renk durumunun kendisi için önemli olduğunu ifade etmemiş olması sebebiyle, aydınlatma yükümü olmadığını söylemek uygun değildir. Makul bir satıcı, halının renk değiştirmesinin alıcı için önemli olabileceğini bilmek durumundadır. Kaldı ki, halının zaman içinde güneş ışınlarına maruz kalması sebebiyle renginin atması tabii kabul edilebilirse de, ışığa bağlı olarak renk değiştirmesi kanaatimizce normal/ beklenebilir bir durum değildir. Bkz. WAHRENBERGER, s. 88 ve dipnot 405- 406.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, esas itibariyle her görüşmeci sözleşme yapma kararı için önemli bulduğu hususları kendisi araştırmak zorundadır. Ancak bunu yapmak istemiyorsa, önemseydiği vakıayı sözleşme koşulu haline getirebilir⁵²⁰. Örneğin, diyabet hastası kalacağı otelde normal menünün dışında kendine uygun bir mönü hazırlanmasını istiyorsa, bu yönde bir icapta bulunabilir. Bunu yapmadığı halde, otel, muhatapın normal menüyü kabul ettiğini düşünmekte haklı olacaktır. Benzer şekilde, geniş kapsamlı ticari ilişkilere dair sözleşmeler genellikle çok sayıda tekeffül koşulu içerirler. Taraflar kendileri için önemli olan konular için bu yönde koşullar talep ederler. Örneğin, işletmenin alıcısı önceki yıllara ait bütün vergi borçlarının ödenmiş olmasını sözleşme ile garanti ettirebilir. Bu çerçevede bu tür bir vakıa için tekeffül şartı talep edilmemişse, muhatap bu hususun fark edilebilir bir önem taşımadığını düşünmekte haklı olabilir. Bu nedenle, böyle hallerde, sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri görece çekingen bir şekilde kabul edilmelidir⁵²¹.

E.GİZLİ TUTMADA ÜSTÜN BİR ÇIKARIN OLMAMASI

Aydınlatma yükümü bir yandan kişilik haklarıyla, öte yandan işletme ve meslek sırları ile sınırlıdır⁵²². Aydınlatma yükümü, bilgi vermesi gereken kişinin kişilik haklarını ihlal etmeyecek ölçüde, keza kendi işletme ve meslek sırlarını ifşa etmeyecek biçimde söz konusu olabilir. Anılan hallerde, bilgi vermesi gereken, daha doğru bir ifadeyle bilgiye sahip olanın çıkarları muhatapın çıkarlardan üstün gelmektedir. Bilgiyi vermeme, gizli tutmada üstün çıkar söz konusu olduğu halde, aydınlatma yükümü yoktur.

Kişilik hakları bağlamında saklı tutma hakkı en çok iş hukukunda söz konusu olabilir. Esas itibariyle her iki yan da, muhatapça bilinmeyen ama sözleşmenin kurulması ve devamı için önem arz eden hususlarda birbirlerini bilgilendirmekle yükümlüdürler⁵²³. Ancak örneğin kadın işçi, müstakbel işverenine, yapacağı iş sözleşmesinin uygulanmasını imkânsızlaştırmayacak veya güçleştirmeyecekse,

⁵²⁰ LORENZ, s. 421.

⁵²¹ HARTMANN, s. 46, N. 103.

⁵²² ROTH, § 241, s. 96, N. 148 ; OLZER, § 241, s. 245, N. 445.

⁵²³ ROTH, § 241, s. 96-97, N. 150.

gebeliğini bildirmek zorunda değildir⁵²⁴. Keza, işçi sabıkalarını sadece işyeri ile ilgili olması halinde açıklamak zorundadır⁵²⁵.

Gizli tutmada üstün çıkar, bir tarafın bilgiye emek ve/veya para harcayarak ulaştığı halde de mevcuttur. Liberal ekonomi, piyasadaki katılımcıların emek ve zaman harcayarak ulaştıkları bilgileri muhataplarından saklamalarını kabul etmektedir⁵²⁶. Ancak bir biçimde çaba göstermek suretiyle edinilmiş de olsa, bu bilgiden faydalanmasının sınırı dürüstlük kuralıdır. Taraflar dürüst davranma esasına riayet ederek bu bilgiden faydalanmaya izinlidirler⁵²⁷. Bir başka deyişle, bir tarafın bilgiye masraflı araştırmalar sonucu erişmesi halinde, bu bilgi veya bu bilgiyi gizli tutma menfaati aydınlatma yükümünün karşında yer alır ya da bertaraf edebilir^{528 529}. Aksini kabul etmek, yani bir tarafın keşfettiği her kazanç imkânını muhatabına bildirmek zorunda olduğunu kabul etmek, yeni bilgiler için yatırım yapmanın cazibesini azaltır⁵³⁰. Buna karşılık, bilginin dürüstlük kuralına aykırı biçimde

⁵²⁴ BGE 122 V 262, 263. Ayrıca bkz. ROTH, § 241, s. 96-97, N. 150.

⁵²⁵ MERZ, s. 67.

⁵²⁶ WERRES, s. 17 ve dipnot 8'de yollama yapılan yazarlar.

⁵²⁷ HARTMANN, s. 47, N. 106. Ayrıca bkz. KRONMAN, A., T., Mistake, Disclosure, Information, and The Law of Contracts, Journal of Legal Studies, Chicago, 1978, s. 13 vd., s. 33-34. Yazar, araştırma sonucu elde edilen bilgi ile rastlantısal olarak edinilen bilgi arasında bir ayırım yapıp ancak rastlantısal bilginin muhataba açıklanması gerektiği görüşündedir. Ancak tarafların bilgi düzeyi, keza bilginin içeriği, - aydınlatma yükümünün varlığı değerlendirilirken – kanaatimizce bilginin nasıl elde edildiğinden daha önemlidir. Bu yönde bkz. HARTMANN, s. 47, dipnot 208.

⁵²⁸ ADAMS, M., Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, AcP 1986, s. 471.

⁵²⁹ MUSY'e göre, bilgi avantajının masraflı araştırmalara dayanıp dayanmadığını tespit etmek güçtür. Örneğin, bir güzel sanatlar öğrencisi bir eskicide tesadüfen eski bir ressamın bir eseri ile karşılaşır. Öğrenci aldığı eğitim sayesinde resmin menşei tespit edebilmiştir. Bu halde, uzun süre eğitim görmüş, dolayısıyla masraf yapmış olması, gizli tutmada üstün bir çıkarı olduğu anlamına gelir mi, dolayısıyla onu eskiciyi aydınlatma yükümünden kurtarır mı? Bkz. MUSY, A., M., II dovere di informazione, Saggio di diritto comparato, Università degli Studi di Trento, 1999, s. 97 (HARTMANN'dan naklen, s. 48, dipnot 209) HARTMANN'a göre, bu halde, gizli tutmada üstün çıkar olsa olsa, anılan tarzdaki hukuki işlemlere ilişkin araştırmalar yapmış olması halinde kabul edilebilir. Gerçi bu halde de, öğrenci eskiciyi aydınlatmak zorundadır. Daha sonra sözleşme yapılmazsa, hazine bulunmasına ilişkin hükümlerin (ZGB Art. 970/3, MK m. 772/3) kıyasen uygulanmasıyla kendisine uygun bir tazminat verilmesine hükmedilebilir. Kanaatimizce, ister genel mesleki bilgisi, isterse spesifik bilgisi sonucunda olsun, bu duruma vakıf olan kişinin muhatabına bilgi vermesi gereklidir. Gizli tutmada üstün çıkarın sınırı da dürüstlük kuralıdır. HARTMANN'ın bulduğu çözüm bize de uygundur, ki kendisi gizli tutmada üstün çıkar olsa da aydınlatma yükümünü kabul etmektedir. Öğrencinin durumu fark etmesi, ancak hiçbir surette sözleşme görüşmesine girişmemesi halinde, aydınlatma yükümü olmadığı kabul edilebilir. Ancak kendisi veya üçüncü bir kişi için sözleşme yapılmasını sağlamasında – örneğin durumu bir arkadaşına bildirip onun eseri satın almasını sağlaması hali – hile hükümlerinin söz konusu olabileceği kanaatindeyiz.

⁵³⁰ ADAMS, s. 468 vd. Yazar, deyim yerindeyse, hatasız, sürprizsiz, tarafların beklentilerini karşılayan bir sözleşme tipinin idealize edilmesinin, tüketim imkanlarının ve üretici güçlerin kendini geliştirmesine engel olan/ geliştirmekten kaçınacağı statik bir toplum sonucunu doğuracağı görüşündedir.

saklanması veya kullanılması da, kanaatimizce, piyasada olması gereken güven ortamını zarara uğratar. Bundan başka, özellikle, inceleme konumuz tüketici satımlarında, satıcının görece üstünlüğü söz konusudur. Mevcut pazar koşulları da ne Alman Medeni Kanununun ne de İsviçre Borçlar Kanununun kabul edildiği zamana uygundur⁵³¹.

Son olarak, bilgi sahibi olmak için yatırım yapılmış olması, sözgelimi doktorun tıp okuması ve bunun için masraf yapmış olması, muhatabın bu bilgi için ödeme yapması halinde, gizli tutmada üstün çıkar teşkil etmez. Doktor, bilgi avantajının uzun yıllar süren bir eğitim sürecine dayandığını ileri sürerek aydınlatma yükümünün ortadan kalktığını söyleyemez⁵³².

V. ARA SONUÇ

Aydınlatma yükümü açık bir kanun hükmünden doğmuyorsa, dürüstlük kuralının muhatabı aydınlatmayı gerektirmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu bağlamda yukarıda değerlendirilmeye çalışılan dört koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Somut olayın özellikleri içinde, her bir koşulun çok belirgin şekilde ortaya çıkması gerekli değildir. Koşullar birbirini dengeleyebilir. Esas itibariyle, somut olayda bir aydınlatma yükümü ve tabi ihlali olup olmadığı değerlendirecek olan hakimin geniş bir takdir alanı mevcuttur. Bu takdir alanı, özellikle tüketicinin etkin biçimde korunmasını sağlayacağı gibi, muhataplar için de bir ölçüde de olsa hukuki bir güvensizliği beraberinde getirmektedir⁵³³. Aydınlatma yükümleri, aydınlatılması gereken kişinin sözleşme yapma kararı için akılcı ve bilinçli bir zemin sağlama amacına yönelmiştir. Bununla birlikte, tek başına belirleyici olamaz. Yani, eksiksiz biçimde bilgilendirilse bile, yine de kendisi için elverişsiz bir sözleşme

⁵³¹ Alman Medeni Kanununun ve hukuk uygulamasının kabul edildiği zamandan seksenli yıllara kadarki gelişimine ilişkin olarak bkz. WERRES, s. 16 vd.

⁵³² HARTMANN, s. 48, N. 107.

⁵³³ Bu konuda bkz. KLINGER, s. 64 vd. KLINGER, Alman hukukuna ilişkin incelemesinde uygulamanın aydınlatma yükümlerini belli bir amaca ulaşmak için kullandığını/ aletleştirildiğini (Instrumentalisierung) belirlemiştir. İlk olarak, daha kolay ortaya konulabilen ve ispatlanabilen çözüm yolları bulmak (s. 64 vd.), esas itibariyle sadece zor koşullara bağlı olarak kabul edilebilecek edim beklentilerini korumak (s. 84 vd.) ve sosyal bakımdan zayıf olup korunması gereken tarafların yararına olarak kullanılmaktadır (s. 109 vd.).

yapmasını engellemez⁵³⁴. Aydınlatma yükümlerinin, yöneldiği bu amaca rağmen, istenen başkaca hukuki durumları sağlamak için kullanılması, işlevine aykırıdır. Bu durum hakkaniyeti ve hukuki güvenliği tehlikeye düşüren bir durumdur⁵³⁵. Fakat temelini dürüstlük kuralında bulan aydınlatma yükümlerinde bu durum nerdeyse kaçınılmazdır. Bu noktada, aydınlatma yükümlüsü tarafın verilen kararı ayrıntılı olarak incelemesi, mümkün olan kanun yollarına başvurması, aydınlatma yükümlerinin amaca aykırı olarak kullanımına engel olabilir⁵³⁶.

Aydınlatma yükümünün koşulları değerlendirilirken de yer verildiği gibi, esasen taraflardan birin bilgisizliği, ekonomik olarak güçsüzlüğü, aydınlatılma ihtiyacının olup olmadığı noktasında önemlidir. Aydınlatma yükümü zaten, bu güçsüzlükten ileri gelen bilgi eksikliklerini ortadan kaldırıp bilinçli karara varabilme amacına yönelmiştir. Ancak, bilgi eksikliğinden başka bir sebebe dayanan güçsüzlük hallerinin bertaraf edilmesinde, aydınlatma yükümlerine dayanmak, dürüstlük kuralından doğan bir kurumu kötüye kullanmak olabilir⁵³⁷.

Bu bölümde sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri, hukuki temeline bakılmaksızın (açık kanun hükmü veya dürüstlük kuralı) dört başlık altında genel hatlarıyla incelenmiş, buna karşılık dürüstlük kuralının muhataba ne vakit bir bilgi verme yükümü yüklediği bütün koşullarıyla, ayrıntılı olarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Müteakip bölümde tüketici satımlarında düzenlenmiş olan sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Esas itibariyle bu yükümler de, incelemede görüleceği üzere, dört ana başlıktan birine dâhil olmaktadır. Ancak şimdi tek tek değerlendirilecektir.

⁵³⁴ BREIDENBACH, s. 27.

⁵³⁵ BREIDENBACH, s. 14 ve s. 27. aydınlatma yükümlerinin zayıf tarafın korunması için kullanılmasını/ aletleştirilmesini uygun bulmaktadır.

⁵³⁶ HARTMANN, s. 54, N. 120.

⁵³⁷ HARTMANN, s. 15, dipnot 51. Bkz. KLINGER, s. 64 vd., 84 vd., 109 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SATIMLARINDA SATICININ SÖZLEŞME ÖNCESİ

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Bu bölümde ilk olarak satım sözleşmesine ilişkin genel bir bilgi vermeye çalışacağız. Devamında tüketici işlemi ve tüketici satımı ve bu işlemin tarafları incelenecektir. Tüketici satımı, TKHK anlamında satıcı ile aynı kanun anlamında tüketici arasında yapılan, keza konusu da TKHK anlamında mal olan tüketici işlemidir. İşte bu işleme ilişkin olarak yasa koyucu münferit aydınlatma yükümleri düzenlemiştir. Bu bölümün son konusu TKHK’da düzenlenen sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri olacaktır.

§ 1. Satım Sözleşmesi

I. SATIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE NİTELİĞİ

Borçlar Kanunumuzun 182. maddesi “ Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder” şeklindedir (İBK m. 184). Borçlar Kanunu tasarısında ise “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcu üstlendiği sözleşmedir” biçiminde tanımlanmıştır. Gerekçede bu değişikliğin sebebinin zilyetliğin fiilen teslim dışında başka yollarla da (zilyetlik havalesi, hükmen teslim gibi) devredilebilmesi olduğu ifade edilmiştir.

İsviçre öğretisinde, satımın konusunun sadece maddi şeyler olmaması sebebiyle, mülkiyetin devri ifadesi eleştirilmektedir. Zira haklar da satımın konusu olabilir ve bunlar mülkiyet hakkının konusu değildir⁵³⁸.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, sözleşme kurulmakla satım konusu malın mülkiyeti alıcıya geçmez, keza satım konusu hak ise, alıcı hakkın sahibi olmaz,

⁵³⁸ WAHRENBERGER, s. 9 ; GIGER, Ber.Kom., Art. 184, s. 15-16, N. 18 ; KELLER, M./SIEHR, K., Kaufrecht, Zürich, 1995, s. 3.

ancak satıcı satım konusu malın mülkiyetini veya hakkı alıcıya geçirme yükümü (edim yükümü) altına girer⁵³⁹. Zira, satım borç doğurucu ve rızai bir sözleşmedir. Bundan başka, bir şey üzerindeki mülkiyet hakkını veya mameleke giren diğer bir hakkı devir borcu doğurduğu için temlik (temlik ve ferağ borcu doğuran) niteliktedir⁵⁴⁰. Ayrıca, para ile malın birbiri ile değiştirilmesi hususunda tarafların karşılıklı borç altına girmeleri nedeniyle de synallagmatiktir⁵⁴¹. Son olarak, satım sözleşmesi – ard arda teslimli satım dışında – ani edimli borç ilişkisidir. Bir başka deyişle, satımda, kira, hizmet gibi sürekli bir borç ilişkisi söz konusu değildir⁵⁴².

II. SATIM SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Satım sözleşmesinin unsurları, yapılan hukuki işlemin satım sözleşmesi olabilmesi için gereken – olmazsa olmaz nitelikte – koşullardır. Bunlar; satım konusu mal, satım parası ve mal ile paranın veya hak söz konusu ise, mal ile hakkın birbirleriyle değiştirilmesine ilişkin anlaşmadır⁵⁴³.

A. SATIM KONUSU MAL

Satımın konusunu oluşturan mal, gerek öğreti gerekse içtihatlarda geniş yorumlanmaktadır. Mal kavramıyla, öncelikle, taşınır ve taşınmaz niteliğindeki tüm nesnel varlığa sahip ve mülkiyete konu olmaya elverişli eşya kastedilmektedir. Ancak nesnel bir varlığa sahip olmamakla birlikte, egemenlik altına alınabilen ve mülkiyetin konusu olmaya elverişli gaz, elektrik, havagazı gibi doğal güçler (MK m. 762/ ZGB m. 713), bundan başka alacak hakları ve mal varlığına dâhil olup da maddi

⁵³⁹ ZEVKLİLER, A./ HAVUTÇU, A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 47 ; WAHRENBERGER, s. 9. Bizim hukukumuzda, ayırım prensibi geçerlidir. Buna karşılık, birlik prensibinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde, satılanın mülkiyeti, sözleşmenin yapılmasıyla, yani teslimden önce geçer. Geniş bilgi için bkz. YAVUZ, s. 42-44 ; GAUCH, P./ SCHÖNLE, H., Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Art. 184-191, Zürich, 1993, Art. 184, s. 78 vd., N. 24 vd.

⁵⁴⁰ YAVUZ, s. 44.

⁵⁴¹ TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul, 1990, s. 78 ; YAVUZ, s. 44 ; ZEVKLİLER/ HAVUTÇU, s. 48 ; WAHRENBERGER, s. 9 - 10 ; KELLER/SIEHR, s. 3-5. Geniş bilgi için bkz. GAUCH/SCHÖNLE, Zürh.Kom, Art. 184, s. 83 vd., N. 36 vd.

⁵⁴² KELLER/SIEHR, s. 5.

⁵⁴³ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 48 vd. ; YAVUZ, s. 44 vd. ; TANDOĞAN, s. 78 vd. ; GIGER, Ber.Kom., Art. 184, s. 9, N. 8. Karş. KELLER/SIEHR, s. 8.

değeri bulunan tüm haklar da satım konusu mal kavramı içinde kabul edilmektedir⁵⁴⁴. Satım konusunun türü, sözleşmenin şekli açısından önem arz edebilir. Örneğin, taşınmaz satımının resmi şekilde yapılması gereklidir⁵⁴⁵.

Satım konusu malın sözleşmenin yapıldığı sırada, satıcının mal varlığında bulunması gerekli değildir, bir başka deyişle bu husus sözleşmenin geçerliği üzerinde etkili değildir⁵⁴⁶. Bu nedenle, ileride yapılacak, üretilecek veya hâsıl olacak şeyler de (tarladan toplanacak ürün, çıkarılacak maden gibi) satımın konusunu oluşturabilir⁵⁴⁷. İfa vaktinde, satım konusu mal satıcının elinde değilse, ayrıca malın temini de mümkün değilse, bu durumda sözleşme geçersizdir. Buna karşılık, malın temini mümkünse, ancak satıcı vaktinde ifayı gerçekleştirememişse, sözleşme geçersiz değildir, satıcı sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre (BK m. 96) sorumludur⁵⁴⁸.

Satım konusu ferden muayyen mallar olabileceği gibi (parça borcu), türüyle belirlenmiş (cins borcu) de olabilir. Bundan başka, misli veya misli olmayan nitelikte olabilir⁵⁴⁹. Bu ayrımlar sadece teorik değildir, bir başka deyişle yasa koyucu satım konusu malın türüne bağlı olarak farklı hükümler sevk etmiştir⁵⁵⁰.

Satım konusu malın sözleşmenin yapılması sırasında belirlenebilir olması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Belirlemenin teslim anında mümkün olması da yeterlidir. Federal Mahkeme, bir kararında alıcının mobilya, halı, perde gibi ev eşyaları satan bir mağazadan belli bir para tutarında eşyayı en çok on yıl içinde seçmek üzere yapılan sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir⁵⁵¹.

⁵⁴⁴ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 48 ; TANDOĞAN, s. 78-79 ; YAVUZ, s. 45-47 ; GIGER, Ber.Kom., Art. 184, s. 15-16, N. 18 ; KELLER/SIEHR, s. 8-9.

⁵⁴⁵ YAVUZ, s. 45.

⁵⁴⁶ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 49 ; YAVUZ, s. 45.

⁵⁴⁷ TANDOĞAN, s. 79. Hemen belirtelim ki, ileride yapılacak ya da üretilecek şeylerin bedel karşılığı devri eser sözleşmesi de olabilir. Özellikle emek unsuru, malzeme unsuruna üstünse ve seri halinde imal olunan şeyler söz konusu değilse, eser sözleşmesi mevcuttur. Bkz. TANDOĞAN, s. 80 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 311 ; GIGER, Ber.Kom., Art. 184, s. 18, N. 26.

⁵⁴⁸ TANDOĞAN, s. 80 ; YAVUZ, s. 45 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 49.

⁵⁴⁹ TANDOĞAN, s. 82 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 49 ; YAVUZ, s. 45.

⁵⁵⁰ Bkz. KELLER/SIEHR, s. 9-10.

⁵⁵¹ BGE 84 II 266, 268 vd. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, s. 84 ; YAVUZ, s. 45-46 ve dipnot 9'da yollama yapılan başka kararlar. Ayrıca bkz. 13. HD, 1981/2510 E., 1981/3784 K., 14.05.1981 T.

B. SATIŞ PARASI (SEMEN)

Semen alıcının karşı edim olarak ödemeyi yükümlendiği bir miktar paradır. Alıcının ediminin para değil de mal olması halinde trampa, malın yanında bir miktar para olarak belirlenmiş olması halinde de karma sözleşme vardır⁵⁵².

Sözleşme yapılırken, semenin kesin olarak belirlenmesi gerekli değildir. BK m. 182/3 (İBK m. 184/3)'e göre, "hâle göre tayini mümkün olan semen, tesmiye edilmiş hükmündedir". Buna göre, satım parasının kesin olarak belirlenmesi değil, ancak belirlenebilir olması gereklidir⁵⁵³. Belirlenebilirlik, yapılan sözleşmeye ilişkin örneğin, fabrika fiyatları, belli bir konuda satış sözleşmeleri yapan kişilerin belirlemiş olduğu fiyatlar (branchenüblichen Preisen), fiyat listeleri gibi, bedelin belirlenebildiği ölçütlerin varlığı halinde, gerçekleştirilecek bir koşuldur⁵⁵⁴. Bundan başka, satım konusu malın cari fiyatının olması halinde, siparişin *ifa gün ve yerindeki* cari fiyatına göre sözleşme yapılmış sayılır (BK m. 209/1, İBK m. 212/1)⁵⁵⁵. Cari fiyat, borsa dışında piyasası olan belli bir çeşit malın, belli bir ticari çevrede ulaştığı ortalama fiyattır⁵⁵⁶.

Satış parası kural olarak, Türk parası üzerinden kararlaştırılır. Ancak yabancı parayla aynen ödeme koşulu getirilebileceği gibi, yabancı paranın ödeme zamanındaki Türk parası karşılığı da bedel olarak belirlenebilir. Her iki halde de geçerlidir (BK m. 83/2)⁵⁵⁷.

C. ANLAŞMA

Satım sözleşmesinin tamam olabilmesi için malla veya hakla paranın değiştirileceği hususunda anlaşmaları gerekir. Bu anlaşmayla birlikte, sözleşme

⁵⁵² TANDOĞAN, s. 84 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 49-50 ; KELLER/SIEHR, s. 10.

⁵⁵³ YAVUZ, s. 48 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 52.

⁵⁵⁴ KELLER/SIEHR, s. 10-11. Bkz. BGE 84 II 266, 274 ; BGE 84 II 13. Karş. BGE 85 II 402.

⁵⁵⁵ TANDOĞAN, s. 90-92 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 52 ; KELLER/SIEHR, s. 11. Borçlar Kanunu Tasarısının 238. maddesine göre, " Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse, satış ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır."

⁵⁵⁶ TANDOĞAN, s. 91.

⁵⁵⁷ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 53 ; YAVUZ, s. 47.

kurulur ve tarafların birbirlerinden malı ve parayı isteme konusunda şahsî hakları doğar. Ancak bir taraf kendi borcunu yerine getirmediği veya getirmeyi teklif etmediği, muhatabın *kendi borcunu yerine getirmediği def*’i ile karşılaşır. BK m. 182/2’ye göre, “ Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı anda ifa etmekle mükelleftirler”⁵⁵⁸.

Buraya kadar açıklanmaya çalışılan üç unsurun varlığı satım sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Bundan başka, malın türü, kalitesi, edimlerin nerede, ne zaman, nasıl ifa edileceği gibi hususlar belirlenmemiş de olsa, sözleşme kurulmuştur, belirlenmeyen konularda Borçlar Kanununun tamamlayıcı hükümlerine göre çözüm bulunur⁵⁵⁹.

III. SATIM SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ VE HÜKÜMLERİ

Borçlar Kanunumuzda satıma ilişkin hükümler çerçevesinde öngörülen başlıca satım türleri şunlardır: Taşınır satımı (BK m. 184-212) ; Taşınmaz satımı (BK m. 213-217) ; Numune üzerine satım (BK m. 218) ; Tecrübe ve muayene şartıyla satım (BK m. 219-221) ; Taksitle satım (BK m. 222-224) ; Artırma ile satım (BK m. 225-231). Bunların dışında da satım türleri, ard arda teslimli satım, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım gibi türler olduğu gibi, TKHK’da da düzenlenmiş bulunan kapıdan satış, kampanyalı satış, mesafeli satış gibi satım sözleşmeleri de mevcuttur. Biz bunlara sadece yollama yapmakla yetiniyoruz. Ancak TKHK’da düzenlenmiş satım sözleşmelerine – sözleşme öncesi aydınlatma yükümü içerdikleri ölçüde – ileride yer vereceğiz.

Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde satıcının borçları ; satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme, zapta karşı tekeffül, ayıba karşı tekeffül ve yan borçlar (satılanı saklama, koruma, gönderme gibi), alıcının borçları ise ; satım parasını ödeme, satılanı teslim alma ve yan borçlardır (faiz ödeme, teslim masraflarını ödeme gibi).

⁵⁵⁸ TANDOĞAN, s. 93-94 ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 53 ; YAVUZ, s. 49-50 ; GIGER, Ber.Kom., Art. 184, s. 69, N. 183. Ayrıca bkz. ve karşı. GIGER, Ber.Kom., Art. 213, s. 650-651, N. 4-6 ; TANDOĞAN, s. 98-99.

⁵⁵⁹ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 54.

İnceleme konumuz tüketici satımları çerçevesinde de bu temel borçlar mevcuttur. Biz, bu ve diğer yükümleri inceleme konumuz bağlamında, müteakip bölümde ortaya koymaya çalışacağız.

§ 2. Tüketici Satımı Kavramı

I. GENEL OLARAK

İnceleme konumuzla ilgili olarak, öncelikle yukarıda satım sözleşmesinin ana hatlarıyla açıklamaya çalıştık. Tüketici satımı, Borçlar Kanununda düzenlenen satım sözleşmesinden farklı olarak, taraflardan birinin TKHK anlamında satıcı, diğerinin aynı kanun anlamında tüketici ve konusunun da bu kanun anlamında mal olduğu tüketici işlemidir. Tüketici işlemi, tüketici satımını da içine alan daha geniş bir kavramdır. Bir başka deyişle, tüketici işlemi tüketici satımından ibaret değildir. Biz, bu bölümde tüketici işlemi değerlendirildikten sonra, tüketici satımının ne olduğunu açıklamaya çalışacağız.

Bundan başka, TKHK, Borçlar Kanununa göre özel nitelikte bir kanundur. Borçlar Kanunu, genel hükümler bağlamında TKHK’da düzenlenen sözleşmeler için de geçerlidir. Müteakiben TKHK’nun uygulama alanını değerlendireceğiz.

II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN UYGULAMA ALANI

TKHK m. 30 “ Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır” şeklindedir. Buna göre tüketici sözleşmelerinden doğan sorunlara kural olarak Tüketici Mahkemelerinde bakılacak ve bu uyuşmazlıklara öncelikle TKHK hükümleri uygulanacaktır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde de genel hükümler uygulanacaktır. Genel hükümlerden amaç, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve ticari satımlar yönünden de Ticaret Kanunu hükümleridir⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 493.

Bu bağlamda, örneğin ayıplı mal satımı ile ilgili olarak TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun 194-207. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Bundan başka, TKHK'da hiç hüküm bulunmayan, eylem ehliyeti ile ilgili hususlara MK m. 9-16 ; sözleşmenin geçerlik koşulları hakkında BK m. 19-20 ; irade sakatlıklarına BK m. 23-31 ; keza tarafların borçlarını ifa etmemesi durumuna ilişkin olarak BK m. 96-108 hükümleri uygulanacaktır. Öte yandan, mal satımının her çeşidine ilişkin olarak genel hüküm niteliğinde olan BK m. 182-193 ; BK m. 208-212 hükümleri de keza uygulanmak durumundadır⁵⁶¹.

Son olarak, TKHK kapsamındaki bir tüketici sözleşmesine, bu Kanun'da uygulanacak hiçbir hüküm bulunmasa, örneğin satıcı edimini ifa etmeyip temerrüde düşmüş olsa ve tabiatıyla Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulama kapsamı içinde olsa bile, usul hukuku kuralları bakımından TKHK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine ve daha sonra Tüketici Mahkemesine başvurulmasıyla ilgili kurallar geçerli olacaktır⁵⁶². Örneğin, tüketicinin satın aldığı mobilyaların teslim edilmemesi halinde, davanın Tüketici Mahkemesinde açılması gereklidir, ancak Tüketici Mahkemesi konuya ilişkin olarak BK m. 96 vd. hükümlerini uygulamak durumundadır. Esasen bu hususta TKHK'da da bir hüküm yoktur⁵⁶³.

⁵⁶¹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 493 ; ASLAN, s. 3.

⁵⁶² Tüketici Sorunları Hakem Heyeti (TKHK m. 22) ve Tüketici Mahkemeleri (TKHK m. 23) hakkında geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 424 vd. ; ASLAN, s. 626 vd. İçtihat için bkz. KADIOĞLU, K., Gereççeli – Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2005, s. 588 vd. ; İLHAN, C., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Şerh, Ankara, 2006, s. 295 vd.

⁵⁶³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 78. Karş. ASLAN, s. 19. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. 13. HD, 8817 E., 10264 K., 12.11.2001 T. Bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 986. Ayrıca bkz. *Tüketici tarafından satın alınan ürün bedeli nedeniyle açılan menfi tespit davasında tüketici mahkemesinin görevli olduğu* yönünde 13. HD, 4208-11882, 14.09.2004 T., KADIOĞLU, s. 613-614 ; *Kullanılan telefon ücretinin ödenmediği iddiası ile telefon idaresi tarafından açılan davanın tüketici mahkemesinde görüleceğine ilişkin* 13. HD, 3680-10098, 28.06.2004 T., KADIOĞLU, s. 616. Aksi yönde bkz. 3. HD, 1998/11141 E., 1998/12254 K., 15.11.1998 T. Bu konuda ayrıca bkz. YAVUZ, N., Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2007, s. 34.

III. TÜKETİCİ İŞLEMİNİN TANIMI

TKHK m. 2'ye göre, “Bu Kanun, birinci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar”. Yollama yapılan birinci madde kanunun amacını düzenlemektedir. Yasa koyucunun ifade etmek istediği ise, satıcı-sağlayıcı ile tüketici arasındaki işlemlerin kanun kapsamında olduğudur⁵⁶⁴. Bundan başka, tüketici işlemi, m.3, b. h'de tanımlanmıştır. Buna göre, “Mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem” tüketici işlemidir.

Yasa koyucu, tüketici kavramında “subjektif sistemi” esas almıştır. Bu sistem çerçevesinde, temel kavram tüketicidir ve tüketicinin yaptığı işlemler tüketici hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Buna karşılık objektif sistemde, işlem, daha doğru bir ifadeyle tüketici sözleşmesi temel kavramdır ve bazı sözleşmeler – tarafların ne amaçla hareket edildiklerine bakılmaksızın – tüketici sözleşmesi sayılırlar⁵⁶⁵.

Yasa maddeleri çerçevesinde, bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için üç unsurun gerçekleşmelidir. Buna göre, taraflardan birinin TKHK anlamında tüketici, diğerinin TKHK anlamında satıcı veya sağlayıcı ve bu taraflar arasındaki sözleşmenin de mal ve hizmet arzını amaçlayan bir sözleşme olması gereklidir. Yasa her türlü tüketici işleminden söz ettiği için, sözleşmenin türü ve niteliği önemli değildir. Bundan başka, yasada işlem ifadesi kullanılsa da, işlem tek taraflı da olabileceğinden, sözleşme demek daha yerinde olurdu⁵⁶⁶. Nitekim Alman ve İsviçre

⁵⁶⁴ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 72.

⁵⁶⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 73 ; ASLAN, s. 68 vd ; AYDOĞDU, M., 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (Kapıdan Satışlar), İstanbul, 1998, s. 75-76, dipnot 158 ; POROY, R., Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları, Halil ARSLANLI'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 520 vd. Ayrıca bkz. OZANOĞLU, H. S., Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 663 vd.

⁵⁶⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, S. 72-78 ; ASLAN, s. 9 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZEL, Ç., Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1998, s. 32-33 ; OZANOĞLU, H., S., Tüketici Sözleşmeleri Kavramı(Tüketici), AÜHFED, C. 50, S. 1, 2001, s. 55 vd.

öğretisinde tüketici sözleşmeleri (Verbraucherverträge – Konsumentenverträge) terimi kullanılmaktadır⁵⁶⁷.

IV. TÜKETİCİ İŞLEMİNİN UNSURLARI

Tüketici işlemi, yukarıdaki tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere, tüketici satımını da içine alan bir kavramdır. Tüketici satımının, klasik satım sözleşmesinden farkı ise, alıcının TKHK anlamında tüketici, satıcının TKHK anlamında satıcı ve satım konusu malın da TKHK anlamında mal olmasıdır. Biz bu çerçevede, öncelikle tüketici, satıcı – sağlayıcı ve mal ve hizmet arzını amaçlayan sözleşmeyi değerlendireceğiz.

A. TÜKETİCİ

Yasa, tüketiciyi tanımlar kenar başlıklı 3. maddesinde (b. e), “Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder” şeklinde tanımlamıştır. Bu düzenleme çerçevesinde tüketici olmanın koşulları değerlendirilmelidir.

İlk koşul, tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olabilmesidir. Gerçek kişiler dışında, bir malı veya hizmeti özel kullanımı için nihai olarak edinen tüzel kişiler de tüketici sayılırlar. Yasa koyucumuz, bu noktada AB hukukundan açıkça ayrılmıştır. Zira AB ülkelerinde, bu bağlamda Almanya’da da tüzel kişilere tüketici sıfatı kural olarak verilmemektedir^{568 569}. Bu noktada belirtelim ki, Almanya’da, bizim

⁵⁶⁷ VOGEL, A., Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, Berlin, 2006, s. 4 vd. ; HEIDERHOFF, B., Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (Verbraucher), München, 2004, s. 265 vd. ; HEIDERHOFF, B., Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, s. 88-89 ; SCHMELZER, M., Der Konsumentenvertrag, Zürich, 1995, s. 73 vd. ; KOLLER-TUMLER, M., Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht (Konsumentenvertrag), Bern, 1995, s. 89 vd. Ayrıca BGB’de de tüketici sözleşmeleri ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. BGB §§ 355-356.

⁵⁶⁸ HEIDERHOFF, s. 88-89 ; HEIDERHOFF, Verbraucher, s. 257 ; ULTSCH, M. L., Der einheitliche Verbraucherbegriff, München, 2005, s. 66 vd. (Yazar, tüketiciye ilişkin bütün direktifleri değerlendiren bir inceleme yapmıştır) ; VOGEL, s. 10 vd. ; WIEDENMANN, K. U., Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht, Frankfurt am Main, 2004, s. 135 vd. ; MICKLITZ, H. W., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 13, München 2006, N.1 vd. ; MARTIS, R./MEINHOF, A., Verbraucherschutzrecht, München, 2005, s. 23 vd., N. 33 vd. ; ARTZ, BÜLOW/ARTZ, s. 25 vd., N. 8 vd. Esas itibarıyla, tüzel kişilerin kural olarak tüketici kabul

hukukumuzda olduğu gibi ayrı bir Tüketiciyi Koruma Yasası yoktur. Alman Medeni Kanununun muhtelif normlarında düzenlemeler mevcuttur⁵⁷⁰. İsviçre’de de bizde olduğu gibi bir Tüketiciyi Koruma Yasası yoktur. Tüketici hukuku veya tüketiciyi koruma hukukuna ilişkin düzenlemeler, Borçlar Kanunu içinde muhtelif hükümlerde yer aldığı gibi, ayrıca münferit kanunlarda da mevcuttur. Genele bakıldığında, İsviçre’de de kural olarak tüzel kişilerin tüketici olarak kabul edilmediği söylenebilir⁵⁷¹.

Hemen belirtelim ki, bir tüzel kişi olan ticaret şirketleri, tüm işlemlerinin ticari olması nedeniyle (TTK m. 21/1) tüzel kişi sıfatı taşımazlar⁵⁷². Gerçek kişi tacirler ise istisnaen de olsa, ticari olmayan sözleşmeler yapabilirler(TTK m. 21/2)⁵⁷³. Bu halde, diğer koşullar da mevcut olmak kaydıyla tüketici sıfatına haiz olurlar.

Tüketici olabilmenin ikinci koşulu, tüketicinin ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket etmiş olmasıdır. Yani tüketici, sözleşme yaparken, ticari veya mesleki bir amaçla hareket etmemelidir. Bu bağlamda, bir malı olduğu gibi veya işleyip başkasına satmak veya çıkar karşılığında devretmek amacıyla edinen – eş

edilmemeleri Alman hukukunda da bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bkz. KEMPER, R., Verbraucherschutzinstrumente, Baden-Baden, 1994, s. 28 ; ARTZ, BÜLOW/ARTZ, s. 25, N. 8 ; VOGEL, s. 13 ve dipnot 36’da yollama yapılan yazarlar. Bu konuda ayrıca bkz. HEIDERHOFF, s. 89-90 ; Von HIPPEL, E., Verbraucherschutz, Tübingen, 1986, s. 3 vd.; DAUNER-LIEB, B., Verbraucherschutz durch Ausbildung eine Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin, 1983, s. 13 vd. ve s. 13, dipnot 1. Karş. MICKLITZ, § 13, N. 12.

⁵⁶⁹ Hemen belirtelim ki, mevcut yasaya göre tüzel kişilerin tüketici olmaları mümkün iken, hazırlanan tasarıda tüketici yeniden tanımlanmış ve açıkça gerçek kişilerin tüketici olabileceği ifade edilmiştir (Tasarı m. 3, b. h).

⁵⁷⁰ Ancak üreticinin sorumluluğu ayrı bir kanunla (Produkthaftungsgesetz) düzenlenmiştir. Bundan başka tüketici usul hukukuna (Verbraucherprozessrecht) ilişkin olarak bkz. FISCHER, R., BÜLOW, P/ARTZ, M., Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heilderberg, 2005, s. 502 vd., N. 1 vd.

⁵⁷¹ HARTMANN, s. 12, N. 23. Geniş bilgi,değerlendirme ve tüketiciyi tanımlayan münferit normlar için bkz. HARTMANN, s. 10 vd., N. 21 vd. ; KOLLER-TUMLER, M., in. Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel, 2008, s. 56 vd. ; KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, s. 89 vd. ; SCHMELZER, s. 75. Ayrıca bkz. ve karş. BGE 121 III 336, s. 339 vd.

⁵⁷² ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2001, s. 60-61. Karş. BATTAL, A., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara, 1998, s. 313 vd., s. 329 vd. Bu konuda bkz. 13. HD, 2003/13189 -2004/3324, 15.03.2004 T., KADIOĞLU, s. 39 ; (Eczanenin tüketici sayılmaması)13. HD, 9271-13864, 18.11.2003 T., KADIOĞLU, s. 41-42 ; YHGK, 2000/19-1255 E., 2000/1249 K., 11.10.2000 T., KADIOĞLU, s. 53-56. Bu yönde başka kararlar için ayrıca bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 82, dipnot 5’de yollama yapılan kararlar. Karş. 19. HD, 3932 E., 4621 K., 06.07.1999 T., ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 1082-1084.

⁵⁷³ ARKAN, s. 61-62. Bkz. ve karş. BATTAL, s. 313 vd. Bu konuda ayrıca bkz. HEIDERHOFF, s. 89 ve dipnot 19.

deyişle bizatihi kendisi satıcı konumuna girecek olan – kişi tüketici olarak kabul görmeyecektir⁵⁷⁴.

Bir işletme sahibinin, işletmesinde kullanmak üzere, ancak aynen veya işleyerek satma amacıyla hareket etmeksizin – kendisi yeniden satıcı sıfatına haiz olmayı amaçlamaksızın – mal ve malzeme satın alması halinde, tüketici sayılması gerektiği savunulmaktadır⁵⁷⁵. Esasen, bu noktada, tüketiciyi tanımlarken özel nihai kullanıcı olması hali dikkate alınmaktadır⁵⁷⁶. Bu bağlamda, bir fabrikayı ısıtmak için veya makinelerde kullanmak için akaryakıt, yağ, yemekhanede kullanmak üzere gıda maddesi, kâğıt, bez vb. malzeme alınmasında, bu görüş çerçevesinde işletme sahibi tüketici sıfatına haiz olacaktır⁵⁷⁷. Ancak ticaret şirketi söz konusu ise ve buna göre fatura düzenlenmişse, bu halde TKHK hükümleri değil, BK ve TTK gibi genel hükümler uygulanacaktır⁵⁷⁸.

Öte yandan, başkasına bağlı olarak çalışan ve yaptığı işte kullanmak için mal satın alan kişi de tüketici sayılmalıdır. Bağımsız çalışması halinde ise durum farklıdır. Zira bir kimsenin bağımsız çalışması onun satıcı/ sağlayıcı sıfatını sahip olması noktasında önemlidir⁵⁷⁹. Bu bağlamda, başkasının taksisinde çalışan kimsenin akaryakıt satın alması halinde bu kişi tüketici sayılmalıdır⁵⁸⁰. Buna karşılık taksiyi kendi işlettiği halde, sağlayıcı sıfatına haiz olacaktır⁵⁸¹.

⁵⁷⁴ Bkz. “...Davacı, satmak amacıyla ürettiği karanfil çiçeklerinin davalıdan alınan fidelerinin hastalıklı çıkması nedeniyle, uğranılan zararın tazminini istemiştir. 4077 sayılı yasanın 3. Maddesinin f bendinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Davacı ise, bu tanımlamanın dışında kalan bir kişidir. Zira satmak amacı ile çiçek üretmektedir...” 13. HD, 3176-4810, 14.06.1999, KADIOĞLU, s. 56-57. “...Davacının alüminyum doğrama işi ile iştigal ettiği ve dava konusu malları da bu işinde kullanmak üzere, bir başkasının ihtiyacı için davalıya sipariş verdiği, **kendi şahsi ihtiyacı için satın almadığı** dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda, davaya 4077 sayılı kanunun uygulanması olanağı yoktur...” 13. HD, 2905-3865, 04.05.1998, KADIOĞLU, s. 57.

⁵⁷⁵ KEMPER, s. 25-26.

⁵⁷⁶ Von HIPPEL, s. 3 vd.

⁵⁷⁷ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 83-84. Bu konuda bkz. 19. HD, 2002/1122 E., 2002/1472 K., 05.03.2002 T. (Karar gerçi ticaret şirketiyle ilgilidir; ancak kararın karşı oy yazısında bir ölçüde bu görüş savunulmuştur, bundan başka BATTAL’ın – yukarıda yollama yaptığımız – makalesine de dayanmıştır)

⁵⁷⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 84. Karş. BATTAL, s. 329 vd.

⁵⁷⁹ KEMPER, s. 27 ve dipnot 12.

⁵⁸⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 84.

⁵⁸¹ “Davacı, davalı ... şirketinden satın aldığı aracı ticari taksi olarak kullanmakta iken...Somut uyumsuzlukta davacının dava konusu aracı ticari ve mesleki amaçlarla edininip kullandığı ve

Tüketici sayılmak için son koşul, mal veya hizmetin karma amaçla edinilmemiş olmasıdır. Bu halde, malı veya hizmeti edinen, söz konusu mal veya hizmeti hem işletmesi veya mesleğinin ifası hem de kişisel kullanımı için almıştır. Bu hal, özellikle otomobil satımlarımda yaygındır. Kişinin otomobili hem işletmesinde, hem de kendi özel yaşamında kullanmak için almış olması halinde, karma amaçlı bir sözleşme söz konusu olur⁵⁸². Bu halde, TKHK anlamında bir tüketici sözleşmesi söz konusu olmadığı gibi, bu sözleşmeyi yapan da tüketici kabul edilmez. Dolayısıyla, böyle bir durumda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁵⁸³.

B. SATICI – SAĞLAYICI

TKHK m. 3 b. f hükmüne göre, “ Satıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri”, b. g hükmüne göre ise, “Sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder. Yasa koyucu, Borçlar hukuku sistemimize uygun olarak malı satan ile hizmeti sunan arasındaki ayrımı ortaya koymuştur⁵⁸⁴. Satıcı, tüketiciye mal sunarken, sağlayıcı, hizmet sunmaktadır. Alman hukukunda bu iki kavramı karşılayan “girişimci/ müteşebbis” (BGB § 14, “Unternehmer”), İsviçre

yararlandığı anlaşılmaktadır. Buna göre 4077 sayılı kanun kapsamında tüketici olarak kabulü mümkün değildir...”, 13. HD, 2003/13189 E., 2/4/3324 K., 15.03.2004 T., KADIOĞLU, s. 41.

⁵⁸² KEMPER, karma amaçla yapılan işlemler bakımından, bunların bölünmeden bir bütün olarak kayda geçmesi gereğinden ötürü, bu işlemin tüketici işlemi, işlemi yapanın da tüketici sayılmayacağını ifade etmektedir. KEMPER, s. 27. Bu konuda ayrıca bkz. VOGEL, s. 16-17 ve dipnot 58 ; ARTZ, BÜLOW/ARTZ, s. 36, N. 41 ; HEIDERHOFF, s. 93.

⁵⁸³ Bkz. “ ...Davacı anonim ortaklık, tüzel kişilik adına bir taşıt almıştır. Aracın trafik belgesinde, "H. Oto", yani hususi (özel) oto yazılı bulunmaktadır. Aracın sahibi ticari ortaklık olmasına ve faturanın da, bu ticari ortaklık adına düzenlenmesi nedeniyle, bu araç özel değil, ticari bir araçtır. Yasalara aykırı düzenlenen bu belgenin, özel araç tanımlaması bakımından geçerliliği yoktur. Bunun sonucu olarak da, özel amaçlarla ilgili satın almalar için, uygulanan 4077 sayılı Yasanın, davacı ortaklığa ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bir ticari ortaklığın kendi adına araç alması ve bu aracı ticari ortaklığın işlerinde kullanması ve bazen de özel nitelikte kullanması, işlemin niteliğini değiştirmez. Aksi halin düşünülmesi, hem vergi yasaları ve hem de ortaklık bilançosu bakımından karışıklıklar yaratacak nitelik taşımaktadır. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde 4077 sayılı Yasanın uygulanması sözkonusu değildir...”, 11. HD, 1997/1815 E., 1997/5112 K., 26.06.1997 T.

⁵⁸⁴ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 85.

hukukunda ise genellikle sağlayıcı veya girişimci diye çevirebileceğimiz “Anbieter” terimi kullanılmaktadır^{585 586}.

Yasa koyucu, her ne kadar başlangıçta mal ve hizmet sunumu ayrımını yapmışsa da, bazı düzenlemelerde bu ayrımı atlamıştır. Örneğin kapıdan satışlar düzenlemesinde, kapıdan yapılan sözleşmelerde hizmet sunumu da söz konusu olabileceksen, kapıdan satışlar ifadesini kullanılmıştır. Olması gereken kapıdan sözleşmelerdir⁵⁸⁷. Nitekim bu ve başka yanlış kullanımlar, hazırlanan değişiklik tasarısında düzeltilmiştir. Yasalaşması halinde *kapıdan sözleşmeler* terimi kullanılacaktır.

Satıcı – Sağlayıcı, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bu bağlamda, ticaret şirketleri, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler, vakıflar, kamu iktisadi teşebbüsleri satıcı – sağlayıcı sıfatına haiz olabilirler. Kamu iktisadi teşebbüsü veya karma teşebbüs olarak faaliyette bulunan kurumlar, yaygın biçimde tüketicilere mal ve hizmet sunmaktadırlar. Bunlar mal üretip sattıkları gibi (kömür, akaryakıt gibi), haberleşme (telgraf, telefon, posta), ulaşım, taşıma, elektrik üretimi ve dağıtım gibi alanlarda da hizmet sunmaktadırlar. Tüketicilerle yaptıkları sözleşmeler bakımından bu kurum ve kuruluşlar satıcı-sağlayıcı sayılırlar⁵⁸⁸. Bundan

⁵⁸⁵ Bu konuda bkz. KOLLER-TUMLER, s. 56 vd. İsviçre hukukunda, bizden ve Alman hukukundan farklı olarak, tüketici veya satıcı – sağlayıcıya ilişkin tanım içeren bir norm yoktur. Münferit hükümler ve yasalar da genel bir tanımlama yapmaya elverişli değildir. KOLLER-TUMLER, s. 57.

⁵⁸⁶ Hazırlanan tasarıda satıcı ve sağlayıcıdan başka bir de müteşebbis tanımı yer almaktadır. Buna göre, müteşebbis, “Kamu kurumları da dâhil olmak üzere kendi işi, işletmesi, zanaatı veya mesleğine ilişkin ticari amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden bir gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Düzenlemenin gerekçesinde ise, “*tüketici ile işlem yapan tarafın ediminin bir önem taşımadığı hallerde kullanılmak üzere imalatçı, ithalatçı, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, kredi aracısı, paket tur düzenleyicisi ve aracısı gibi kavramların tümünü kapsayıcı nötr bir üst kavram olarak “müteşebbis” ifadesi Tasarıya alınmıştır. Tasarıda, tüketiciye mal veya hizmet sunan herkesi ilgilendiren düzenlemelerde sadece müteşebbis kavramı kullanılmıştır. Örneğin, satın aldığı malın ayıplı çıkması nedeniyle seçimlik haklarını kullanacak olan tüketiciye karşı sorumlu olacak olan müteşebbis satıcıdır. Aynı malın imalat hatası nedeniyle verdiği zarara karşı sorumlu olacak olan müteşebbis ise imalatçısıdır. Bu malın satın alınmasında bağlı kredi kullanılmışsa ayıba karşı sorumluluk zincirine müteşebbis tanımı gereği kredi veren de eklenecektir*” açıklaması yapılmıştır. Bu bağlamda satıcı veya sağlayıcının da müteşebbis olabileceği açıktır.

⁵⁸⁷ Yasadaki mevcut başka yanlış kullanımlar için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 85-86.

⁵⁸⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 86. Bkz. 13. HD, 2003/16473-2004/822, 29.01.2004 T. (Elektrik borcunun ödenmemesi üzerine açılan davanın 4077 sayılı kanun kapsamında olduğu) ; 13. HD, 2003/11477-2004/797, 29.01.2004 T. (Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin davacıya telefon görüşme hizmeti sunması çerçevesinde taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı kanun kapsamında olduğu) ; 13. HD, 2003/10999-2004/674, 27.01.2004 T. (TEDAŞ’ın elektrik satması ve uyuşmazlığın 4077 sayılı kanun kapsamında olması). Anılan kararlar için bkz. KADIOĞLU, s. 23-25.

başka satıcı – sağlayıcının TTK anlamında esnaf veya tacir olmasının da bir önemi yoktur. 4077 sayılı kanunun ilk halinde mal, ticarete konu eşya olarak tanımlanmıştı. Ancak o dönemde de sözleşmenin ticari satım olmasının şart olmadığı, satıcının tacir değil de esnaf olması halinde de bir tüketici sözleşmesinin var olduğu kabul edilmekteydi⁵⁸⁹.

Öte yandan, yerel yönetimler de, bölgelerinde yaşayan tüketicilere ulaşım, su, gaz temin etme gibi hizmetleri çerçevesinde TKHK anlamında satıcı veya sağlayıcı olabilirler. Bundan başka, kamu kuruluşlarına bağlı olarak çalışan ve özel kanunlarına göre kurulan döner sermaye işletmeleri de bu kanun anlamında satıcı veya sağlayıcı olabilecektir. Zira bu işletmeler de, tüketicilere bedel mukabilinde mal veya hizmet sunmaktadırlar⁵⁹⁰.

Bedel veya ivaz bağlamında, tüketicinin satıcı – sağlayıcıya, yani mal veya hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiye para ile ölçülebilir bir karşılık ödemesi gereklidir. Bir başka deyişle, mal veya hizmeti, bedel (ivaz) mukabilinde tüketiciye sunanlar TKHK anlamında satıcı – sağlayıcı kabul edilebilirler. Zira mal kavramı tanımlanırken alış-verişe konu eşyaya (m. 3 b. c), bu bağlamda da ivaz gerekliliğine, hizmet kavramı tanımlanırken de, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyete, aynı şekilde ivaz gerekliliğine vurgu yapılmıştır⁵⁹¹. Bu çerçevede, karşılıksız olarak mal veya hizmetin sunulduğu durumlarda, örneğin bağışlama sözleşmesi yapılmış olması halinde, tüketici sözleşmesi söz konusu olmayacaktır⁵⁹².

Son olarak, TKHK anlamında satıcı – sağlayıcı olmak için, mal veya hizmetin, ticari veya mesleki faaliyet kapsamında tüketiciye sunulması gereklidir. Bu çerçevede bir malı veya hizmeti arızı olarak sunan ancak daha sonra bu işi

⁵⁸⁹ Bkz. ZEVKLİLER, A., Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2001, s. 41-42 ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 75.

⁵⁹⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 86. Bkz. 13. HD, 6883-9368, 11.07.2003 T. (EGO'nun doğalgaz satımının 4077 sayılı kanun kapsamında olması) ; 13. HD, 7370-7283, 22.09.2000 T. (Atık su bedelinden alacak davasına tüketici mahkemesinde bakılması gerektiği). Anılan kararlar için bkz. KADIOĞLU, s. 25-26 ve s. 28-29.

⁵⁹¹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 86, s. 73-74.

⁵⁹² ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 73 ; ÖZEL, s. 35. Karş. ASLAN, s. 12.

sürdürmeyen kişiler satıcı – sağlayıcı sayılmazlar. Kullanılmış otomobilini veya bilgisayarını bir başkasına satan veya hatır için arkadaşına yardımcı olup çalışan kişi – ikinci el mal satmayı veya hizmet etmeyi meslek edinmedikçe – bu kanun anlamında satıcı veya sağlayıcı değildir⁵⁹³. Bundan başka, yukarıda da belirtildiği gibi, satıcı – sağlayıcının tacir veya esnaf olmasının da – satıcı veya sağlayıcı kabul edilme hususunda – önemi yoktur⁵⁹⁴.

C. MAL VE HİZMET ARZINI AMAÇLAYAN SÖZLEŞME

Bir tüketici sözleşmesinden bahsedebilmek için TKHK anlamında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında, bu kanun anlamında mal veya hizmet arzını amaçlayan bir sözleşme yapılmış olmalıdır. Tabii ki, TKHK anlamında mal ve hizmetten ve/veya sözleşmeden söz edebilmek için bunu ivazlı olması şarttır. Ancak bu ivazlı sözleşmenin türü ve niteliği, tüketici sözleşmesi sayılması hususunda önemli değildir⁵⁹⁵. Bundan başka, sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabulü hususunda tereddüt olması halinde, tüketici sözleşmesi lehine yorum yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Federal Mahkemenin de bu yönde kararı mevcuttur⁵⁹⁶.

Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan sözleşmeler, tüketicilere mal ve hizmet arzını amaçladığı halde, bu kanun anlamında tüketici sözleşmesi sayılabilir. Bu çerçevede, satım ve çeşitleri, trampa, istisna, ücretli vekâlet sözleşmesi, tüketici sözleşmesi sayılabileceği gibi, Ticaret Kanununda veya diğer başka kanunlarda düzenlenmiş olan veya hiç düzenlenmemiş olan sözleşmeler (örneğin, kredi açma, kredi kartı hizmeti verme, ders verme, cep telefonu aboneliği) de yasa kapsamındadır. Keza bizatihi kanunda düzenlenen kapıdan satışlar, kampanyalı satışlar da korumanın kapsamındadır⁵⁹⁷.

⁵⁹³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 87. Bkz. ve karşı. KOLLER-TUMLER, s. 57 ve dipnot 230.

⁵⁹⁴ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 76. Bkz. ve karşı. SEROZAN, R., Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemenin Eleştirisi (Tüketici), Yasa Hukuk Dergisi, C. XV, S. 173/4, Mayıs 1996, s. 583.

⁵⁹⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 74 ; ÖZEL, s. 35.

⁵⁹⁶ ÖZEL, s. 35. BGE 121 III 336 vd.

⁵⁹⁷ Geniş bilgi ve Yargıtay'ın kararları için bkz. ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 74-75. Ayrıca bkz. ASLAN, s. 10 vd.

Bununla birlikte, Yargıtay, istisna (eser) sözleşmesini yasa kapsamında görmemekte, bir başka deyişle, bunu tüketici sözleşmesi olarak kabul etmemektedir. Bu görüşünde, hareket noktası, TKHK anlamında mal veya hizmetin *hazır* olması gerektiğini kabul etmesi, bu bağlamda imal edilmesi gereken malların kapsam dışında olacağıdır. Yargıtay'a göre, "...*satım akdinin konusunu oluşturan – tüketime yönelik – dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, yasa kapsamına alınmıştır. Aksi halde, bir baraj, bir liman, bir otoyol, bir santral ve bir bina yapımı gibi üst düzeyde teknoloji gerektiren ve istisna (eser) akdinin konusunu oluşturan süreye yayılı işlerin de yasa kapsamında kaldırılmasının ve bunlarla ilgili uyumsuzluklara da tüketici mahkemelerinde bakılması icabettiğinin kabulü gerekir...*"⁵⁹⁸. Ne var ki, yasa koyucu Yargıtay'ın yaptığı gibi bir ayırım yapmamıştır. Muhatabın tüketici olduğu ve mal sağlama dışındaki bütün faaliyetleri (hizmet) konu edinen sözleşmeler, tüketici sözleşmesidir⁵⁹⁹. Öte yandan, Yargıtay, sadece üst düzey teknoloji gerektiren sözleşmeleri değil, bila istisna bütün eser sözleşmelerini kapsam dışına çıkarmıştır. Bu anlayışa göre düşündüğümüzde, tüketici, örneğin, temizlemeye verdiği gömleği kullanılmayacak hale getiren kuru temizlemeciye karşı – faaliyet yüksek bir teknoloji gerektirmemekle birlikte – yasanın kendisine tanıdığı haklardan faydalanamayacaktır. Esas itibarıyla, Yargıtay'ın ileri teknoloji gerektirdiğini ifade ettiği sözleşmeleri – baraj, otoyol, liman inşaatı gibi – tüketici sıfatına sahip bir kişinin yapması da nerdeyse imkansızdır. Bu gibi sözleşmeler, zaten girişimciler arasında yapılmaya müsaittir. Son olarak Yargıtay'ın bu husustaki kararlarının çok tutarlı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Yani, eser sözleşmesini kapsam dışında tutmaktadır, bununla birlikte, bir eser sözleşmesi olan halı yıkama sözleşmesi sebebiyle ortaya çıkan uyumsuzluğun 4077 sayılı kanunun 4. maddesi kapsamında ayıplı hizmetten doğduğunu da kabul etmektedir^{600 601}.

⁵⁹⁸ YHGK, 2003/15-498 ; 2003/493, 24.09.2003 T. Aynı yönde bkz. YHGK, 2003/15-127 ; 2003/102, 26.02.2003 T. Anılan kararlar için bkz. KADIOĞLU, s. 43-53. Yargıtay'ın bu yöndeki diğer kararları için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 74 ve dipnot 13'de yollama yapılan kararlar.

⁵⁹⁹ ASLAN, s. 16.

⁶⁰⁰ YHGK, 2004/15-83 E., 2004/98 K., 25.02.2004 T. Yargıtay'ın bu konudaki diğer kararları ve bu kararlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. ASLAN, s. 15-19.

⁶⁰¹ Yargıtay'ın istikrarsız kararları hazırlanan tasarının gerekçesinde de değerlendirilmiştir. 4/A maddesinin değişiklik gerekçesinde "*Bu güne kadar, özellikle eser sözleşmelerinin 4077 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda Yargıtay'dan farklı kararlar çıkmıştır. Örneğin kuru temizlemeci veya boyacı ile kurulan sözleşmeler Kanun kapsamında sayılmış, çatıya güneş enerjisi sisteminin kurulması hizmeti kapsam dışında tutulmuştur. Bir başka örnekle açıklamak gerekirse, teşhir mağazasında sergilenmekte olan bir mobilya takımının sözleşmenin kurulduğu anda*

Bundan başka, esas itibariyle, satıcı – sağlayıcının ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde yapılmış ve muhatabın da tüketici olması halinde, taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi gibi sözleşmelerin de tüketici sözleşmesi olacağı açıktır. Ancak Yargıtay, bunların TTK’da düzenlendiğini, mutlak ticari dava olması nedeniyle TKHK kapsamı dışında kaldığını kabul etmektedir⁶⁰². Yargıtay, bu noktada TKHK’nun TTK’ya göre özel nitelikte olduğunu, zaman itibariyle de daha sonra yürürlüğe girdiğini, tüketici sözleşmelerine dair bir ayırım yapmadığını gözden kaçırmaktadır. Mutlak ticari davalarda, TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Kanaatimizce, anılan hallerde de TKHK hükümleri uygulama alanı bulmalıdır⁶⁰³.

1. MAL

TKHK m. 2 b. c’ye göre, mal, “Alış-veriş konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder”. Bu bağlamda, öncelikle alış-veriş konusu taşınır mallar TKHK anlamında mal kapsamındadır. AB mevzuatı çerçevesinde, 25 Temmuz 1985 tarihli Hatalı Ürün Sorumluluğuyla ilgili konsey direktifine göre⁶⁰⁴ mal ya da ürün kavramına elektrik de dahildir. Bizim kanunumuzda ayrıca belirtilmemiştir; ancak MK m. 762 gereğince, elektrik akımı ve tesisatı zaten taşınır mal sayılmaktadır⁶⁰⁵. Bundan başka, bir taşınır veya taşınmazla birleştirilmiş olan, bu çerçevede mütemmim cüz veya teferruad haline gelmiş bulunun taşınırlar da kanun anlamında maldır. Örneğin, radyoda kullanılan kablo

tüketicilere teslim edilmesi durumunda, bu satım sözleşmesi Kanun kapsamında değerlendirilmiş, söz konusu mobilya takımının tüketiciye bir ay sonra teslim edilmesi durumunda ise, sipariş üzerine imalat yapıldığı gerekçesiyle sözleşme Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Oysa bu tür hizmetler Borçlar Kanunu’nun 355 inci maddesi uyarınca sonuç taahhüdü içeren eser sözleşmeleridir. Sorun daha çok 4077 sayılı Kanunda yer alan “hizmet” kavramının teknik hukuki anlamıyla kullanılmamış olmasıdır. Aslında üst başlık olarak kast edilen “iş görme” sözleşmeleridir. Dolayısıyla, eser sözleşmeleri de, taraflardan birinin tüketici olması halinde bu madde ile Tasarı kapsamında değerlendirilecektir” ifadesine yer verilmiştir. Tasarının yasalaşması halinde herhalde bu tartışma da son bulacaktır.

⁶⁰² 11. HD, 5782 E., 7900 K., 15.10. 1999 T. ; 13. HD, 2000/10656 E., 2000/197 K., 18.01.2001 T., Anılan kararlar için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 933-934, 1092-1094.

⁶⁰³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 75-77.

⁶⁰⁴ Direktifin Türkçe metni için bkz. HAVUTÇU, A., Üreticinin Sorumluluğu (Üretici), Ankara, 2005, s. 165-168.

⁶⁰⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 91-93 ; ASLAN, s. 22.

veya bobin, binada kullanılan kalorifer kazanı, şofben, elektrik kablosu, su borusu da mal sayılır⁶⁰⁶.

Yasa, konut ve tatil amaçlı taşınmazların bu kanun anlamında mal olduğunu kabul etmiştir⁶⁰⁷. Ancak, belirtmek gerekir ki, taşınmazların kendisinin satımı BK hükümlerine tabidir⁶⁰⁸. Bundan başka, taşınmaz bazı sözleşmelerde (örneğin devre tatil) hizmet edimlerinin konusunu oluşturabilir⁶⁰⁹.

Bundan başka, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malların da bu kanun anlamında mal olduğu düzenlenmiş bulunmaktadır. ASLAN, *benzeri gayri maddi mallar* ifadesinin *elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan* ifadesi ile sınırlandırılmaması, tüketicinin yapabileceği herhangi bir tüketici sözleşmesine konu olabilecek diğer gayri maddi malların da kanun kapsamında görülmesi gerektiği kanaatindedir⁶¹⁰.

Hatalı Ürün Sorumluluğuyla ilgili direktifte (m. 2), değişiklik yapılmadan önce, işlenmemiş tarım ürünleri ve avlanma sonucu elde edilen ürünler direktifin kapsamı dışında tutulmaktaydı⁶¹¹. Sonradan görüşünü değiştirmiş olmakla birlikte, ZEVKLİLER, muhtemelen bu direktife dayanarak anılan ürünlerin TKHK anlamında mal kabul edilmeyeceği görüşündeydi⁶¹². Ancak bugün gerek ilkel tarımsal ürünlerin, örneğin toprağı işleyerek elde edilen sebze ve meyve, hayvancılıktan elde edilen et ve sütün, gerekse kara ve deniz avından elde edilen, örneğin balık ve midyenin, keza bunların işlenmesinden elde edilen ürünlerin, örneğin, salça, konserve gibi, TKHK anlamında mal kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Esasen yasa koyucumuz da

⁶⁰⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 91-93 ; ASLAN, s. 23. Yargıtay, bir kararında taşınmazın mutfak dolabının ayrı bir mal olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. "...Somut olayda, davacının mutfak dolabının çöktüğü dairede malik veya kiracı sıfatıyla mı, yoksa başka bir nedenle mi oturduğu, malik ise taşınmazı hangi tarihte kimden satın aldığı, satın alırken mutfak dolabının dairede monteli olup olmadığı, sonradan taşınmaz üzerinde bulunan binadan ve daireden tamamen ayrı ve bağımsız olarak yaptırılıp monte edilip edilmediği..." 13. HD, 1998/974 E., 1998/1603 K., 23.02.1998 T., KADIOĞLU, s. 57-59.

⁶⁰⁷ 13. HD, 11384-19020, 28.12.2004 T., KADIOĞLU, s. 36-37.

⁶⁰⁸ 13. HD, 974-1603, 23.02.1998 T., KADIOĞLU, s. 57-59. Karş. 13. HD, 2005/17838 E., 2006/3740 K., 16.03.2006 T.

⁶⁰⁹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 92 ; ASLAN, s. 23.

⁶¹⁰ ASLAN, s. 25.

⁶¹¹ Bu konuda bkz. HAVUTÇU, Üretici, s. 68-69.

⁶¹² ZEVKLİLER, 2001, s. 57.

böyle bir ayrıma yer vermemiştir⁶¹³. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, malın kapsamını belirlerken istinad edilen direktif, ürün sorumluluğuna ilişkindir⁶¹⁴. Ürün ve mal, somut olarak örtüşebilmekle birlikte, kavramsal olarak birbirinden farklıdır. Öte yandan, ürünün ayıplı değil, hatalı olması söz konusu olabilir⁶¹⁵. Mevcut kanunumuzdaki düzenleme bu kavramların birbirine karışmasına sebep olacak şekilde kaleme alınmıştır, ancak tasarıda bu durum düzeltilmiş ve üreticinin sorumluluğu ayrı bir maddede (4/C) düzenlenmiş, gerekçede de belirtildiği üzere mal ve ürün kavramları birbirinden ayrılmıştır.

2. HİZMET

TKHK m. 3 b. d'ye göre, hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder. Esasen, günümüzde, mal sağlama faaliyeti çerçevesinde bile hizmet ağırlıklı mesajlar söz konusu olmaktadır. Firmalar mallarını pazarlarken, eğitim, bakım, onarım gibi hizmetlerde de bulunacaklarını vaad etmektedirler. Bu durum, satım sözleşmelerine ilişkin edimlerle, hizmet edimi içeren sözleşmelere ilişkin edim yükümlerinin aynı hukuki ilişki içinde bir araya geldiği sözleşme tiplerinin yaygınlaşmasına sebep olmaktadır⁶¹⁶.

Hizmet, mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet olduğu için, hizmet edimi içeren sözleşmeler kapsamına, iş sözleşmesi niteliğinde olmayan hizmet sözleşmeleri, eser sözleşmeleri ve diğer iş görme sözleşmeleri dâhil olmaktadır⁶¹⁷. Avrupa Birliği ülkelerinde, bankaların tüketici kredileri hizmetleri, sigorta hizmetleri, seyahat

⁶¹³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 92 ; ASLAN, s. 22-23.

⁶¹⁴ "Richtlinie 85/374 EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte". Anılan direktif Türkçe'ye "Ayıplı Mallardan Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Hukuksal Düzenlemelerinin ve Yönetmelik Kurallarının Birbirine Yaklaştırılması Hakkında Yönergesi" olarak da çevrilmiştir. Bkz. DEMİR, M., Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı (Mevzuat), Ankara, 2002, s. 405 vd. Benzer şekilde ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 802 vd. Karş. HAVUTÇU, Üretici, s. 165 vd.

⁶¹⁵ Geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, Üretici, s. 67 vd.

⁶¹⁶ OZANOĞLU, Tüketici, s. 69.

⁶¹⁷ OZANOĞLU, Tüketici, s. 69.

acentesinin verdiği hizmetler tüketicinin korunması kapsamında bulunan hizmetlerden sayılmaktadır⁶¹⁸.

Hizmet edimi ihtiva eden sözleşmeler, bir şeyin yapılması (bir işin görülmesi) borcunun ifasına yönelik sözleşmeler niteliğindedir ve bir başkasının menfaatine bedeni veya fikri bir faaliyetin yürütülmesi şeklinde ortaya çıkarlar. Bu kapsamda, hizmet, vekâlet ve eser sözleşmeleri hukukumuzda düzenlenmiş olan en temel iş görme edimi içeren sözleşmelerdendir⁶¹⁹. Ancak, TKHK anlamında hizmet olarak nitelendirilebilecek edimleri içeren sözleşmeler bunlarla sınırlı olması söz konusu değildir. Yasa koyucu da hizmeti geniş biçimde tanımlamıştır. Öte yandan, yalnızca bedeni emeğe dayalı bir hizmet (binanın boyanması, duvarın örülmesi gibi) ya da sadece fikri emeğe dayalı bir hizmet (plan – proje yapılması, başvuru dilekçesi hazırlanması gibi) söz konusu olabileceği gibi, bunların karması olan edimleri içeren (inşaat plan ve projesinin yapılması ve binanın buna uygun olarak yapılması gibi) sözleşmeler de yapılabilir⁶²⁰.

V. TÜKETİCİ SATIMI

Klasik satım sözleşmesinin unsurları, satım konusu mal, semen ve mal ve semenin değiştirilmesine ilişkin anlaşmadan ibarettir. Tüketici satımında ise, alıcı tarafta – yukarıda açıklamaya çalıştığımız – tüketici, satıcı tarafında – keza ifade ettiğimiz – satıcı vardır. Bu iki taraf arasındaki konusunu TKHK anlamında malın oluşturduğu ve söz konusu mal ile tarafların belirlemiş olduğu semenin mübadele edilmesine yönelik olarak (anlaşma unsuru) yapılan sözleşme tüketici satımıdır.

Tüketici satımı, tüketici işlemleri, daha yerinde olarak tüketici sözleşmelerinin bir türüdür. Borçlar Kanununda satımın farklı türleri düzenlendiği gibi, TKHK’da da muhtelif satım türleri düzenlenmiştir. Bundan başka, her iki

⁶¹⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 94 ve dipnot 40’da yollama yapılan eserler.

⁶¹⁹ OZANOĞLU, Tüketici, s. 87.

⁶²⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 93. Yargıtay’ın hizmet kabul ettiği edimler için bkz. 13. HD, 10788 – 18921, 27.12.2004 (Çocuğa eğitim hizmeti verilmesi) ; 13. HD, 9784-17991, 09.12.2004 (Telefon abonelik sözleşmesi) ; 13. HD, 2003/11363 – 2004/1499, 16.02.2004 (Tur Sözleşmesi). Anılan kararlar ve bunların dışında kapsama dair kararlar için bkz. KADIOĞLU, s. 3 vd.

kanunda da düzenlenmiş olan, örneğin taksitle satım, satım çeşitleri de mevcuttur. Bu halde tüketici – satıcı ve TKHK anlamında mal söz konusu ise öncelikle özel kanun olan TKHK, bu kanunda düzenlenmemiş durumlarda da genel hüküm niteliğinde Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İşte biz çalışmanın devamında, yasa koyucunun, TKHK’da muhtelif tüketici satımları için sevk etmiş olduğu sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerini incelemeye çalışacağız. Ancak ilk olarak, her ne kadar yukarıda tüketici kavramı irdelenmişse de, tüketicin niye korumaya muhtaç olduğu, onun çıkarlarının ne şekilde gözetilebileceği, bu bağlamda, özellikle de bilgi verme yoluyla korunabilirliği hususuna yer vereceğiz.

§ 3. Tüketicinin Korunması ve Aydınlatılması

I. TÜKETİCİNİN KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Tüketici kavramı ve tüketicinin korunması ekonomik düzenin değişmesine bağlı olarak ortaya çıkmış ve gelişme göstermiştir. Tüketicinin korunmasına yönelik ilk yasalar 19. Yüzyılın sonlarında Amerika Birleşik Devletlerinde yürürlüğe girmiştir⁶²¹. Esas itibarıyla 19. yüzyıl, özellikle ikinci yarısı, 1870’lerden sonrası endüstri devriminin nitelik değiştirdiği ve kitle halinde mal üretimine yöneldiği dönem olmuştur⁶²². Buna bağlı olarak, önceleri yaşamsal faaliyetler için yapılan tüketme faaliyeti, zamanla tüketim anlayışına bağlı olarak salt *tüketmek için tüketme* noktasına gelmiştir⁶²³. Tüketimin toplumda kazandığı öneme bağlı olarak, artık modern toplum tüketim toplumu olarak da adlandırılmaktadır⁶²⁴. 19. yüzyıl

⁶²¹ GÖLE, C., Ticaret Hukuku Açısından Tüketicinin Aldatıcı Reklamlara Karşı Korunması, Ankara, 1983, s. 22 vd.

⁶²² Endüstri devrimi ve etkilerine ilişkin geniş bilgi için bkz. SANDER, O., Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918’e, Ankara, 2005, s. 208-217.

⁶²³ ASLAN, s. 1-2.

⁶²⁴ Von HIPPEL, s. 3.

öncesindeki *alıcı*, bugün *tüketiciye* dönüşmüştür⁶²⁵. Buna bağlı olarak, esasen, sözleşmenin tarafları ya da tarafların durumu da değişiklik göstermiştir. Artık nispeten eşit koşullara sahip alıcı ve satıcı değil, bu kavramların belirleyici olduğu döneme göre daha zayıf olan tüketici, buna karşılık görece daha güçlü olan satıcı – sağlayıcı vardır.

Tüketici hareketinin ve tüketici hukukunun ilk ortaya çıktığı ülke Amerika Birleşik Devletleridir. Avrupa Birliği hukukunda ise, tüketicinin korunmasına ilişkin çalışmalar esasen 1972 yılından itibaren önem kazanmıştır⁶²⁶. Bundan başka, 17.5.1973 yılında Avrupa Konseyince kabul edilen *Tüketicinin Korunması Şartı*, gerek AB tüketici hukukunda, gerekse münferit devletlerin düzenlemelerinde etkili olmuştur⁶²⁷. 1 Kasım 1993 tarihli Maastricht anlaşması, Avrupa Topluluğunu Avrupa Birliği haline getirirken, tüketicinin korunması da kurucu anlaşmada ayrı bir hüküm olarak yer almıştır⁶²⁸. Gerek bu döneme kadar, gerekse bu zamandan günümüze kadar gelen süreçte, tüketiciye ilişkin çok sayıda ve farklı nitelikte düzenlemeler yapılmıştır⁶²⁹.

Ülkemize gelince, tüketicileri dolaylı da olsa ilgilendiren düzenlemeler, örneğin *İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu*, *Ölçü ve Ayarlar Kanunu* gibi, çok eski tarihlerde yürürlüğe girmiştir⁶³⁰. Ancak modern anlamda bir tüketici yasası, 1995 yılında yürürlüğe girmiş, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, daha sonra değişikliklere uğramış, yeni düzenlemeler de yapılmıştır⁶³¹ Yasaya bağlı

⁶²⁵ ASLAN, s. 1-2.

⁶²⁶ Geniş bilgi için bkz. GÖLE, s. 22 vd. ; ASLAN, s. 37 vd.

⁶²⁷ Von HIPPEL, s. 3, dipnot 1. Metin için bkz. s. 447 vd. Ayrıca bkz. http://ec.europa.eu/consumers/cons_issue/council_de.htm. Bu şartın bir özelliği de, tüketici kavramının tanımında, tüzel kişiye de yer vermesidir. Bir başka deyişle, şahsi ihtiyacı için mal ve hizmet temin eden tüzel kişi de tüketici olarak tanımlanmıştır.

⁶²⁸ Bu konuda bkz. TEKİNALP, Ü., TEKİNALP, Ü./ TEKİNALP, G., Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2000, s. 45 vd. ; ASLAN, s. 39-40.

⁶²⁹ Geniş bilgi için bkz. ASLAN, s. 39 vd. ; ATAMER, M. Y., TEKİNALP/TEKİNALP, s. 650 vd. ; DEMİR, Mevzuat, s. 405 vd.

⁶³⁰ Cumhuriyet öncesi ve sonrasında günümüze kadar Tüketici Hukukunun ülkemizdeki gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. GÖLE, s. 7 vd. ; ASLAN, s. 58 vd.

⁶³¹ 4226, 4822, 5179, 5217, 5582, 5728 sayılı Kanunlarla.

olarak çıkartılmış yönetmelikler de mevcuttur⁶³². Öte yandan, hali hazırda yeni bir Tüketici Yasası da gündemdedir⁶³³.

Tüketicinin korunması hukukumuz açısından aynı zamanda Anayasanın da bir gereğidir. 172. madde “ Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” hükmünü içermektedir. Bu hususa 4822 sayılı kanunun gerekçesinde de yer verilmiştir⁶³⁴. Öte yandan, AB’ye uyum süreci de bu değişiklikleri yapmayı gerektirmektedir. Nitekim gerek bu yasanın⁶³⁵ gerekçesinde, gerekse yeni hazırlanan tasarıda AB direktiflerinin dikkate alındığı ifade edilmektedir.

B. KORUMANIN AMACI VE KAPSAMI

TKHK m. 1, bu Kanunun amacının, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek olduğunu ifade etmiştir. Özetle yasanın tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarları korumayı amaç edindiği söylenebilir.

Sağlık hakkı, bir temel hak olarak Anayasanın 56. maddesinde düzenlenmiştir. Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığını korumak üzere gereken hizmetleri planlayıp yönlendirmek, bu amaçla kamudaki ve özel kesimdeki kurumları denetlemek durumundadır. Tüketicinin korunması, yukarıda da ifade edildiği gibi, 172. madde de esasen ifadesini bulmuştur. Ne var ki, gereken düzenlemenin yapılması hayli zaman almıştır⁶³⁶.

⁶³² Tüketicilere ilişkin bu düzenlemeler için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 704 vd.

⁶³³ Tasarı ve tasarı gerekçesi için bkz. <http://www.sanayi.gov.tr/>

⁶³⁴ Bu yasanın gerekçesi için bkz. DEMİR, Mevzuat, s. 67 vd.

⁶³⁵ 4822 sayılı yasa, TKHK’da esaslı değişiklikler getirmiştir. Bkz. R.G. 14.03.2003, S. 25048.

⁶³⁶ Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 31 vd. Ayrıca bkz. ASLAN, s. 60-62.

Öte yandan, kişi güvenliği de, Anayasanın 17. maddesinde düzenlenmiş temel haklardandır. Buna göre, kimsenin yaşamı, maddi ve manevi varlığı ve vücut bütünlüğüne zarar verilemez, bunlar tehlikeye düşürülemez⁶³⁷.

Yapılan düzenlemede, gerek sağlık hakkının ve kişi güvenliğinin, gerekse tüketicinin korunması gereğinin tezahürlerini görmek mümkündür. Özellikle 18. maddede yer alan zararlı ve tehlikeli mal ve hizmetlerde bilgi ve kullanım kılavuzu verilmesi gereği, keza 16. maddede ticari reklamlar ve ilanların aldatıcı, yanıltıcı olmaması gereği bunun örnekleridir⁶³⁸.

Ekonomik çıkarların korunması da tüketiciler bakımından büyük önem taşımaktadır. Tüketicinin satıcı – sağlayıcı karşısındaki görece zayıf durumu, onun ayrıca korunmasını gerektirmektedir. Biz bu konuyu müteakip başlık altında değerlendireceğiz.

TKHK, birincil olarak tüketicileri korumayı amaçlamışsa da, bununla dolaylı biçimde kamu yararını da gözetmiş olmaktadır. Tüketicinin korunmadığı, piyasa koşulları ile mal ve hizmet aktarımının salt satıcı ve sağlayıcı tarafından belirlendiği, kısacası tüketicinin sömürüldüğü toplumsal koşullarda kamu düzenin ve kamu yararının büyük ölçüde zarar göreceği açıktır⁶³⁹. Hemen belirtelim ki, tüketiciyi, mal ve hizmet piyasalarını ve bu piyasalardaki yarışın kamu yararına işlemlerini sağlamaya hizmet eden tek yasa tüketiciyi koruma yasası değildir. Rekabeti koruyan yasalar da bu noktada oldukça önemlidir, bunlar da tüketicinin korunmasına hizmet ederler⁶⁴⁰. Bundan başka, tüketicinin korunması ile kamu yararı – kamu düzeni ilişkisi, genel sağlık ve ülke ekonomisini koruma yönünden de geçerlidir. Yasa amacına ulaştıkça, koruma etkinleştikçe, kaynak israfı önlenir, kalite bilinci yaygınlaşır, maliyetler düşer ve buna bağlı olarak rekabet gücü artar⁶⁴¹.

⁶³⁷ ASLAN, s. 61 ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 36.

⁶³⁸ Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 35-37.

⁶³⁹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 38-39.

⁶⁴⁰ Tüketici hukukunun çeşitli hukuk dalları ile olan ilişkisi için bkz. ASLAN, s. 63 vd.

⁶⁴¹ Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 38-39 ; ASLAN, s. 71 vd.

C. KORUMANIN NEDENLERİ

Tüketiciyi korumanın temel nedeni tüketicinin muhatapları karşısındaki zayıflığıdır. Zayıflık ya da güçsüzlük birkaç yönlüdür. Öncelikle, tüketici, ekonomik bakımından satıcı – sağlayıcı karşısında güçsüzdür. Muhatabının piyasadaki üstünlüğü, hatta bazen fiili tekel durumunda olması veya bunların aşağı yukarı aynı mal ve hizmetleri aynı ya da benzer koşullarla tüketiciye sunmaları karşısında⁶⁴², tüketici, deyim yerindeyse, kendisine önerilen şekilde sözleşmeyi yapmak veya hepten vazgeçmek durumunda kalmaktadır.

Tüketici entelektüel veya bilgi birikimi açısından da, satıcı – sağlayıcı karşısında zayıftır. Ekonomik ve entelektüel güçsüzlük, deyim yerindeyse, birbirini beslemektedir. Şöyle ki, üretim şekli ve teknolojideki gelişmeler karşısında, tüketicinin kendisine sunulan malın ve hizmetin, üretim tekniklerine, maliyetine, kalitesine vakıf olması mümkün değildir. Bu her şeyden önce emek ve zaman gerektirir⁶⁴³. Kaldı ki, zaman sıkıntısı olmadığı halde bile, herhangi bir kişinin bütün tüketim malları ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olması nerdeyse imkânsızdır. Bilgiye ulaşmak için de ayrıca masraf yapılması gerekecektir. Entelektüel güçsüzlük, tüketicinin genel kültür seviyesiyle bağlantılı bir konu değildir. Kişinin fevkalade bilgili bir doktor veya avukat olması, özel bir ilgisi söz konusu değilse veya emek – zaman ve muhtemelen para harcamak suretiyle bilgiye erişmediyse, örneğin mobilya, kumaş, otomobil veya bilgisayar konusunda bilgi sahibi olmasını gerektirmez. Özellikle ileri teknoloji ürünlerinde kişinin bir malın kalitesini test edebilmesi için uzman olması gereklidir.

Öte yandan, zaman ve emek harcama zorunluluğu, tüketiciyi psikolojik anlamda da güçsüz kılmaktadır. Elde etmek istedikleri mal veya hizmete, mümkün olan en kısa zamanda ulaşmak istemeleri, “vakit nakittir” düşüncesi, piyasa koşullarını araştıracakları süre zarfında ellerindeki fırsatı kaçırabileceklerine inanmaları, daha doğru olarak, gelişmiş reklam ve pazarlama teknikleri karşısında

⁶⁴² Bu noktada Rekabet hukuku da, tüketici hukuku gibi önemli olmaktadır. Bu hususta bkz. ASLAN, S. 32-33.

⁶⁴³ ASLAN, s. 29-30.

inandırılmaları, onları piyasadaki muhatapları karşısında, sadece ekonomik ve entelektüel olarak değil psikolojik olarak da güçsüz veya zayıf kılmaktadır⁶⁴⁴. Tüketicinin bilgi eksiği sadece sözleşmeyi yapma konusundaki kararında etkili değildir. Bu eksiklik, elverişsiz bir sözleşme yaptığı halde, bu konuda bir hakka sahip olup olmadığına, varsa bunu nasıl kullanacağına da sirayet etmektedir. Öte yandan, hakka veya koruma yollarına sahip olduğu bilen tüketici de, mahkemeye başvurup bunu elde etme konusunda çekingen davranmaktadır. Deyim yerindeyse, uğradığı zararın üzerine, bir de mahkeme masraflarını eklememek için, hakkını aramaktan imtina etmektedir. Satıcı – sağlayıcılar da sahip oldukları ekonomik gücün altını kalın çizgilerle çizmekte, tüketicide nasıl olsa hakkını elde edemeyeceği düşüncesinin oluşmasını sağlamaktadırlar⁶⁴⁵. Bütün bunlar biri diğerini besleyen ve nihayetinde tüketiciyi güçsüz kılan etmenlerdir.

Günümüz toplumunda – tüketim toplumu da denen – alıcının tüketiciye evrilmiş olması, alıcı ve satıcı için – görece eşitler için – sevk edilmiş hükümlerin yetersizliği sonucunu doğurmuştur⁶⁴⁶. Bu hükümler, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve serbest piyasa ekonomisi esaslarının belirlediği kurallardır. Genel hükümlerin dayandığı prensiplerin ve onların doğduğu toplumsal koşulların ortadan kalkmış olması karşısında, anılan hükümlerin sözleşme özgürlüğüne hizmet edemeyeceği açıktır⁶⁴⁷. Tam aksine, artık alıcının değil tüketicinin muhatabı olan satıcı – sağlayıcının güçlü konumunu tahkim etmesine yaramaktadır. Özellikle genel işlem şartları bu hususun en tipik göstergesidir. İşte, tüketicin korunması hukuku bu

⁶⁴⁴ ASLAN, s. 29 vd. ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 39 vd.

⁶⁴⁵ Geniş bilgi için bkz. ASLAN, s. 29 vd. ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 39 vd.

⁶⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 43 vd.

⁶⁴⁷ Sözleşme özgürlüğü irade özerkliğinin bir tezahürüdür. İdeolojik temeli de liberalizmdir. Bu anlayışta, sözleşme, bireyler arasındaki hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde bir araçtır. Kişilerin özgür, rasyonel ve hukuken eşit olduğu düşüncesinin temel alınması, tarafların kendi çıkarlarını kendilerinin en uygun biçimde belirleyebileceğine inanma sonucunu doğurmaktadır. Yasa koyucunun, sözleşmenin içeriğine müdahalesi de, hukuka, ahlaka aykırılık ve imkansızlıkla sınırlı kalmaktadır. Bu halde söz konusu olan *bireysel sözleşme* modelidir. Bu konuda bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 25-29. Borçlar Kanunumuzun kabul ettiği sistem ve bu sistemin gerisindeki anlayış tam da budur. Ne var ki, taraflardan birinin tüketici olması karşısında, kabaca söylersek, pazarlık suretiyle orta bir yol veya denge bulma söz konusu olmamaktadır. Bu halde, sözleşme özgürlüğü için, genel hükümlerde ısrar etmek, kanaatimizce bizatihi sözleşme özgürlüğüne aykırıdır. Bununla birlikte, özelde tüketiciyi, genelde güçsüzü korumaya yönelik hükümler ile irade özerkliği – sözleşme özgürlüğü ilişkisi veya çelişkisi, çokça tartışılan bir konudur. Bu konuda ayrıntılı değerlendirme ve geniş bilgi için bkz. BELSER, E. M., Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg, 2000, s. 5 vd. ; SCHNYDER-BRIG, B., Vertragsfreiheit als Privatrachtsbegriff, Freiburg, 1960, s. 13 vd.

yetersizliği bertaraf etmeye yönelmiştir. Bir başka deyişle, taraflar arasında tüketici aleyhine bozulan dengeyi yeniden tesis etmeyi amaçlamıştır. Tüketiciyi koruyan hükümlerle, ayıplı olmayan malın cayma hakkı sayesinde iade edilebilmesi, genel işlem şartların denetlenip bertaraf edilebilmesi veya hatalı ürün sebebiyle doğan zararın tazmini gerçekleştirilebilmektedir.

Sonuç olarak, tüketicinin korunmasının sebebi tüketicinin çeşitli yönlerden muhataplarına göre zayıf – güçsüz konumda olmasıdır. Tüketici hukuku, zayıf – güçsüz tüketicinin, dezavantajını avantaja çeviremezse de, bir ölçüde dengeleyebilmektedir.

D. KORUMA YÖNTEMLERİ

Tüketiciyi korumayı amaçlayan kurallar iki gruba ayrılabilir. Bunlardan bir bölümü, önleyici niteliktedir. Bir başka deyişle, tüketici henüz sözleşme yapmadan, sözleşme yapmaya ve/veya sözleşmenin koşullarını belirlemeye ilişkin kararının sağlıklı olmasını sağlarlar. Bu kurallar, tüketicinin aldatılmasını, sömürülmesini engellemeye yöneliktir⁶⁴⁸. İnceleme konumuz, sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri de, bu kurallarda mevcuttur.

İkinci tür kurallar ise, sözleşmenin kurulmasından sonraki safhaya ilişkindir. Bunlar, tüketicinin kurduğu hukuki ilişki sebebiyle aldatılması, sömürülmesi, zarara uğraması halinde, tüketicinin muhataplarına karşı başvurabileceği, yaptırım uygulamaya yönelik ve/veya tüketiciye çeşitli imkânlar veren kurallardır. Ayıplı mal ve hizmet verilmesinde tüketiciye seçimlik haklar tanınması, haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmaması gibi düzenlemeler bu türdendir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 70. Tüketicinin korunmasına ilişkin çeşitli disiplinlere ait yöntemler için bkz. Von HIPPEL, s. 25 vd. Geniş bilgi için bkz. ALTUNKAYA, M., Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması, GÜHFD, C. VIII, S. 1-2, Haziran – Aralık 2004, s. 95 vd.

⁶⁴⁹ Bu düzenlemeler için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 70-71.

II. TÜKETİCİNİN AYDINLATILMASI

A. GENEL OLARAK

Tüketicinin aydınlatılması, sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte tüketicinin bilgilendirilmesini ifade etmektedir. İlk bölümde incelendiği üzere, yasanın açıkça bilgi vermeyi emrettiği haller dışında, görüşmecinin muhatabını bilgilendirmesi ancak dürüstlük kuralı böyle davranmasını gerektirdiği halde vardır. Bu durum, kural olarak her tür sözleşme ve her muhatap için söz konusudur. Biz ilk bölümde, dürüstlük kuralının ne zaman ve/veya hangi koşullar altında bilgi vermeyi emrettiğini ortaya koymaya çalıştık. Görüşenlerin durumuna, görüşülen sözleşmeye, nihayetinde somut olayın özelliklerine göre bir aydınlatma yükümünün var olup olmadığı belirlenecektir.

Yasanın açıkça aydınlatma yükümü getirdiği hallerde, dürüstlük kuralının emrettiği hallerden farklı olarak, muhatabın aydınlatılma ihtiyacı, bunun fark edilebilirliği gibi koşulların varlığı irdelenmez. Bir başka deyişle, *yasa bilgi verme yükümü getirmişse, bilgi verme yükümlüsü, muhatabının fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacı içinde olmadığını ileri süremez*. Hemen belirtelim ki, yasanın emrettiği bilgilerin verilmiş olması da, dürüstlük kuralının da bilgi vermeyi gerektiği bir hal söz konusu ise, bilgi vereni sorumluluktan kurtarmaz. Yani yasanın açıkça emrettiğini yerine getirmiş olması, deyim yerindeyse, dolaylı olarak veya inceleme ile tespit edilebilecek olan aydınlatma yükümünün⁶⁵⁰ yerine getirilmemesini haklı göstermez. Görüşmeci, muhatabına yasanın verilmesini istediği bilgileri aktarmakla yükümlü olduğu gibi, bundan başka somut olayda dürüstlük kuralı da bilgi vermeyi gerektiriyorsa, söz konusu bilgiyi de vermekle yükümlüdür. Kaynağı ne olursa olsun – açık kanun hükmü veya dürüstlük kuralı – söz konusu olan sözleşme öncesi aydınlatma yükümüdür. Farklılık, kural olarak, dürüstlük kuralının aydınlatmayı gerektirdiği hallerde incelenecek olan koşulların, açık kanun hükmünde aranmayacak olmasıdır.

⁶⁵⁰ Somut olayda bir aydınlatma yükümünün olup olmadığı geriye doğru (retroperspektif) yapılacak inceleme ile tespit edilir.

İlk bölümde aydınlatma yükümlerinin önceden sınırlı olarak belirlenemeyeceğini, çünkü incelemenin geriye dönük olduğunu ve bu yüzden hangi hususta bir aydınlatma yükümünün doğacağını bilmenin mümkün olmadığını ifade etmiştik. Esasen, açık yasa hükümlerinin bilgi verme yükümü getirdiği hallerde bunları belirlemek ve açıklamak mümkündür. Ne var ki, belirtildiği üzere, aydınlatma yükümleri bunlardan ibaret değildir. Dürüstlük kuralının belirleyici olduğu durumda, önceden sınırlı/belirli bir biçimde bütün aydınlatma yükümlerini ortaya koymak mümkün değildir. Biz, aydınlatma yükümlerini, yukarıda (Bölüm I, § 2) – kaynağına bakılmaksızın – dört kısımda inceledik. Bu kapsama, hem açık kanun hükümlerinin getirdiği yükümler, hem de dürüstlük kuralının emrettiği yükümler dâhildir. Bu noktada, farklılık, açık kanun hükümleri söz konusu olduğu halde, bundan doğan yükümlerinin sınırlı/ belirli bir biçimde açıklanabilmesi/ tespit edilebilmesidir. Ancak, kaynağı salt dürüstlük kuralı olan bilgi verme yükümlerinde bu mümkün değildir. Müteakiben, TKHK’da, *tüketici satımları çerçevesinde*, yasa koyucunun açıkça muhataba bilgi vermeyi emrettiği halleri incelemeye çalışacağız. Dürüstlük kuralının, muhatabı aydınlatmayı gerektirdiği haller ise, ilk bölümde belirtilen ölçütler çerçevesinde belirlenebilecek olan hususları ifade etmektedir. Somut olayda, bir aydınlatma yükümünün olup olmadığı bu ölçütlere göre belirlenecektir.

Son olarak, belirtelim ki, TKHK, sadece tüketici satımlarına ilişkin aydınlatma yükümlerini getirmemiştir. Öncelikle, bazı işlem gruplarında – örneğin kapıdan işlemler – aynı madde kapsamında hem satım hem de hizmet edimleri düzenlenmiştir. Bundan başka, örneğin, incelememizin kapsamı dışında kalan konut finansmanı sözleşmesinde (TKHK m. 10/B), yasa koyucu ayrıntılı bilgi verme yükümlerini getirmiştir. Bizim incelemeye çalışacağımız husus/ hususlar ise, TKHK bağlamında tüketici satımlarında öngörülmüş olan sözleşme öncesi bilgi verme yükümleridir.

B. AYDINLATMANIN ŞEKLİ

Dürüstlük kuralının, muhatabı bilgilendirmeyi gerektirmesi halinde, aydınlatma yükümlüsünün, bu yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceği kendisinin iradesine bağlıdır. Bu hususta, önemli olan aydınlatılması gereken tarafın gereği gibi bilgilendirilmesidir. Buna karşılık, tüketici hukukunda (açık kanun hükmünden doğan aydınlatma yükümlerinde), yasa koyucu, bilginin belirli bir şekilde, çoğunlukla da, yazılı şekilde verilmesini öngörmüştür⁶⁵¹.

Bilginin yazılı olarak verilmesinin gerektiği halde, iki hususun birbirinden ayırılmalı olması gereklidir. İlk olarak, bazı hükümlerde, yasa koyucu tüketiciye verilmesi gereken bilgilerin sözleşmede yer almasını öngörmektedir. Esas itibarıyla, anılan sözleşmeler için, şekil şartı getirmekte ve tüketiciye verilmesi gereken bilgileri bu şekil şartının içinde düzenlemektedir. Bir başka yönden, şekil şartı getirmekle murat ettiği de, tüketiciye verilmesini istediği bilgilerin şekil koşulu, daha doğru bir ifadeyle şekle bağlanmış sözleşmenin içinde aktarılmasını sağlamak olmaktadır⁶⁵². Aydınlatma yükümlerinin şekil şartları olarak düzenlenmiş olmasına bağlı olarak, bunlara riayet edilmemesinin sonucu da şekle aykırılığa bağlı geçersizlik şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, esasen, bu hususta tüketicinin – en azından somut olarak – korunma ve bilgi verme ihtiyacı dikkate alınmamaktadır⁶⁵³. Şekil koşulu ve buna bağlı olarak geçersizlik yaptırımıyla, bilgi ihtiyacı olsun veya olmasın, bir yandan tüketicinin etkin biçimde korunması sağlanırken, öte yandan somut olayda gayri adil sonuçların ortaya çıkmasına da sebep olmaktadır. Bu noktada hakkın kötüye kullanımını yasağı bakidir. Buna dayanarak tüketiciyi korumak yine de mümkündür. Öte yandan, şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan sözleşmeden doğan zararları için

⁶⁵¹ HARTMANN, s. 61-62, N. 139. Bizim hukukumuz açısından örnek olarak bkz. TKHK m. 10/B

⁶⁵² HARTMANN, s. 62, N. 140-141.

⁶⁵³ Aydınlatma yükümlerinin ihlali sebebiyle sözleşmenin geçersizliği veya şekle aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersizliği, tüketicinin bireysel aydınlatılma ve korunma ihtiyacından bağımsızdır. Örneğin, eski Tüketici Kredileri Kanununun (KKG - Bundesgesetz über den Konsumkredit) 11. maddesi yasanın öngördüğü bilgilerin verilmemiş olmasına geçersizlik yaptırımı getirmişti. Burada, eksik bilgiye tüketici vakıf olsa dahi, sözleşme geçersizdir. Yasa, sözleşmenin kurulması ile aydınlatma yükümlüsünün ihlali arasında nedensellik bağı öngörmemektedir. Tüketicinin aydınlatılma ihtiyacı olmadığı halde, sözleşmenin geçersizliği gayri adil sonuçlara sebep olabilmektedir. Deyim yerindeyse, bu durumu katlanılması gerekmektedir. Hakkın kötüye kullanıma yasağı her halde geçerlidir. Bkz. HARTMANN, s. 149, N. 344. Geçersizliğe ilişkin düzenleme yeni yasanın 15. maddesinde yer almaktadır.

tüketicinin culpa in contrahendodan kaynaklanan tazminat hakkı da saklıdır⁶⁵⁴. Bizim hukukumuzda taksitli satıma ilişkin hükümler – yasadan kaynaklanan bir istisnası olmakla birlikte – (TKHK m. 6/A ve TKHK m. 6) bu biçimdedir.

Diğer hususa gelince, bazı hükümler bilginin yazılı şekilde verilmesini öngörmekte, ancak bu bilgilerin sözleşme metni içinde yer almasını aramamaktadır. Hatta, bilginin verildiği sözleşmeye ilişkin olarak da bir şekil şartı getirmemekte, sadece bildirim şeklini düzenlemektedir. Örneğin, İsviçre Borçlar Kanununda kapıdan işlemleri düzenleyen 40a vd. hükümlerinden, m. 40d, sağlayıcının tüketiciyi cayma hakkına ilişkin olarak yazılı biçimde bilgilendirmekle yükümlü olduğunu öngörmüştür. Buna karşılık, bu hüküm bizatihi sözleşmenin kurulmasını yazılı şekil şartına bağlı tutmamıştır, bir başka deyişle, anılan sözleşme irade beyanlarının sözlü olarak açıklanmasıyla da kurulabilir⁶⁵⁵. Alman Öğretisinden, HEISS da, bu konuya dair bir ayırım yapmaktadır. Yazar, sözleşmenin kurulmasına ilişkin şekil koşulları (Abschlussformen) ile görüşülmesine ilişkin şekil koşullarını (Verhandlungsformen) ayrı değerlendirmektedir. Kurulma şekli, irade beyanlarının birbiriyle değiştirilmesine ilişkin iken, görüşme biçimi, sözleşmenin kurulmasından önce yapılması gereken bildirimlerin belli bir şekilde yapılmasına ilişkindir⁶⁵⁶.

C. TÜKETİCİ SATIMLARINDA SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

1. AYIPLI MALA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Genel Olarak

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hem Borçlar Kanununda, hem de TKHK’da düzenlenmiş bir kurumdur. Daha sonra kısaca açıklanacağı üzere ayıp kavramı her iki düzenleme bakımından da esas itibariyle birbiriyle örtüşmektedir. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, inceleme konumuz bakımından önemi TKHK’nun m.4/6

⁶⁵⁴ HARTMANN, s. 155-156, N. 362-363.

⁶⁵⁵ HARTMANN, s. 62-63, N. 142-143. Ayrıca bkz. AYDOĞDU, Kapıdan Satışlar, s. 31-33.

⁶⁵⁶ HEISS, H., Formmängel und ihre Sanktionen, Tübingen, 1999, s. 138 vd., s. 143 vd.

hükümünde açık bir aydınlatma yükümü düzenlemiş olması, bundan başka gerek Borçlar Kanununun ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, gerekse TKHK'nun ilgili hükümlerinin, aydınlatma yükümleri açısından, en azından yaptırımdan hareketle bir tutamak noktası teşkil etmesidir. İlk bölümde de belirtildiği üzere, ayıba karşı tekeffül hükümleri, yasa koyucunun aydınlatma yükümlerini tanımış olmasının bir tezahürü olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁷. Biz, bu çerçevede, öncelikle ana hatlarıyla ayıp ve ayıba karşı tekeffülü aydınlatma yükümleri ile ilgili olduğu ölçüde değerlendirmeye çalışacağız. Müteakiben TKHK'da yer alan açık hüküm ve son olarak da ayıba karşı tekeffülün dolaylı olarak tanıdığı aydınlatma yükümünü incelemeye çalışacağız.

b. Ayıp Kavramı ve Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

TKHK'da ikinci kısım “Tüketicinin Korunması ve Aydınlatılması” başlığını taşımaktadır. Bu kısımda ilk olarak “Ayıplı Mal” kenar başlıklı 4. madde yer almaktadır. 8 fıkradan oluşan bu maddenin ilk fıkrası, ayıplı malın ne olduğunu açıklamaktadır. Devamında ise, malın ayıplı olması halinde, tüketicinin sahip olduğu haklar, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sükreleri düzenlenmektedir. Daha sonra açıklanacağı üzere, esas itibariyle ayıp konusunda – farklı hükümler de mevcut olmakla beraber – Borçlar Kanununun düzenlemesi ile TKHK'da yer alan düzenleme, özellikle ayıp kavramı hususunda birbiriyle örtüşmektedir⁶⁵⁸.

TKHK m.4/1' e göre, “Ambalajında, etiketinde, tanıtmaya ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir”. Borçlar Kanununun 194. maddesi de, “Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini

⁶⁵⁷ LAUER, s. 28; WAHRENBERGER, s. 21.

⁶⁵⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 104.

ve maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir” şeklindedir. Anılan maddelerde, iki tür ayıp düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlar, *zikir ve vaadedilen vasıflarda ayıp* ile *lüzumlu vasıflarda ayıptır*. Ayıp hangi türe girerse girsin, sonuçta, alıcının normal olarak satım konusu mala atfedebileceği vasfın eksikliğidir. Sadece, tekeffülden sorumluluk şartları, bir niteliğin zikir ve vaad edilmiş olup olmasına göre değişiklik gösterecektir⁶⁵⁹.

Zikir ve vaadedilen vasıflarda ayıp, TKHK anlamında, ambalajında, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen hususlardır. Bildirim açık veya zımni olabilir⁶⁶⁰. Malın ambalajında, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya reklam ve ilanlarında belirtilen hususları, satıcının, alıcıya karşı ayrıca şifahen de bildirmesi gerekmez. TKHK’nun zikir ve vaad edilen vasıf hususunda getirdiği yenilik, vasıf vaaadinin satıcı tarafından yapılmasına gerek olmamasıdır⁶⁶¹. Satıcı, bu bağlamda, hem kendisinin bildirmediği, hem de ayrıca belirttiği/bildirdiği bütün hususlardan ötürü mesuldür. Malın, reklamında veya ambalajında bildirilen bir hususun var olmaması veya var olmadığı söylenen bir hususun mevcudiyeti halinde, satıcı zikir ve vaad edilen vasfın olmaması nedeniyle sorumludur. Örneğin, ambalajında paslanmaz çelik olduğu yazan bıçağın paslanması, 160 km. hız yaptığı iddia edilen otomobilin 100 km.’yi aşamaması halinde bu türden ayıp söz konusudur⁶⁶².

Satıcının zikrettiği veya açıkça zikretmese de sorumlu olduğu vasıflar, maddi (msl. mobilyanın halis cevizden olduğu), ekonomik (otomobilin kazasız olduğu, evin yıllık kira getirisi) veya hukuki (satılan arsa üzerinde inşaat sınırlamasının bulunmadığı) olabilir⁶⁶³.

Lüzumlu vasıflarda ayıp ise, TKHK’da, standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis ve kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği

⁶⁵⁹ YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 61.

⁶⁶⁰ TANDOĞAN, s. 166 ; YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 66.

⁶⁶¹ HAVUTÇU, Üretici, s. 27.

⁶⁶² ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 104-105.

⁶⁶³ TANDOĞAN, s. 164-165.

faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler olarak ifade edilmiştir⁶⁶⁴. Bu noktada, teknik düzenleme – standart farkına işaret etmek istiyoruz. *Teknik düzenleme*, TKHK m. 3/o’da “ Bir ürünün ve hizmetin, ilgili idari hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirilmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ilgili Bakanlık tarafından Resmi Gazetede yayımlanarak mecburi uygulamaya konulan standartlar dahil olmak üzere uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemeyi” ifade eder şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanmasına Dair Kanunun (ÜİK m. 2/j) maddesindeki tanımla aynıdır. Aynı kanunda, TKHK’da tanımlanmamış olan *standart* da tanımlanmıştır (ÜİK m. 2/i). Standart, “ üzerinde mutabakat sağlanmış olan, kabul edilmiş bir kuruluş tarafından onaylanan, mevcut şartlar altında en uygun seviyede bir düzen kurulmasını amaçlayan, ortak ve tekrar eden kullanımlar için ürünün özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması ihtiyarî olan düzenlemeyi” ifade etmektedir. Buna göre, teknik düzenleme uyulması zorunlu düzenlemeler, standart ise ihtiyari olan düzenlemeler anlamına gelmektedir. Bu sebeple, bir malın teknik düzenlemeye uygun olduğunun belirtilmesine gerek yoktur, zaten buna uygun olmak zorundadır. Ancak standart ihtiyari olduğu için, satıcı ancak bunları zikrettiği takdirde sorumlu olacaktır^{665 666}.

⁶⁶⁴ Lüzumlu vasıflarda ayıba ilişkin olarak bkz. TANDOĞAN, s. 167 vd. ; YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 67 vd. ; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 108-109 ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 105 vd. Karş. ASLAN, s. 124 vd.

⁶⁶⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 110-112.

⁶⁶⁶ Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanmasına Dair Kanun, esas itibariyle güvenli ürün kavramını temel almaktadır. ÜİK m. 5/3’e göre, üretici piyasaya sadece güvenli ürün arz etmek zorundadır ve ancak teknik düzenlemeye uygun ürünler güvenli kabul edilir. Teknik düzenleme olmayan hallerde de, kanunda öngörülen diğer ölçütlere başvurulur. Bir ürünün/ malın ayıplı olması ile güvenli olmaması birbirinden farklı hususlardır. Ürünün güvenli olmaması, üreticinin sorumluluğuna sebep olur. Aynı mal hem ayıplı hem hatalı olabileceği gibi, sadece ayıplı fakat güvenli ve/veya ayıpsız fakat hatalı olabilir. Halı deterjanı, lekeleri çıkarmadığı gibi, bir de alerjik reaksiyona sebep olabilir (hem ayıplı, hem hatalı); lekeleri çıkarmamakla birlikte, kişiye veya mallara hiçbir zarar vermeyebilir (ayıplı fakat hatasız); halıyı mükemmel temizlerken alerjik reaksiyona sebep olabilir (ayıpsız fakat hatalı). Ayıba karşı tekeffül bağlamında ayıp kavramı düzenlenirken, teknik düzenleme ve standarta yer verilmişse de, malın ondan beklenen güvenliği sağlamaya yeterli olup olmaması, ayıbın varlığını tespit etme bir ölçüt olarak esas alınmamıştır. Ancak yasanın bir ürün için getirdiği teknik düzenlemeye (veya onun olmadığı hallerde yasada sayılan diğer ölçütler) uyulmaması, malın olması gerektiği durumdan bir sapma, dolayısıyla lüzumlu vasıflarında bir eksiklik teşkil edecektir. Bu sapma neticesinde, örneğin fren tertibatı hatalı üretilmiş otomobil, trafiğe elverişli

Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için gereken bazı şartlar söz konusudur. Biz bunları, ayıp kavramında yaptığımız gibi, ana hatlarıyla belirttikten sonra, müteakip kısımda aydınlatma yükümü ile bağlantısı açıklamaya çalışacağız. Ayıba karşı tekeffülün maddi koşulları ve şekli koşulları söz konusudur. Bununla birlikte, maddi koşullar, sadece lüzumlu vasıflarda ayıp hallerinde aranır. Zira, zikir ve vaadedilen hususlarda ayıbın varlığında, satıcının alıcıyı etkileyici biçimde⁶⁶⁷ malda bulunduğunu veya bulunmadığını belirttiği hususların aksinin ortaya çıkması ile maddi koşullar gerçekleşmiş olur⁶⁶⁸.

Lüzumlu vasıflarda ayıp halinde gerekli maddi koşullar; ayıp sayılan bir eksikliğin olması, eksikliğin/ayıbın önemli olması⁶⁶⁹, ayıbın yarar ve hasarın geçtiği anda halihazırda mevcut olması ve tüketicinin/alıcının bu ayıbın varlığını bilmeden satın almış olması gereklidir. Satıcının da ayıbın varlığını bilmesi gerekli değildir, bir başka deyişle satıcının ayıbı bilmemesi onu sorumluluktan kurtarmaz. Bundan başka, Öğretide, tüketici satımlarında ayıba karşı tekeffül sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılmasının geçerli olmadığı ifade edilmektedir⁶⁷⁰. Ancak, TKHK'da sorumluluğu kaldırın veya sınırlandırın anlaşmaların geçersiz olduğunu ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Ayıplı mala ilişkin yönetmelikte bu yönde bir düzenleme

olmaması nedeniyle hem ayıba karşı tekeffül çerçevesinde sorumluluğa sebep olabilir, hem de güvenli olmaması üreticinin sorumluluğu sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte, güvenli olmama, ayıba karşı tekeffül için ölçüt değildir. Bkz. HAVUTÇU, Üretici, s. 31-33, s. 27-28. Öğretide, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelikte, ayıbın sadece güvenlik bakımından ele alınması eleştirilmiştir. Bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 105. Ancak esasen yönetmeliğin düzenlemeyi amaçladığı konu, kanunda düzenlenmesi zorunluluğu bir yana bırakılırsa, üreticinin sorumluluğudur. Bu açıdan, adının da, Hatalı Ürünün Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik olması gereklidir.

⁶⁶⁷ Satıcının mala ilişkin zikir ve vadinin alıcıyı sözleşme yapmaya yöneltmiş olması gereklidir. Ancak bu husus tartışmalıdır. Şöyle ki, öğretinin bir kısmı ve Federal Mahkeme, satım sözleşmesinin kurulması ile zikir ve vaad arasında bir nedensellik bağı olması gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşılık, diğer görüş, vadin doğru olmamasını satıcıyı sorumlu tutmak için yeterli görmektedir. Bir başka deyişle, bu halde, vaad ile satım sözleşmesinin kurulması arasında nedensellik bağı aramayı gerekli görmemektedir. Bkz. YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 80-81 ; TANDOĞAN, s. 166 ; ÖZEL, Yapımcı, s. 784. BGE 87 II 245 ; BGE 81 II 209. Nedensellik bağı aramayan görüş için bkz. Von TUHR, A., Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Ankara, 1983, s. 295, dipnot 15 ; TUNÇOMAĞ, K., Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 150. Karş. KELLER/SIEHR, s. 73-75 ve s. 75'de yollama yapılan yazarlar ve mahkeme kararları ; WAHRENBERGER, s. 121.

⁶⁶⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 110.

⁶⁶⁹ Karş. SEROZAN, Tüketici, s. 588 ; ÖZEL, Yapımcı, s. 788.

⁶⁷⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 117-118 ; ATASOY, Ö. A./ TAŞKIN, M./ ACAR, H., Tüketiciyi Koruma Hukuku, Ankara, 2000, s. 112. Bazı farklılıklarla ve sınırlandırmalarla; ancak sonuç itibarıyla yine de bu yönde ASLAN, s. 143-145. Karş. ÖZEL, Yapımcı, s. 788-789. SEROZAN, Tüketici, s. 586.

mevcutsa da, esas itibariyle o yönetmelikle düzenlenen konu üreticinin hatalı üründen doğan sorumluluğudur. Bundan başka, sorumluluğu kaldırın veya sınırlandıran düzenlemenin de yönetmelikle değil, kanunla yapılması gerekmektedir. Ancak, bu son hali dikkate almazsak, tüketici yasasının amacından hareketle, bu kanundaki hükümlerin nispi emredici olduğuna dayanarak sorumluluğu sınırlayan kayıtların geçerli olmadığı sonucuna ulaşılabilir^{671 672}.

Gerek zikir ve vaad edilen hususlarda, gerekse lüzumlu vasıflarda ayıbın maddi şartları oluştuktan sonra, tüketicin satıcın sorumluluğu yoluna gidebilmesi için kendi üzerine düşen yükümlülükleri (külfetleri) yerine getirmesi gereklidir. Bunlar malı yoklama, yani ayıp olup olmadığını inceleme ve varsa bildirme/ ihbar etme külfetidir. Tüketici, ancak bunları yerine getirdikten sonra, kendisine tanınan haklardan faydalanabilecektir⁶⁷³.

c. Ayıplı Mallara Etiket Konulması Zorunluluğu Kapsamındaki Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümü

TKHK m. 4/6'da yasa koyucu açık bir aydınlatma yükümü düzenlemiştir. Buna göre, "Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir". Esasen, satıcı alıcının satım zamanında bildiği ayıplardan sorumlu olmadığı gibi, gerekli özeni gösterseydi bilebileceği ayıplardan dolayı da, ancak tekeffül etmişse sorumludur (İBK m. 200 – BK m. 197). TKHK'da, satıcının tüketicinin bildiği

⁶⁷¹ HAVUTÇU, Üretici, s. 137-138. Ancak yazar bu sonuca üreticinin sorumluluğu bağlamında ulaşmıştır.

⁶⁷² Hazırlanan tasarıda, yasaya 3/A maddesi eklenmesi öngörülmüştür. "Hükümlerin niteliği ve sözleşmelerin şekli" kenar başlıklı maddenin ilk fıkrası " Bu Kanunun ve ilgili Yönetmeliklerin hükümleri aksine düzenleme olmadıkça emredici niteliktedir. Tüketici aleyhine bu hükümlerden sapan sözleşme şartları batıldır" hükmünü içermektedir.

⁶⁷³ Yoklama ve bildirme külfeti ve tüketiciye tanınan haklar konusunda geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 119 vd. ; ASLAN, s. 135 vd. ; ATASOY/TAŞKIN/ACAR, s. 113 vd.

ayıplardan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin bir düzenleme yoksa da, söz konusu yasanın 30. maddesi, TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını amirdir. Dolayısıyla bu esas tüketici satımları için de geçerlidir. Yasanın 4/6. maddesi, özürlü, ayıplı, defolu mallar için satıcıya bu hususa işaret etme yükümü getirmiştir⁶⁷⁴. Kolaylıkla okunabilecek şekilde bir etiketle bu duruma işaret eden satıcı, bu ayıp açısından sorumlu değildir. Çünkü, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için, tüketicinin ayıbı bilmemesi ve gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olmaması gerekir. Bu bağlamda, örneğin buzdolabının özürlü olduğunu etiketle göstermiş olan satıcı, kural olarak buzdolabının ayıbından dolayı sorumluluktan kurtulmuştur. Ancak, kanaatimizce, satıcı, belirtmiş olduğu ayıp bakımından, örneğin dolabın dışının çizik olması, sorumlu değildir. Bununla birlikte, motorun arızalı olmasından dolayı sorumlu olmalıdır. Mevcut yasada, her ne kadar, bu hususa işaret edilmiş değilse de, bir başka deyişle, bir malın bir biçimde ayıplı olduğunun belirtilmiş olması halinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hepten kalktığı yorumu mümkünse de, kanaatimizce hüküm belirttiğimiz şekilde yorumlanmalıdır⁶⁷⁵. Öte yandan, madde metni – hazırlanan tasarıdan farklı olarak – ayıbın neye dair olduğunu işaret etme yükümü de getirmemiştir. Bu konuda “Etiket, Tarife ve Fiyat Listeleri Yönetmeliği”nde de bir hüküm yoktur. Aynı husus, ayıplı malların bir reyonda

⁶⁷⁴ Dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümünden farklı olarak, tüketicinin fark edilebilir aydınlatma ihtiyacının olup olmadığının incelenmesi söz konusu değildir. Deyim yerindeyse, yasa koyucu ayıplı mallar bakımından bu ihtiyacı var kabul etmiştir.

⁶⁷⁵ Hazırlanan tasarıda, m. 4’de şu şekilde bir düzenleme getirilmektedir. “ 4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun 5 inci maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulması zorunludur. Malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgi, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilir. Tüketicinin, sözleşmenin akdi anında malın kendisine bildirilen ayıbından haberdar olduğu veya haberdar olmamasının mümkün olmadığı hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Tüketicinin kendisine bildirilen dışındaki ayıplara karşı bu maddede belirtilen hakları saklıdır. Bu hallere ilişkin ispat yükü satıcıya aittir”. Gerekçede de, “...Onuncu fıkrada, ayıplı olduğu bilinerek satışa sunulan mallar için, malın ayıbı ile ilgili açıklayıcı bilgi içeren bir etiketin, imalatçı, ithalatçı veya satıcı tarafından malın üzerine konulması ve tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde de açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Böylelikle, sözleşmenin akdi anında tüketicinin maldaki ayıptan haberdar olması sağlanmış olacaktır ve tüketicinin, sözleşmenin akdi anında malın ayıbından haberdar olduğu haller için bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır. Tüketicinin sadece haberdar olduğu ayıplar değil, haberdar olmamasının mümkün olmadığı ayıplar da sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Ancak, tüketicinin haberdar olmadığı ayıplar için bu maddede yer alan hakları saklıdır. **Örneğin üzerinde çizik olduğu bilinerek ve etiketinde de açıkça belirtilerek satışa sunulan bir buzdolabının motorunun arızalanması durumunda, söz konusu arıza için tüketicinin dört seçimlik haktan faydalanma imkanı vardır...**”.

toplanmış olması hali için de geçerlidir. Böyle bir halde, zaten belirlenen reyonda sadece ayıplı mallar satıldığı için, tek tek bütün mallar üzerine etiket koyma zorunluluğu da söz konusu değildir⁶⁷⁶.

Öte yandan, hemen belirtelim ki, m. 4/5’de ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı sorumluluğa ilişkin hükümlerin, ayıplı olduğu bilinerek alınan mallarda da geçerli olduğu ifade edilmiştir. Ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı sorumluluk, m. 4/2’de “...Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir. Özetle mal ayıplı da olsa ve bu husus sözleşme yapılmadan önce açıkça belirtilse bile, anılan zararlar için sorumluluk bakidir⁶⁷⁷.

d. Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri Çerçevesinde Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümü

Yukarıda, konumuzu açıklamak için gerekli olduğu ölçüde ayıp ve ayıp sorumluluğuna değinmiştik. Bu başlık altında, gerek TKHK’da gerekse Borçlar Kanunundaki hükümlerde dolaylı ya da örtülü olarak yer alan aydınlatma yükümlerini veya bir başka deyişle bu hükümlerle sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri arasındaki muhtemel bağlantıları açıklamaya çalışacağız. Bu bağlamda, özellikle yasanın hileye sonuç bağladığı özel hükümlere yer verilecektir. Zira, susma suretiyle hile, aydınlatma yükümünün varlığına ihtiyaç gösterir. Buna karşılık, ilk bölümde değinildiği üzere, hile aktif hile davranışı ile de gerçekleştirilebilir.

⁶⁷⁶ Tasarıda belli bir reyonun ayıplı mal satımına tahsisine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Maddeye ilişkin gerekçede de bu hususta bir açıklama yoktur.

⁶⁷⁷ Bu düzenleme çok kötü kaleme alınmış, bütün kavramların birbirine karışmasına sebep olmuştur. Aslında bu maddede ayıba karşı tekeffül ile üreticinin sorumluluğu maalesef birlikte düzenlenmeye çalışılmış ve üretici, ayıba karşı tekeffül borçlularından biri olarak kabul edilmiştir. Halbuki düzenlenen zarar kalemleri Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin direktifle paraleldir. Nitekim bu maddeye (TKHK m. 4) dayanarak çıkarılan yönetmelikteki ayıp kavramı da ürünün güvenli olmamasını ayıp olarak nitelemiştir. Bu noktada da olması gereken, ayıplı mal ile hatalı ürün ayrımının yapılmasıdır. Zira bu da karışıklığa sebep olmaktadır. Esasen, bu noktada, yönetmeliğin adı bile yanlış anlamaya müsaittir. Daha önemlisi ise, yasada düzenlenmesi gereken hususların bu yönetmelikte düzenlenmesidir. Geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, Üretici, s. 24 vd., s. 111 vd., s. 139 vd. Ancak hazırlanan tasarıda bu yanlışlıklar giderilmiş, üreticinin sorumluluğu da ayrı bir maddede – ayıba karşı tekeffülden ayrı olarak düzenlenmiştir.

aa) Ayıp Kavramı Bağlamında

Ayıbın TKHK ve BK hükümleri çerçevesinde aynı anlama geldiğini ifade etmiştik. Yalnız TKHK ayıp kavramının daha ayrıntılı, daha somut olarak belirlemiştir⁶⁷⁸. Bu bağlamda, önemli olan bir konu, zikir ve vaad hususunda, sorumluluğun doğması için satıcının bunları bizatihi yapmasının gerekli olmamasıdır. Sonuçta, ayıp, ölçüt, tahsis ve kullanım amacı bakımından, tüketicinin maldan beklediği faydayı ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksikliklerdir⁶⁷⁹.

İlk olarak, belirtelim ki, aydınlatma yükümünün ihlali, üçüncü bölümde ele alınacağı üzere, aydınlatmadan kaçınma, yanlış aydınlatma, yetersiz ve fazla aydınlatma suretiyle ihlal edilebilir⁶⁸⁰. İhlal neticesinde, hile söz konusu olabileceği gibi, muhatabın hataya düşmesine sebep olma veya ayıplı ifa da gerçekleşebilir. Esasen, irade sakatlıkları ve ayıplı ifa arasındaki ilişkiyi, üçüncü bölümde – sözleşmenin iptal edilmiş olup olmaması çerçevesinde – değerlendireceğiz. Burada hemen söylememiz gereken husus, aydınlatma yükümü ihlalinin irade sakatlığına sebep olabileceği gibi, ayıplı ifaya da yol açabilmesidir. Öte yandan, belirttiğimiz üzere, ayıba karşı tekeffül, ayıplı ifanın (BK m. 96 vd.) özel olarak düzenlenmiş bir halidir.

Zikir ve vaad edilen hususlar çerçevesinde değerlendirecek, zikir ve vaad, açık olabileceği gibi – kolyenin 22 ayar altın olması veya saatin su geçirmez olması – zımni/ örtülü de olabilir. Açık bir vasıf bildirimini söz konusu olup da bunun doğru olmadığını ortaya çıkması halinde – kolyenin 18 ayar olması veya saatin su geçirmesi – ayıba karşı tekeffülün maddi koşulları sağlanmış olur. Bu noktada, satıcının, zikir ve vaad etmiş de olsa, sorumlu olması için ayıbı bilmesine gerek yoktur. Bir başka deyişle, satıcı malın ayıbını – 18 ayar olma veya su geçirme – bilmediği halde de, zikir ve vaad etmiş olabilir. Hemen belirtelim ki, bilmediği veya emin olmadığı halde açıklama yapması da kusurlu bir davranıştır, ancak zaten ayıba

⁶⁷⁸ HAVUTÇU, Üretici, s. 26-27 ; ÖZEL, Yapımcı, s. 787-788.

⁶⁷⁹ HAVUTÇU, Üretici, s. 27-28.

⁶⁸⁰ Bkz. HARTMANN, s. 77 vd., N. 179 vd.

karşı tekeffül sorumluluğunun doğması, kendisinin bilmesinden bağımsız olduğu için satıcıyı sorumluluktan kurtarmamaktadır.

Buna karşılık, bildiği halde – kolyenin 18 ayar, saatin su geçirir olduğunu – yanlış bilgi vermesi, açıkça aydınlatma yükümünün ihlalidir. Bu durumda, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için, yanlış bilgi vermesinde, kural olarak hile söz konusu olur⁶⁸¹. Bilmemesi halinde ise, kendisinin bilmediği bir hususta kasten yanlış bilgi vermesi mümkün olmadığından ve hile hükümleri muhatabı sözleşme yapmaya sevk etmek için yanlış bilgi vermeyi gerektirdiğinden, hile kastının da gerçekleşmesi söz konusu olmaz. Zira ağır ihmal, yani bilgisizliğin kişinin ağır kusurundan ileri gelmesi, hile için yeterli değildir⁶⁸². Ancak, tabii ki, ayıplı ifanın, dolayısıyla da ayıba karşı tekeffülün maddi koşulları gerçekleştiğinden, diğer koşullar da yerine getirilmekle, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar⁶⁸³.

Son olarak, satıcının ayıba bilmediği ancak bilmemekte kusurlu olması ya da bilmesi gerektiği hususuna değinmek istiyoruz. Bu halde, belirttiğimiz gibi hile hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Saat örneği üzerinden gidersek, satıcının yoklama ile saatin su geçirmez olup olmadığını tespit etme imkânı varsa, ancak bunu yapmadan su geçirmez olduğunu ifade ediyorsa ve gerçekten de su geçirmez olmadığını bilmiyorsa, hile kastı söz konusu olmaz. Bu noktada, irdelenmesi gereken bir başka husus mevcuttur. Şöyle ki, yasa sözleşme yapılırken esaslı bir hataya duçar olan kişiye sözleşmeyi iptal etme hakkı vermiştir. Hataya düşme, kişinin kendi kusurundan ileri gelebileceği gibi, muhatabın – kast değil ama ihmal suretiyle – aydınlatma yükümünü ihlal etmesinden de doğabilir. Her iki durumda da – kendi kusurundan veya muhatabın kusurundan mütevellit – ayıba karşı tekeffül hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yanılan, kural olarak sözleşmeyi iptal etme yoluna da gidebilir. Ancak, kişi kendi kusurundan dolayı hataya düşmüş ve sözleşmeyi iptal etmişse, muhatabın bundan dolayı uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür (BK m. 26/1). Buna karşılık, yasa muhatabının kusuruyla hataya düşene

⁶⁸¹ Bir olayda, hem hilenin, hem de ayıplı ifanın söz konusu olması mümkündür. Bu konu, üçüncü bölümde, sözleşmenin iptal edilmiş olup olmamasına göre değerlendirilecektir.

⁶⁸² YILDIRIM, s. 126. Ayrıca dipnot 566'da yollama yapılan yazarlar.

⁶⁸³ Gereği gibi olmayan ifa/ayıplı ifa (BK m. 96 vd.) ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasındaki ilişki, üçüncü bölümde değerlendirilecektir.

iptal hakkından başka, tazminat hakkı tanımış değildir. Fakat bu hal bir culpa in contrahendo teşkil edeceğinden, iptal dışında tazminat da talep edilebileceği kabul edilmektedir⁶⁸⁴.

Zikir ve vaadin zımni olması haline gelince, esas itibariyle açık olması durumundaki ihtimaller, yani ayıba karşı tekeffülün maddi şartları yanında, hata ve hile hükümlerinin de gerçekleşebilmesi ihtimalleri, yine geçerli olacaktır. Zımni vaad, satıcının, sözleşmenin görüşülmesi sürecinde, tüketicin, bir mala atfettiğini anladığı veya anlaması gerektiği veya tüketicinin aradığı ve bunu ifade ettiği bir vasfın olmadığını açıklamaması halinde söz konusu olabilir. Bundan başka, tersi durumda da, yani tüketicinin bir malda olmadığına ilişkin kanaatini ifade ettiği veya bunu aradığını açıkça söylediği halde, satıcının aksi durumu açıklamaması durumunda da zımni vaad gerçekleşebilir. Bu çerçevede, örneğin tüketici, kırmızı renge yakın kolyeyi işaret ediyor ve renginin 22 ayar olmasından ileri geldiğine ilişkin bir tahminde bulunuyorsa – kırmızı renkli kolye 22 ayar değil mi gibi bir soru tevcih ediyorsa – veya doğrudan 22 ayar altından bir kolye almak istediğini ifade ediyorsa⁶⁸⁵, buna karşılık satıcı susuyorsa, zımnen kolyenin 22 ayar olduğunu zikir ve vaad etmektedir⁶⁸⁶. Satıcı, kolyenin istenilen ayarda olmadığını bildiği halde susuyorsa, hile hükümleri – muhatabı sözleşme yapmaya sevk etme kastı mevcutsa – söz konusu olur. Bilmiyorsa ve/veya bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa fakat susuyorsa, açık vaadde olduğu gibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri bakidir. Bundan başka, yine hata hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi de, kural olarak, imkân dâhilindedir⁶⁸⁷.

Lüzumlu vasıflarda ayıp ve aydınlatma yükümü ilişkisine gelince, bu bağlamda zikir ve vaad edilen hususlarda ayıptan farklı olarak, bizatihi ayıp kavramının bir ölçüde daha geniş değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, zikir ve vaadde veya nitelik vaadinde, şimdi değerlendireceğimiz, ayıbın objektif veya

⁶⁸⁴ Bkz. GONZENBACH, s. 228 vd. ve burada yollama yapılan yazarlar. DEMİRCİOĞLU, s. 216.

⁶⁸⁵ Aksi durum için de şöyle bir örnek kurgulanabilir. Örneğin tüketici, işaret ettiği kazağın yüzde yüz yün olduğunu, içinde akrilik olmadığını ifade ediyor ve – içinde akrilik yok değil mi – gibi bir soru soruyorsa, keza yüzde yüz yün kazak aradığını söylüyorsa, buna karşılık satıcı susuyorsa yine zımni vaad olduğu söylenebilir.

⁶⁸⁶ Benzer bir örnekten hareketle, bunun için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 149.

⁶⁸⁷ Muhatabının kusuruyla hataya düşenin tazminat hakkı bu ihtimal bağlamında da söz konusu olabilir.

subjektif görüŖe göre belirlenmesi tartişmalarına girmek gerekli deęildir⁶⁸⁸. Kural olarak, var veya yok olduğu iddia edilen hususun, yok veya var olması, ayıp için yeterlidir.

Ayıp en basit ifadesiyle *olması gerekenden* bir sapmayı ifade etmektedir. Olması gerekenin ne olduğu, öncelikle tarafların iradelerine göre belirlenir. TKHK'da "... ya da *tahsis ve kullanım amacı* bakımından değerini veya *tüketicinin ondan beklediği* faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler ..." ile ifade edilen, kanaatimizce, tarafların, özellikle de tüketicinin malın olmasını istediği durumu anlamına gelmektedir. Malın ne amaçla kullanılacağı öncelikle tarafların iradelerine göre belirlenir⁶⁸⁹. Bu durum, Borçlar Kanununda, "... maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya *maksut olan menfaatini* izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan..." Ŗeklinde ifade edilmiştir. Tüketici yasası, daha açıklayıcı, daha somut bir düzenlemedir. Bu noktada söz konusu olan, ayıbın subjektif görüş çerçevesinde belirlenmesidir⁶⁹⁰. Ayıbın subjektif olarak belirlenmesi ile aydınlatma yükümü ilişkisine gelince, her Ŗeyden önce, tüketicinin satın almak istediği bir maldan sağlamayı arzu ettiği belli bir amaç söz konusu ise, bunu satıcıya bildirmesi gereklidir. Satıcıya herhangi bir açıklamada bulunmaksızın satılanı özel bir kullanım amacı için satın alan alıcının bu kullanıma uygun düşmeyen nitelikler sebebiyle satıcıyı sorumlu tutabilmesi söz konusu deęildir⁶⁹¹. Örneğin, perde olarak kullanılmaya daha elverişli olan buldan bezinden koltuk örtüsü yaptırmak amacıyla satın alan alıcı, kumaşın çok çabuk yıpranması durumunda, satıcıya malın ayıplı olduğunu iddia edemez. Ancak ne amaçla satın almak istediğini ifade etmesine rağmen, satıcı malın alıcının amacına uygun olmadığını ifade etmemişse, keza alıcının hal ve davranışlarından malı ne amaçla satın almak istediğini anlaması beklenebiliyorsa, fakat gerekli açıklamayı

⁶⁸⁸ YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 70-71.

⁶⁸⁹ TANDOğAN, s. 167.

⁶⁹⁰ Bu konuda parça ve cins borcu ayrımı da dikkate alınarak yapılan geniş bir değerlendirme için bkz. YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, 67 vd. Somut ayıp kuramı terminolojisi ile bkz. SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme (Dönme), İstanbul, 1975, s. 310, dipnot 122 ve ÖZEL, Yapımcı, s. 784, dipnot 34.

⁶⁹¹ YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 72.

yapmamış, alıcı/tüketiciyi aydınlatmamışsa, işte bu halde aydınlatma yükümünün ihlali söz konusu olur⁶⁹².

Satıcı ve tüketici/alıcı arasında mala ilişkin böyle bir belirleme/ belli bir amaca tahsis etme durumu söz konusu olmamışsa, bu halde satım konusunun nesnel anlamda olması gereken özellikleri dikkate alınır. Bu halden, sapma durumu da ayıp anlamına gelir⁶⁹³. Yani, ayıp öncelikle subjektif görüş çerçevesinde, bu yönde bir belirleme söz konusu değilse, objektif görüş çerçevesinde tespit edilir. Ayıbın objektif görüş bağlamında değerlendirilmesinde, TKHK teknik düzenleme ve standart, niteliği etkileyen nicelik ölçütlerine yer vermiştir. Esas itibarıyla, tahsis ve kullanım amacı bu bakımdan da dikkate alınır. Zira bir maldan tüketicinin faydalanma amacının dışında, genel olarak o maldan ne şekilde faydalanılacağı da nesnel bir ölçüttür. Su ısıtıcısından su ısıtması, buzdolabından soğutması, otomobilden yürümesi beklenir⁶⁹⁴. Bu konunun aydınlatma yükümüyle olan ilişkisine gelince, öncelikle bu durumda bir zikir ve vaad mevcut değildir. Öte yandan, tüketici ile satıcı arasında belirlenmiş, bu bağlamda görüşülmüş bir tahsis/kullanım amacı da söz konusu değildir. Hal böyle olunca, subjektif anlamda ayıplı malda olduğu gibi, özellikle bu noktaya ilişkin, tabii aydınlatma yükümü bağlamında, bir örnek verebilmek daha zordur. Ancak gerek ayıba karşı tekeffül, gerekse irade sakatlıklarına ilişkin açıklamalar ve ihtimaller, kural olarak bu durum için de geçerlidir⁶⁹⁵.

⁶⁹² Bkz. YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 72. Çeşitli örnekler için bkz. GIGER, Ber.Kom., Art. 197, s. 369-370, N. 74.

⁶⁹³ WAHRENBURGER, s. 119 ; GIGER, Ber.Kom., Art. 197, s. 362, N. 52 ; KELLER/SIEHR, s. 73 ; YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 71-73.

⁶⁹⁴ Başkaca örnekler ve kullanım amacına ilişkin nesnel ölçütler için bkz. TANDOĞAN, s. 167-168.

⁶⁹⁵ Buzdolabı satın almak isteyen tüketiciye arızalı olduğu için iade edilmiş buzdolabını bile isteye satan satıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri saklı kalmak kaydıyla, hile hükümleri çerçevesinde sorumludur. Hile kastının gerçekleşmediği halde, maldan beklenen yararın – soğutma – gerçekleşmemesi nedeniyle, esaslı hata hükümlerine göre sözleşmenin iptali ve hataya düşmesinde satıcının kusurlu olması halinde, iptal dışında tazminat talep etme ihtimalleri ayıbın nesnel görüşe göre belirlenmesinde de geçerlidir.

bb) Tüketicinin Ayıbı Bilmesi Bağlamında

TKHK m. 4/5, tüketicinin ayıplı olduğunu bilerek satın aldığı mallar için, kural olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmayacağını amirdir. Bu kuralın istisnası, ayıplı malın sebep olduğu zararlardır. Esasen, bu halde söz konusu olan da, ayıp sorumluluğu değil, hatalı üründen mütevellit üretici sorumluluğudur.

Bilgilendirme, tüketicin korunması için öngörülen yöntemlerden biridir. Bilgi sayesinde, tüketicinin sözleşme yapıp yapmama ve/veya sözleşmenin koşullarını belirleme hususundaki kararının sağlıklı olması sağlanır. Bu da temelde türecinin bilgi eksikliğinin olmasını, dolayısıyla aydınlatılma ihtiyacı içinde olmasını gerektirir. Buna karşılık, ayıp bağlamında, tüketici maldaki ayıba vakıfsa, bilgi eksikliği içinde olduğun söylemek kural olarak mümkün değildir. Bu halde, aydınlatma yükümü de yoktur. Yani, ayıba vakıf olmak, aydınlatma yükümünü ortadan kaldırmaktadır.

TKHK, ayıbı bilmeyi esas alırken, BK alıcının bildiği veya bilmesi lazım gelen ayıpları esas almıştır. TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler geçerli olduğu için, BK m. 197 tüketici satımları için de geçerlidir. Buna göre, satıcı, alıcının satım zamanında bildiği veya olağan yoklama ile bilebileceği ayıplardan kural olarak sorumlu değildir. Bununla birlikte, ikinci halde de, satıcı ayrıca tekeffül etmişse sorumluluktan kurtulamayacaktır⁶⁹⁶. Alıcının/ tüketicinin bilmesinin gerekmesi hususu değerlendirilirken, kendisinin teknik bilgi ve yeteneği, ayıbın niteliği, satım konusunun nitelik ve özelliklerinin gözetilmesi gereklidir⁶⁹⁷. Öte yandan, hemen belirtelim ki, bu hükmün, hem zikir ve vaad edilen hususlarda, hem de lüzumlu vasıflarda eksiklik olması halinde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁹⁸. Ayıbı bilerek veya bilmesi gerekerek satın alma, hem lüzumlu vasıflar hem de zikir ve vaad edilen vasıflar bakımından, alıcının yasadan doğan haklarını kaybetmesi sonucunu doğurur⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 116-117.

⁶⁹⁷ YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 82 vd. Bu konuda ayrıca bkz. WAHRENBARGER, s. 123.

⁶⁹⁸ YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 81.

⁶⁹⁹ WAHRENBARGER, s. 123.

cc) Sorumluluğu kaldıran kayıtlar bağlamında

Borçlar Kanunu m. 196'ya göre, satıcı, satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise satımda tekeffül hükmünü ıskat veya tahdit eden her şart batıldır. Öte yandan, m. 200'ye göre, alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamaz. Bu maddelerde yer alan farklı adlandırmalara rağmen, hükümler içerik itibariyle aynıdır⁷⁰⁰. Fakat, BK m. 200'ün uygulanabilmesi için, hilenin alıcının satılanı muayene ve ayıpları ihbar etmemesine sebep olması yeterlidir, bir başka deyişle, hilenin muhatabını sözleşme yapmaya sevk etme amacı – bu bağlamda BK. m. 28'in tüm koşulları – aranmaz⁷⁰¹.

Hilenin koşulları, ana hatlarıyla çalışmanın ilk bölümünde değerlendirilmişti. Görece daha ayrıntılı olarak, üçüncü bölümde de yer alacaktır. Tekrara sebep olmamak için, bu hususta, belirtmek istediğimiz bir husus şudur. Pasif hile davranışı, yani susma ile hilenin söz konusu olması için, dürüstlük kuralı bilgi vermeyi gerektirmelidir. Bu hal de, aydınlatma yükümünün varlığına ihtiyaç gösterir. İhlal edilmesi de pasif hile davranışı/susma ile hile yapılmasına neden olur.

BK m. 196, esas itibariyle hile kastını aramaktadır. Bununla birlikte, öğretide, satıcının ağır kusurlu olması halinde de tekeffül koşulunun ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir. Şöyle ki, öncelikle bir hususu hileyle gizleyebilmek için kişinin kendinin o hususa vakıf olması gerekir. Satıcı, ancak bildiğini hile ile gizleyebilir. Buna karşılık, satıcının bilgisizliği ağır kusurundan ileri geliyorsa, sonuçta bilmemekle birlikte, tekeffül koşulunu sınırlandıran bir kayıt kabul ediliyorsa, bu kayıt geçerliliğini koruyacak mıdır? Bu ihtimalde, hile kastı, dolayısıyla da hile yoktur. Fakat, örneğin, satıcı kimyasal maddelerin yanına koyduğu ve bozulmasına sebep olduğu hayvan yemlerini satıp alıcının hayvanlarının zehirlenmesine sebep olursa veya en basit kontrolden geçirmeden sattığı bisikletin frenleri patlar ve alıcı yaralanırsa, özetle ayıbı bilmemekte ağır kusurlu olursa, tekeffül sorumluluğunu

⁷⁰⁰ YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 99 ve s. 125; YILDIRIM, s. 63 vd ; HONSELL, Bas.Kom., Art. 199, s. 1159, N. 7, Art. 203, s. 1168-1169, N.1.

⁷⁰¹ YAVUZ, Ayıp sorumluluğu, s. 125 ; HONSELL, Bas.Kom., Art. 199, s. 1159, N. 7, Art. 203, s. 1168-1169, N. 1. BK m. 196'ya ilişkin olarak bkz. TANDOğAN, s. 176.

kaldıran kayıtların geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda, BK 196, BK m. 99'un gerçek anlamda bir istisnası olmamaktadır⁷⁰². (Verilen örneklerde uğranılan zararlar dolaylı zarar)

Bu başlık altında değerlendireceğimiz son husus zamanaşımıdır. TKHK m. 4/4'e göre, aylı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıldır. Ayıplı malın sebep olduğu zararlar için üç yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür, esas itibariyle bu hatalı üründen dolayı üreticinin sorumluluğuna ilişkin getirilmiş zamanaşımı süresidir⁷⁰³. Satılan malın ayıbı, tüketiciden hile veya ağır kusur ile gizlenmişse, BK m. 207/3'ün aksine, zamanaşımı süresi söz konusu olmayacaktır. BK m. 207/3, bu durum için bir yıllık (BK m. 207/1'de öngörülen ayıp zamanaşımı süresi) zamanaşımının geçerli olmayacağını ifade etmiştir. Bu halde, on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olur (BK m. 125). Aynı kural, her ne kadar TKHK zamanaşımı süresinin söz konusu olmayacağını söylese de, bu kanun çerçevesindeki ayıp sorumluluğu için de geçerli olmalıdır⁷⁰⁴.

2. SATIŞTAN KAÇINMAYA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

TKHK m. 5/1'e göre, “ Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınmaz”.

Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, bu bağlamda bizim hukukumuzda da geçerli olan ilke “Sözleşme Özgürlüğü İlkesi”dir. Sözleşme özgürlüğünün, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme gibi bir dizi tezahürü mevcuttur⁷⁰⁵. Anılan madde, satıcının yasanın öngördüğü açıklamayı yapmaması halinde, yani malın üzerine numunedir veya satılık değildir ibaresi koymaması halinde, sözleşme

⁷⁰² YAVUZ, Ayıp Sorumluluğu, s. 99-101. Verilen örnekler ve bu konuda geniş bilgi için bkz. AKMAN, S., Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 5 vd. ve s. 106. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 176.

⁷⁰³ Bu konuda bkz. HAVUTÇU, Üretici, s. 133 vd.

⁷⁰⁴ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 148. Bkz. 13. HD, 10673 E., 13269 K., 10.12.2002 T., ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 1068-1069.

⁷⁰⁵ Bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 150 vd.

yapıp yapmama ve sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır. Örneğin, bir butiğin vitrininde teşhir edilen mantonun üzerinde “örnektir” veya “satılık değildir” gibi bir ibare bulunmuyorsa, bunu satın almak isteyen tüketiciye, satıcı, mantonun hali hazırda satılmış olduğunu, satılık olmadığını, sadece teşhir için konulduğunu söyleyip malı satmaktan kaçınamaz. Bu durum, tüketicinin malı istediği koşullarda (fiyat, sözleşme türü – peşin/ taksitli) satın alabileceği anlamına gelmez. Ancak satıcı da, mal için öngördüğü fiyatı, kendi talep ettiği biçimde ödemeye hazır olan tüketiciye malı satmaktan kaçınamaz. Satımdan kaçınabilmesi için, “numunedir” veya “satılık değildir” gibi bir ibarenin malın üzerinde yer alması gerekmektedir. Yasa, sadece “numunedir” ve “satılık değildir” ibarelerine yer vermiştir; ancak “teşhir içindir”, “müşteri malıdır”, “satılmıştır” gibi aynı anlama gelen ibarelerin konulmasının da satıcıyı satma zorunluluğundan kurtaracağını kabul etmek gerekir⁷⁰⁶.

Anılan düzenlemede, bir aydınlatma yükümü olduğunu, yükümün yerine getirilmemesine bağlanan yaptırımdan anlamak mümkündür. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, aydınlatma yükümü bağlamında, yasanın ihlaline, yani bilgi vermemeye, bir biçimde sonuç bağladığı (geçersizlik, bağlayıcı olmama, tazminat gibi) her normu incelemeye değer görüyoruz. Bu noktada, satıcı, teşhir ettiği ürünü satmak niyetinde değilse, tüketiciyi yasanın öngördüğü şekilde bilgilendirmek zorundadır. Bunu yapmaksızın, alıma niyetli tüketiciye malın satılık olmadığını söyleyip satmaktan kaçınma hakkı kendisine verilmemiştir⁷⁰⁷.

TKHK, bu düzenleme ile Borçlar Kanunundaki düzenlemeden ayrılmıştır. Şöyle ki, BK m. 7/3’e göre, “Semeninin göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur”. Yukarıdaki örnek, üzerinden gidersek, mantonun üzerinde fiyatı da yer alıyorsa, bu kural olarak satıcının umuma yönelik icap beyanı olarak kabul edilir. Ancak, üzerinde “satılmış” veya “teşhir içindir” gibi bir ibare mevcutsa, fiyat

⁷⁰⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 152.

⁷⁰⁷ Bu maddenin gerekçesinde, söz konusu hükmün getirilme sebebi şöyle açıklanmıştır. “Tüketicilerin vitrinde sergilenen bir malın cazibesine kapılarak mağaza ya da dükkana girdikleri, ancak söz konusu malın satılık olmadığı şeklinde cevaplar aldıkları bilinen bir gerçektir. Satıcının teşhir ettiği malların satışından kaçınamayacağı hükmüyle bu sorunun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Satıcı, stoğunda bulunmayan malı teşhir etmek istiyorsa, üzerine “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresini koymakla zorunlu tutulmuştur.”

gösterilse bile icap sayılmaz, keza Borçlar Kanunu çerçevesinde fiyat konulmaksızın mal sergilemek de icap değildir⁷⁰⁸. TKHK ise, fiyat gösterme zorunluluğu getirmeden, sadece mal teşhirini icap olarak kabul etmiştir⁷⁰⁹.

3. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Haksız Şart, Genel İşlem Şartı, Standart Sözleşme Kavramları

TKHK m. 6 “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. *Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.*” hükmünü içermektedir. Bundan başka, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” de yürürlüktedir⁷¹⁰.

Haksız şartı açıklamak ve anılan düzenlemede bir aydınlatma yükümü olup olmadığını anlamak için genel işlem şartı ve standart sözleşme kavramlarını da kısaca değerlendirmek gerekmektedir. Esasen bu konuya çok kısa olarak ilk bölümde

⁷⁰⁸ EREN, s. 222-223.

⁷⁰⁹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 152. Öte yandan, yasa malların üzerinde fiyatı da gösteren etiket koyma zorunluluğunu getirmiştir. Ancak ne yasada (TKHK m. 12) ne de yasaya dayanarak çıkarılan yönetmelikte (Etiket, Tarife ve Fiyat Listeleri Yönetmeliği) vitrine konulan mallar için etiket koyma zorunluluğu özel olarak düzenlenmemiştir. Daha doğru bir ifadeyle, bunlara etiket konsa bile, vitrinin dışından bakıldığında kolayca görünebilecek şekilde etiket koyma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, genellikle vitrinde sergilen mallara fiyatı da görünecek şekilde etiket konsa bile, bu zorunlu değildir.

⁷¹⁰ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, 13.06.2003 T. ve 25137 S. RG. Bu yönetmelik, tüketici sözleşmelerindeki kötüye kullanılabilir şartlara ilişkin Avrupa Konseyi direktifine paraleldir. Direktif için bkz. RL 93/13/EWG, Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Türkçe metin için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 223 vd. Bu direktifin kapsamına ilişkin olarak ayrıca bkz. BAIER, K., Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Hamburg, 2004, s. 1 vd. Türk Hukukunda haksız şartlara ilişkin geniş bilgi için bkz. ÇINAR, Ö., Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, 2009, s. 32 vd.

de yer verilmişti, ancak o bölümde aydınlatma yükümlerinin sınıflandırılması çerçevesinde yer almıştı.

Genel İşlem Şartları, çok sayıda hukuki ilişkinin temelini oluşturmak üzere önceden hazırlanan ve sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin dayandığı, muhatabın sözleşmenin içeriğine etki etme imkanının bulunmadığı sözleşme şartlarını ifade eder. Standart sözleşmeler de, içeriğini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının oluşturduğu, bireysel sözleşmelerin karşısı olarak karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu kurulmayan sözleşmelerdir⁷¹¹.

Haksız şarta gelince, esas itibariyle, haksız şart da genel işlem şartı gibi, muhatapla müzakere edilmeksizin, tek yanlı olarak sözleşmeye konulmaktadır. Bununla birlikte, her haksız şart aynı zamanda bir giş olmak zorunda değildir. Farklılık, haksız şartın, gişten farklı olarak, mutlak suretle çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olmasının gerekmemesidir. Eş deyişle, satıcı/sağlayıcı, bir tek tüketici için de önceden sözleşme koşulları düzenler ve bunların müzakere edilmesi de söz konusu olmazsa haksız şart olabilir. Ancak, yasa, standart sözleşmelerde yer alan kayıtların tüketiciyle müzakere edilmediğini – bireysel sözleşmelerin aksine – bir karine olarak kabul etmiştir. Yoksa, bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartlarla, standart sözleşmelerde yer alan haksız şartlar arasında nitelik itibariyle bir fark söz konusu değildir⁷¹². Bundan başka, önceden hazırlanmış ve müzakere edilmemiş her koşul da bila istisna haksız şart değildir. Böyle bir koşulun haksız şart olabilmesi için, *tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması* gerekir. Bu da içerik denetimiyle tespit edilir. Aynı şekilde, bir giş söz konusu ise, yani birden çok sözleşmede kullanılmak için, önceden hazırlanmış ve müzakere edilmemiş sözleşme koşulları mevcutsa ve bu giş içerik itibariyle de hakkaniyete aykırı ise, aynı zamanda bir haksız şarttır⁷¹³.

⁷¹¹ HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 12 – 13. Ayrıca dipnot 19 ve dipnot 24’de yollama yapılan yazarlar.

⁷¹² ÇINAR, s. 47.

⁷¹³ Genel işlem şartları ve haksız şartlara ilişkin geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 12 vd. ; ÇINAR, s. 50 vd. ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 156 vd. KOCH, R., BÜLOW, P./ARTZ,

b. Haksız Şartın Geçerlik Denetimi Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümü

İlk olarak belirtmek gerekir ki, önceden hazırlanmış bir sözleşme koşulunun haksız şart olarak nitelendirilmesi için, geçerli biçimde sözleşmeyle ilişkilendirilmiş olması gereklidir. Deyim yerindeyse, haksız şart olmadan önce, bir şart olarak sözleşmede yer alabilmesi gerekir. Ancak geçerli biçimde sözleşmeyle ilişkilendirilmiş koşullar, içerik denetime tabi olur ve haksız şart olup olmadığı belirlenir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü ve haksız şarta ilişkin düzenlemede böyle bir yüküm olup olmadığının tespiti geçerlik denetimi ile ilintilidir. Bu nedenle, aydınlatma yükümü bağlamında, sadece geçerlik denetimi incelenecektir. Öte yandan, bu incelemeyi gişlerin geçerlik denetimi çerçevesinde, Alman hukukuyla karşılaştırmak suretiyle yapacağız. Geçerlik konusunda söylenecek hususlar, önceden düzenlenmiş olup da birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmamış – yani giş olmayan – sözleşme koşulları için de geçerlidir⁷¹⁴.

Alman hukukunda, tüketicinin satıcı/sağlayıcının genel işlem koşullarını kabul etmesi, bunların geçerli biçimde sözleşmeye dâhil olabilmesi için yeterli değildir. İrade özgürlüğünün ve tüketicinin korunması için, § 305/II, 1 ve 2. maddelerdeki koşulların yerine getirilmesi aranmaktadır⁷¹⁵. 305/II, 1'e göre, genel işlem şartının sözleşmeye alınabilmesi için, muhatabın açıkça uyarılması veya sözleşmenin yapılma tarzı gereği, bu uyarının yapılması çok güç koşullar altında mümkün oluyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir şekilde ilan suretiyle uyarılması ile mümkündür⁷¹⁶. Görüldüğü gibi, burada yasanın açıkça

M., Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heidelberg, 2005, s. 441 vd. ; BRUNNER, A., Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel, 2008, s. 113 vd.

⁷¹⁴ Belirtmek gerekir ki, Alman Medeni Kanununun gişlere ilişkin bazı hükümleri, tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda, tek bir kullanım için hazırlanmış sözleşme koşulları için de geçerlidir. Bkz. BGB § 310/III/2. Öte yandan tüketici sözleşmelerindeki kötüye kullanılabilir şartlara ilişkin Avrupa Konseyi direktifi de, tüketici işlemlerinde önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarında, çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlanma koşulunu aramamaktadır. Bizim haksız şartlara ilişkin yönetmeliğimiz de bu direktife paraleldir. Bkz. KOCH, BÜLOW/ARTZ, s. 444, N. 2 ve s. 452 vd., N. 28 vd. Direktif için bkz. RL 93/13/EWG, Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Türkçe metin için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 223 vd.

⁷¹⁵ KOCH, BÜLOW/ARTZ, s. 457, N. 44.

⁷¹⁶ Gişlerin asılarak ilan edilmesi halinde, alışıl gelmiş sözleşme görüşmelerinden farklı bir durum mevcuttur. Kural olarak sözleşme görüşmesi dediğimiz süreç, niyetlenen sözleşmeye ilişkin olarak

düzenlemeye kavuşturduğu bir aydınlatma yükümü söz konudur⁷¹⁷. Bu düzenleme sayesinde, kullanıcı, muhatabının – kendisinin işaret etmediği – genel işlem şartlarını bilmek zorunda olduğunu iddia edemez⁷¹⁸. Bundan başka, muhatabın, kendisinden beklenebilir şekilde – bu bağlamda kullanıcının muhatabının fark edilebilir bedensel engelini de dikkate aldığı bir biçimde – , gişlerin içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi imkânının tanınması ve muhatabın gişlerin sözleşmeye alınmasını ve geçerli olmasını kabul etmesi gerekir. Bu koşullar gerçekleştiği halde, gişler sözleşmenin bir parçası haline gelirler. Muhatabın kabulü açık (tam veya global kabul) olabileceği gibi, örtülü de olabilir⁷¹⁹. Bundan başka, § 305c'ye göre, anılan yükümlere riayet edilip geçerli şekilde ilişkilendirilen koşullar da, beklenmeyen – alışılmamış olmaları halinde sözleşmenin içeriğine dâhil olamazlar⁷²⁰. Bu safhaya kadarki süreç, esas itibariyle, gişlerin bağlayıcılık denetiminin kapsamındadır. Bundan sonraki aşamada ise, geçerli biçimde ilişkilendirilmiş gişlerin içerik olarak hakkaniyete uygun olup olmadıklarının denetlenmesi söz konusudur. Şayet giş, içerik itibariyle hakkaniyete aykırı ise, geçersizdir (§ 307/1)⁷²¹.

görüşme yapmakla başlar. Ancak bu halde, karşılıklı bir görüşme olmaksızın, niyetlenen sözleşmeye ilişkin bur koşulun bir yanca yazılı olarak ilanı söz konusudur.

⁷¹⁷ WERRES, s. 6 ; EMMERICH, s. 1470, § 311, N. 116 ; HEINRICHS, § 305, s. 402-403, N. 29-36. SCHWARZE bilgi verme yükümlerine ilişkin tezinde, külfet – yükümlülük ayırımına değinmeksizin, gişlere ilişkin bilgi verme yükümlerinin çoğunlukla külfet – ihlali gişlerin veya münferit hükmün geçersizliğine sebep olan – olarak düzenlendiğini ifade etmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla yaptırımdan hareketle bunun külfet olduğunu düşünmektedir. Ancak bu yükümlün ihlali, diğer bütün koşullar da gerçekleşmiş olmak kaydıyla culpa in contrahendo teşkil edebilir. Bkz. NICKEL, s. 124-125; EMMERICH, s. 1470, § 311, N. 116. Ayrıca bkz. BGH NJW 1984, s. 2816, NJW RR 1996, s. 1054-1055. Bundan başka, BASEDOW, öncelikle, herhangi bir nitelendirme yapmadan giş kullanıcısının işaret etme gereğinden bahsetmiş, daha sonra girişimciler arasındaki sözleşmelere ilişkin açıklamalarında, bu maddenin yüklediği külfetleri ifade etmiştir. Bkz. BASEDOW, J., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2007, § 305, s. 1056 vd., N. 54 vd. ve s. 1068, N. 91. KOCH ise, gişin varlığına yollama yapmayı işaret etme yükümü (Hinweispflicht ; ki bu terim aydınlatma yükümüne karşılık gelecek şekilde de kullanılmaktadır) olarak ifade etmiş, gişler hakkında bilgi sahibi olma imkânı verme zorunluluğunu ise külfet (Kenntnisverschaffungsobliegenheit) olarak nitelendirmiştir. Bkz. KOCH, BÜLOW/ARTZ, s. 458, N. 46 ve s. 460-461, N. 51. İsviçre hukukunda KOLLER, anılan düzenlemede bir külfetin söz konusu olduğu düşüncesindedir. Bkz. KOLLER, s. 379, N. 25. Karş. LAUER, s. 64 – 67 ; WAHRENBERGER, s. 50 vd. Türk hukukunda ise HAVUTÇU, BGB § 305'in giş kullanan tarafa, muhatabının bunların varlığından haberdar olması ve okumasa bile bu şartları öğrenmesi için gereken ortamı sağlama konusunda külfet getirdiğini ifade etmektedir. Bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 107.

⁷¹⁸ WERRES, s. 6. Genel işlem şartlarına örtülü yollama yapma Alman hukuku bakımından kural olarak mümkün değildir. Bkz. HAVUTÇU, s. 119.

⁷¹⁹ Kabule ve kabul türlerine ilişkin geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s.109 vd. ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 99 vd.

⁷²⁰ Bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s.132 vd. ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 108 vd.

⁷²¹ İçerik denetimine ilişkin geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s.153 vd. ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 143 vd.

Bizim hukukumuzda, belirtildiği üzere, genel işlem şartlarına ilişkin özel hükümler söz konusu değildir⁷²². Haksız şartlara ilişkin düzenlemede de, Alman hukukunda olduğu gibi, koşulun sözleşme koşulu haline gelebilmesi, geçerlik kazanabilmesi için aranan koşula işaret etme şartı söz konusu değildir⁷²³. Yine de, kanaatimizce, bu anılan hususta bir aydınlatma yükümü olmadığı anlamına gelmemektedir. Sadece yasanın açıkça düzenlediği bir aydınlatma yükümü yoktur. Bu noktada da, bir aydınlatma yükümünün varlığına sonuçtan hareketle ulaşmak durumundayız. Zira, şimdi açıklayacağımız üzere, tüketicinin önceden hazırlanmış sözleşme koşulundan haberdar edilmemiş olması, koşulun geçersizliği sonucunu doğurabilir.

Öncelikle, BK m. 1 çerçevesinde gişlerin sözleşme içeriğine dâhil olabilmesi için, muhatabın bunların varlığından haberdar olması ve içeriği bilmese bile bunları kabul etmiş olması gerekir. Bir başka deyişle, BGB § 305/II/ 1’de ifade edilen işaret etme/ aydınlatma / yollama yapma zorunluluğu, bunların sözleşmenin bir parçası haline gelmesi için, İsviçre – Türk hukuku bakımından da, zorunludur⁷²⁴. Öte yandan, içeriğini bilmese veya öğrenmeyi kendisi ihmal etse bile, kendisine bunları öğrenme imkânının tanınmış olması gereklidir⁷²⁵. İçeriğini bilmekten öte, okuma şansı bile olmadığı koşulları kabul etse de, bunların güven kuramı bağlamında sözleşmenin içeriği haline geldiğini söylemek mümkün değildir. Kendisine bu olanak tanındığı halde, gerekli özeni gösterip okumuyor veya bunlarla hiç ilgilenmiyor ve kabul ediyorsa, artık güven kuramına göre kabul iradesinin gişleri de kapsadığı kabul edilecektir⁷²⁶. Bundan başka, yukarıda ifade edildiği üzere, ilişkilendirme

⁷²² Borçlar Kanunu Tasarında yer verilmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısının 21. maddesine göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme olasılığı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem şartları yazılmamış sayılır. *Yazılmamış sayılma* kavramının eleştirisi için bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 83, dipnot 13.

⁷²³ İsviçre hukuku bakımından da böyle bir hüküm söz konusu değildir. Ancak Borçlar Kanununda revizyon için hazırlanan tasarıda bu yönde bir hüküm mevcuttur. Bkz. BRUNNER, s. 165-166.

⁷²⁴ HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 113; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 83.

⁷²⁵ HARTMANN, s. 83-84, N. 194-195.

⁷²⁶ HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 112-118 ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 81 vd. Klasik sözleşme kuramına göre, muhataba gişlerin içeriğini öğrenme imkânı verilmez ve buna rağmen muhatap adeta beyaza imza atar gibi bunları kabul ederse, bunlarla bağlı sayılacaktır. Ancak İsviçre öğretisi, uzun yıllardır, Alman yarasını örnek alarak, muhataba öğrenme imkânı verilmesi gerektiğini

anlaşmasına rağmen bazı koşulların alışılmadık – şaşırtıcı olması nedeniyle bağlayıcı olmaması, İsviçre – Türk hukuku bakımından da kabul gören bir ilkedir⁷²⁷.

Genel İşlem Şartları hususunda, bunları kullananın bilgi verme yükümünü yerine getirmemesinin yaptırımını, bunların sözleşmenin içeriğine dâhil olmamasıdır. Elbette ki, sadece bilgi vermek, muhatap tarafından kabul edilmedikçe, sözleşme içeriğine dâhil olacağı anlamına gelmez. Bilgi verme yükümünün ihlali, koşullara işaret etmeme ve/veya bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı tanımama yoluyla gerçekleşebilir. Alışılmadık – şaşırtıcı şartlar için de yaptırım sözleşmeye dâhil olmama ise de, bu noktada incelenen husus, somut olayda aydınlatma yükümü olup olmadığı değildir.

Haksız şart çerçevesinde de, belirtildiği üzere, incelenmesi gereken ilk nokta koşulların sözleşme içeriği haline gelip gelmediğidir. Haksız şart – aydınlatma yükümü ilişkisi de ancak bu çerçevede mevcuttur. Bundan başka, yukarıda anlatılan geçerlik/ bağlayıcılık denetimi aynı şekilde söz konusudur. Zira ne TKHK’da ne de Haksız Şartlar Yönetmeliğinde münferit bir hüküm vardır. *Yasa ve yönetmelik içerik denetimi getirmiştir*. Hâkim, satıcı/sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu koşulları, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığına göre değerlendirecek ve bu durum söz konusu ise koşulun haksız koşul olduğuna hükmedecektir. Yaptırım butlan olarak belirlenmiştir⁷²⁸. Fakat bu, içerik denetiminin sonucudur. Geçerlik denetiminin sonucu ise, sözleşmenin içeriğine dahil olmamadır. Bu ve buna bağlı olarak söz

kabul etmektedir. Bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 83 ve dipnot 14’de yollama yapılan yazarlar. Keza bu yöndeki Federal Mahkeme kararları için s. 84, dipnot 16.

⁷²⁷ Geniş bilgi ve uygulamanın bu konuda geliştirdiği ilkeler ve mahkeme kararları için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 133 vd. ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 108 vd. ; HARTMANN, s. 84, N. 196. Bu bağlamda, yargı yerine ilişkin uygulama artık yasal düzenlemeye de kavuşmuştur. Bu ve başka örnekler için bkz. HARTMANN, s. 16 – 18, N. 32-35. Yargıtay’ın alışılmamış şartla tüketiciyi bağlı tutmadığı bir kararı için bkz. 13. HD, 1996/1734 E., 1996/2495 K., 18.03.1996 T., YKD 1996, C. 22, S. 5, s. 746 vd. Kararın tahlili için bkz. HAVUTÇU, A., Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi – Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, İzBD, Ekim 1998, S. 4, s. 23 vd. Ayrıca Borçlar Kanunu Tasarısının 21/2. maddesinde de “ Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” hükmüne yer verilmiştir.

⁷²⁸ Bu denetime ilişkin olarak bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 164 vd.

konusu olabilecek sonuçlar, üçüncü bölümde aydınlatma yükümünün ihlali bağlamında değerlendirilecektir.

Son olarak, TKHK m. 6/6, yazılı yapılmasını öngördüğü bazı sözleşmeler için, yazının on iki punto ve koyu siyah harflerle yazılmasını öngörmüştür. Her ne kadar, gişlerin içerik denetimiyle ilintili ise de, bu husus, “şeffaflık ilkesi”nin (Transparentzgebot) bir sonucudur. Gişlerin açık ve anlaşılabilir olması içerik denetiminde kullanılan ölçütlerden biridir⁷²⁹. Çok küçük puntolarla yazılmış sözleşme koşullarının okunabilir olmaması nedeniyle açık ve anlaşılır da olamaması söz konusudur⁷³⁰. Yasa koyucu, okunabilirliği, dolayısıyla da açık ve anlaşılır olmayı sağlamak için böyle bir düzenleme yapmıştır. Öğretide, yazı karakterinin de belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷³¹. Zira kullanılan yazı karakterine göre, on iki puntunun dahi zor okunabilmesi söz konusu olabilir.

4. TAKSİTLE SATIM SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Genel Olarak Taksitle Satım Sözleşmesi

TKHK m. 6/A, taksitle satımı, “Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türüdür” şeklinde tanımlamıştır. Taksitle satım, esas itibariyle BK m. 222 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Tüketici satımı söz konusu olduğunda da, TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde, TKHK m. 30 gereği, genel hükümler uygulanacaktır.

Taksitle satım sözleşmesi, satıcının alıcıya taşınır bir şeyi satım parasının tamamıyla ödenmesinden önce teslim etme ve alıcının da satım parasını kısmi edimlerle ödeme borcu altına girdiği satım türüdür. Satıcı, malı alıcıya satış parasının ödenmesinden önce devrettiği için, alıcıya aynı zamanda bir mal kredisi temin

⁷²⁹ Bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 176-177.

⁷³⁰ ÇINAR, s. 164.

⁷³¹ ÇINAR, s. 164.

etmektedir. Alıcı bakımından da, kredilendirilmiş para edimi taksitler halinde ödenmektedir⁷³².

Taksitle satım sözleşmesindeki taksitlerin eşit olması şart olmadığı gibi, taksitler arasındaki sürelerin de eşit olması şart değildir. Taksitlerin sayısı da sınırlandırılmamıştır, ancak en az iki olmak gerekir. TKHK’da malın tesliminin veya hizmetin ifasının, sözleşmenin düzenlendiği anda yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Malın teslimi veya hizmetin ifası, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra yerine getiriliyorsa ve bedel taksitler halinde ödeniyorsa, bir başka deyişle önce satış bedeli ödenip sonra mal/hizmet yerine getiriliyorsa, bu defa taksitle satım değil, ön ödemeli satım söz konusu olur⁷³³.

TKHK m. 6/A/2’ye göre, taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve yasanın belirlediği asgari koşulların bu yazılı sözleşme içinde yer alması zorunludur. Buna karşılık genel hükümlerde (BK m. 222 vd.) sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme yoktur. TKHK’da ifade edilen şekil şartının bir geçerlik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğu tartışmalıdır⁷³⁴. Öte yandan, TKHK m. 6/6’ya göre, “6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerden hareketle, kanaatimizce, şekil konusunu iki kısımda incelemek gerekir. Taksitle satıma ilişkin 6/A maddesi, yazılı yapılması gereken sözleşmede bulunması gereken asgari koşulları belirtmiştir. Bir başka deyişle, yazılı olma koşulu bunların hepsini kapsamaktadır. Bu koşulları, müteakip başlık altında değerlendireceğiz. *Bu noktada, iki ihtimal söz konusudur: Sözleşmenin hiçbir şekilde yazılı yapılmamış olması veya yazılı bir sözleşme yapılmış olmakla birlikte, yasanın bulunmasını emrettiği asgari*

⁷³² OZANOĞLU, Taksitle Satım, s. 44-45. Taksitle satım sözleşmesinin unsurlarına ilişkin geniş bilgi için bkz. OZANOĞLU, s. 45 vd.

⁷³³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 170. Geniş bilgi için bkz. OZANOĞLU, Taksitle Satım, s. 47 vd. Hazırlanan tasarıda, “Taksitli sözleşmeler, malın teslimi veya hizmetin ifasından sonra bedelin taksitler halinde ödendiği sözleşmelerdir” diye tanımlanmıştır. Bunun daha anlaşılır bir ifade olduğu kanaatindeyiz.

⁷³⁴ İspat şekli görüşü için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 177-178. Karş. OZANOĞLU, s. 191-193 ; ASLAN, s. 350 vd.

koşullardan bir veya birkaçının sözleşmede yer almaması. TKHK m. 6/6'ya, göre ikinci ihtimalde, bu eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁷³⁵. Satıcı veya sağlayıcı tarafından tamamlanır. Anılan hüküm haksız şartlara ilişkin düzenlemede mevcuttur. Tek yanlı olarak tamamlanan bu hükümler, haksız şartlar bağlamında, yani 6. maddeye göre denetime tabi olacaktır⁷³⁶. Muhtemelen yasa koyucunun verdiği tamamlama yetkisi de, nihayetinde denetime tabi olacağı düşüncesinden ileri gelmektedir⁷³⁷.

İlk ihtimale gelince, yani taraflar arasında yazılı bir sözleşme hiç yoksa, ZEVKLİLER/AYDOĞDU'ya göre, şekil şartını zaten ispat şekli olarak kabul ettiklerinden, sözleşme geçerlidir. Böylece tüketici, özellikle de malı teslim almışsa, satıcının yazılı bir sözleşme olmadığından bahisle geçersizlik ve malın iadesini talep etmesi söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, yasada açıkça öngörülmemişse, BK m. 11 gereği, şekil ispat şartıdır. Ancak satıcı veya sağlayıcı, yazılı sözleşme yapmamış ve/veya zorunlu bilgilere yer vermemişse idari para cezasına çarptırılmalıdır⁷³⁸. ASLAN da, her ne kadar ispat ve/veya geçerlik şekline ilişkin bir yorum yapmamışsa da, sözleşmeyi geçerli saymaktan yanadır. Somut olayın koşullarına göre, şekil şartının konulmasından beklenen amaçların gerçekleşip gerçekleşmediğine, şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüyü kullanımı teşkil edip etmemesine göre karar verilmelidir⁷³⁹ ⁷⁴⁰. Kanaatimizce, m. 6/6 hükmü olmasaydı, sadece m. 6/A/2 hükmü karşısında, taksitle satım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlik koşulu

⁷³⁵ Yargıtay'ın aksi yönde kararı mevcuttur. Ancak bu düzenleme kararın verildiği tarihte henüz yoktu. Bkz. 13. HD, 9364 E./ 10179 K., 17.11.2000 T., ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 1053-1054. Bu yönde bkz. 13. HD, 11419 E., 19034 K., 28.12.2004 T., KADIOĞLU, s. 311. Sözleşmenin geçerli olduğu görüşü için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 178 ; ASLAN, s. 351.

⁷³⁶ ASLAN, s. 350.

⁷³⁷ Şeklin geçerlik şekli olduğu ve bütün koşulları kapsadığı, uyulmamasının yaptırımının geçersizlik olduğu görüşü için bkz. OZANOĞLU, s. 192 (Ancak tezin yayımlandığı tarihte haksız şartlar düzenlemesi mevcut değildi).

⁷³⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 178. Yazarlar bu hususu değerlendirirken TKHK m. 6/6 hükmüne değinmemişlerdir.

⁷³⁹ ASLAN, s. 351. Benzer şekilde İNCEOĞLU, M., Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1998, s. 19 – 20. Buna karşılık SEROZAN, bu şeklin sağlık şekli mi ispat şekli mi olduğunun belli olmadığını ifade etmektedir. SEROZAN, Tüketici, s. 583.

⁷⁴⁰ Hazırlanan tasarıda, "Taksitli sözleşmenin yazılı olarak kurulmadığı veya yönetmelikte belirlenen zorunlu içeriğe sahip olmadığı hallerde sözleşme batıldır" hükmü getirilmiştir. Gereğede de, BK m. 11/2 ve 20 uyarınca geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Şayet yürürlüğe girerse, artık ispat şekli görüşünü savunmak mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, elbette hakkın kötüye kullanımı yasağı bakidir.

olduğunu söylemek gerekirdi⁷⁴¹. Yasa, kendi içinde çelişkili hüküm barındırmaktadır. Zira, kanaatimizce, “ Taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur” ifadesi, BK m. 11/2 gereği geçerlik şekli olarak yorumlanmak gerekir⁷⁴². Ne var ki, şeklin kapsamına dahil olması gereken asgari koşullarda eksikliğin geçersizliği etkilemeyeceği de bizatihi yasada düzenlenmiştir. Bundan başka, tüketici sözleşmelerinde şekil zorunluluğu getirilmesinin amacı, bizatihi tüketicinin korunmasıdır. Şekil zorunluluğu ile tarafların acele karar verip kendilerini için uygun olmayan sözleşmeler yapmalarına engel olmak amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, müteakiben açıklanacağı üzere, şekil kapsamındaki bilgilerin tüketiciye aktarılması ve kararın sağlıklı olabilmesi için de aydınlatma yükümü öngörülmüş, bu iki hususun birbirini tamamlaması murat edilmiştir⁷⁴³. Esas itibarıyla, görüşümüz, yazılı şekil şartının kural olarak geçerlik şartı olduğudur. Ancak şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi halinde, kanun zaten bunu himaye etmeyecektir.

b. Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri

TKHK m. 6/A, yazılı yapılmasını öngördüğü taksitle satım sözleşmesinde şu hususların asgari olarak bulunması gerektiğine amirdir. Buna göre, a) Tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adresleri ve varsa erişim bilgileri, b) Malın veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı, c) Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı, d) Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, e) Peşinat tutarı, f) Ödeme planı, g) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, sözleşmede yer almalıdır. *Satıcı veya*

⁷⁴¹ Bu yönde İNCEOĞLU, s. 19 ; OZANOĞLU, s. 192.

⁷⁴² BK m. 11 : “Akdin sihhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir. Kanunun emrettiği şeklin şümul ve derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz”. TKHK m. 6/A/2 ise, “Taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur” hükmünü içermektedir. Zorunlu olduğunun ifade edilmesi karşısında, bu durumun tüketicinin menfaatine olup olmaması bir yana, kanaatimiz öngörülen yazılı şekil şartının geçerlik şekli olduğudur. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 116. Bu yönde bkz. SERDAR, İ., İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemlerde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2005, s. 123.

⁷⁴³ Bkz. OZANOĞLU, s. 189 vd.

sağlayıcı, bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlamak ve taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermekle⁷⁴⁴ yükümlüdürler.

Hüküm kaleme alınış tarzı itibariyle, çok iyi ifade edilmiş olmamakla birlikte, burada açık kanuni düzenlemeden mütevellit bir sözleşme öncesi aydınlatma yükümü vardır. Düzenleme, *sözleşme yapılmadan önce, yasada anılan hususların tüketiciye şifahen veya yazılı olarak bildirilmesi sağlanır veya bildirilir* şeklinde kaleme alınsaydı, yükümlülük daha açık, daha net ifade edilmiş olurdu. Esas itibariyle, hali hazırdaki düzenlemeye göre, yasanın belirlediği hususlar yazılı sözleşme kapsamında yer almak zorundadır. Bu bağlamda, tüketicinin ve satıcının sadece malı, fiyatı, muhtemelen taksit sayısını ve taksit başına düşecek ödeme miktarını konuştuğu, örneğin temerrüdün sonuçlarını hiç konuşmadıkları bir sözleşme görüşmesinde bile, tüketici bütün bunları kapsayan sözleşmeye imza atmak durumundadır. Bir başka deyişle, tüketici, hiç olmazsa, imza atmadan önce bunları görmüş ve bir biçimde bilgilendirilmiş olacaktır. Yasa koyucu da, kanaatimizce, bilgilendirmenin mutlak suretle yapılmasını sağlamak için yazılı şekil şartı getirmiş veya yazılı şekil şartının içeriğine dahil etmiştir.

Bununla birlikte, biz olması gerekenin veya yasa koyucunun esasen murat ettiği için, tüketicinin bazı hususları son anda gördüğü bir sözleşmeye imza atması olmadığı kanaatindeyiz. Aydınlatma yükümünün işlevini yerine getirilebilmesi için, kanaatimizce, sözleşme kaleme alınmadan ve/veya yapılmadan önce tüketiciye, yasanın öngördüğü bilgilerin yazılı veya sözlü olarak verilmesi yerinde olur. Pekala, sözleşme imzalanmadan önce, bir metin halinde okuyup bilgi sahibi olması için, yani yazılı olarak da, tüketiciye verme söz konusu olabilir. *Esas itibariyle, bu noktada iki safhayı birbirinden ayırmak gereklidir.* Satıcı, sözleşme görüşmeleri sürecinde, en geç sözleşmenin yapılması sırasında yasanın öngördüğü bilgileri tüketiciye iletmelidir. Tüketici esasen, bu bilgilere dayanarak sözleşmeyi yapma veya yapmama hususunda karar vermelidir. Yapmaya karar verirse, satıcı bu durumda önceden

⁷⁴⁴ Sözleşmenin tüketiciye verilmemesi, geçersizlik sonucunu doğurmaz. Sadece, TKHK m. 25/2 gereği idari para cezasının uygulanması sonucunu doğurur. ASLAN, s. 351. Bu konuda ayrıca bkz. MAKARACI, A., Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara, 2007, s. 70-72 ve burada yollama yapılan yazarlar.

vermiş olduğu bilgilerin bu defa yazılı sözleşme metninde bulunmasını temin etmelidir.

Yasa koyucu, tüketicinin mutlaka bilgilendirilmesini istediği için, bilgi verme yükümlerini şekil koşullarının içine dâhil etmiştir. Şekle aykırılığın yaptırımını, kural olarak butlandı. Bu yaptırımla karşılaşmak istemeyen satıcının, şekil hükümlerine, bu çerçevede aydınlatma yükümlerine riayet etmeye özen göstereceği açıktır. Tüketici açısından bakıldığında, kendisi bakımından söz konusu olabilecek en elverişsiz durum, sözleşme yapılmadan önce – belirlenen bütün hususlarda – bilgilendirilmeyip bunları sözleşmeyi imzalamadan önce görmesi ve bu biçimde bilgi sahibi olmasıdır. Bu bağlamda, tüketicinin sözleşmeyi okumadan imzalaması da ihtimal dahilindedir ama bu halde, haksız şartlara ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, sözleşme koşullarını kabul ettiği sonucuna varılmak gerekecektir.

Öte yandan, her ne kadar, yasa koyucu tüketicinin mutlaka bilgilendirilmesini sağlamak için yazılı şekil şartı getirmişse de, bu noktada tüketicinin aydınlatılma ihtiyacını dikkate almamıştır. Satıcının karşısındaki muhatap kim olursa olsun – bankacı, hukukçu vs. – bilginin aktarılması söz konusudur ve muhatap verilmesi öngörülen bilgilere vakıf olsa da, yaptırım geçersizliktir. Bu durumdan ortaya çıkabilecek gayri adil sonuçlara karşı – tüketicin vakıf olduğu hususun sözleşmede yer almamış olmasından mütevellit geçersizlik gibi – culpa in contrahendodan doğan tazminat talebi ve hakkın kötüye kullanımı yasağı saklıdır⁷⁴⁵.

TKHK m. 6/A'ye göre satıcı yazılı sözleşme çerçevesinde, kendisinin ve tüketicinin isim, unvan, adres ve erişim bilgilerini yazmak zorundadır. Bu hususla murat edilenin, tüketicinin kendisine kolaylıkla erişebilmesi olduğu açıktır. Bundan başka, malın Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı ve vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatının da gösterilmesi gereklidir. Böylece tüketici, ileride borçlandığı toplam miktarı önceden ödemek istediğinde, peşin fiyatını bilmesi sayesinde gereken faiz indirimi talebinde ona yardımcı olacaktır, keza bu durum tüketicin malın peşin fiyatıyla karşılaştırma yapmasını

⁷⁴⁵ Bu konuda bkz. yuk. Aydınlatmanın şekli başlığı altında yapılan açıklamalar ve yollama yapılan yerler.

sağlayacaktır. Aynı şekilde, faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranının bildirilmesi de, alıcının ne oranda faiz ödeyeceğini bilmesi ve sözleşmenin ekonomik olup olmadığını gereği gibi değerlendirmesine hizmet edecektir. Öte yandan, peşinat tutarının da gösterilmesi gereklidir ama – genellikle bir peşinat ödenmekle birlikte – peşinat ödemesi konusunda yasal bir zorunluluk yoktur. Ödeme planı da, bilgi verme yükümünün kapsamındadır. Tüketicinin ne vakit, ne kadar para ödeyeceğini bilmesi hem kendi hem de satıcının menfaatindedir⁷⁴⁶. 4822 sayılı kanunla, bilgi verme yükümlerinin kapsamına, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları da eklenmiştir. Bu husus da, yukarıda belirtilen peşin ve vadeli satış fiyatı, faiz oranı kadar önemlidir.

Yasanın, yukarıda ifade edilen aydınlatma yükümünün/ yükümlerinin ihlaline bağladığı sonuçları üçüncü bölümde değerlendireceğiz.

5. KAMPANYALI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Genel Olarak Kampanyalı Satım Sözleşmesi

TKHK m. 7/1'e göre, "Kampanyalı satış, gazete, radyo, televizyon ilânı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul edilmesi ve malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi suretiyle yapılan satımdır". Bu satışlar, Bakanlığın izni ile yapılır. Bakanlık hangi tür satışların izni tabi olacağını, ön ödeme, taksit miktarı, teslim süresi, üretici firma garantisi, yatırılacak teminat ile kampanyalı satışlarda uyulması gereken usul ve esasları tespit eder⁷⁴⁷.

Kampanyalı satış, esas itibariyle bir ön ödemeli satıştır. Yani önce satış parasının ödenmesi, buna karşılık malın veya hizmetin daha sonraki bir tarihte teslim

⁷⁴⁶ OZANOĞLU, s. 196-200.

⁷⁴⁷ Nitekim etmiştir. Bkz. Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 13.06.2003 T., R.G., S. 25137.

edilmesi/yerine getirilmesi söz konusudur. Fakat mal veya hizmet satımı bir kampanya çerçevesinde olduğu için, diğer ön ödemeli satışlardan ayrılmaktadır⁷⁴⁸.

Kampanyalı satışlar, kampanyalı peşin satışlar ve kampanyalı taksitli satışlar olmak üzere iki kısımda incelenebilirler. Satış parası bir defada ödeniyor, mal daha sonra teslim ediliyorsa kampanyalı peşin satış, buna karşılık, para taksitler halinde ödeniyor, mal ise, taksitler bittikten sonra veya henüz bitmeden teslim ediliyorsa kampanyalı taksitli satış söz konusudur. İlk halde tam ön ödemeli satım, ikinci halde ise yarı ön ödemeli satım mevcuttur⁷⁴⁹.

Kampanyalı peşin satışlara 7. maddede yer alan hükümler uygulanır, kampanyalı taksitli satışlara ise 7. maddeden başka, 7/9'a dayanarak taksitli satıma ilişkin 6/A maddesi de uygulanır. Bu maddede değişiklik yapılmadan önce, m. 7/2, "kampanyalı satış olarak nitelendirilemeyen ancak, malın veya hizmetin daha sonra teslim veya yerine getirilmesi koşuluyla yapılan her türlü satışlar da birinci fıkra hükmüne tabidir" hükmünü içermekteydi. Anılan madde ilga edilmiştir. Buna karşılık aynı yönde bir hüküm yönetmelikte hâlâ mevcuttur. Fakat yönetmelik hükmü kanuna aykırı olamayacağı için, mevcut m. 7 hükmünün sadece kampanyalı satışlara uygulanması gereklidir⁷⁵⁰.

b. Kampanyalı Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri

TKHK m. 7/5 " Kampanyayı düzenleyen, kampanyalı satışlarda düzenlenecek yazılı sözleşmede, 6/A maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen bilgilere ek olarak "kampanya bitiş tarihi" ve "mal veya hizmetin teslim veya yerine getirilme tarih ve şekli"ne ilişkin bilgileri de içeren sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır." hükmünü içermektedir. Bundan başka, Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te de (m. 6) ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, yazılı biçimde düzenlenmesi gereken sözleşmede,

⁷⁴⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 219. Ayrıca bkz. ASLAN, s. 481 vd. Kampanyalı satış hakkında geniş bilgi için bkz. MAKARACI, s. 23 vd.

⁷⁴⁹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 220.

⁷⁵⁰ ASLAN, s. 482. Karş. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 221-222.

tüketicinin ve kampanyayı düzenleyenin isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri, sözleşmenin düzenlendiği tarih, mal veya hizmetin Türk Lirası olarak peşin satış fiyatı, mal veya hizmetin Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı, faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuzunu geçmemek üzere gecikme faizi oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, ön ödeme tutarı, ödeme planı, kampanya bitiş tarihi, mal veya hizmetin teslim veya ifa tarihi ve şekli, mal veya hizmetin marka, model, renk ve benzeri ayırıcı özellikleri, tüketicinin ödemelerinin, malın teslim ve hizmetin ifa edileceği tarihe kadar sigorta ettirilmesi veya banka teminatı altına alınmasına ilişkin şartların yer alması ve bu sözleşmenin bir nüshasının da tüketiciye verilmesi zorunludur. Ayrıca, taksitle kampanyalı satış söz konusu ile, m. 7/9 hükmü gereği, *vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek olan Türk Lirası olarak toplam satış fiyatının* da sözleşmede yer alması gerekir.

Taksitle satıma ilişkin yaptığımız açıklamalar ve sözleşmenin şekline ilişkin tartışmalar kampanyalı satışlar için de geçerlidir⁷⁵¹. Esas itibariyle sözleşmenin yazılı yapılıp yukarıda belirtilen hususların da yer alması zorunludur. Yasa, m. 7/5’de “...ilişkin bilgileri de içeren sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır” hükmünü içermektedir. Ne var ki, TKHK m. 6/6’daki hüküm, taksitli satımlarda olduğu gibi, kampanyalı satımlar için de geçerlidir.

Taksitle satıma ilişkin düzenlemede, aydınlatma yükümlerinin konusunu oluşturan hususların sözleşmede yer almasını sağlamanın satıcının yükümlülüğü olduğu açıkça ifade edilmektedir. Kampanyalı satışlar için bu açıklıkta bir ifade yoksa da, satıcının sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorunda olması aynı şekilde yorumlanabilir.

TKHK m. 7/4, “ Tüketici kampanyadan ayrılmaya karar verdikten sonra kampanyayı düzenleyen, mal veya hizmetin tüketiciye teslim tarihini geçmemek

⁷⁵¹ Bu yönde bkz. MAKARACI, s. 64 vd., özellikle s. 68-69. Yazar da incelemesini, sözleşmenin hiç yapılmamış olması ve eksik unsurlar içermesi şeklinde ikiye ayırarak incelemiştir. Aslında her iki halde de sonuç geçersizlik olmak gerekirken, yasa koyucu m. 6/6 ile ikinci halde bunu engellemiştir. Bu durumun şekilde sağlanmak istenen tüketiciyi bilgilendirme amacına aykırı olduğu açıktır. Bkz. MAKARACI, s. 69. Karş. SERDAR, s. 124.

şartıyla tüketicinin o ana kadar ödediği tüm bedeli ödemekle yükümlüdür” hükmünü içermektedir. Yasa, açıkça adını anmamakla birlikte, tüketiciye bir cayma hakkı tanımıştır. Nitekim, yönetmeliğin “Cayma Hakkı” kenar başlıklı 14. maddesi de “Düzenlenen kampanyalarda, tüketicilere malın veya hizmetin teslim veya ifa edilmemesi koşulu ile tüketicinin bu talebini satıcı veya sağlayıcıya noter aracılığı ile ya da iadeli-taahhütlü mektup ile bildirmesinden sonra, satıcı veya sağlayıcı, mal veya hizmetin teslim veya ifa tarihini geçmemek şartıyla ödemiş olduğu tüm bedeli ve kıymetli evrakı tüketiciye iade etmekte yükümlüdür.” şeklindedir. TKHK m. 7/2, Bakanlığa yetki verdiği ve daha önemlisi, 7/4 kampanyadan ayrılma hakkından bahsettiği için, yönetmeliğin düzenlemesi kural olarak hukuka uygundur. Tüketicinin, cayma hakkı, düzenlenen kampanyalarda malın teslim edilmemiş veya hizmetin yerine getirilmemiş olması halinde mevcuttur. Bu bağlamda, cayma hakkı da mal teslim edilinceye veya hizmet gerçekleştirilinceye kadar vardır⁷⁵².

Yönetmeliğin cayma hakkına ilişkin düzenlemesinde, cayma hakkının noter aracılığıyla veya iadeli – taahhütlü mektupla bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir, ancak bunun ispat için getirilmiş bir kolaylık olarak yorumlanması yerinde olur. Zira, yasada cayma – yasanın ifadesiyle – ayrılma bildirimini için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Böyle bir koşul da, yönetmelikle değil, ancak yasayla getirilebilir⁷⁵³.

Yasa koyucu, cayma hakkı tanımış olmakla birlikte, satıcıya tüketiciye cayma hakkı konusunda bilgi verme yükümü getirmemiştir. Yönetmelikte de, ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunan sözleşmede bulunması gereken kayıtlara ilişkin maddede bir hüküm yoktur. Kanaatimizce, bu kadar önemli bir hususta açık kanun hükmüyle aydınlatma yükümü getirmemiş olmak, büyük bir eksikliklerdir. Bununla birlikte, kanaatimizce, satıcının, cayma hakkından bihaber olan tüketiciye – bu durumu fark ettiği veya fark etmesi gerektiği halde – bilgi vermesi, dürüstlük kuralının gereğidir. Açık kanun hükmünün yokluğu, dürüstlük kuralından doğan

⁷⁵² ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 224. Karş. ASLAN, s. 493 - 494.

⁷⁵³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 224.

aydınlatma yükümlerini bertaraf etmeyeceği gibi, bunların yerine getirilmiş olması da, satıcıyı diğer yükümlerden kurtarmaz⁷⁵⁴.

6. KAPIDAN SATIŞ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Genel Olarak Kapıdan Satış Sözleşmesi

TKHK m.8'e göre, kapıdan satış, işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında yapılan satımlardır. Bu maddede değişiklik yapılmadan önce kapıdan satışların deneme ve yoklama (tecrübe ve muayene) koşullu satışlardan olduğu ifade edilmekteydi. Bu ifade kaldırılmıştır, ancak kapıdan satışlarla deneme ve yoklama koşullu satışların (BK m. 219-221) birbirine benzeyen ve birbirinden ayrılan yönleri halen mevcuttur⁷⁵⁵.

Bir satım işleminin TKHK anlamında kapıdan satış olabilmesi için, ilk olarak, *satışın, işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında yapılması* gerekir. Satış, deneme ve yoklama koşuluyla yapılsa da, belirtilen yerlerde yapılıyorsa artık kapıdan satış sayılmaz. Esas itibarıyla ölçüt, satıcının tüketicinin ayağına gidip mal satması veya hizmet sunmasıdır. Ancak, kapıdan satış olması için, mutlaka tüketicinin kendisinin evine gidilmesine de gerek yoktur. Bu bağlamda, özel konutta, çalışılan yerde, genel taşıt araçlarında, boş zamanlarını değerlendirmek için gittiği tiyatro,

⁷⁵⁴ Hazırlanan tasarıda, kampanyalı satışlar, ön ödemeli sözleşmeler olarak yeniden, daha farklı, daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, farklı koşullara bağlı olarak dönme ve cayma hakkı tanınmıştır. Keza şekil şartı ve cayma hakkının da bu şart kapsamında yer alması, yani tüketicie bildirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Tasarı m. 7/3 : “Ön ödemeli sözleşmenin yazılı şekilde kurulması ve sözleşmenin bir nüshasının tüketicie verilmesi zorunludur. Ön ödemeli sözleşme konusu malın devrine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. Sözleşme içeriği daha sonra tüketici aleyhine değiştirilemez.” M. 7/6 : “Tüketici, cayma hakkı konusundaki bilgiyi de içeren yazılı sözleşme nüshasının kendisine teslim edildiği andan itibaren ondört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin ön ödemeli sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde müteşebbise yazılı olarak yöneltilmiş olması yeterlidir...” m. 7/8 : “Malın teslim veya hizmetin ifa edilmesine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Bu haller için tüketici tarafından ödenmesi kararlaştırılan sözleşmeden dönme cezası toplam satım bedelinin % 2’sini geçemez...”.

⁷⁵⁵ Tecrübe ve muayene koşullu satışlar hakkında geniş bilgi için bkz. ANTALYA, G., Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul, 1993, s. 21 vd. Değişiklikten önceki düzenlemeler çerçevesinde bkz. AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 37 vd. Mevcut durum için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 234 vd. ; ASLAN, s. 428 vd.

konser salonlarında yapılan satışlar da kapıdan satış sayılır. Keza, kişinin geçici olarak kaldığı otel, pansiyon gibi yerlerde ziyaret edilip mal satılması da aynı şekildedir⁷⁵⁶. Boş zaman aktiviteleri çerçevesinde, *kaffeefahrt*⁷⁵⁷ olarak adlandırılan geziler sırasında veya satıcının kendi işyerinde gerçekleşmeyen şarap tadım gününde, bir moda gösterisi vesilesiyle bir araya gelen katılımcılara paket tur satılmasında yapılan işlemler kapıdan satış olarak nitelendirilmektedir⁷⁵⁸⁷⁵⁹. Satıcının⁷⁶⁰ icabını kendi işyeri dışında yapması yeterlidir, sözleşmenin de icabın yapıldığı yerde kurulmasına gerek yoktur⁷⁶¹.

“İşyeri”nden ne anlaşılması gerektiği Yönetmelikte açıklanmıştır. Buna göre, “ İşyeri : Mal satanın veya hizmet verenin işyeri niteliğindeki mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, eğlence ve spor yerleri, madenler, inşaat şantiyeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerleri” ifade etmektedir. Anılan mekanlarda yapılan satışlar, kapıdan satış sayılmayacaktır. Bundan başka, mal ve hizmetin işyeri dışında satışa sunulması, teamül, ticari örf ve adetten ise, tüketicinin kapısına (ayağına) gidilmiş olması, işlemi kapıdan satış yapmayacaktır (Yönetmelik m. 14/c).

⁷⁵⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 238 ; AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 68. Alman ve İsviçre hukuku için bu yönde bkz. ARTZ, BÜLOW/ARTZ, s. 152 vd., N. 7 vd. GONZENBACH, R., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W., Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2007, Art. 40b, s. 323-324, N. 7. Yargıtay, tüketicinin başka bir kişinin evinde veya işyerindeyken satım sözleşmesi yapılmasını da kapıdan satış saymıştır. Bkz. 13. HD, 1307-2212, 05.04.1999 T., KADIOĞLU, s. 410-411.

⁷⁵⁷ Kaffeefahrt, oldukça ucuz bir bedel karşılığında, firmaların kendi ürünlerini (fiyatları hayli yüksek olan) katılımcılara satmak için düzenledikleri bir tür gezidir. Langenscheidt Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, 2008, Berlin und München, s. 592.

⁷⁵⁸ Alman hukuku için bkz. ARTZ, BÜLOW/ARTZ, s. 154, N. 11 ; İsviçre hukuku için bkz. GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40b, s. 323-324, N. 7.

⁷⁵⁹ Hazırlanan tasarıda, kapıdan sözleşmelerin düzenlenmesi İsviçre ve Alman hukukunun düzenlemelerine paraleldir. M. 8/1: “Tüketici ile müteşebbis arasında; a) Müteşebbisin kendi işyeri dışında başka bir işyerinde veya bir konutta yüz yüze yapılan görüşmeler sonucunda, b) Müteşebbis veya üçüncü bir kişi tarafından müteşebbis yararına düzenlenen özel geziler sırasında, c) Tüketicinin kamuya açık alanlarda sözleşme görüşmelerine muhatap edilmesi veya davet edilmesi suretiyle, kurulan sözleşmelere kapıdan sözleşme adı verilir.”

⁷⁶⁰ Belirtelim ki, yasa kapıdan satış yapacak olanlarda belli koşullar aranacağını m. 8/2’da ifade etmektedir. Ayrıntılı düzenleme yönetmeliğin 5. maddesinde yer almaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 245-247 ; ASLAN, s. 448-449.

⁷⁶¹ AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 68.

İkinci olarak, *satış önceden mutabakat olmaksızın yapılmalıdır*. Esas itibariyle, 8. maddenin yeni metninde bu ifade yoksa da, bu husus kapıdan satışın niteliğini ortaya koymaktadır. Şöyle ki, burada söz konusu olan tüketicinin satıcıyı kendisinin davet etmemesidir. Satıcı/sağlayıcı aniden tüketicinin karşısına çıkmakta ve onun şaşırmasıyla faydalanarak sözleşme yapmaktadır. Nitekim kapıdan işlemlerde cayma hakkının tanınmasının, bu hakka ilişkin satıcı/sağlayıcıya aydınlatma yükümü getirilmesinin sebebi de budur⁷⁶². Öte yandan, satıcı/sağlayıcıların işlemi kapıdan satış olmaktan çıkarmak için, önceden kendilerine randevu vermeye zorladıkları görülmektedir. Bundan başka, basılı form veya kataloglar gönderip tüketicilerin siparişte bulunmasını sağlamaya çalışmaktadırlar. Anılan hallerde de, işlemi kapıdan satış saymak ve cayma hakkı tanımak gereklidir⁷⁶³. İlgâ edilen tebliğde yer alan "...görüşme veya gösteri tarih ve yerinin tüketici ve satıcı, satış temsilcisi, elemanı, tanıtım görevlisi, distribütör ve benzerleri tarafından yazılı, sözlü veya benzeri yollarla tespiti, önceden mutabakat olarak kabul edilmez" biçimdeki düzenleme ile bu gibi davranışların önüne geçilmek istenmişti⁷⁶⁴.

TKHK m. 8, 4822 sayılı kanunla değişmeden önce, kapıdan işlemler için satış konusu mal ve hizmetin değerinin belli bir miktardan yüksek olması gerekiyordu. Alman ve İsviçre hukukunda halen var olan bu durum, hukukumuz açısından artık söz konusu değildir⁷⁶⁵.

Üçüncü olarak, kapıdan satışın söz konusu olabilmesi için, satışa konu malın kapsam dışında olmaması gereklidir. TKHK m. 8/2'ye dayanarak çıkarılmış bulunan yönetmeliğe göre (m. 14), Beslenme destek ürünleri hariç olmak üzere gıda ve içeceklerin veya halkın gündelik tüketimine yönelik olan diğer malların tedarikine ilişkin satışlar, sigorta sözleşmeleri, işyeri dışında satışa sunulması teamül, ticari örf

⁷⁶² ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 239-240 ; AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 70-71.

⁷⁶³ AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 71 ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 240 ; ÖZEL, s. 173 vd. Karş. s. 182 vd. Alman hukuku için bu yönde ARTZ, BÜLOW/ARTZ, s. 158, N. 22. İsviçre hukuku için bu yönde bkz. GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40c, s. 325-326, N. 2. Bu yönde bkz. 13. HD, 1996/10639 E., 1996/10816 K., 03.12.1996 T. (Yayımlanmamış karar).(AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 72, dipnot 140'dan naklen).

⁷⁶⁴ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 240.

⁷⁶⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 240-241. Alman hukuku için sınır BGB § 312/3 b. 2 gereği 40 Euro, İsviçre hukuku için OR Art. 40a/1 b.1 gereği 100 Frank'tır. İşlemin değerinin bunları aşması gereklidir.

veya adetten kabul edilen mal veya hizmet satışları, kapıdan satış hükümlerinin kapsamı dışındadır⁷⁶⁶.

b. Cayma Hakkı

Yasa koyucu kapıdan satış sözleşmesinde tüketiciyi etkin biçimde koruyabilmek için, şekle ilişkin açık – ayrıntılı düzenlemeler getirdiği gibi, en önemlisi de cayma hakkı tanımış ve bu hakka ilişkin açık bir aydınlatma yükümü getirmiştir. Zira, kapıdan satış sözleşmeleri, tüketicilerin, sözleşme yapma hususunda hiç bir niyetleri olmadığı halde, deyim yerindeyse baskına uğrayıp şaşkınlıklarından istifade edilerek sözleşme yapmaya âdeta zorlandıkları bir duruma karşılık gelmektedir. Herhangi bir işlem yapmaya niyeti olmayan – sözgelimi o sıra düdüklü tencereye ihtiyacı olmayan – kişinin, fiyat ve kalite araştırması yapmamış olacağı açıktır. İşte piyasa koşulları hakkında hiçbir bilgisi olmayan bu tüketicilerin karşısına çıkan profesyonel satıcılar pazarladıkları malın özelliklerini de hayli abartmakta, tüketici de ayağına gelen fırsatı kaçırmamak için derhal sözleşme yapma yoluna gitmektedir. Satıcılar, özellikle de “ya şimdi alırsın veya bu avantajdan faydalanamazsın” gibi ifadelerle tüketicilerin üzerinde baskı kurmaktadırlar⁷⁶⁷. Cayma hakkı, tüketiciyi bu biçimde kurulmuş sözleşmelerle bağlı olmaktan kurtarmaktadır. Cayma hakkı süresi içinde tüketicinin, yaptığı sözleşmenin gerçekten kendisi için – fiyat, kalite, sözleşme koşulları vb. açılardan – elverişli olup olmadığını değerlendirme imkânı olmaktadır. Zira belirtildiği üzere, kapıdan satışların özelliği gereği, çoğunlukla tüketici bütün bunları hesaba katmadan sözleşme kurmaktadır. Öte yandan, yasa koyucu, cayma hakkını etkin kılmak için peşin ödeme yasağı da getirmiştir. Bu yasağa göre, cayma süresi dolana kadar,

⁷⁶⁶ Benzer sınırlandırmalar Alman ve İsviçre hukukunda da mevcuttur. BGB § 312/3, OR Art. 40a/2. Ayrıca bkz. “Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“, m. 3/2. Türkçe metin için bkz. “İşyerleri Dışında Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Meclis Direktifi, ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 799 vd. Sınırlandırmanın eleştirisi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 242 ; ÖZEL, s. 185 vd.

⁷⁶⁷ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 243 -244 ; KEMPER, s. 41-43.

tüketiciden herhangi bir ödeme talep edilemeyeceği gibi, onu borç altına sokan bir belge (senet, kıymetli evrak) de istenemez⁷⁶⁸.

Cayma hakkının kabulü, kapıdan işlemlerde klasik hukuk normlarıyla muhatapların korunamamasının bir sonucudur. Bu öylesine etkili olmuştur ki, sözleşme hukukunun temellerinden kabul edilen “ahde vefa” ilkesinden ödün verilmesine gelinmiştir. Bu noktada, irade sakatlığına ilişkin hükümlerle tüketiciyi korumak düşünülebilirse de, bu koşulların gerçekleşmesi de zordur. Hile bir yana bırakılırsa – ki o noktada da ispat yükü aldatılan tüketicinin üzerinde olacaktır – hata hükümlerine göre böyle bir sözleşmeyi iptal etmek – cayma hakkına kıyasla – zordur. Bu konuda, gerçekleşebilecek tipik vakıa yüksek fiyatla mal satmaktır. Tabi profesyonel satıcı fiyatın yüksekliğinden değil, malın kalitesinden bahsedecek, tüketiciyi fırsatı kaçırmaması için bildiği bütün yöntemleri kullanıp ikna edecektir. Aldığı malın, piyasada yarı fiyatına satıldığını görse bile, tüketici buna dayanarak sözleşmeyi iptal edemeyecektir. Zira fiyat – piyasa koşulları hususunda satıcının muhatabını aydınlatma yükümü yoktur. Keza, piyasadaki bir malın fiyatı hakkında hataya düşmek de, kural olarak kişiye iptal hakkı vermez⁷⁶⁹. Bununla birlikte, hemen belirtelim ki, cayma hakkı tanınmış olması, tüketicinin koşullarının gerçekleşmesi halinde irade sakatlığı hükümlerine dayanmasına engel olmaz⁷⁷⁰. Bu hak, sadece kapıdan satışın niteliği dikkate alınarak, tüketiciye tanınmış olan – irade sakatlığı söz konusu olmasa da – sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulmasını sağlayan bir haktır, imkândır.

TKHK m. 8/3’de tüketiciye tanınan cayma hakkı çerçevesinde, tüketici malı teslim aldığı tarihten itibaren **yedi gün** içinde malı hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbesttir. Belirttiğimiz gibi, cayma süresi içinde tüketiciden herhangi bir ödeme yapması veya kendisini borç altına sokan bir belge vermesi de talep edilemez. Öte yandan, tüketici bu süre zarfında

⁷⁶⁸ Bu yasağa ilişkin olarak bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 247-248 ; AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 29 ve 110.

⁷⁶⁹ Bu konuda geniş bilgi ve örnekler için bkz. ÖZEL, s. 161 vd.

⁷⁷⁰ ÖZEL, s. 173.

malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan da sorumlu değildir (TKHK m. 8/4).

Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağına ilişkin yasa da bir düzenleme yoktur. Yönetmeliğin “Cayma Hakkının Kullanımı” kenar başlıklı 11. maddesinde de, “ Mal veya hizmetin reddedilmesi halinde tüketici cayma kararını, herhangi bir şekil şartına bağlı kalmaksızın satıcıya bildirir” hükmü yer almaktadır. Esasen yasanın şekil şartı öngörmediği halde, yönetmelikle şekil şartı düzenlemek de hukuka uygun olmazdı. Yönetmelik durumu açıklayan bir düzenleme yapmıştır. Ancak ispat kolaylığı açısından en azından iadeli taahhütlü mektupla yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz⁷⁷¹.

Cayma hakkı, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmenin kurulmasından cayma hakkının kullanılabilceği ana kadarki sürede sözleşme askıdadır. Tüketici *cayma hakkını kullanmaması*, sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için gerekli *geciktirici şart* niteliğindedir. Buna karşılık, tüketicinin cayma hakkını kullanılmasıyla, yani cayma bildirimini satıcıya varmasıyla, sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelir, sanki sözleşme hiç yapılmamış gibi bir durum ortaya çıkar⁷⁷². Yasa koyucu, bu hakka ilişkin olarak açık – ayrıntılı bir aydınlatma yükümü düzenlenmesi yapmıştır.

c. Kapıdan Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri

Kapıdan satış sözleşmesi yazılı şekil şartına tabi kılınmıştır (TKHK m. 9/1 ve m. 8/2’ye dayanarak yönetmelik m. 6). Yazılı şekil içinde sözleşmede yer alması gereken hususlar, satıcının aydınlatma yükümlerinin de konusunu oluşturmaktadır.

⁷⁷¹ Tasarıda cayma süresi ondört güne çıkarılmakta ve cayma bildirimini yazılı olarak yapılması aranmaktadır. Bkz. “Tüketici ondört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin kapıdan sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Bu süre dolmadan müteşebbis, kapıdan sözleşmelere konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde müteşebbise yazılı olarak yöneltilmiş olması yeterlidir. Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat yükü müteşebbise aittir. Tüketici, malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.”

⁷⁷² AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 186-187 ve s. 200-201. Cayma hakkının ve cayma bildirimini niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu konuda bkz. BUZ, V., Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 80, dipnot 75 ; SEROZAN, Dönme, s. 129 vd. ; ÖZEL, s. 171 vd. ve dipnot 720 – 724 ’de yollama yapılan yazarlar. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 250 ; ASLAN, s. 435 vd.

Kapıdan satışlarda sözleşmede bulunması gereken – şekil şartı kapsamındaki koşullar – Yönetmeliğin 6. maddesinde sayılmıştır. Bundan başka, kapıdan satış çerçevesinde yapılan satış sözleşmesi taksitle satım sözleşmesi ise TKHK m. 6/A, kampanyalı ise m. 7 hükümleri ayrıca uygulanır^{773 774}.

TKHK m. 9/1, kapıdan satış sözleşmesinde, sözleşmede bulunması gereken diğer hususlara ilaveten, *mal ve hizmetin nitelik ve niceliğine ilişkin açıklayıcı bilgiler, cayma bildirimini yapılacağı açık adres ve en az on altı punto ve koyu siyah harflerle yazılmış cayma hakkına ilişkin müteakip fıkrada yer alan metnin yer almasını* amirdir. Sözleşmede bulunması gereken diğer hususların ne olduğu açık değildir. Ancak yönetmelikte anılan maddeyi de kapsar şekilde sözleşmede hangi hususların bulunması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

⁷⁷³ Bu konuda bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 248-249.

⁷⁷⁴ Kanaatimizce, kampanyalı satış sözleşmesinin kapıdan satış sözleşmesi biçiminde gerçekleşmesi ihtimali tartışılabilir bir konudur. Şöyle ki, kapıdan satışlarda geçerli olan peşin ödeme yasağı gereği, mal teslim edilmeden bedelin ödenmesi yasaktır. Buna karşılık, peşin kampanyalı satışta, bedel bir defada ödenir, daha sonra teslim gerçekleşir. Mal teslim edilinceye kadar ödeme yapmanın yasak olması, bununla birlikte mal teslim edildikten sonra ödeme yapılması halinde ise o işlemin artık kampanyalı peşin satış olmaması karşısında, kapıdan kampanyalı peşin satış yapmak – bu hükümler çerçevesinde – mümkün değildir. Taksitli kampanyalı satımda ise, malın, bedelinin taksitler halinde ama tamamen ödendikten sonra teslimi kararlaştırılmışsa, malın teslimi yine ödemediği sonraki bir tarihe ötelendiğinden fiilen aynı durum söz konusu olacaktır. Bir de taksitli olmakla birlikte, taksitlerin tamamı bitmeden malın tesliminin kararlaştırıldığı durum vardır, teslim ödemeler bitmeden gerçekleşecek olmakla birlikte, yine de peşin ödeme yasağı ihlal edilmektedir. Esas itibariyle, peşin ödeme yasağı sözleşmenin bir unsuru değildir, yani ihlali sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bu yasak hiç olmasa veya ihlal edilse de bir kapıdan satış sözleşmesi söz konusu olabilir. Bu çerçevede, öncelikle, peşin ödeme yasağını göz ardı ederek değerlendirecek, bedel tamamen veya büyük ölçüde ödendikten sonra malın teslimi gerçekleşecektir, dolayısıyla cayma hakkı da teslimden itibaren kullanılabilir. Yasada değişiklik yapılmadan önce, cayma hakkı kullanıldıktan itibaren on gün içinde bedelin varsa kıymetli evrağın iade edilmesini öngörmekteydi. Hüküm ilga edilmiş de olsa, sadece incelediğimiz durum için değil, bütün kapıdan satış halleri için – kapıdan kampanyalı satış da dahil olmak üzere – bu durumun halen geçerli olması gerekmektedir (Bu yönde bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 247). Bununla birlikte, peşin ödeme yasağı göz ardı edilse bile, kampanyalı satışın kapıdan satış şeklinde gerçekleşmesi yine de tartışılabilir. Kampanyalı değil ancak sadece ön ödemeli satışın kapıdan satış içinde gerçekleşmesinin daha kolay olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, kapıdan satış ve fiili anlamda kapıdan satış olmamakla birlikte bu hükümlere tabi olan satışlarda (caddede, gezide vb. yerlerde tüketicinin karşısına çıkıp mal veya hizmet pazarlanan hallerde) bir şekilde tüketiciye gidilmesi söz konusudur. Keza, anılan şekillerde olmamakla birlikte, tüketiciyi telefonla arayıp randevu almak veya katalog vb. gönderip tüketicinin kendilerine gelmesini sağlamak suretiyle yapılan işlemler de kapıdan satış hükümlerine tabidir. Ancak bu noktada, baskın satış tekniklerinin uygulanıp uygulanmadığı, satıcının cayma hakkına engel olmak için hareket edip etmediği gözetilmektedir. Kampanya, kural olarak, belirttiğimiz son hale dahil olabilir. Ancak kapıdan satış hükmünün ratio legisi dikkate alındığında, kanaatimizce götürü olarak kampanya düzenlenmeyi bu şekilde değerlendirmemek gereklidir. Öte yandan, yasa koyucu, kampanyalı satış sözleşmeleri için de cayma hakkı tanımıştır. Kanaatimizce, her halde amaç tüketicinin korunmasıdır ama, kapıdan satışlarda, teknik anlamda değil ama genel anlamda iradesi fesada uğratılmış, hiç düşünmediği bir malı edinmiş bir tüketici söz konusudur. Bu irade açıklamasından dönebilmesine imkan tanınmaktadır. Kampanyalı satışta ise, tüketicinin konu itibariyle yanlış ya da gereksiz bir işlem yapmış olması ihtimali değil, daha ziyade fiyat, faiz oranı, teslim zamanı gibi hususlarda yanıtılması ihtimali gözetilmektedir.

Yönetmeliğin 6. maddesi şu şekildedir. “ Bu Yönetmelik kapsamındaki satışlarda, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yazılı bir sözleşme yapılması ve akdedilen sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. *Sözleşmede bulunması zorunlu asgari bilgiler:* Tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri, sözleşmenin düzenlendiği tarih, malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi, malın veya hizmetin vergiler dahil Türk Lirası olarak peşin satış fiyatı, sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelik ve niceliğine ilişkin açıklayıcı bilgiler, cayma bildirimini yapılacağı açık adres, cayma hakkını belirten en az onaltı punto koyu siyah harflerle yazılan; ***'Tüketicinin hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı teslim aldığı veya sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde malı veya hizmeti reddederek sözleşmeden cayma hakkının var olduğunu ve cayma bildirimini satıcı veya sağlayıcıya ulaşması tarihinden itibaren malı geri almayı taahhüt ederiz.'*** ibaresidir. Öte yandan, bu ibare m. 6/son gereği, sözleşmenin birinci sayfasında yer almak zorundadır.

Kapıdan satış sözleşmesi taksitli ise, m. 8/5 gereği m. 6/A'da belirtilen hususların da sözleşmede bulunması gereklidir. Yönetmelik bunu da kapsar şekilde, *taksitli kapıdan satışlar* kenar başlıklı 9. maddesinde konuyu şu şekilde düzenlemiştir. “ Taksitle yapılan kapıdan satışlarda 6 ncı maddeye ek olarak aşağıdaki unsurların sözleşmede bulunması zorunludur. Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı, faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuzunu geçmemek üzere gecikme faizi oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, peşinat tutarı, ödeme planı ”. Kampanyalı satışlara ilişkin olarak yasada TKHK m. 7 hükmüne yollama varsa da, taksitle satımda olduğu gibi, açıklayıcı bir düzenleme yönetmelikte yer almamıştır.

Yasanın sözleşme metninde yer almasını istediği hususlar, belirtildiği üzere, aynı zamanda satıcının aydınlatma yükümlerinin konusunu oluşturmaktadır. Öte yandan, taksitli satımlarda olduğu gibi, amaç tüketicinin aydınlatılması olduğu için bu hususların yazılı sözleşmede olması gerekmektedir. Taksitle satımdan ve

kampanyalı satımdan – ki bu satımda da esasen cayma hakkı mevcuttur – farklı olarak, yasa koyucu cayma hakkıyla ilintili özel bir yaptırım getirmiştir. Yaptırım ihlal bağlamında değerlendirilecektir.

“Kapıdan Satışlarda Satıcının ve Sağlayıcının Yükümlülüğü” kenar başlıklı TKHK m. 9/3, öncelikle ilk iki fıkrada yazılı sözleşmede olması gereken hususları ve açıkça cayma hakkına ilişkin metne yer verdikten sonra, “Tüketici, sahip olduğu haklarının da yazılı bulunduğu sözleşmeyi imzalar ve kendi el yazısı ile tarihini yazar. Satıcı veya sağlayıcı, ***bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlamak ve taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermekle yükümlüdür***” hükmünü içermektedir. Bu hususa yönetmeliğin 6. maddesi ile de açıklık getirilmiştir. Buna göre m. 6/4 gereği, satıcı veya sağlayıcı, ***sözleşmeyi tüketicinin imzalamasını ve sözleşme tarihini tüketicinin kendi el yazısı ile yazmasını sağlamak zorundadır***.

Satıcı, öncelikle, yasada belirtilen hususların yazılı sözleşmede yer almasını sağlamakla, daha yerinde olarak bunları içeren sözleşmeyi düzenlemekle yükümlüdür⁷⁷⁵. Tüketici bu sözleşmeyi imzalamalı ve ***kendi el yazısı ile tarihi atmalıdır***⁷⁷⁶. Satıcı bu sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır. Tüketicinin sözleşmeye tarih atması gereğini bilmesini beklemek her zaman için mümkün değildir. Bunu, yani sözleşmeye kendi el yazısı ile tarih yazmasını ve imzalamasını söylemek ve sağlamak satıcının yükümlülüğündedir. Taksitli satımda da, satıcı kanunda öngörülen hükümlerin sözleşmede yer almasından sorumlu tutulmuştur, keza şekil koşulu onun için de mevcuttur; fakat yasa koyucu bu defa TKHK m. 9/4’de şekle aykırılığa, ihlal çerçevesinde inceleyeceğimiz, farklı bir yaptırım getirmiştir. “***Bu madde hükümlerine göre düzenlenmiş bir sözleşmenin ve malın tüketiciye teslim edildiğini ispat satıcıya veya sağlayıcıya aittir. Aksi takdirde, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir.***”. Bu hüküm yönetmelikte de aynı şekilde yer almıştır (Yönetmelik m. 11/6). Öte yandan,

⁷⁷⁵ Sözleşmeyi bizatihi kendisinin elle yazmasına ve/veya düzenlemesine gerek yoktur. Onun yerine bir başkası da, vekili, yardımcısı vb. yapabilir, ancak yükümlülük elbette satıcının üzerindedir.

⁷⁷⁶ Cayma hakkını boşa çıkarmak için satıcıların eski tarih atması söz konusu olduğu için bu düzenleme yapılmıştır. Bu husus 4822 sayılı kanunun değişiklik gerekçesinde yer almaktadır. Gereğe için bkz. KADIOĞLU, s. 404. Ayrıca bkz. 13. HD, 2002/12117 – 2003/683, 27.01.2003 T., KADIOĞLU, s. 399.

madde metinlerine bakıldığında, kapıdan satışlarda yer alan aydınlatma yükümünün daha belirgin daha açık düzenlendiği görülmektedir.

Son olarak belirtelim ki, İsviçre hukukunda kapıdan satışlara ilişkin düzenlemelerde, sağlayıcının (Anbieter) tüketiciyi cayma hakkı konusunda yazılı olarak bilgilendirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir (İBK m. 40d). Ancak, satıcı cayma hakkının varlığına ilişkin yazılı bir belgeyi tüketiciye vermekle yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. Tüketiciye, cayma hakkı, cayma hakkının şekli (cayma bildiriminin şekli) ve süresi ve kendisinin adresini bildirmekle yükümlüdür (m. 40d/1). Bu veriler tarihlendirilmeli ve hangi sözleşmeye ilişkin olduğu anlaşılabilir olmalıdır (m. 40d/2). Kanaatimizce, en önemlisi de, tüketici satıcıya icap veya kabul beyanında bulunduğu anda, anılan hususlara vakıf olmalıdır/ bu bilgiler kendisine verilmiş olmalıdır/ sözleşme kurulduğu zaman vakıf olacağı şekilde verilmelidir (m. 40d/3). Yani satıcı yazılı olarak bilgi vermekle sorumluluktan kurtulmamaktadır, tüketicinin anılan hususları anlamasını, hakkına ve nasıl kullanılacağına vakıf olmasını sağlamakla yükümlüdür⁷⁷⁷. Ancak sözleşmenin yazılı yapılmasına ilişkin bir koşul yoktur. Yani aydınlatma yazılı olarak gerçekleştirilmişse, sözleşmenin sözlü irade beyanlarıyla yapılması geçersizlik sonucunu doğurmaz⁷⁷⁸. Bizde ise, geçerlik veya ispat koşulu tartışması bir yana, yine de sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, yasa koyucunun aydınlatma yükümü getirmeyi amaçladığı her yerde, İBK m. 40d/3'de olduğu gibi bir ifadeyle – vakıf olmasını sağlamakla yükümlü tutarak – düzenleme yapması son derece yerinde bir tercih olacaktır.

⁷⁷⁷ GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40d, s. 327-328, N. 3 (Satıcı, tüketiciyi öylesine bilgilendirmelidir ki, tüketicinin bu hakkını kullanabilmek için daha sonra araştırma yapmasına gerek kalmamalıdır. Bkz. GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40d, s. 327, N. 2) ; HARTMANN, s. 64-65, N. 144-148.

⁷⁷⁸ HARTMANN, s. 162 vd., N. 382 vd. ; GONZENBACH,

7. MESAFELİ SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Genel Olarak Mesafeli Satım Sözleşmesi

TKHK m. 9/A hükmüne göre, “Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir”. Mesafeli sözleşmeler hukukumuzda ilk kez 4822 sayılı yasayla düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hemen belirtelim ki, mesafeli sözleşme, Borçlar Kanunumuzun çeşitli maddelerinde (BK m. 183/2, 186/1 vb.) yer alan mesafeli satış kavramından farklıdır. Mesafeli satış, ifa yerinden başka bir yerde teslimi kararlaştırılmış malların satışında, satılan malın akdi veya kanuni ifa yerinden başka yere gönderilmesini ifade eder⁷⁷⁹.

TKHK anlamında bir mesafeli sözleşmenin söz konusu olabilmesi için, ilk olarak *iletişim araçlarının kullanılması* gerekmektedir. Mesafeli sözleşme, ilk anda internet üzerinden yapılan sözleşmeleri çağrıştırıyorsa da, yasa geleneksel usulle yapılan mesafeli sözleşmeleri de kapsamına almıştır. Buna göre, yazılı araçlar (katalog, prospektüs, ilan vb.) kullanarak yapılan sözleşmeler de mesafeli sözleşmelerdir⁷⁸⁰. Mesafeli sözleşmelere dair hükümler, satım, kira gibi başlı başına bir sözleşme tipini değil, sözleşmenin yapıma biçimini düzenlemektedir⁷⁸¹.

Mesafeli sözleşmelerin ayırd edici unsuru, *tüketici ile satıcının karşı karşıya gelmemesi* ve sözleşmenin iletişim araçları⁷⁸² kullanılarak kurulmasıdır⁷⁸³. Burada

⁷⁷⁹ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 262 ; DEMİR, M., Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması (Mesafeli Sözleşmeler), Ankara, 2004, s. 15, dipnot 39 ; YILDIRIM, A., Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması (Mesafeli Sözleşmeler), İstanbul, 2009, s. 96-99. Geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, A., Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, GÜHFD, C. IX, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 127 vd.

⁷⁸⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 263.

⁷⁸¹ BOZBEL, S., Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 784.

⁷⁸² Bu konuda bkz. DEMİR, Mesafeli Sözleşmeler, s. 32-33 ; BOZBEL, s. 785-786 ; GEZDER, s. 55 vd.

⁷⁸³ BOZBEL, s. 785 ; DEMİR, Mesafeli Sözleşmeler, s. 17 ve s. 29 vd. ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 62 vd. ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 263. Anılan hükmün eleştirisi ve özellikle

amaçlanan tüketici ile satıcının yüz yüze görüşme yapmaksızın sözleşme kurmalarıdır. Zaten aksi halde, olağan bir sözleşme söz konusu olacaktır⁷⁸⁴. TKHK anlamında tüketici ile satıcı arasında, karşı karşıya gelmeden, münhasıran iletişim araçları vasıtasıyla yapılan tüketici sözleşmeleri, TKHK'da mesafeli satıma ilişkin getirilen hükümlere tabidir. Öte yandan, 9/A'daki tanımında yer almamakla birlikte, mal veya hizmetin organize bir mesafeli sürüm sistemi içinde sunulması gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Buna göre, mesafeli sözleşmenin satıcı/sağlayıcı yanının faaliyeti, mesafeli sürüm organizasyonu içinde sistematik ve düzenli biçimde gerçekleşmelidir. Yani, organize mesafeli sürüm sistemini henüz kuramamış bir kitabevinin, nadiren uzaktan pazarlama yoluyla sunduğu ürünü, almak istediğini telefonla söyleyen tüketiciyle sözleşme yapması halinde, organize sürüm sistemi söz konusu olmadığı için direktife göre mesafeli satım hükümlerinin uygulama alanı dışındadır. Bu hususun bizim hukukumuz bakımından da aranması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸⁵.

Mesafeli sözleşmeler iletişim aracının türüne göre sınıflandırılmaktadırlar. Yazılı veya görsel iletişim araçları kullanılarak yapılan mesafeli sözleşmeler, telefon kullanılarak yapılan mesafeli sözleşmeler, elektronik ortamdan /internet üzerinden yapılan mesafeli sözleşmeler ve bugün için var olup da yasada açıkça adıyla belirtilmeyen ama mesafeli sözleşme olarak yapılan/yapılacak olan diğer mesafeli sözleşmeler olmak üzere dört grupta incelenmektedirler⁷⁸⁶.

Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Direktif (97/7) karşılaştırılması için bkz. GEZDER, Ü., Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2004, s. 51 vd. Anılan direktifin Türkçe metni için bkz. DEMİR, Mevzuat, s. 443 vd.

⁷⁸⁴ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 93. Bu konuda bkz. BOZBEL, s. 785, dipnot 12'de verilen örnek.

⁷⁸⁵ DEMİR, Mesafeli Sözleşmeler, s. 25 vd. ; BOZBEL, s. 787 vd. ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 59-60 ve s. 66 vd. Ayrıca bkz. GEZDER, s. 58 vd. Hazırlanan tasarıda bu husus da gözetilmiştir. "Malların veya hizmetlerin, uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde müteşebbis ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelere mesafeli sözleşme adı verilir."

⁷⁸⁶ Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 263 vd. Elektronik sözleşme ve mesafeli satımın karşılaştırılması için bkz. YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 104-107, aynı hususta bkz. GEZDER, s. 76 vd. Mesafeli sözleşmelerin kurulmasına ilişkin geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 111 vd. ; DEMİR, Mesafeli Sözleşmeler, s. 115 vd. ; GEZDER, s. 79 vd.

Son olarak, bazı sözleşmeler, mesafeli sözleşme biçiminde yapılsalar da, yasanın uygulama alanı dışında bırakılmışlardır. Ne var ki, kanunla yapılması gereken bu düzenleme, kanunun verdiği bir yetki de söz konusu değilken yönetmelikle yapılmıştır. Yönetmeliğin “Kapsam Dışı Sözleşmeler” kenar başlıklı 11. maddesine göre; bu Yönetmelik hükümleri; Banka, sigorta ile ilgili, otomatik satış makineleri vasıtasıyla akdedilen, halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla akdedilen, açık arttırma yolu ile akdedilen, gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili, sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren, sözleşmelere uygulanmaz⁷⁸⁷.

b. Mesafeli Satım Sözleşmesinin Şekli

Mesafeli satım sözleşmesinin şeklinin değerlendirilmesi, bu sözleşme için öngörülmüş bulunan aydınlatma yükümleri için öncelikle incelenmesi gereken bir husustur. Öte yandan, TKHK m. 9/A/5 hükmünde kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin – peşin ödeme yasağı – hariç mesafeli satımlar için de geçerli olduğu ifade edilmektedir.

Yasa mesafeli sözleşmeler için bir şekil şartı getirmemiştir. Yönetmelik ise, 2007 yılındaki değişiklikten önce, mesafeli sözleşmelerin yazılı yapılmasını öngörüyor idiyse de, bu kanunun tanıdığı yetki olmaksızın şekil koşulu getirilemeyeceğinden hukuka uygun değildi. Öte yandan, mesafeli sözleşmeler için şekil şartı getirmek bu sözleşmelerin yapısına da uygun değildir⁷⁸⁸. Yönetmeliğin mevcut hükmü, “Mesafeli sözleşmenin, tüketici tarafından kullanılabilir veya sürekli olarak erişilebilir başka bir sürekli veri taşıyıcısıyla tüketiciye verilmesi zorunludur” hükmünü içermektedir. Yönetmeliğin 4/j bendine göre, sürekli veri taşıyıcısı; tüketicinin, kendisine kişisel olarak gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini sağlayan ve kaydedilen bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren her türlü aracı ifade

⁷⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. GEZDER, s. 64 vd. ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 142 vd.

⁷⁸⁸ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 275 ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 138.

etmektedir⁷⁸⁹. Esasen burada, sözleşmenin yapılması belli bir şekle tabi tutulmamıştır, sadece yapıldıktan sonra tüketiciye sözleşmeye ilişkin olarak ayrıntılı bir bilgi verme yükümü getirilmiştir. Bu sözleşme öncesi aydınlatma yükümü değildir, sözleşme çoktan yapılmıştır, keza bu bir şekil şartı da olmadığı için, yerine getirilmemesi sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz.

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken iki husus, yasanın kapıdan satış hükümlerine yaptığı atıf ve bu aşamaya kadar sürekli yollama yapmak zorunda kaldığımız TKHK m. 6/6 hükmüdür. Yasa mesafeli sözleşmeleri şekle tabi tutmamıştır, ancak 6/6 hükmü, 9/A maddesinde yazılı olarak düzenlemesi gereken sözleşmede eksiklik olmasının geçersizlik sonucunu doğurmayacağını ifade etmektedir. Buradan sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği sonucuna varmak da mümkündür. Bu öyle özensiz bir düzenlemedir ki, şekle tabi sözleşme için de şekle tabi olmayan sözleşme için de yorum yapmayı zorlaştırmaktadır.

Mesafeli satımlarda, kapıdan satış hükümlerinin – peşin ödeme yasağı hariç – uygulanacağına ilişkin düzenlemesine gelince, esasen bu hükümden hareketle de sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği sonucuna varmak mümkündür⁷⁹⁰. Ancak bu yollamanın nasıl yorumlanacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, mesafeli sözleşmeler ayrıca düzenlendiği halde, kapıdan satışlara yollama yapılmasının bir ihmal ve dikkatsizlik sonucu olduğunu ve bunu yok saymak gerektiğini ifade etmektedir⁷⁹¹. Diğer bir görüş ise, yollamanın sadece cayma hakkına ilişkin olduğunu, yani kapıdan satış hükümlerinin tümünün değil, yalnızca cayma hakkına ilişkin düzenlemenin mesafeli satımlara uygulanabilir olduğu düşüncesindedir⁷⁹². Ancak “ *Cayma hakkı süresince sözleşmeye konu olan mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasının veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesinin istenemeyeceğine ilişkin hükümler dışında kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır*”

⁷⁸⁹ Disket, sabit disk, CD Rom gibi araçlar sürekli veri taşıyıcısı olarak kabul edilebilir, yapılan sözleşme tüketiciye e – posta ile de gönderilebilir. Bu durumda, satıcı yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. Bkz. YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 136.

⁷⁹⁰ Bu yönde ASLAN, s. 464 ; DEMİR, Mesafeli Sözleşmeler, s. 104.

⁷⁹¹ İNAL, E., E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul, 2005, s. 171-172.

⁷⁹² GEZDER, s. 205. Ancak yazar 142. sayfada aksini ifade etmektedir. Bkz. GEZDER, s. 142.

hükümü böyle bir yorumun kabulünü zorlaştırmaktadır⁷⁹³. Biz, mesafeli satımlara, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin – mesafeli satımın bünyesine uygun olduğu sürece – uygulanabileceği yönündeki görüşe katılıyoruz⁷⁹⁴. Bizatihi yasa da, bu sözleşmeler için bir şekil şartı öngörmüş değildir, yönetmelikte yukarıda yollama yaptığımız hüküm de sözleşmenin yapılmasına ilişkin değil, sözleşmenin yapılmasından sonrasına ilişkin bir aydınlatma yükümü getirmektedir. Daha sonra inceleyeceğimiz sözleşme öncesi aydınlatma yükümü de, sözleşmenin yapılmasına ilişkin bir şekil şartı getirmemektedir. Sonuç olarak, kanaatimiz mesafeli sözleşmelerin şekle bağlı olmadığı, esasen bunun mümkün de olmadığı yönündedir.

Mesafeli sözleşmelerde şekil çerçevesinde mesafeli sözleşmenin taksitle satım ve kampanyalı satım olması halinin de değerlendirilmesi gereklidir. Mesafeli sözleşme için bir geçerlik şeklinin söz konusu olmadığı görüşündeyiz. Buna karşılık, taksitle satım için de sözleşmenin yazılı olması geçerlik şartıdır. Mesafeli satım sözleşmesi internet üzerinden veya telefonla kuruluyorsa, geçerlik şeklini sağlayabilmek mümkün değildir. İnternet üzerinden yapılan sözleşmeden çıktı almak da bu koşulu gerçekleştirmeye yetmemektedir. Tam anlamıyla bir çözüm olmamakla birlikte, sözleşmenin ifanın normal yolla yapılması durumunda teslim anında imzalatılması düşünülebilir⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Yasanın gerekçesinin de bu yorumu zorlaştırdığına ilişkin olarak bkz. YILDIRIM, Mesafeli Satımlar, s. 104, dipnot 204.

⁷⁹⁴ Bu yönde SERDAR, s. 121 vd. ve dipnot 14 ; YILDIRIM, Mesafeli Satımlar, s. 139.

⁷⁹⁵ Taksitle satım için bu yönde SERDAR, s. 123-124. Kampanyalı satış için karşı s. 124. Hazırlanan tasarıda, taksitle satıma ilişkin düzenlemede de, mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemede de, keza kampanyalı (ön ödemeli) satıma ilişkin düzenlemede de bu hususa ilişkin bir hüküm söz konusu değildir. Ancak mesafeli sözleşmelere ilişkin maddede şöyle bir hüküm mevcuttur. “ Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması, cayma hakkı, sözleşmenin niteliğine göre cayma hakkı süresinin ne zaman başlayacağı, cayma hakkının kullanımı ve sonuçları, hangi sözleşmelerde cayma hakkının kullanılmayacağı ile diğer uygulama usul ve esasları Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir. Bu yönetmelikte yer alan bilgilendirme, teyit, tüketiciden onay alma, teslim gibi yükümlülüklerle uyulduğunu ispat yükü müteşebbise aittir”.

c. Mesafeli Satım Sözleşmesine İlişkin Aydınlatma Yükümleri

Yasa koyucu, mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak – bu aşamaya kadar incelediğimiz sözleşmelere göre – çok daha açık bir aydınlatma yükümü getirmiştir. Bu sözleşmeler bakımından aydınlatılma ihtiyacı görece daha belirgindir. Zira satıcıyla yüz yüze gelinmeden bir sözleşmenin yapılması söz konusudur ve tüketici malı çoğunlukla katalogdan, internet sitelerindeki fotolardan veya televizyondan görmektedir. Öte yandan, cayma hakkı da bu sözleşmelerde tüketicinin korunması için çok önemlidir. Zira tüketici gereği gibi bilgilendirilse bile, düşündüğü veya beklediği gibi bir mala sahip olamaması da ihtimal dahilindedir.

TKHK m. 9/A/2'ye göre, “ Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır”. Nitekim, Yönetmeliğin “Ön Bilgiler” kenar başlıklı 5. maddesinde de, ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre, “Tüketici, *mesafeli sözleşmenin akdinden önce*, aşağıdaki bilgilerin tamamının yer aldığı *bilgilendirme formunun verilmesi suretiyle*, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim vasıtasına uygun bir şekilde bilgilendirilir”. Tüketicinin bilgilendirilmesi gereken ya da satıcının aydınlatma yükümünün konusunu oluşturan hususlar bendler halinde sayılmıştır. Buna göre, satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri ; sözleşme konusu mal ya da hizmetin temel özellikleri ; sözleşme konusu mal ya da hizmetin tüm vergiler dahil satış fiyatı ; satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi ; tüketicinin ödemelerinin nasıl yapılacağına dair bilgiler ; teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ilişkin masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler ; cayma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler ; tüketiciye bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti ; sözleşme konusu mal ya da hizmetin, teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program ; tüketicinin talep ve şikayetlerini iletebileceği satıcı veya sağlayıcının açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri, bir form çerçevesinde

açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim aracına uygun bir şekilde tüketiciye verilmelidir⁷⁹⁶.

AB'nin mesafeli sözleşmeler direktifinde, satıcının ticari amacını da – bilgilendirme çerçevesinde – ortaya koyması gereklidir. Bizim hukukumuzda, kanunda veya yönetmelikte böyle bir düzenleme yoktur. Sadece, yönetmeliğin 5. Maddesine eklenen son fıkrada, “ *Sözlü iletişim araçlarının kullanılması durumunda*, ayrıca satıcı veya sağlayıcının, kimliğini ve görüşmenin ticari amacını her görüşmenin başında tüketiciye açık bir biçimde bildirmesi zorunludur ” hükmü getirilmiştir. Yani bu zorunluluk, bizim hukukumuz bakımından, sadece sözlü iletişim araçlarıyla yapılan mesafeli sözleşmeler için söz konusudur⁷⁹⁷.

Bilginin ne şekilde aktarılacağı hususuna gelince, yönetmelik, verilmesini öngördüğü bilgilerin tümünü içeren bir bilgilendirme formuyla, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim vasıtasına uygun bir şekilde bilgilendirmeyi öngörmektedir. Form ifadesi, her ne kadar, bilgilendirmenin yazılı olması gerektiği şeklinde yorumlanabilirse de, kullanılan iletişim vasıtasına uygun olma da gözetilmiştir. Telefonla sözleşme yapılıyorsa, yazılı bilgi vermeyi beklemek işin tabiatına aykırıdır. Bu nedenle, yazılı bilgi vermenin mümkün olmadığı halde, açık ve anlaşılır bir biçimde sözlü olarak da bilgi vermenin bu yükümü yerine getirmeyi sağlayacağı kanaatindeyiz^{798 799}.

⁷⁹⁶ Satıcının aydınlatma yükümünün de konusunu oluşturan bu husulara ilişkin geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 174 vd. ; SERDAR, s. 133 vd. ; GEZDER, s. 176 vd. ; DEMİR, Mesafeli Sözleşmeler, s. 39 vd.

⁷⁹⁷ YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 184-185. Direktifte yer alıp da bizim düzenlemelerimizde söz konusu olmayan diğer hususlar için de bkz. YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 185-187.

⁷⁹⁸ Bu yönde YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 191. Direktifte form vb. (m. 4/2) bir ifade yoktur. Önemli olan, tüketicinin hangi yöntemle olursa olsun, olması gerektiği gibi aydınlatılmasıdır.

⁷⁹⁹ DEMİR, reklam veya tanıtım amaçlı prospektüsler veya kataloglarda veya web sitelerinde ön bilgilerin yer alması durumunda aydınlatma yükümünün yerine getirileceğini ifade etmektedir. Ne var ki, katalog veya web sitelerinde ürünün adı, fiyatı, genelde indirimli satış fiyatı, ödeme hususunda hangi banka kartıyla kaç taksitle satın alınabileceğine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Esasen, bunlar - tartışmalı olmakla birlikte – daha ziyade icaba davet için, tüketiciyi işlem yapmaya sevk etmek için verilen bilgilerdir. Aydınlatma yükümünün yerine getirildiğini söyleyebilmek için bizim hukukumuz çerçevesinde daha fazla bilginin verilmesi gerektiği açıktır. En azından, gördüğümüz kadarıyla, hiçbir ürüne ilişkin olarak cayma hakkına dair bilgilendirme, tüketici ürünü sipariş etmedikçe yapılmamaktadır. Kanaatimizce, yazarın ifade etmek istediği ile ifadesi arasında bir çelişki söz konusudur. Zira anılan ifadeye ilişkin dipnotta belirtilen husus ile söz konusu cümle birbirinden farklı anlamlara gelmektedir. Bkz. DEMİR, s. 40. Ayrıca bkz. YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 188.

Açık ve anlaşılır olma hususuna gelince, bu husus direktifte (m. 4/2) ve Alman Medeni Kanununda da (BGB § 312c – *klar und verständlich*) yer almaktadır. Açık ve anlaşılır olmanın tespitinde, hitap edilen müşteri/tüketici kitlesi esas alınmaktadır⁸⁰⁰. Sözleşme görüşmesinin sözlü olarak gerçekleşmesi halinde, örneğin telefonda, bu görüşmenin/ anlatımın açık ve anlaşılır olması beklenir. Sözle görüşmede, tüketicinin muhatabına sorular yönelterek de anlamadığı hususlarda bilgi sahibi olması imkanı vardır. Fakat yazılı bilgilendirme, tüketici bu olanaktan yoksundur⁸⁰¹. Bu çerçevede, bilgilerin dikkatli biçimde okunmasa dahi, göze çaracak ve açık şekilde aktarılması gerekir. Lüzum halinde, altı çizilerek, koyu karakterle yazılabilir. Açık ve anlaşılabilirlik, bilgilerin zahmetsizce okunabilmesini de gerektirir⁸⁰². Keza, verilen bilgi çerçevesinde kullanılan kelimelerin seçimine dikkat etmek gereklidir. Birkaç anlama gelebilecek, özellikle ancak uzmanların anlayabileceği hukuki kavramların kullanılmış olması halinde, bilginin açık ve anlaşılır olmayacağı açıktır⁸⁰³.

Açıklık ve anlaşılabilirlik bağlamında, bilgilendirmede kullanılacak dil de önem kazanmaktadır. Satıcı ile tüketici aynı ülkede ikamet ediyorsa, dil bir sorun teşkil etmez. Buna karşılık, satıcının tüm dünyaya erişebilir olması halinde durum farklılık arz etmektedir. Kanaatimizce, satıcıyla belli bir dil üzerinden bağlantı kuran tüketici, kendisinin bu dille bilgilendirilmesine ve sözleşmenin de bu dilden yapılmasını kabul etmek durumundadır. Satıcının, her tüketiciyi kendi dilinde aydınlatmasını beklemek kanaatimizce mümkün değildir⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ SELENKEWITSCH, I. I., BÜLOW, P./ARTZ, M., Handbuch Verbraucherprivatrecht, Heidelberg, 2005, s. 183, N. 71. Öğretide internet üzerinden gerçekleştirilen mesafeli sözleşmeler için verilecek bilgilerin, bu kişilerin klasik sözleşme yapan kişilere göre, daha yüksek bilgi ve donanıma sahip olduklarından hareketle, klasik sözleşme yapan tüketicilere verilen bilgiler kadar basit ve anlaşılır olmasının gerekmediği savunulmaktadır. Ne var ki sırf internet kullanabilmek kişinin pazar (piyasa) koşulları hakkında daha fazla bilgiye sahip olduğu, verilen bilgileri daha kolay anlayabileceği manasına gelmez. Bu nedenle de bu görüşe katılmak kanaatimizce de mümkün değildir. Bu görüşe ilişkin olarak bkz. SERDAR, s. 147 ve burada yollama yapılan yazarlar.

⁸⁰¹ YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 190-191.

⁸⁰² SERDAR, s. 146-147.

⁸⁰³ SERDAR, s. 149.

⁸⁰⁴ YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 193. Bu konuda geniş bilgi için bkz. SERDAR, s. 147 vd.

Mesafeli sözleşmeler çerçevesinde sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün gerçekleştirilmesi, bir başka deyişle öngörülen bilgilerin aktarımının teyit edilmesi aranmaktadır. Kabaca, satıcının söz konusu bilgileri, eksiksiz, açık ve anlaşılır biçimde aktarmış olmasının yanında, tüketicinin bu bilgilerin edindiğini onaylaması aranmaktadır. Bu hususu, aydınlatma yükümünün ihlali çerçevesinde üçüncü bölümde değerlendireceğiz.

Son olarak, yasa koyucu, mesafeli sözleşmeler bakımından sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün dışında, sözleşme sonrasına ilişkin de bir aydınlatma yükümü getirmiştir. Düzenleme yönetmeliğin 7. maddesinde yer almaktadır. Ancak adından da anlaşılacağı üzere, bu noktada sözleşme kurulmuştur. Bu nedenle inceleme konumuz dışındadır⁸⁰⁵.

8. FİYAT ETİKETİNE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

TKHK'nun "Fiyat Etiket" kenar başlıklı 12. maddesine göre, "Perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine *kolaylıkla görülebilir, okunabilir* şekilde o malla ilgili *tüm vergiler dahil fiyat, üretim yeri ve ayıracı özelliklerini* içeren etiket konulması, etiket konulması mümkün olmayan hallerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur".

Etiket koyma zorunluluğu, tüketicinin satın alacağı malın fiyatı, cinsi, üretim yeri hakkında bilgi sahibi olmasına, bu bağlamda diğer mallarla karşılaştırma yapmasına, sonuç olarak aydınlatılmasına hizmet etmektedir⁸⁰⁶. Nihayetinde, özellikle fiyat, tüketicinin sözleşme yapıp yapmama kararında belirleyicidir.

Etiket koyma zorunluluğuna ilişkin olarak Bakanlık bir de yönetmelik yayınlamıştır. "Etiket, tarife ve fiyat listeleri yönetmeliği"⁸⁰⁷ bu yükümü ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Yönetmeliğe göre, satışa sunulan bütün mallara etiket konulması zorunluluğu yoktur. Kapsam kenar başlıklı 2. maddeye göre, "Bu

⁸⁰⁵ Bu konuda bkz. SERDAR, s. 141 vd. ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 201 vd.

⁸⁰⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 323. İsviçre hukuku için bkz. HARTMANN, s. 72 vd. ; N. 166 vd.

⁸⁰⁷ 13.06.2003 T., 25137 S. R.G.

Yönetmelik hükümleri; 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca Turizm Bakanlığında belgeli ve belgelendirilecek işletmeler dışında kalan, dükkan, büfe, mağaza, alış-veriş merkezi, depo gibi sabit satış yerleri ile hal ve pazar yerlerinde, işportalarda seyyar satıcılar tarafından veya kapıdan satış yoluyla yapılan perakende satışlar ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından tüketicilere sunulan her türlü mal ve hizmete uygulanır”. Dolayısıyla, kural olarak, ticaret konusu olup da perakende satılan mallara etiket koymak zorunludur. Buna karşılık, bazı mallar etiket koyma zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır. Bunlar da Yönetmeliğin 2. ve 6. maddelerinde ifade edilmiştir⁸⁰⁸.

Etiket, m. 4/k’ya göre, “Bir malın üretim yeri, cinsi, satış fiyatı hakkında tüketicileri bilgilendirmek ve aydınlatmak üzere kullanılan çeşitli boyut ve şekillerdeki etiketi” ifade etmektedir. Etiketın biçimi, içeriği, konulacağı yer ve konuluş biçimi de Yönetmelikte düzenlenmiştir⁸⁰⁹. 5. maddeye göre, etikette, **malın birim fiyatı, üretim yeri, cinsi ve satış fiyatının** mutlaka olması gerekmektedir. Buna karşılık, bazen bir malın üzerine etiket koymanın mümkün olmaması veya etiketin mala zarar vermesi (yapıştırma, zımbalama sebebiyle) ihtimali söz konusu olabilir. İşte bu hallerde, etiket yerine, tarife veya fiyat listesinin malın satıldığı ticarethane de uygun bir yere asılması gereklidir⁸¹⁰ (TKHK m. 12/1-2, Yönetmelik m. 5/1).

Fiyatın, Bakanlar Kurulu veya kamu kurum ve kuruluşları tarafından belirlendiği mallar bakımından, bunların belirlenen fiyatın üzerinde bir fiyatla satılması yasaktır (TKHK m. 12/4). Örneğin petrol ve petrol ürünlerinin fiyatı Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir. Bu madde esasen TTK m. 1466’ın tekrarı niteliğindedir⁸¹¹. Esas itibariyle, TKHK’a böyle bir hüküm konmasaydı da bu husus geçerli olurdu⁸¹².

⁸⁰⁸ Bunlara ilişkin olarak geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 330 vd.

⁸⁰⁹ Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 327 vd.

⁸¹⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 332-334.

⁸¹¹ “Hukuki muamelelerin yasak edilmesinin ve edalarda en yüksek hadlerin aşılmasının neticeleri” kenar başlıklı TTK m. 1466 “Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, bătıldır; şu kadar ki bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salâhiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz” şeklindedir.

⁸¹² ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 324.

Bundan başka, TKHK tüketicinin korunması için, “Etiket, fiyat ve tarife listelerinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat üzerinden satış yapılır.” (TKHK m. 12/3) hükmünü getirmiştir. Kasada, etikette yazılı olan fiyattan farklı bir fiyat bildirilmesi halinde, etiket veya kasa fiyatı değil, hangisi tüketici lehine ise o uygulanacaktır. Yasa koyucu, özellikle kasa önünde fiyatın değiştirilip tüketicinin kandırılmasının önüne geçmeyi amaçlamış olmalıdır.

Son olarak, etiket, fiyat ve tarifelerin yasaya ve yönetmeliğe uygunluğunu denetleme konusunda bakanlık ve belediyeler ayrı ayrı görevlidirler (TKHK m. 12/5). Yönetmeliğin 15. maddesinde de, daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır⁸¹³.

9. TİCARİ REKLAM VE İLANLARA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

a. Genel Olarak Ticari Reklam ve İlanlar

TKHK'dan önce ticari reklam ve ilanlara ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcut idiyse de, tüketicinin etkin biçimde korunabilmesi, bu kanunun yürürlüğe girmesi ile söz konusu olabilmıştır⁸¹⁴. Son olarak 4822 sayılı kanunla ticari reklam ve ilanları düzenleyen hükümlerde değişiklik yapılmış, ayrıca bu konuyu düzenleyen tebliğ ilga edilmiş ve 14.06.2003 tarihinde “Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir. Ayrıca 01.08.2003 tarihinden bu yana “Reklam Kurulu Yönetmeliği” de yürürlüktedir⁸¹⁵.

⁸¹³ Denetim kenar başlıklı 15. madde şu şekildedir. “Bakanlık Müfettişleri ve kontrolörleri ile Bakanlıkça ve belediyelerce görevlendirilecek personel; mağaza, dükkan, ticarethane gibi her türlü mal satılan veya hizmet sunulan yerlerde, Kanunun 12 nci maddesi ve bu Yönetmeliğin uygulanması ile ilgili olarak denetleme yapmaya görevli ve yetkilidirler. Yapılan denetimlerde bu Yönetmeliğe aykırılıkların tespiti halinde satıcılar hakkında Kanunun 25 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır. Yetkili ve görevli kişi ve kuruluşlara her türlü bilgi ve belgelerin doğru olarak ve istendiği zaman gösterilmesi, asıl veya onaylı kopyalarının verilmesi zorunludur.”

⁸¹⁴ TKHK'dan önceki dönem için ayrıntılı bilgi için bkz. GÖLE, S. 33 vd.

⁸¹⁵ Bu yönetmelikte son olarak 29.08.2006 tarihinde 26274 sayılı RG ile değişiklik yapılmıştır. TKHK m. 17/1'e göre, “Ticari reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilânları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 16 ncı madde hükümlerine aykırı reklam ve ilânları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Reklam Kurulu kararları Bakanlıkça uygulanır”. Reklam kurulu ve kurulun denetimine ilişkin geniş

Ticari reklam ve ilan, Yönetmeliğin 4/h bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, ticari reklam ve ilan “ Mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu ”, ifade eder. Bu *reklam ve ilanların*, TKHK m. 16/1 gereği, *kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru* olmaları esastır. Öte yandan, müteakip fıkrada da, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilânlar ve örtülü reklam yapılamayacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkrada yer verilen hususlar, esas itibariyle ilk fıkrada belirlenen ilkelere aykırılık teşkil eden özel bazı durumlardır, bunlar örnek kabilinden sayılmıştır, dolayısıyla sınırlayıcı nitelikte değildir⁸¹⁶. Bu ilkeler, yönetmelikte daha açıklayıcı/ayrıntılı bir biçimde de yer almıştır.

TKHK m. 16’da ifade edilen hususlar, *reklamların hukuka uygunluk* koşullarıdır⁸¹⁷. Kabaca, reklamlar hukuka ve genel ahlaka uygun olmalı, aldatıcı, istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü olmamalı, reklamın reklam olduğu anlaşılmalı, yani örtülü/gizli olmamalıdır⁸¹⁸. Karşılaştırmalı reklamlar ise, ancak kanunun aradığı koşullar sağlanmak kaydıyla mümkündür⁸¹⁹.

Ticari reklam ve ilanın hukuka uygunluğu sebebiyle sorumluluk taşıyanlar, reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşlarıdır (TKHK m. 16/5). Bu kişilere ilişkin tanım Yönetmelik’te yer almaktadır. Yönetmeliğin m. 4/d bendine göre, *reklam veren, ürettiği ya da pazarladığı* malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırlattığı, içinde firmasının

bilgi için bkz. İNAL, E./ BAYSAL, B., Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008, s. 79 vd. ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 386 vd.

⁸¹⁶ İNAL/BAYSAL, s. 17. Burada sayılan hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi için s. 17 vd.

⁸¹⁷ Bu yerinde tanımlama İNAN/BAYSAL’a aittir. Bkz. s. 17.

⁸¹⁸ İNAL/BAYSAL, s. 17 vd. Aldatıcı reklamlara ilişkin olarak ayrıca bkz. GÖLE, s. 47 vd. ; ASLAN, s. 256 vd. ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 378 vd. ; ÖZDEMİR, H., Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, AÜHFD, C.53, S. 3, s. 61 vd.

⁸¹⁹ Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hükümlerin eleştirisi ve geniş bilgi için bkz. İNAL/BAYSAL, s. 54 vd.

ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayımlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir. Genellikle, reklam veren malın üreticisi (imalatçısı) olmaktadır, ama satıcının sattığı mal için reklam hazırlaması halinde, **reklam veren** sıfatına haiz olacağı açıktır. Kaldı ki, satıcı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bağlamında, reklamda yer alan zikir ve vaaddan, reklam veren olmasa da sorumludur. Öte yandan, reklam veren, ticari reklam ve ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür (TKHK m. 16/4).

Reklamcı ve mecra kuruluşuna gelince, **reklamcı**, ticari reklam ve ilanları, reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayımlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişiyi, **mecra kuruluşu** ise, ticari reklam veya ilanı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (Yönetmelik m. 4/e ve 4/f)⁸²⁰. Reklamın hukuka uygunluğundan, reklam verenin yanında, bu kişiler de sorumludurlar.

b. Ticari Reklam ve İlanlarda Reklam Veren Satıcının Aydınlatma Yükümü

Satıcının aydınlatma yükümü ile ticari reklam ve ilanlar arasındaki bağlantı, *TKHK bağlamında* ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde mevcuttur. Reklam ve ilan, satım konusu malın zikir ve vaad edilen hususları çerçevesinde incelenir. Bu nedenle, reklamın içeriğinin doğru olmaması⁸²¹, yani var olduğu iddia edilen hususun yok olması (mürekkep lekesini bile çıkararak deterjan) veya yok olduğu söylenen hususun var olması (hiçbir katkı maddesi içermeyen bebek maması), ayıbın maddi koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir.

⁸²⁰ Mecra da, m. 4/g'ye göre, reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri, ortamı (televizyon, her türlü yazılı basın, internet, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı işler gibi reklam taşıyan malzemeler) ifade eder.

⁸²¹ Ayıba karşı tekeffül çerçevesinde, reklamın hukuka uygunluğu çerçevesinde incelenen hususların, örneğin genel ahlaka aykırılığın, istismar edici olmanın dışında, sonuçta incelenen husus içeriğinin doğru olmamasıdır. Şöyle ki, satıcıyı ayıptan sorumlu tutmak için, malın reklamında yer alan özelliklerinin gerçekte mevcut olmaması veya tam tersi gereklidir.

Buna karşılık, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesindeki satım sözleşmeleri için, malın reklamında belirtilen hususların zikir ve vaad olduğunu kabul etmek, TKHK'un aksine, oldukça zordur. TKHK, açıkça reklam ve ilanlardaki hususların malın ayıbının belirlenmesi noktasında dikkate alınacağına amirdir. Bunun için reklam verenin bizatihi satıcı olması de gerekli değildir. Borçlar Kanununa göre ise, öncelikle bir reklam ve ilanı zikir ve vaad sayabilmek için, satıcının, TKHK anlamında reklam veren olması gereklidir. Reklam hazırlamanın alelade bir iş olmadığı düşünülüğünde, kanaatimizce, kendisinin bizatihi bir reklam hazırlaması gerekme de, reklamdan, belirtilen vasıfları ifade edenin satıcı olduğunun anlaşılması gereklidir. Üreticinin reklam hazırladığı veya hazırlattığı halde, kural olarak satıcı bunları zikir ve vaad etmiş sayılmaz⁸²². Ancak kanımızca, satıcı, sözleşme görüşmeleri bağlamında malın reklamına yollama yapıyorsa, reklamda da söylendiği/belirtildiği gibi ifadeler kullanıyorsa, zikir ve vaad etmiş sayılabilir.

İkinci olarak, vasıfların sözleşmenin yapılmasını etkilemiş olması gereklidir. TANDOĞAN'ın ifadesiyle, “sırf reklam mahiyetindeki beyanlar”, tekeffül borcu doğurmaz. Örnek olarak, “kronometre gibi çalışan makine”, taşınmazlar için “kullanışlı taksimat”, “ideal yer” gibi ifadeleri belirtmiştir⁸²³. Buna karşılık, satıcının beyanının – bu çerçevede reklamdaki beyanın – sözleşme yapılmasına yol açacak kadar ciddi olduğu ve ticarete mutaden yapılan genel nitelikte bir vaadi kapsamadığı – sırf reklam mahiyetinde olmadığı – hallerde, ayıba karşı tekeffülden söz etmek mümkündür⁸²⁴. Ancak, reklamda ifade edilen hususların olmaması halinde, satıcının sorumluluğu üstüne almak istediğinin de reklamdan anlaşılması gereklidir⁸²⁵. Özetle, Borçlar Kanununa tabi satım sözleşmeleri için, bu koşulların gerçekleşmesi gözetilecektir⁸²⁶.

TKHK çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutabilmek içinse, reklam veren sıfatına haiz olması gerekmediği gibi, reklamdaki hususları ayrıca zikir ve vaad etmesine de

⁸²² GÖLE, s. 152.

⁸²³ TANDOĞAN, s. 166.

⁸²⁴ TANDOĞAN, s. 166 ; GÖLE, s. 152.

⁸²⁵ TANDOĞAN, s. 166.

⁸²⁶ Hemen belirtelim ki, Borçlar Kanununa tabi satımlar için ayıba karşı tekeffül hükümleri ile alıcıyı korumak zor olsa da, reklamlara ilişkin diğer hükümler – haksız rekabete ilişkin hükümler gibi – saklıdır. Bu konuda bkz. GÖLE, s. 153 vd.

gerek yoktur. Satıcı, reklamda ifade edilen hususları bilmesede de, yani kendisi esas itibariyle yanlış/eksik bilgi vermek suretiyle, bilgi verme yükümünü ihlal etmesede de ayıplı maldan sorumludur. Bu konuda, yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Bundan başka, TKHK, *sırf reklam mahiyetindeki beyanlar* gibi bir ayırım getirmemiştir. Her reklamda bir ölçüde abartı olacağından hareketle, reklam verenlerin sorumluluktan kurtulmalarını engellemiştir. Zira TKHK m. 16/4'e göre, reklam veren, ticari reklam veya ilânda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür. Bu hükümle, reklamdaki dolaylı sorumlu olanların, deyim yerindeyse, her reklamda abartı olabileceğini düşüncesinin arkasına sığınmalarını engellemek amaçlanmıştır. Reklamda, deterjanın mürekkep lekesini çıkardığı gösteriliyorsa, fakat gerçekte böyle değilse, reklam verenin her reklamda abartı olacağını ifade edip sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁸²⁷.

10. ZARARLI VE TEHLİKELİ MAL VE HİZMETLERE İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ

TKHK m. 18/1 “Tüketicinin kullanımına sunulan mal ve hizmetlerin kişi beden ve ruh sağlığı ile çevreye zararlı veya tehlikeli olabilmesi durumunda, bu malların emniyetle kullanılabilmesi için üzerine veya ekli kullanım kılavuzlarına, bu durumla ilgili açıklayıcı bilgi ve uyarılar, açıkça görülecek ve okunacak şekilde konulur veya yazılır.” hükmünü içermektedir. Bundan başta, hangi mal ve hizmetlerin açıklayıcı bilgi ve uyarıları taşıması gerektiği ve bu bilgi ve uyarıların şeklini ve yerini ilgili bakanlık ve diğer kurumların birlikte tespit ve ilanla görevli olduğu da düzenlenmiştir (TKHK m. 18/2).

Mala ilişkin olarak, zararlı ve/veya tehlikeli olduğuna ilişkin uyarılar, özellikle ve/veya öncelikle tüketicinin bütünlük menfaatini korumaya yönelmiştir. Bir malın tehlikeliliği veya belirtildiği gibi kullanılmamasının yapacağı etkiler, tüketicinin o malı alıp almamaya ilişkin kararını da etkileyecektir. Henüz emekleyen bir bebeği olan anne için, halı şampuanının yeterince durulanmadığı takdirde ciddi

⁸²⁷ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 374-375.

alerjik reaksiyonlara yol açacağı bilgisi, sözleşme yapıp yapmamak yani o malı satın alıp almamak konusunda belirleyicidir. Muhtemelen, alerjik reaksiyon ihtimali, bu noktada halı şampuanının fiyatından da daha belirleyici olacaktır. Bir başka deyişle, bütünlük menfaatlerinin korunması, mal varlığı menfaatinin önüne geçecektir.

Hangi malların uyarı taşıyacağı, ilgili bakanlık ve ilgili kurumların birlikte çalışması sonucu belirlenecektir. Bu konuda tek bir yönetmelik veya tebliğ söz konusu değildir. Örneğin, oyuncak güvenliğine ilişkin “Oyuncaklar Hakkında Yönetmelik”⁸²⁸, sıvılaştırılmış petrol gazları (LPG)⁸²⁹ için tebliğ çıkarılmıştır. İhtiyaç hasıl oldukça, yeni düzenlemeler yapılacağı da açıktır⁸³⁰.

III. ARA SONUÇ

Satım sözleşmesi, satıcının bir malın mülkiyetini alıcıya devretme borcu altına girdiği, buna karşılık alıcının da, satıcıya, satış parası ödemeyi taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen isimli bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin, TKHK anlamında satıcı ile tüketici arasında ve TKHK anlamında bir mala ilişkin olması halinde tüketici satımı söz konusu olmaktadır. TKHK’da düzenlenen sözleşmeler sadece satıma ilişkin değildir, bu çerçevede yapılan hukuki işlemler, tüketici işlemidir. Bizim bu bölümde incelediğimiz tüketici işlemi ise tüketici satımıdır.

Yasa koyucu, tüketici satımlarına ilişkin olarak bazı sözleşmelerde açık aydınlatma yükümleri getirmiştir. Bunun dışında, ayıba karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi, açık düzenleme olmamakla birlikte, sonuçtan hareketle muhatabın aydınlatılması gerektiğine vakıf olduğumuz veya bilgi verme konusunda önemli olduğunu düşündüğümüz normlar da mevcuttur. Bu bölümde, bilgi vermeyle dolaylı da olsa bağlantılı olan düzenlemeler de değerlendirilmiştir. Ancak, yasa koyucunun açık olarak düzenlediği aydınlatma yükümlerinin yerine getirilmesi, aynı sözleşmeye

⁸²⁸ Bu yönetmelik Sağlık Bakanlığı tarafından çıkartılmıştır. 17.05.2002 T., 24758 R.G. En son 22.11.2006 T., 26354 S. R.G. ile değişikliğe uğramıştır.

⁸²⁹ 23.12.2000 T., 24249 S. R.G.

⁸³⁰ Bu konuda bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 404 vd.

ilişkin olarak dürüstlük kuralından başkaca bir aydınlatma yükümünün doğmayacağı anlamına gelmez. Biri diğerini bertaraf etmez.

Müteakip bölümde, ilk önce buraya kadar inceleye geldiğimiz, aydınlatma yükümünün ne şekilde ihlal edilebileceğini açıklamaya çalışacağız. Aydınlatma yükümünün ihlali çerçevesinde, aydınlatma yükümlüsünün hile yapması söz konusu olabileceği gibi, kast düzeyinde olmamakla birlikte, muhatabın hataya düşmesine sebep olunması da ihtimal dahilindedir. Öte yandan, muhatabın bilgisizliğinden faydalanma/sömürme hali mevcutsa, gabin hükümleri de uygulanabilir. Yükümlülüğün ihlalden sonra, hile, hata ve gabin, yani irade sakatlıkları hükümlerine göre ortaya çıkabilecek sonuçları değerlendireceğiz. Bu bağlamda, esas itibariyle, sözleşmenin iptali önem taşımaktadır. Devamında, ilk bölümde de çokça değindiğimiz culpa in contrahendo, özellikler modaliteler bazında incelenecektir. İrade sakatlıkları ile culpa in contrahendo arasında çok yakın bir bağlantı söz konusudur. Aydınlatma yükümünü ihlal edilmesine karşın, sözleşmenin kurulduğu ve iptal edilmediği, devamında da satıcının edimini ifa ettiği halde, bu durum ifanın ayıplı olması sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla da, bu defa ayıba karşı tekeffül sorumluluğu devreye girecektir. Tabi bu noktada, irade sakatlığı, culpa in contrahendo ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin birbirleri karşısındaki durumunun da irdelenmesi gereklidir. İhlal türlerinden sonraki paragraflarda bu hususlar değerlendirilecektir.

Üçüncü bölümde son olarak değerlendireceğimiz husus, TKHK'da düzenlenen, bizim ikinci bölümde incelediğimiz, aydınlatma yükümlerinin ihlalinin sonuçlarıdır. İrade sakatlıkları, culpa in contrahendo, ayıba karşı tekeffül hükümleri, kural olarak her sözleşme için söz konusu olabilir. Son olarak değerlendireceğimiz husus ise, spesifik hükümler bağlamında ihlalin sonuçlarıdır. Örneğin, cayma hakkına ilişkin aydınlatma yükümünün yerine getirilmemesinin sonuçları bu çerçevede incelenecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖNCESİ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ VE SONUÇLARI

§ 1. Yükümlülüğün İhlalinin Görünümleri

Aydınlatma yükümlüsü, bilgi verme yükümünü çeşitli şekillerde ihlal edebilir veya yerine getirmeyebilir. Bunlar, aydınlatmadan kaçınma/ hiç bilgi vermeme ; yanlış bilgi verme ; yetersiz/eksik bilgi verme ve fazla bilgi vermedir⁸³¹.

I. AYDINLATMADAN KAÇINMA

Aydınlatmadan kaçınma, aydınlatma yükümü ihlalinin en tipik örneğidir. Belirttiğimiz gibi, açık bir kanun hükmü söz konusu değilse, dürüstlük kuralının muhataba bilgi vermeyi emretmesi gereklidir. Bu bağlamda, satıcının, satım konusu arazinin büyüklüğünün, tapuda yazılı olan ölçüyle örtüşmediğini söylememesi aydınlatma yükümünün ihlalidir. Susma veya aydınlatmadan kaçınma, sadece sözlük anlamıyla susmak suretiyle değil, muhatabın (aydınlatılması gerekenin) aydınlatılması gereken konuya ilişkin olarak, bilgi sahibi olmasını sağlayacak her türlü davranıştan kaçınmak suretiyle de gerçekleşebilir⁸³².

Susma çerçevesinde, yukarıda aydınlatma yükümünün koşulları bağlamında değerlendirilmiş olan bir hususa, konu bütünlüğü açısından tekrar değinmek istiyoruz. Şöyle ki, aydınlatma yükümü, muhatabın kendisinin bilgi sahibi olabileceği veya olmak zorunda olduğu hususlarda söz konusu değildir. Aydınlatma yükümünün başladığı nokta, kişinin kendisinin araştırma yükümünün (Erkundigungspflicht) bittiği noktadır. Bu halde, aydınlatma yükümü mevcut değildir. Federal Mahkeme, bu konuda, susma ile hileye sebep olma çerçevesinde, birbiriyle çelişen kararlar vermiştir. Tartışılan husus, muhatabın kendisinin bilgi sahibi olabileceği veya olması gereken konuda, diğer tarafın aydınlatma yükümünün yine de olup olmadığıdır. Bu kararlar ve görüşler yukarıda değerlendirilmiştir⁸³³. Ancak

⁸³¹ HARTMANN, s. 77, N. 179.

⁸³² GILOMEN, s. 60.

⁸³³ Bkz. Bölüm II, §3, IV, C, 1.“Aydınlatılma İhtiyacı” başlığı altındaki açıklamalar.

ulaştığımız sonucu, burada tekrar ifade etmek istiyoruz. Her ne kadar bir yanın bilme yükümlülüğü, diğer tarafın aydınlatma yükümünü ortadan kaldırıyorsa da, bu muhatabın bilgisizliğinden bilinçli olarak faydalanma hakkı vermez. Bu noktada sınır hiledir. Susmak suretiyle hile ile sözleşme kurulmasını sağlayan görüşmeci, aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı itirazında bulunamaz, zira bu yükümün olmaması, kendisine bilgisizlikten faydalanıp hileyle sözleşme yapma hakkı vermez.

II. YANLIŞ BİLGİ VERME

Yükümlülüğün ihlali, yükümlünün muhatabına bilgi vermemesi/ susması dışında, yanlış bilgi vermesi suretiyle de gerçekleşebilir. Örneğin, satıcının satım konusu arazinin çığ tehlikesine maruz olduğunu söylemeyip alıcının sorusuna cevaben ekilip biçilmeye uygun olduğu söylemesi, böylece alıcının araziden dilediği üzere faydalanabileceğine ilişkin inancını tahkim etmesinde, keza, kapıdan satışlarda, satıcının cayma süresinin üç gün olduğunu söylemesinde bu hal söz konusudur⁸³⁴.

Susmanın dışında, yanlış bilgi verme çerçevesinde söz konusu olabilecek iki ihtimal mevcuttur. Esasen, bunlar hileye vücut veren davranış tarzlarıdır. Her ne kadar, yukarıda bu hususa yer verilmiş de olsa, bu aşamada tekrar değinmek isteriz⁸³⁵. Hile teşkil eden davranış, yanlış bilgi verme şeklinde (ekilip biçilebilir arazi) gerçekleşebileceği gibi, ört-bas etme şeklinde de gerçekleşebilir. Ancak bu ikisi arasındaki farkı ayırt edebilmek güçtür. Örneğin, satıcı, en son dört yıl önce revizyondan geçmiş makinenin, kısa süre önce tamir edildiğini söylüyorsa, hem kısa süre önce tamir edildiğini ifade etmekle yanlış bir vakıa ileri sürmekte/ yanlış – gerçeğe aykırı bilgi vermekte, hem de gerçeği (dört yıl önce revize edildiği gerçeğini) ört bas etmektedir⁸³⁶. Ancak her halde, yanlış bilgi verme veya ört – bas etme veyahut da her ikisi birlikte ika edilmek suretiyle aydınlatma yükümü, çok açık bir şekilde ihlal edilmektedir. Esasen, ikisi arasındaki sınırı ortaya koymak da kural olarak çok önemli değildir. Önemli olan konu, susma ile yanlış vakıalar ileri sürme

⁸³⁴ HARTMANN, s. 78-79, N. 182.

⁸³⁵ Bkz. Bölüm II, §2, III.

⁸³⁶ GILOMEN, s. 51.

ve/veya ört – bas etme arasındaki ayırım/sınırdır⁸³⁷. Zira, aydınlatma yükümünün var olup olmadığını incelemeyi gerektiren durum, yanlış bilgi verme ve/veya ört – bas etmede değil, susmada söz konusudur. Açık kanun hükmü veya dürüstlük kuralı emretmedikçe, susma aydınlatma yükümünün ihlali sonucunu doğurmaz, buna karşılık, bir aydınlatma yükümünün varlığından bağımsız olarak, yanlış bilgi verme, kural olarak her halde dürüstlük kuralının ihlalidir⁸³⁸. Bu noktada, bir aydınlatma yükümü ihlalinin söz konusu olup olmadığı, somut olayda, yanlış bilgi verme ve/veya ört – bas etme yoksa incelenir⁸³⁹.

Aydınlatma yükümü getiren yasa hükümleri ile, dürüstlük kuralının aydınlatma yükümü getirmesinin koşulları yukarıda değerlendirilmiştir. Değerlendirmenin öğretinin bugüne kadar belirlediği ilkeler ışığında somut olayın özelliklerine göre yapılması gerekmektedir.

III. YETERSİZ AYDINLATMA

Yetersiz aydınlatma, diğer bir ifade ile yetersiz bilgi verme çeşitli ihtimallere göre değerlendirilebilir. Verilen bilginin anlaşılmasız olması, eksik olması veya zaman bakımından geç bir vakitte verilmiş olması bu bağlamdadır.

Aydınlatma yükümlüsü, muhatabını esas itibariyle bilgilendirmiş, hatta bunu eksiksiz yapmış olabilir. Ancak, bilgi muhatabın anlayacağı bir dille aktarılmamıştır. Örneğin, bir doktorun hastasına, hastasının kararı için önemli olan bilgileri, kendi meslek diliyle anlatmasında, bu şekilde bir ihlal söz konusu olur⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Bu konu Federal Mahkemenin bir kararında tartışılmıştır. Karara konu olayda, bir otomobil satışı söz konusudur. Otomobil hiç kullanılmamıştır ancak üç yaşındadır. Satıcı bu hususu alıcıya söylememiş, tip sözleşmenin ilgili bölümünde yer alan “kullanılmamış/fırsat” ifadesindeki ikinci kelimeyi çizip “kullanılmamış/yeni” şeklinde değiştirmiştir. Mahkeme, bu noktada hilenin hangi davranışlarla gerçekleştirilebileceğine ilişkin bilgi vermiş ve susma yoluyla hilenin aydınlatma yükümünün varlığına, yani dürüstlük kuralının bilgi vermeyi emretmesine bağlı olduğunu ifade etmiş ve satıcının aydınlatma yükümünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. BGE 116 II 431 – 436. Bu karara ilişkin olarak bkz. YILDIRIM, s. 105, dipnot 454 ; HARTMANN, s. 77-78, N. 181.

⁸³⁸ Yanlış bilgi verme, aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmadığı halde de tazminat yükümlülüğü doğurabilir. Bu konuda bkz. ROTH, § 241, s. 86, N. 115. Karş. OLZEN, § 241, s. 248, N. 451.

⁸³⁹ HARTMANN, s. 78, N. 181.

⁸⁴⁰ HARTMANN, s. 79, N. 183.

Öte yandan, TKHK m. 6/6, yazılı yapılmasını öngördüğü bazı sözleşmeler için, yazının on iki punto ve koyu siyah harflerle yazılmasını amirdir. Esasen bu madde, haksız şartlara, dolayısıyla da gişlere ilişkin ise de, bu hüküm yazılılık koşulu içeren ve maddenin yollama yaptığı bütün sözleşmeler için, açıklık veya şeffaflık ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilebilir. Bu husus, gişler açısından içerik denetimde kullanılan ölçütlerden biri olmakla birlikte, özellikle aydınlatma yükümünün bir anlamda şekil şartı ile sağlandığı/gerçekleştirildiği sözleşmeler bakımından verilen bilginin okunabilirliği, dolayısıyla da anlaşılabilirliği ile ilintilidir. Her ne kadar on iki punto ve koyu siyah yazı karakteri, tek başına bilginin anlaşılabilir olacağı anlamına gelmezse de, bilginin dil itibarıyla açık, anlaşılır olması da okunamayacak kadar küçük yazılması halinde sonuca etkili değildir. Bu noktada, özellikle tüketicilerin de sözleşme koşullarını okumada çok istekli olmadığı dikkate alınmak gerekir.

Aydınlatma yükümü çerçevesinde aktarılması gereken bilginin eksik aktarılması da bir ihtimaldir. Yukarıda yer verildiği gibi TKHK'nun yazılı şekil koşulu getirdiği sözleşmeler bağlamında tüketiciye verilmesini istediği bir dizi bilgi söz konusudur. Bunların birinin veya bir kaçının verilmemiş olması, örneğin taksitli satımlarda peşin ve taksitli satış fiyatı, faiz oranı, keza kapıdan satılarda cayma hakkına ilişkin bilgi, cayma süresi, aydınlatma yükümünün ihlali anlamına gelir. Yükümlülük ihlalinin, tüketici satımlarına ilişkin spesifik sonuçları bu bölümün en son paragrafında değerlendirilecektir.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün, ismine uygun olarak, sözleşmenin kurulmasından önce yerine getirilmesi gereklidir. Örneğin, yukarıda incelediğimiz mesafeli satım sözleşmeleri bakımından yasa koyucu kural olarak mutlak surette sözleşmenin yapılmasından önce aktarılması gereken bilgileri düzenlemiştir. Hatta, düzenlemeye göre, bu bilgilerin edinildiği tüketici tarafından teyit etmedikçe sözleşmenin yapılamaması söz konusudur. Keza, diğer bazı yazılı sözleşmeler bakımından da, aydınlatma yükümü getirilmişse de, TKHK m. 6/6 gereği eksikliğin

daha sonra tamamlanacağı ifade edilmiştir. Yani, bu halde bilginin – kısmen⁸⁴¹ – geç verilmesi mümkün olacaktır. Esasen, bu madde nerdeyse yazılı şekil koşulu getiren bütün maddelerle çelişki halindedir. Ancak yeni bir düzenleme yapılmadıkça, yok saymak da mümkün değildir. Bilginin, bu biçimde geç aktarılması halinde de, aydınlatma yükümünün ihlali söz konusudur. Yaptırımları bu bölümün son paragrafında değerlendirilecektir.

IV. FAZLA AYDINLATMA

Bugüne kadar, aşırı/fazla bilgidен mütevellit bir dava söz konusu olmamışsa da⁸⁴², sadece az bilgilendirme değil, aşırı bilgilendirme de yükümlülük ihlaline sebep olabilir. Bu yolla, aydınlatma yükümünün ihlali, muhataba bildirilmesi gereken bilgilerin yanı sıra görüşülen sözleşme için önem taşımayan bilgilerin de bir yığın halinde aktarımında söz konusu olabilir. Yükümlü taraf, muhataba ne kadar çok bilgi verirse, muhatabın bunların içinde kararı için önemli olan bilgileri süzüp sağlıklı karar vermesi o kadar zorlaşacaktır⁸⁴³.

Genellikle, fazla aydınlatma, muhatabın çok fazla bilgi karşısında kendi kararı için önemli olanları seçmesinin beklenemediği her halde söz konusu olur. Bu noktada, muhataba aktarılan bilginin kapsamı ile görüşülen sözleşme arasındaki ilinti, aşırı bilginin var olup olmadığı hususunda önemli bir ölçüttür. Esasen, görüşülen sözleşmenin özellikleri, ikinci bölümde de ele alındığı gibi, aydınlatma ihtiyacının belirlenmesinde önemlidir. Bir mini fırın ile otomobil veya taşınmaz satımına ilişkin sözleşmeye dair aydınlatma yükümlerinin kapsamının farklı olacağı açıktır. Bu bağlamda, bisiklet kiralamaya niyetlenmiş bir kişinin, bu sözleşmeyi

⁸⁴¹ Zira, m. 6/6, yazılı şekil içinde yer alması gereken koşullardan biri veya birkaçının eksikliğini tolere etmektedir. "...sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda..." ifadesi çerçevesinde, yazılı yapılması gereken bir sözleşmenin, hiç yapılmamış (yazılı yapılmamış) olmasına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir.

⁸⁴² DRUEY, s. 68.

⁸⁴³ DRUEY, J., N., Daten-Schmutz, FS zum 65. Gebutstag von Mario M. Pedrazzini, Bern, 1990, s. 390-391 ; HARTMANN, s. 80, N. 187. Fazla bilginin "Konfusions-Effekt", karmaşıklık/anlaşılmazlık etkisi doğuracağına ilişkin olarak bkz. DRUEY, s. 68 vd. Bu hususta ayrıca bkz. WEBER, R., H., Deregulierung und Konsumentenschutz – Grundlagen, JKR 1996, Bern, 1996, s. 58. Fazla bilginin dezenformasyon sonucu doğuracağına ilişkin olarak bkz. WIEGAND, W., Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Recht 1993, s. 156.

yapmadan önce genel işlem şartlarını baştan sona okumasını beklemek yerinde değildir⁸⁴⁴.

§ 2. Sözleşmenin İptal Edilmiş Olması Halinde İhlalin Hukuki Sonuçları

I. GENEL OLARAK

İrade sakatlıkları, iki grupta incelenmektedir. Bunlar, iradenin oluşumunda sakatlık ve iradenin beyanında sakatlık halleridir⁸⁴⁵. Beyandaki sakatlıkta, işlem veya beyan iradesi normal veya sağlıklı bir şekilde oluşmakla birlikte, beyan, beyan sahibinin gerçek iradesine (işlem veya beyan) uygun değildir. Oluşumdaki sakatlıkta ise, beyan iradeye uygun olmakla birlikte, irade belli bir durum veya olay hakkında sahip olunan yanlış bir tasavvur ve düşüncenin etkisi altında oluşum aşamasında sakatlanmaktadır⁸⁴⁶. İnceleme konumuz açısından bakıldığında, tüketicinin sözleşme yapıp yapmama veya sözleşme koşullarına ilişkin kararı, yani iradesi, sağlıklı biçimde ortaya çıkmamaktadır. Ki aydınlatma yükümleri tam da bu amaca hizmet etmekte, yani söz konusu kararın sağlıklı olmasını temin etmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle, aydınlatma yükümünün ihlali sonucunda, ortaya çıkabilecek muhtemel neticelerden biri, aydınlatılması gereken tarafın iradesinin sakat olmasıdır.

İrade sakatlığı halleri, hata, hile ve ikrahtır. Hata kendi içinde, beyan hatası ve temel hatası olarak iki grupta incelenmektedir. Konumuz bağlamında söz konusu olabilecek irade sakatlığı halleri, temel hatası ve hiledir. Hata ve hileye dayanarak, hataya düşen ve/veya aldatılan taraf sözleşmeyi iptal edebilir. İptal, bu noktada aydınlatma yükümü ihlalinin bir sonucu olarak tezahür edebilmektedir. Bundan başka, aydınlatma yükümü ihlali bağlamında gabin de söz konusu olabilir. Gabin halinde de, zarar görenin iradesinin sakatlanmaktadır ve gabine dayanarak sözleşmeyi iptal mümkündür.

⁸⁴⁴ HARTMANN, s. 81, N. 188.

⁸⁴⁵ Geniş bilgi için bkz. KLAUSBERGER, K., Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich, 1989, s. 1 vd., s. 20 vd.

⁸⁴⁶ EREN, s. 340.

Hataya düşen, kendi kusuru sebebiyle yanılabilceği gibi, muhatabının aydınlatma yükümünü ihlal etmesi sebebiyle de, yani muhatabının kusuruyla da yanılabilir. İkinci duruma ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Ancak öğretilerde, yükümlülüğü ihlal edenin tazminat borcu olması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁴⁷. Hile de ise, zaten aldatanın kast düzeyinde kusuru olmak zorundadır.

İrade sakatlığı halleri, bütün sözleşmeler için, bu bağlamda tüketici satımları için de söz konusu olabilir. Öte yandan, TKHK’da aydınlatma yükümünün ihlaline bağlı olarak ortaya çıkabilecek spesifik bazı sonuçlar da söz konusudur. Keza, bu sonuçların yanında, culpa in contrahendo sorumluluğa dayanarak tazminat borcunun doğması da mümkündür.

Muhatabının kusuruyla hataya düşmede ve hilede, aldatan ve hataya düşüren açısından bir culpa in contrahendo - sözleşme öncesi kusur/kusurlu davranış mevcuttur. Bu kusurlu davranışın neticesi hataya düşen veya aldatılan için sözleşmenin iptali dışında, culpa in contrahendodan doğan tazminat alacağı da söz konusu olabilecektir.

II. HATAYA DAYALI OLARAK SÖZLEŞMENİN İPTAL EDİLMESİ VE TAZMİNAT

A. GENEL OLARAK HATA

BK m. 23 “ Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akid ile ilzam olunamaz” hükmünü içermektedir. Müteakip maddede ise, sıklıkla söz konusu olabilen hata hallerine yer verilmiş ve bunlar *esaslı hata* olarak nitelendirilmişlerdir. İlk üç bendde düzenlenen hata halleri beyan hatalarıdır. Son bendde ise temel hatası düzenlenmiştir.

Hata, en geniş şekilde, gerçek hakkında farkında olmadan, yani bilinçsiz olarak, doğru bir tasavvur sahibi olmamak diye tanımlanmaktadır. Bu tanımlama,

⁸⁴⁷ GONZENBACH, s. 228 vd. ve burada yollama yapılan yazarlar. DEMİRCİOğLU, s. 216.

hem dar anlamda hatayı, yani bir olay veya durum hakkında yanlış veya eksik tasavvuru, hem de bilgisizliği, yani bir olay, durum veya gerçek hakkında hepten bilgisiz olmayı, herhangi bir tasavvur sahibi olmamayı da içermektedir⁸⁴⁸. Bir olay ya da duruma ilişkin tasavvurun gerçekliği hususunda şüphe varsa hata söz konusu olmaz. Keza, bilinçli olarak gerçeği bilmeme de hata değildir⁸⁴⁹.

Hata, beyan hatası – temel hatasından başka, beyan hatası – saik hatası, esaslı hata – esaslı olmayan hata olarak da gruplandırılmaktadır. Beyan hatasında, işlem veya beyan iradesi sağlıklı bir şekilde oluşmakta, ancak beyan iradeden sapmaktadır. Bu nedenle, beyan hatasında, gerçek anlamda irade sakatlığının olmadığı da ifade edilmektedir⁸⁵⁰. Buna karşılık, saik hatasında, gerçek bir irade sakatlığı söz konusudur. Bir kimseyi, belli içerikte bir sözleşme yapmaya sevkeden bir olay veya durum hakkındaki düşünce ve tasavvurlar saiktir. Bu saiklerin, yanlış olması, gerçek duruma uymaması halinde, irade sakat olarak teşekkül eder⁸⁵¹. BK m. 24/2'ye göre, akdin yalnız saiklerine taallük eden hata, esaslı değildir. BK m. 24/1 ise, esaslı hataya düşene iptal hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla, kural olarak saik hatasına duçar olan kişi, hatası esaslı sayılmadığından, hataya ilişkin hükümlere dayanamayacaktır. Bunun istisnası⁸⁵², BK m. 24 b. 4'de düzenlenmiş bulunan esaslı saik hatasıdır. Anılan bendeki koşulları içeren saik hatası, mevsuf saik hatası, diğer bir söyleyişle temel hatasıdır. Bu hata, hataya düşene iptal hakkı verir. Aydınlatma yükümü – hata ilişkisi de, aydınlatma yükümünün iradenin oluşum safhasıyla ilgili olması nedeniyle, temel hatası bağlamında ortaya çıkabilir.

⁸⁴⁸ EREN, eski baskı, s. 340 ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı (Hata), s. 30-31 ; EDİS, S., Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata (Hata), Ankara, 1973, s. 8 ; ÖZSUNAR, E., Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara, 2005, s. 81-82 ; HEIZ, C., Grundlageirrtum, Zürich, 1985, s. 12 vd. ; KOLLY, G., Der Grundlageirrtum nach Art. 24 OR : Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich, 1978, s. 11 vd. Çeşitli hukuk sistemlerinde hataya ilişkin düzenlemelerin topluca değerlendirilmesi için bkz. KRAMER, E. A., Der Irrtum beim Vertragsschluss (Irrtum), Zürich, 1998, s. 17 vd.

⁸⁴⁹ EREN, s. 340-341 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 23, s. 243, N. 3.

⁸⁵⁰ EREN, s. 343.

⁸⁵¹ EREN, s. 342.

⁸⁵² Diğer istisnaları hile ve ölüme bağlı tasarruflardaki saik hatalarıdır. Bkz. EREN, s. 343.

B. TEMEL HATASI

BK m. 24/1, b. 4'e göre, hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınmasına ticari doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması hali esaslı hata hallerinden biridir. Bizim kanunumuzda *akdin lüzumlu vasıfları* şeklinde yer alan husus, İBK'da *sözleşmenin zorunlu temeli* olarak ifade edilmiştir⁸⁵³.

Bir saik hatasının, esaslı hata, yani temel hatası olabilmesi için üç unsur içermesi gereklidir. Öncelikle, hatanın sözleşmenin saiklerine ilişkin olması, yani kişiyi sözleşmeye yapmaya yönelten belirli bir olay veya duruma dair tasavvurunun, gerçek durumdan sapması/ farklı olması, dolayısıyla işlem iradesinin dayanağının da yanlış bir tasavvura dayanması gereklidir⁸⁵⁴. Öte yandan, hata eden, bu yanlış veya eksik tasavvurları sözleşmenin zorunlu temeli saymış olmalıdır. Hata eden hata ettiği hususları, *tasavvurlarının gerçek durumdan saptığını*, bilse idi – halının İran halısı değil taklidi olduğunu, tablonun orijinal değil reproduksiyon olduğunu – sözleşmeyi hiç yapmayacak veya bu şekilde yapmayacak idi ise, anılan hususları sözleşmenin zorunlu temeli olarak görmüş sayılır. Bir başka deyişle, bu yanlış ve/veya eksik tasavvur ile kişinin sözleşme yapma kararı arasında illiyet bağı olmalıdır⁸⁵⁵. Bu koşul, subjektif unsur olarak nitelendirilmektedir. Son olarak, kişinin sözleşmenin zorunlu temeli saydığı hususun/hususların, dürüstlük kuralına, bir başka deyişle, işlerde dürüstlük, ticari doğruluk kurallarına göre hareket eden makul ve dürüst kişilere göre de, sözleşmenin zorunlu temelini oluşturması gereklidir. Bu objektif unsurdur. *Dürüstlük kuralı, hataya düşenin, iradesinin dayanağını oluşturan tasavvuru sözleşmenin zorunlu temeli olarak görmesini haklı göstermelidir*. Dürüst ve makul her kişi, hataya düşenin sözleşmenin zorunlu temeli saydığı hususa ilişkin olayın/durumun doğru olmadığını bilseydi – halının İran halısı değil taklidi olduğunu, tablonun orijinal değil reproduksiyon olduğunu – böyle bir sözleşmeyi

⁸⁵³ “wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine *notwendige Grundlage des Vertrages* betrachtet wurde”.

⁸⁵⁴ EREN, s. 350.

⁸⁵⁵ BUCHER, s. 206 ; KLAUSBERGER, s. 54 vd. ; HARTMANN, s. 88, N. 209 ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 159 ; EREN, s. 353.

yapmayacağını, nitekim aynı durumda kendilerinin de söz konusu sözleşmeyi yapmayacaklarını kabul etmelidirler⁸⁵⁶.

Temel hatası için, dördüncü bir unsurun gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu unsur, karşı tarafın hata edenin saikini/ saiklerini, yani hata edenin sözleşmenin zorunlu temeli saydığı durumu bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir. Bir görüşe göre, karşı taraf hata edenin saiklerini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa temel hatası gerçekleşmez. Bir başka deyişle, subjektif ve objektif unsurdan başka, bir de muhatabın hataya düşenin saiklerine vakıf olması veya olmasının beklenmesini aramaktadır⁸⁵⁷. Esas itibariyle, subjektif ve objektif unsurdan başka, muhatabın subjektif unsura da vakıf olmasını aramaktadır. Diğer görüş ise, normun sadece subjektif ve objektif unsuru getirdiğini, bundan başka bir koşul aramadığını kabul etmektedir⁸⁵⁸. Bu görüşü savunan KELLER/SCHÖBI'ye göre, bu koşul maddenin metninden çıkmadığı gibi, anlamından da çıkmamaktadır. Zaten norm yanılanın saikinin, dürüstlük kuralına göre hareket eden makul dürüst muhataplar için de sözleşmenin zorunlu temeli olmasını aramaktadır⁸⁵⁹. Böyle bir unsurun varlığını gözetmek, temel hatasına ilişkin hükmün uygulanmasını zorlaştırır, hataya düşen objektif ve subjektif unsura rağmen sözleşmeyi iptal edemez⁸⁶⁰. Biz bu gerekçelere katılıyoruz, kanaatimiz temel hatası için subjektif ve objektif unsurun yeterli olduğu yönündedir.

⁸⁵⁶ EREN, s. 350-351, 353 ; HARTMANN, s. 88-89, N. 209. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 159 vd. ; EDİS, Hata, s. 60 vd.

⁸⁵⁷ KOLLY, s. 71, N. 340 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 23/24, s. 205 vd., N. 512 vd. ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 24, s. 251, N. 23. Türk hukukunda EREN, s. 351 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 431. Objektif unsurun bir sonucu olduğu yönünde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 161 vd. Benzer şekilde OĞUZMAN/ÖZ, s. 89-90. Federal Mahkemenin bu koşulu arayan kararları için bkz. GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 165, dipnot 108'de yollama yapılan kararlar.

⁸⁵⁸ KELLER/SCHÖBI, s. 169 ; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 165, N. 781. Karş. ZEHNDER, A., Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht, Zürich, 1993, s. 133-134 ; HEIZ, s. 103-104 ; KLAUSBERGER, s. 62 vd.

⁸⁵⁹ KELLER/SCHÖBI, bu koşulu şöyle açıklamaktadır. BK/OR 24/1 b. 4 şunu şart koşmaktadır. Yanılan, hatasının dayandığını hususu yani saikini sözleşmenin zorunlu temeli saymaya, ticari işlerdeki dürüstlük kuralına göre izinli olmalıdır. Bu noktada, yani objektif unsurun değerlendirilmesinde, belirleyici olan, dürüstlük kuralına göre de, söz konusu hususun sözleşmenin zorunlu temeli olarak görülme zorunda olmasıdır. Yanılanın muhatabı için bu şu anlama gelmektedir. Objektif unsur gerçekleştiği için, muhatap, yanılanın saikinin sözleşmenin olmazsa olmaz temel olduğunu kabul etmeli veya kabul etmek zorunda olmalıdır. Kabul etmek zorundadır, ancak fark etmesi gerekmez ya da fark etmek zorunda değildir. KELLER/SCHÖBI, s. 168-169.

⁸⁶⁰ KELLER/SCHÖBI, s. 169.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ilk görüşü kabul etmektedir. Ancak muhatabın saikleri bilmesi koşulunu, objektif unsurun bir sonucu saymaktadır. Bununla birlikte, muhatabın hataya düşenin saiklerini bilmesi kafidir, ayrıca hataya düştüğünü de bilmesi gerekmez⁸⁶¹. Yazara göre, ancak bu halde, karşı tarafın hata sebebi ile iptal edilme rizikosuna altında bir sözleşme yaptığı, bu rizikoyu önceden üzerine aldığı söylenebilir⁸⁶². Öncelikle yasa, muhatabın hataya düştüğü hususa vakıf olmasını aramamaktadır. Bundan başka, yukarıda yer verilen tablo örneği bağlamında bu görüşü değerlendirdiğimizde, hataya düşenin orijinal olduğunu düşünerek satın aldığı tablonun reproduksiyon çıkmasında, muhatabın hataya düşenin tablonun orijinal olduğu saikine vakıf olması gerekmektedir. Vakıf olmalıdır ki, iptal rizikosunu üstüne almış olsun. Buna karşılık, hataya düştüğünü bilmesine gerek yoktur. Bir kişinin, muhatabının sözleşme yapma saikini bilip de – orijinal tablo – yanlış olduğunu anlamaması için kendisinin de duruma vakıf olmaması gerekir, yani sattığı tablonun orijinal olduğunu bilmemeli ve bilmesi gerekmemelidir. Buna karşılık, sattığı tablonun reproduksiyon olduğunu ve fakat muhatabının bunu orijinal olduğu saikiyle satın aldığını biliyorsa ve susuyorsa, hile kastı varsa, hilenin koşulları gerçekleşmiş olur. Ki bu durumda, kanaatimizce olduğunu söylemek mümkündür. Hile kastı yoksa, bir culpa in contrahendo söz konusudur. Bir diğer ihtimal ise, satıcının sattığı tablonun reproduksiyon olduğunu bilmesi ancak muhatabının onu orijinal olduğu düşüncesiyle satın aldığını bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesidir. Bu halde, ilk görüşe göre, hataya düşenin, muhatabı, hataya düşenin saikini bilmediği/ bilmesi gerekmediği için temel hatası söz konusu olmayacaktır. Katıldığımız görüş kabul edilirse, subjektif ve objektif unsurlar gerçekleştiği için temel hatası kabul edilecektir⁸⁶³. Kanaatimizce böyle bir durumda kabul de edilmelidir. Hataya düşen, hataya düşmekte kusurlu olsa, örnek bakımından tablonun niteliğine ilişkin olarak satıcıya hiçbir soru tevcih etmemiş de olsa, hata ve hataya bağlı iptal hakkı kusurdan

⁸⁶¹ Bu yönde EREN, s. 351-352.

⁸⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 161.

⁸⁶³ Federal Mahkemenin, sanat eserleri özellikle resimler hususundaki yanılmaya ilişkin kararları mevcuttur. Bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 23/24, s. 194-195, N. 469. Picasso Kararı olarak bilinen kararında, fark edilebilirlik koşulundan bahsedilmiş ancak net bir değerlendirme yapılmamıştır. Bkz. BGE 114 II 131, s. 139 vd. Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. WIEGAND, W., Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, Recht 1989/3, s. 101 vd. ; GAUCH, P., Der Picasso-Entscheid – Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff., Schweizerische Aktiengesellschaft 3/89, s. 152 vd. Resimle ilgili başka bir karar için bkz. BGE 82 II 411. Son yollama yapılan kararı da içeren bir inceleme için bkz. SCHRÖDER, J., Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung beim Kunsthandel nach deutschem und Schweizer Recht, FS für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main, 1977, s. 397 vd.

bağımsızdır. Ancak kusurlu olması, iptal nedeniyle muhatabın uğradığı zararları tazmin borcunu doğurur (BK m. 26).

Temel hatası çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir diğer husus gelecekteki olaylar, gelecekteki olayların temel hatasına konu olup olamayacağıdır. Hata, esas itibariyle sözleşmenin yapılmasında dayanılan mevcut veya geçmişteki durumlara ilişkin olabilir. Müstakbel durumlara ilişkin hatanın esaslı olup olmayacağı hâlâ tartışmalıdır⁸⁶⁴. Biz, gelecekteki olayların önceden öngörülebilir olaylar olması halinde temel hatasının konusunu oluşturabileceği görüşüne katılıyoruz⁸⁶⁵. Ancak bunun için olayın sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşme veya gerçekleşmeme ihtimalinin olması ve sözleşmenin de müstakbel olay göz önünde tutularak yapılması gereklidir. Örneğin, şehrin işlek bir caddesinde ileride yapılacak veya halihazırda yapılmakta olan binada bulunan dükkanın lokanta olarak işletilebileceği düşüncesi ile kiralanmasında, müstakbel bir durum hakkında esaslı temel hatası söz konusu olur⁸⁶⁶. Buna karşılık, aynı dükkanın çoktan kiralanmış olması halinde, daha sonra o caddede metro inşaatının başlaması nedeniyle satışların çok düşmesi ve kiranın karşılanmasında güçlük olması halinde, gelirin düşmeyeceğine ilişkin tasavvura dayanarak temel hatası kabul edilmez. Zira kira sözleşmesi gelirin düşmeyeceği düşüncesine dayanarak yapılmamıştır, kaldı ki böyle bile olsa, objektif unsurun söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. Sözleşme yapıldıktan sonra değişen hal ve şartlara hata hükümleri ile değil, temelini MK m. 2’de bulan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kurumu ile müdahale edilebilir⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ Öğretideki çeşitli görüşler ve Federal Mahkemenin çeşitli görüşleri için bkz. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 24, s. 249-250, N. 18’de yollama yapılan yazarlar ve kararlar.

⁸⁶⁵ KELLER/SCHÖBI, s. 169-170 ve s. 169’da yollama yapılan yazarlar. EREN, s. 353 ve dipnot 58’de yollama yapılan yazarlar.

⁸⁶⁶ EREN, s. 353. Federal Mahkeme, temel hatasına ilişkin pek çok hususu da değerlendirdiği bir kararında, bu hususa da değinmiştir. Bkz. BGE 98 II 15, s. 19. Olayda bir taşınmaz satımı söz konusudur. Alıcı taşınmazda bir ev yaptırmayı planlamaktadır. Ancak arsaya çıkış tehlikesi söz konusudur, nitekim alıcının dilekçesi de bu nedenle reddedilir. Alıcı, temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etmek ister. Federal Mahkeme, ev yapma yasağının sözleşmenin yapılmasından sonra getirilmiş olmakla birlikte, bu tehlikenin sözleşmenin yapıldığı sırada var olduğunu ifade etmiş, bu noktada alıcının tasavvurunun da geleceğe dönük bir hususa ilişkin olmadığını ifade etmiştir. Sonuçta, alıcının davası kabul edilmiştir. BGE 98 II 15 – 23.

⁸⁶⁷ Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin geniş bilgi için bkz. ARAT, A., Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s. 29 vd.

Yasa, kişinin temel hatasına dayanabilmesi için kusursuz olması gibi bir koşul aramamaktadır. Sözleşmeyi iptal hakkı bakidir, ama kusurlu olması halinde muhatabın zararlarını tazminle yükümlü olur. Buna karşılık, hataya düşenin hataya düşmesine muhatabının aydınlatma yükümünü ihlal etmesi sebep olmuşsa, bu durumda da sözleşmeyi iptal edebilir, ancak muhatap zarara da uğrasa, kusursuz olduğu için tazminatla yükümlü olmaz. Buna karşılık, aydınlatma yükümünü ihlal eden tazminatla sorumlu tutulabilir. Aydınlatma yükümü ile temel hatasının birlikte gerçekleşmesi ihtimalini müteakiben değerlendireceğiz.

C. AYDINLATMA YÜKÜMÜ – TEMEL HATASI İLİŞKİSİ

Aydınlatma yükümü ile temel hatasının aynı vakıada gerçekleşme ihtimalini irdelemeden önce, birkaç hususu belirtmek gereklidir. Kişinin temel hatasına düşmesi, muhatabının kastıyla gerçekleşebilir, hatta bu halde hata temel hatası olmasa, yani BK m. 24/1 b.4 gereği esaslı saik hatası olmasa bile, hile söz konusu olduğu için, esaslı olup olmadığı da önem taşımaz. Muhatabının kastı değil ancak ihmali neticesinde hataya düşmesi söz konusu olabilir, ki bizim değerlendireceğimiz husus budur. Muhatap yönünden bakıldığında son ihtimal, hiçbir kusurunun olmamasıdır. Ancak bu, kural olarak, hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmesine engel değildir.

Hataya düşen açısından bakıldığında da, öncelikle kasten hataya düşme zaten söz konusu değildir. Kişinin ihmal suretiyle hataya düşmesi söz konusu olabileceği gibi, hiçbir surette kusur izafe edilmeksizin, yani kusursuz biçimde hataya düşmesi de ihtimal dahilindedir. Bu durum da özellikle temel hatasında söz konusu olabilir⁸⁶⁸. Hataya düşenin muhatabının kusursuzluğu, hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmesine engel olmadığı gibi, hataya düşenin kendi kusuru da buna engel değildir. Hata dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemez, ama tek başına hataya düşenin kusuru da, başkaca sebepler yoksa, hatanın ileri sürülmesini dürüstlük kuralına aykırı kılmaz⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 26, s. 257, N. 2.

⁸⁶⁹ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 25, s. 254, N. 3 ; EREN, s. 356. BGE 105 II 23, 26 vd. ; BGE 91 II 275, 280 vd.

Aydınlatma yükümü – temel hatası veya aydınlatma yükümlüsü – hataya düşen ilişkisi, kişinin, muhatabının aydınlatma yükümünü ihlal etmesi sonucu temel hatasına düşmesi halinde, başka bir deyişle, kişinin hataya düşmesinin sebebinin muhatabının aydınlatma yükümünü yerine getirmemiş olması durumunda söz konusu olur. İnşaat yapma saikiyle arsa alınması veya halının İran halısı olduğu için satın alınmak istenmesi halinde, arsa inşaat yapılabilir olmadığı veya halı İran halısı olmadığı halde, satış sözleşmesi yapılmışsa, alıcı temel hatasına düşmüştür. Alıcının bu hataya düşmesine, açıklama/ aydınlatma yükümü olduğu halde – arsa inşaat yapmaya uygun değil/ halı İran halısı değil – bunu yerine getirmeyen satıcı sebep olmuşsa, işte bu noktada alıcının hataya düşmesinin sebebi satıcının aydınlatma yükümünü ihlal etmesidir.

Aydınlatma yükümünün varlığı noktasından bakıldığında, olmazsa olmaz koşul fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacıdır. Ortadoğu ülkelerinden, bu arada İran'dan da getirilen çeşitli malların satıldığı bir dükkana, İran halısı almak istediğini söyleyerek giren kişiye, satıcının beğendiği halının İran halısı olmadığını söylemesi beklenir ve/veya gereklidir. Bu noktada, sözleşme yapabilmek için kasten susması hileye sebebiyet verir. Buna karşılık, aydınlatma yükümünü ihmal suretiyle ihlal ederse, alıcının hataya düşmesine sebep olur. Zira, alıcının yanlış tasavvurunun sebebi, yani aldığı halının İran halısı olduğuna ilişkin gerçeğe uymayan tasavvurunun sebebi, satıcının kendisine bu durumu bildirmemiş olmasıdır. Tabi, bu noktada, belirttiğimiz gibi alıcının aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliği mutlaka olması gereken koşuldur. Örnek bağlamında, böyle bir ihtiyacın olduğu açıktır. Buna karşılık, dükkana girip beğendiği halıyı işaret edip fiyatını soran ve satın alan, bundan başka da hiçbir soru tevcih etmeyen alıcı karşısındaki satıcının, alıcıya *halının İran halısı olmadığını* söylemesi – aydınlatılma ihtiyacı içinde olduğu fark etmeyi sağlayacak başkaca veriler yoksa – beklenmez.

Yukarıda temel hatasının söz konusu olabilmesi için gereken koşullar içinde subjektif ve objektif unsurdan başka, muhatabın hataya düşeni sözleşmeye yapmaya yönelten saikleri bilmesi veya bilmesinin gerekmesinin de bir unsur olarak aranmasının gerekli olup olmadığının tartışmalı olduğunu belirtmiştik. Kanaatimiz,

yanının böyle bir koşul aramadığıdır. Bu koşulun aranıp aranmaması bir yana, bu husus ile fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacı ve buna bağlı olarak da aydınlatma yükümlüsünün kusuru arasında bir ilişki söz konusudur. Şöyle ki, kişinin aydınlatma yükümlüsü olması için, ilk ve en önemli husus muhatabın bilgi eksikliğinin, aydınlatılma ihtiyacının olmasıdır. Tabii bu noktada, kişinin araştırma yükümü ile aydınlatma yükümünün karşı karşıya olduğunu, birinin başladığı yerde diğerinin bittiğini de belirtmeliyiz. Bu durumda kişinin kendisinin araştırmakla yükümlü olmadığı bir hususta bilgi eksikliğinin muhatapça fark edilmesi ve bu bilginin kişinin sözleşmeye ilişkin kararı için önemli olması gereklidir. Muhatap, kişinin sözleşme yapma kararının dayanağı olan hususa, başka bir deyişle saiklerine vakıf veya vakıf olması gerekiyorsa – alıcının arsa üzerinde ev yapmak istediğine, reproduksiyon değil orijinal bir resme sahip olmak istediğine – ancak arsanın üzerinde ev yapmaya müsait olmadığını veya resmin reproduksiyon olduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, zaten bilmediği hususta aydınlatma yükümü de olmayacağı için kusursuzdur. Buna karşılık biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, kendisi için aydınlatma yükümü doğmuştur. Aydınlatma yükümünün koşullarının gerçekleştiği halde de, temel hatasının – tartışmalı koşulu dahi – gerçekleşmiştir⁸⁷⁰.

Aydınlatma yükümlüsü, aydınlatma yükümünü kasten veya ihmal suretiyle ihlal edebilir. Kast söz konusu ise, sözleşme kurma sonucunun doğduğu düşünüldüğünde, kural olarak hilenin koşulları gerçekleşir⁸⁷¹. Buna karşılık, yükümlü, yükümünü ağır veya hafif ihmal suretiyle de ihlal edebilir. İşte muhatabın yanlış tasavvurunun sebebi bu ihlal ise temel hatası ile aydınlatma yükümünün aynı vakıada gerçekleşmesi söz konusu olur. Yukarıda verdiğimiz halı örneğinde olayın şu şekilde geliştiğini düşünürsek, dükkanın bir yerinde/ bir duvarında *İran halıları* tabelası asılı olduğu ve burada muhtelif halılar mevcut olduğu halde, alıcı bunlardan birini seçse ve satın alsa - satıcıda hile kastı olmaksızın - daha sonra halının İran değil de Milas halısı veya İran halısı taklidi olduğu ortaya çıksa, bu durum nasıl değerlendirilmelidir? Öncelikle, İran halıları tabelasının altına bu vasfa sahip

⁸⁷⁰ Bu konuda bkz. LAUER, s. 74-75 ; WAHRENBERGER, s. 76-77 ve dipnot 358 ; HARTMANN, s. 89-90, N. 210 vd. , s. 141, N. 330.

⁸⁷¹ Esas itibarıyla hile ile yapılan da muhatabı saik hatasına düşürmektir ama hükümler farklıdır, bundan başka hilede hatanın esaslı olması da gerekli değildir.

olmayan halilerin konması – eğer hile/kandırma kastı yoksa – muhtemel alıcıları yanıltmaya elverişli bir durumdur. Kast olmaması ihtimalinde, yanlış aydınlatma/ yanlış bilgi verme suretiyle ve ihmal düzeyinde bir kusurla aydınlatma yükümü ihlali söz konusudur ve alıcının esaslı saik/ temel hatasına düşmesinin sebebi de bu yanlış bilgilendirmedir. Zira, alıcı halıyı İran halısı olduğu tasavvura dayanarak satın almakta/ satın almak istemektedir. Halının İran halısı olduğunu bir biçimde beyan eden de satıcıdır. Alıcı, daha sonra duruma vakıf olup da sözleşmeyi iptal etme yoluna gittiğinde, satıcı iptalden dolayı zarara uğrasa bile, BK m. 26/1, c.2 gereği, tazminat alamayacaktır. Zira anılan cümle, “...Fakat diğer taraf hataya vakıf olmuş veya vakıf olması muktazi bulunmuş olduğu takdirde, tazminat lazım gelmez” hükmünü içermektedir⁸⁷².

BK m. 26/1, c.2 hükmü, esas itibariyle sadece temel hatası için önem taşımaktadır. Çünkü, beyan hatalarında muhatabın iyiniyeti, yani hal ve şartlara göre, bütün araştırma ve çabalarına rağmen, beyan sahibinin hatasını bilmemesi ve bilebilecek durumda da olmaması halinde, sözleşme beyanın objektif içeriğine göre kurulur, ancak beyan sahibi sözleşmeyi iptal edebilir. Buna karşılık, karşı taraf beyan sahibinin hatasını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, zaten beyan hatası söz konusu olmaz. Zira, bu durumda muhatap ya fiilen veya güven teorisine göre beyan sahibinin gerçek veya farazi iradesini bilmekte, dolayısıyla da sözleşme buna göre kurulmuş olmaktadır. Bu durumda da sözleşme geçerli olduğundan tazminat istenemez⁸⁷³.

Kişinin temel hatasına düşmesi, mutlaka muhatabın aydınlatma yükümünü ihlal etmesinden ileri gelmez. Muhatap aydınlatma yükümünü ihlal etmiş olsun ya da olmasın, keza hataya düşen, hataya düşmekte kusurlu olsun veya olmasın, kural olarak hataya duçar olarak yaptığı sözleşmeyi iptal edebilir. Kusurlu ise, muhatabın iptalden mütevellit zararlarını tazminle yükümlü olur. Buna karşılık, muhatabın kusuruyla, konumuz bakımından, aydınlatma yükümünü hafif veya ağır ihmalle

⁸⁷² Bu konuda bkz. HARTMANN, s. 91, N. 215.

⁸⁷³ EREN, s. 357 ; KELLER/SCHÖBI, s. 191; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 180, N. 851 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 26, s. 257, N. 4. Karş. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 26, s. 227-228, N. 19-24.

ihlalden dolayı, hataya düşmüşse, iptal dışında tazminata hakkı olup olmadığına ilişkin yasada bir düzenleme yoktur. Daha sonra bunu değerlendireceğiz.

D. HATAYA DÜŞENİN SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI

Borçlar Kanunu hataya duçar olarak sözleşme yapan kişiye iptal hakkı tanımıştır. Hataya düşen, hatası öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşümü süresi içinde iptal hakkını kullanabilir. Hatanın öğrenilmiş sayılması için, hata edenin hata ve gerçek durum hakkında kesin bir bilgi sahibi olması gereklidir⁸⁷⁴.

İptal hakkı inşai bir haktır, kullanılması şarta bağlanamayacağı gibi, bir kez kullanıldıktan sonra bundan dönmek de mümkün değildir. Bu hak, varması gerekli, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır, iptal beyanı hiçbir şekle tabi değildir⁸⁷⁵.

İrade sakatlığına bağlanan sonucun ne olduğu konusunda öğretide çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bu noktada, başlıca iki teori mevcuttur. Geçersizlik teorisi ve iptal teorisi. Hakim görüş iptal teorisini savunmaktadır⁸⁷⁶. İptal teorisi, sözleşmenin geçerliliğinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul etmektedir. Bu durumda sözleşme kurulmasından iptal edilinceye kadar geçen süre içinde, yani askı süresi içinde de geçerlidir, esas itibarıyla geçerli olarak kurulan sözleşme, iptal hakkı kullanılmadıkça da geçerliğini korur, iptal hakkı kullanılmakla başlangıçtan itibaren ortadan kalkar⁸⁷⁷. Geçersizlik teorisinde ise, yapıldığı anda geçersiz olan sözleşme, askı süresi içinde askıda geçersizdir. Hataya düşen tarafın icazeti ile sonradan geçerli

⁸⁷⁴ BUCHER, s. 213, dipnot 61.

⁸⁷⁵ EREN, s. 372-373.

⁸⁷⁶ KELLER/SCHÖBI, s. 162 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 23, s. 244, N. 8 ve burada yollama yapılan yazarlar. Türk hukukunda EREN, s. 370-371. Geçersizlik görüşünü savunan yazarlar için bkz. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 23, s. 243, N. 8'de yollama yapılan yazarlar. Türk hukukunda TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 452-453. "Bölünmüş Geçersizlik" görüşü için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 100. "Düzelebilir Hükümsüzlük" görüşü için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 432 vd., N. 69 vd. Federal Mahkeme, BGE 114 II 131, s. 143'de geçersizlik teorisini kabul etmiştir. Ancak, öncesinde iptal teorisini kabul ettiği kararları da mevcuttur. Bkz. 105 II 23. Bundan başka BGE 109 II 327'e de iptal teorisini kabul ettiği kararlar bağlamında yollamalar vardır. Ancak karar metni fransızcadır. Türk hukukunda Yargıtay'ın, "... Buna göre hatanın neticesi, taliki şarta bağlı sıhhattir ve hata edene tanınan inşai hakkın, bir sene zarfında kullanılması gerekir..." yönündeki görüşü için bkz. YHGK, 2006/1-83 E., 2006/143 K., 05.04.2006 T.

⁸⁷⁷ EREN, s. 360 ; KELLER/SCHÖBI, s. 162.

hale gelir⁸⁷⁸. Biz geçersiz bir işlemin, geçerli hale gelmesini değil, başlangıçta geçerli olarak kurulmuş bir işlemin iptal hakkı kullanılmakla geçersiz hale geleceği, kullanılmazsa da geçerliliğini koruyacağı kanaatinde olduğumuzdan, iptal teorisi görüşünü kabul ediyoruz.

İptal hakkı kullanılmakla, taraflar henüz edimlerini yerine getirmemişlerse, ifa yükümlülüğünden kurtulurlar, ifa etmişlerse edimin konusuna (aynı hak veya şahsi hak) göre istihkak veya sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde edimlerini geri isterler⁸⁷⁹.

İptal hakkının kullanımı için, yasada bir yıllık hak düşümü süresi öngörülmüştür. Ancak bundan başka, sözleşmenin kurulmasından itibaren on yıllık (BK m. 125) azami bir sürenin de olup olmadığı tartışmalıdır. Yani, iradesi sakatlanan kişi, örneğin bu durumu sözleşme yapıldıktan beş yıl sonra öğrenirse, öğrendikten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir mi? Esasen BK m. 31 herhangi bir üst süre/sınır öngörmemiştir. Öğretide ise, on yıllık bir üst süre kabul edip etmemek noktasında, temelde iki görüş ortaya çıkmıştır⁸⁸⁰. Federal Mahkeme, Picasso kararında üst sınırı reddetmiştir⁸⁸¹. Biz iptal hakkının azami bir süreyle sınırlandırılmaması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz. Ancak tabii ki her hak gibi, bu hak da dürüstlük kuralı çerçevesinde ileri sürülmek durumundadır. Hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmadıkça, iradesi sakatlanan kişi iptal hakkını kullanabilmelidir⁸⁸².

İptalle birlikte ortaya çıkabilecek veya tartışılacak bir diğer sonuç da kısmi butlandır. BK m. 20/2 ve bu kuraldan geliştirilen *değiştirilmiş kısmi butlanın* (*modifizierte Teilnichtigkeit*) temel hatasında uygulanması söz konusudur⁸⁸³. Bir

⁸⁷⁸ İptal, geçersizlik ve bu hususta öne sürülmüş bulunan başkaca teoriler hakkında geniş bilgi için bkz. EREN, s. 369 vd ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 427 vd., N. 63 vd.

⁸⁷⁹ Çeşitli ihtimallere göre geniş bilgi için bkz. EREN, s. 374 vd. ; BUCHER, s. 214 vd.

⁸⁸⁰ Söz konusu görüşü savunan yazarlar için bkz. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 31, s. 272, N. 13.

⁸⁸¹ BGE 114 II 131, s. 140 vd.

⁸⁸² EREN, s. 374 ve dipnot 142'de yollama yapılan yazarlar.

⁸⁸³ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 180, N. 852 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 23/24, s. 110 vd., N. 148 vd. ; BUCHER, s. 214. BGE 130 III 49, s. 56 vd. Değiştirilmiş kısmi butlan esas itibariyle yasada açıkça düzenlenmiş değildir, ancak kısmi butlan

müeyyide veya hukuki sonuç olarak kısmi butlanın, özellikle aydınlatma yükümü ihlalleri için uygun olduğu öğretide ifade edilmektedir. Böylece, eksik veya yanlış aydınlatılan taraf, sözleşmeyle elde etmiş olduğu faydaları yitirmemiş olacaktır⁸⁸⁴. Bu durum özellikle, verilmeyen veya yanlış verilen bilgilerin sözleşmenin yapılması için değil, ancak koşulları için önemli olduğu halde söz konusu olabilir⁸⁸⁵. Bu nedenle, kısmi butlanın esas uygulama alanı, bedel ve faiz indirimi, sürenin sınırlandırılması keza edimin nicelik/miktar itibariyle sınırlandırılması olmaktadır⁸⁸⁶. Değiştirilmiş kısmi butlan, sözleşmenin sakat kısmı yerine, emredici veya tamamlayıcı bir hükmün veya tarafların farazi iradelerine göre tespit edilecek ikame bir hükmün yani anlaşmanın geçirilmesi esasına dayanmaktadır⁸⁸⁷. İrade sakatlığı bakımından, tarafların farazi iradelerinin sözleşmeyi yaptıkları şekilde değil, başka bir şekilde yapacaklarını kabul etmeye elverişli olması gerekir⁸⁸⁸. Bir başka deyişle, taraflar bilselerdi sözleşmeyi yaptıkları şekilde değil, fakat bu şekilde yapacakları, denilebilmesi gereklidir. Bu noktada, netice itibariyle kısmi butlan sebebiyle, sözleşmenin içeriğinde bir uyarılma söz konusu olmaktadır. Sözleşme, artık başlangıçta uyuştukları içerikte değil, doğru bilgiye dayanan, bir başka ifadeyle gerçeği bilselerdi uyuşacakları içerikte olacaktır⁸⁸⁹.

E. KENDİ KUSURUYLA HATAYA DÜŞENİN TAZMİNAT BORCU

Borçlar Kanunumuz, hataya düşenin iptal hakkını kusurlu da olsa tanımıştır, ancak bu halde hataya düşeni muhatabın akdin geçersiz hale gelmesinden mütevellit

kurumuna ve favor negotii ilkesine uygundur. Değiştirilmiş kısmi butlan hakkında geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Butlan, s. 152 vd.

⁸⁸⁴ HARTMANN, s. 90-91, N. 214. Karş. DAUNER-LIEB, s. 124 vd.

⁸⁸⁵ HARTMANN, s. 91, N. 214 ; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 180, N. 852.

⁸⁸⁶ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 23/24, s. 113, N. 156. Nitekim Federal Mahkemenin sözleşmeyi bütünüyle iptal etmeyip kısmi butlana hükmettiği bir karara konu olayda, arazide yapılması planlanan on ev yerine, imar hükümlerinin sadece sekiz eve izin vermesi üzerine, temel hatası nedeniyle sözleşmenin iptali yerine, Federal Mahkeme bedelde indirim yoluna gitmiştir. BGE 96 II 101, s. 105 vd.

⁸⁸⁷ BAŞPINAR, Butlan, s. 153 ve s. 155 vd.

⁸⁸⁸ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 180, N. 852.

⁸⁸⁹ HARTMANN, s. 91, N. 214. Türk hukukunda, hata söz konusu olduğunda, kısmi butlanın uygulanabileceği yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 453-454 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 103. Federal Mahkemenin kısmi butlana ilişkin kararları için bkz. BGE 96 II 101, s. 105 vd. ; BGE 125 III 353, s. 356 vd. ; BGE 130 III 49, s. 56 vd. Özellikle, yukarıda da yer verdiğimiz ilk karar tam da bu ifadeye uygun olmaktadır.

zararını tazminle yükümlü tutmuştur. Muhatabın hataya vakıf olması veya vakıf olmasının gerekmesi halinde ise tazminat lazım gelmez (BK m. 26/1).

Kişinin kendi kusuruyla hataya düşmesinde kural olarak muhatabın aydınlatma yükümünü ihlal etmesi söz konusu değildir. Konumuz bağlamında değerlendirilmesi gereken asıl husus, yasanın düzenlemediği muhatabın kusuruyla hataya düşenin tazminat hakkıdır, ancak hataya düşenin kusurunun da bir ölçüde de olsa irdelenmesi gereklidir.

Belirttiğimiz gibi, hataya düşmede kasıt olmaz, yani kasten hataya düşülmez. Hataya düşeni, hafif ihmali sorumlu olması için yeterlidir⁸⁹⁰. Federal Mahkeme, hataya düşenin kusurunun belirlenmesinde, davranışının oldukça titiz/sıkı biçimde değerlendirilmesi gerektiği, zira BK m. 26'nın, hataya düşene hiçbir kusur atfedilemediği halde, onu bütün sorumluluklarından kurtardığı, bu noktada hataya düşene oldukça anlayışlı/uygun yaklaştığını ifade etmektedir⁸⁹¹. Özellikle, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, kusur söz konusu olmadıkça tazminat yükümü getirmemiştir. Buna karşılık, örneğin BGB § 122/2, ancak muhatap biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat yükümünü kaldırmaktadır⁸⁹².

F. MUHATABIN KUSURUYLA HATAYA DÜŞENİN TAZMİNAT HAKKI

Kişinin temel hatasına düşmesinin sebebi, muhatabının aydınlatma yükümünü ihlal etmesi ise, muhatap tazminat talep edemez. Zira tazminat borcunu düzenleyen BK m. 26/1 c. 2'de hataya vakıf olma ve vakıf olmanın gerekmesi halinde tazminatın söz konusu olmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda temel hatası – aydınlatma yükümü ilişkisinde belirtildiği gibi, hatanın anlaşıldığı veya anlaşılmasının gerektiği halde, bunu muhataba bildirmeme davranışından kusurun derecesine göre sorumluluk söz konusu olacaktır.

⁸⁹⁰ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 26, s. 226, N. 15 ve burada yollama yapılan mahkeme kararları. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 26, s. 257, N. 2.

⁸⁹¹ BGE 105 II 23, s. 27.

⁸⁹² SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 26, s. 257, N. 2 ; KRAMER, Irrtum, s. 58 vd., N. 32 vd.

Yasa koyucu, muhatabının kusuruyla hataya düşen için bir tazminat talebi düzenlememiştir. Ancak, öğretilerde, burada bir culpa in contrahendonun var olması sebebiyle, hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmesinin dışında, uğradığı zararların tazminini de talep edebileceği kabul edilmektedir⁸⁹³. Özellikle GONZENBACH, yasanın öngörmemekle birlikte, buna engel bir hüküm de içermediğini, sözleşmenin iptalinin yanında, culpa in contrahendodan doğan bütün zararların tazmin edilebileceğini savunmaktadır⁸⁹⁴.

Federal Mahkeme, muhatabın temel hatasına sebep olduğuna hükmettiği bir kararında konuyu şu şekilde değerlendirmiştir. Olayda, kiracı yerel bir gazetede gördüğü ilana dayanarak ev kiralamıştır. İlanda “ beş odalı yaklaşık 160 m2 konut” ifadesi yer almaktadır. Ne var ki ev 138 m2’dir. Bunu tespit etmesi üzerine, kiracı, sözleşmeyle bağlı olmak istemediğini belirtmiştir (16 Nisan 1985). Kiraya veren ise, yeni bir kiracı arayamayacağı itirazında bulunmuştur ancak 1 Kasım 1985’de evi yeniden kiraya verebilmiştir. Aralık ayında, kiracıya faiz, ilan giderleri vb. için dava açılmıştır. Davalı – kiracı da bu isteklere karşı çıkmıştır. Kanton mahkemesi/ yerel mahkeme, davalının kendi ihmali neticesinde hataya düştüğünü, bu yüzden m. 26/1’e göre kiraya verene tazminat ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Temyiz incelemesinde Federal Mahkeme çeşitli hususlara işaret etmiştir. Temel hatasının koşullarını ayrıntılı olarak irdelemiştir. Bundan başka, kiracının kiraya verenin beyanlarına (ilanda yer alan yaklaşık 160 m2 hususuna) güvenmemesini gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığını, kiraya verenin kiracıyı yanılttığını belirtmiştir. Kiraya verenin yanıltıcı ifadeleri, dürüstlük kuralına göre, kendisini aydınlatmakla yükümlü kılmaktadır, bu yükümlülük, hatalı/yanlış bir kabul beyanına engel olmak için – muhatabın temel hatasına duçar olmaması için – kiraya verenin kendi çıkarlarını da göznetmesini gerektirmektedir. Sonuç olarak, Federal Mahkeme, kiraya verenin kiracıyı ihmal düzeyinde bir kusurla yanılttığı sonucuna varmıştır⁸⁹⁵.

⁸⁹³ GONZENBACH, s. 228 vd. ; OSER, H./SCHÖNENBERGER, W., Das Obligationenrecht, Erster Halbband : 1-183, Zürich, 1929, Art. 26, s. 185, N. 9 (Ancak BK m. 41’e dayanarak) ; HARTMANN, s. 91, N. 215. Karş. MEIER-HAYOZ, s. 224 vd. ; DEMİRCİOĞLU, s. 216.

⁸⁹⁴ GONZENBACH, s. 228 vd. ; HARTMANN, s. 137, N. 320.

⁸⁹⁵ BGE 113 II 25, s. 25-31.

Karara konu olayda gerçekleştiği gibi, kişinin muhatabının sözleşmenin konusuna ilişkin beyanlarına/ ifadelerine güvenmeye izinli olduğu ve bu yüzden kendisinin ayrıca araştırma yapmasına gerek olmadığı hallerde⁸⁹⁶, hataya düşenin hataya düşmesinin sebebi, muhatabının yanlış/ eksik bilgi vermesi, bu surette aydınlatma yükümünü ihlal etmesidir. Kasten yapılması halinde hile söz konusu olur. Ancak yükümlülük ihlali ihmal suretiyle de gerçekleşebilir, hile kastı olmadığı için hile hükümleri uygulama alanı bulmaz. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, davalı – kiracı davanın reddini talep etmiş, ayrıca bir tazminat talebinde bulunmamıştır. Ancak, mahkeme davacının kusurunu ve aydınlatma yükümlüsü olduğunu kabul etmiştir.

Kararda, davacının kusurunun tazminat hakkını bertaraf edecek kadar ağır olduğu ifade edilmiş ve bu nedenle BK m. 44 (birlikte kusur) hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hükmü değerlendirilmemiştir. Bu hükmün, bu gibi durumlarda uygulanabilirliği tartışmalıdır⁸⁹⁷. Ancak biz, bu tartışmaya culpa in contrahendonun modalitelerine ilişkin bölümde yer vereceğiz. Keza, yardımcı kişinin, bizim konumuzla ilgili olarak görüşme yardımcısının kusuru da aynı bölümde değerlendirilecektir.

III. HİLEYE DAYALI OLARAK SÖZLEŞMENİN İPTAL EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK HİLE

Borçlar Kanunu 28/1'e göre, "Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunamaz". Hile, iradeyi sakatlayan sebeplerden biridir. Hilede, aldatılan esas itibariyle bir saik hatasına düşürülmektedir. Bununla birlikte, hile neticesinde söz konusu olan saik hatasının esaslı olup olmadığının, yani bir temel hatası teşkil edip etmediğinin, önemi yoktur. Zira hükme

⁸⁹⁶ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 26, s. 257, N. 2. Bu yönde başka bir karar için bkz. BGE 80 II 152, s. 159.

⁸⁹⁷ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 26, s. 257, N. 6 ve burada yollama yapılan yazarlar.

göre, düşülen hata esaslı olmasa da, hilenin sonucu olduğu için sözleşmeyi iptal etme hakkı verir⁸⁹⁸.

Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için bu kişide kasten hatalı bir kanaat uyandırma veya önceden mevcut hatalı bir tasavvuru koruma ve sürdürme fiiline hile denir. İlk halde, aktif hile davranışı, ört-bas etme ve/veya yanlış vakıalar ile sürme, ikinci halde ise, pasif hile davranışı, yani susma söz konusudur⁸⁹⁹.

Hileden bahsedebilmek için şu üç unsurun gerçekleşmesi gereklidir. Aldatma fiili, aldatma (hile) kastı ve illiyet bağı. Aldatma fiili, aktif hile davranışla, yani ört-bas etme ve/veya yanlış vakıalar ileri sürme ile gerçekleştirilebileceği gibi, pasif hile davranışıyla, yani susmayla da gerçekleştirilebilir⁹⁰⁰. Susma, ancak kişinin aydınlatma yükümü ile yükümlü olması halinde hile davranışı teşkil eder. Aydınlatma yükümü – hile ilişkisi de ancak bu halde söz konusu olur.

Aldatma ya da hile kastına gelince, hileli davranışın muhatabı aldatma niyeti ile, muhatabın sözleşme kurmaya yönelik saikleri üzerinde etkili olup onu hataya düşürme amacıyla gerçekleştirilmesi gereklidir⁹⁰¹. Aldatan, muhatapta uyandırdığı, kuvvetlendirdiği veya var olduğunu bilip de düzeltmediği/gidermediği yanlış tasavvuru bilmeli veya bilmesi gerekli ve buna rağmen hukuka aykırı sonucu (muhatabın hataya düşüp sözleşme yapmasını) istemelidir⁹⁰². Bu noktada, aldatan, doğrudan kastla hareket edebileceği gibi, hilenin gerçekleşmesi için dolaylı kast (dolus eventualis) da yeterlidir⁹⁰³. Bu bağlamda, kişi, muhatabın sözleşme yapması için, kendisinin de bilgi sahibi olmadığı bir hususta, gelişi güzel yanlış beyanlarda bulunuyorsa, dolaylı kastla hareket etmektedir ve bu hilenin oluşması için

⁸⁹⁸ EREN, s. 358-359.

⁸⁹⁹ EREN, s. 358 ; YILDIRIM, s. 8 ve 97 vd. ; KURŞAT, s. 11 vd. ve s. 50 vd. ; GILOMEN, s. 8 vd. ve 48 vd. ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 260 vd., N. 1 vd.

⁹⁰⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, §2, III. Geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, s. 97 vd.

⁹⁰¹ YILDIRIM, s. 126.

⁹⁰² EREN, s. 360 ; YILDIRIM, s. 126.

⁹⁰³ YILDIRIM, s. 126 ; EREN, s. 360-361.

yeterlidir⁹⁰⁴. Buna karşılık, ihmal, ağır ihmal düzeyinde bile olsa, hileye vücut vermez. Ancak hataya dayanarak sözleşmenin iptali ve culpa in contrahendodan mütevellit tazminat talebi saklıdır⁹⁰⁵. Öte yandan, hilenin muhatabı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla gerçekleştirilmesi yeterlidir, bundan başka zenginleşme, menfaat elde etme veya muhataba zarar verme amacıyla hareket edilmesi gerekli değildir⁹⁰⁶.

Hile için üçüncü koşul, hileli davranış ile sözleşmenin kurulması arasındaki illiyet bağıdır. Hileli davranış olmasaydı, aldatılan bu sözleşmeyi hiç yapmayacak (asli hile – dolus causam dans) veya başka koşullarda yapacak idiyse (fer'i hile – dolus incidens), illiyet bağı gerçekleşmiştir⁹⁰⁷. Hile her halde, aldatılana sözleşmeyi iptal hakkı verir⁹⁰⁸, ancak ikinci durumda, yani aldatılanın, hile olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak değil, yapacak fakat farklı şartlarda yapacak olduğu halde, kısmi butlan yaptırımını da söz konusu olabilir⁹⁰⁹. Mahkeme, iptali (tam butlanı) engelleyip bunun yerine karşı ediminde uygun bir indirim gidebilir⁹¹⁰. Hemen belirtelim ki, kısmi butlan yaptırımının uygulanabilmesi için, tarafların farazi iradelerinin buna uygun olması gereklidir⁹¹¹. Son olarak, aldatılan, hileye vakıf olsaydı da, aynı içerikte aynı sözleşmeyi yapacak idi ise, aldatma fiili ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı olmadığı için, hile de söz konusu olmaz⁹¹².

Hileyi ispat, aldatılana düşer. Hile, her türlü delille ispatlanabilir. Buna karşılık, aldatılanın da aksini ispat hakkı mevcuttur. Aldatan, aldatılanın hile

⁹⁰⁴ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 262, N. 11 ; BGE 53 II 143, 150 (SCHWENZER' den naklen). Hilede dolaylı kasta ilişkin olarak bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 282-283, N. 79-81 ; YILDIRIM, s. 129-130.

⁹⁰⁵ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 262, N. 11 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 283, N. 82.

⁹⁰⁶ YILDIRIM, s. 129 ; EREN, s. 361 ; KELLER/SCHÖBI, s. 159.

⁹⁰⁷ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 263, N. 14 ; EREN, s. 361.

⁹⁰⁸ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 285, N. 88.

⁹⁰⁹ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 264, N. 18 ; SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 285-286, N. 89.

⁹¹⁰ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 264, N. 18. Federal Mahkeme, bir kararında, aldatılanın iptal hakkını dürüstlük kuralına göre kullanması gerektiğine dayanarak kıyasen kısmi butlan hükmünü uygulamıştır. Bkz. BGE 99 II 308, 309 (SCHMIDLIN'DEN naklen, s. 285, N. 89). Bu karar öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 264, N. 18'de yollama yapılan yazarlar. Aynı konuda başka bir karar için bkz. BGE 88 II 213 (Her iki kararın da giriş dışındaki metni fransızcadır).

⁹¹¹ EREN, s. 361 ; KOLLER, s. 295, N. 182.

⁹¹² SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 28, s. 286, N. 90 ; EREN, s. 361.

olmasaydı da aynı sözleşmeyi yapacağını, yani hileli davranış ile sözleşmenin yapılması arasında illiyet bağının olmadığını, ispat ederse, sözleşmenin iptali ve tazminat lazım gelmez⁹¹³.

Borçlar Kanunu m. 26/2, üçüncü kişinin hilesini düzenlemektedir. Aldatılanın, üçüncü kişinin hilesine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi için, üçüncü kişinin hile yaptığını, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmenin yapılması sırasında bilmesi veya bilmesinin gerekmesi aranmaktadır. Aksi halde, üçüncü kişi hile yapmış da olsa, aldatılan hileye dayanarak sözleşmeyi iptal edemez. Bununla birlikte, koşulları oluşmuşsa temel hatasına ilişkin hükümlere başvurabilir. Öte yandan, aldatan üçüncü kişiye karşı haksız fiil hükümleri de saklıdır⁹¹⁴.

Üçüncü kişinin hileli davranışı da, taraf hilesinde olduğu gibi, aktif hile davranışı veya pasif hile davranışı ile gerçekleşebilir. Bundan başka, yine taraf hilesinde olduğu gibi muhakkak hile kastı aranır⁹¹⁵.

Sözleşme tarafının, üçüncü kişinin hilesinden sorumlu olması bağlamında, gerçekleştirdiği davranış, kural olarak, üçüncü kişinin hilesini bilmesi ve fakat muhatabına bu konuda bilgi vermemesi, yani susmasıdır. Susmak suretiyle hile, kişinin bilgi vermek zorunda olduğu, yani aydınlatma yükümlüsü olduğu yerde, bunu yapmamasıyla gerçekleşir⁹¹⁶. Belirtelim ki, yasa sadece bilmeyi değil bilmesi gerekmesi de düzenlemektedir. Esas itibarıyla, yasa koyucu, burada bir aydınlatma yükümü ihlaline sonuç bağlamıştır⁹¹⁷. Zira, aydınlatma yükümü, koşulları yukarıda açıklandığı gibi, görüşmecinin, muhatabın sözleşme yapma veya sözleşmenin koşullarını belirleme hususundaki kararı için önemli olduğu fark edilebilir hususlara ilişkindir. Bu noktada, muhatabın aydınlatılma ihtiyacını bilmesi/ fark etmesinin yanında, bilmesinin/ fark etmesinin gerekmesi de dikkate alınır.

⁹¹³ EREN, s. 363.

⁹¹⁴ EREN, s. 362.

⁹¹⁵ YILDIRIM, s. 173-174.

⁹¹⁶ GİLOMEN, s. 118 ; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 28, s. 195, N. 17.

⁹¹⁷ Görüşmecinin, üçüncü kişinin hilesini bildiği veya bilmesinin gerektiği halde, bir aydınlatma yükümünün olduğuna ilişkin olarak bkz. HARTMANN, s. 38-39, N. 83.

Sözleşme tarafının, üçüncü kişinin hilesini bilmesi ancak bu konuda muhataba bilgi vermemesi yani susması halinde, aydınlatma yükümünün ihlali söz konusudur. Kural olarak, burada hile yapan üçüncü kişidir. Üçüncü kişinin, hileli davranışı (aktif veya pasif), hile kastı ve bu davranışla sözleşmenin yapılmasını sağlaması ile hile gerçekleşmiştir. Bir başka deyişle, tarafın bilip bilmediğinden bağımsız olarak zaten bir hile söz konusu olmuştur. Taraf, bu durumu bilmiyor bilmesi de gerekmiyorsa, muhatap sözleşmeyi hileye dayanarak iptal edemez. Zira, tarafın bu hileden sorumlu olmasının nedeni, kendi aydınlatma yükümünü ihlal etmesidir. Şöyle ki, sözleşme tarafı, sözleşme yapılırken, üçüncü kişinin hile yaptığına, bir başka deyişle muhatapla sözleşme yapmasının sebebinin, üçüncü kişinin hileli davranışı ile onun iradesini sakatlamış olması olduğuna vakıftır, açıkça bilmektedir. Bu noktada, susması ile kendi üzerine düşen yükümü ihlal etmektedir. Bir başka deyişle, hileyi bilen taraf susmak suretiyle (hileyi muhataba söylememek ile) kendisi hile yapmaktadır⁹¹⁸. Kanaatimizce, sözleşme tarafı için de hileye ilişkin bütün koşullar (hile davranışı : üçüncü kişinin hilesine ilişkin muhataba bilgi vermemek/ susmak ; hile kastı : susmasının sebebi üçüncü kişi tarafından iradesinin sakatlandığını bildiği halde, *sözleşmenin yapılmasına engel olmamak için bilgi vermeme* ve nedensellik bağı : muhataba üçüncü kişinin hilesini bildirmemesi ile sözleşmenin yapılması, muhatapın hileyi bilmediği için sözleşmeden vazgeçmemesi) gerçekleşmiştir.

Bilmesi gerekmeye gelince, *bilmesi gerekme*, hukuken ihmale karşılık gelmektedir⁹¹⁹, yani kişi aynı şartlar altında kendisi gibi kişilerin (aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin) iş hayatında gösterecekleri özeni göstermemektedir. İhmalde, zarar veren hukuka aykırı sonucu istememekte, ancak öngörebilmekte, buna rağmen sonucu bertaraf etmeye dönük tedbir almamaktadır⁹²⁰. Sözleşmenin tarafı da, bilmesi gerekme bağlamında değerlendirdiğimizde, üçüncü kişinin hilesini *bilmemektedir*. Ne var ki, bilmemesinin sebebi durumun gerektirdiği özenin gösterilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla, tarafın, üçüncü kişinin hilesini bilmediği ancak bilmesinin

⁹¹⁸ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 184, N. 865.

⁹¹⁹ GILOMEN, s. 118 ; HUGUENIN, C., Die absichtliche Täuschung durch Dritte, SJZ 95, 1999, s. 263-264.

⁹²⁰ EREN, s. 537.

gerektiği yerde, muhatap hile hükümlerine başvurabilecektir⁹²¹ ⁹²². Aydınlatma yükümü, sadece bildiği halde değil, bilmesi gerektiği halde de mevcuttur. Bilmemesinin sebebi, özen eksikliğidir, kişinin bilmediği bir hususta kasten susması söz konusu değildir, öğrenememesinin, dolayısıyla da yükümlülüğünü yerine getirememesinin sebebi ihmalidir. Bu nedenle, yukarıda ifade edildiği üzere, bilip de susmaktan farklı olarak, sözleşme tarafında hile kastı eksiktir. Esas itibariyle, aydınlatma yükümü de mutlak suretle kasten ihlal edilmek zorunda değildir. Bununla birlikte, *sözleşme tarafının* hilesi için aydınlatma yükümünün muhakkak kastla / hile kastıyla ihlal edilmesi gerekir. Üçüncü kişinin hilesinde ise, bilme halinde yine kast söz konusu olur. Ancak, bilmesinin gerekmesinde, taraf, üçüncü kişinin hilesi fark etmek noktasında, buna bağlı olarak da muhatap aydınlatma konusunda ihmal düzeyinde kusurludur. Farklılık, kusuru ihmal düzeyinde de olsa, karşı yanın hile hükümlerine başvurup sözleşmeyi iptal edebilmesindedir.

Üçüncü kişinin hilesine ilişkin açıklamalardan da bir ölçüde anlaşılacağı gibi, aydınlatma yükümü ile aydınlatma yükümünün ihlali birbirinden farklı kavramlardır. Bir başka deyişle, bir aydınlatma yükümünün var olup olmadığı, varsa ihlal edilmiş olup olmadığı, keza ihlal edenin kusurunun derecesi, esas itibariyle biri diğerinden farklı hususlardır. Ancak aydınlatma yükümüne ilişkin inceleme, daha önce de belirtildiği üzere geriye dönüktür. Bir başka deyişle, sonuçtan hareket edilerek incelenir. Bu incelemede de, yükümün varlığı, muhatapın aydınlatılma ihtiyacının fark edilebilirliği, yükümün ihlali aynı ölçüte göre ve birlikte değerlendirilmektedir. Ölçüt dürüstlük kuralıdır⁹²³.

Borçlar Kanunu m. 28/2 gerçi üçüncü kişinin hilesini düzenlemiştir, ancak kimlerin üçüncü kişi sayılacağına ilişkin bir belirleme yapmamıştır. Öğretide, kabul edildiğine göre, üçüncü kişi, hukuki bakımdan sözleşmenin kurulmasına etkisi ancak tesadüfi mahiyette olan ve kendisi de sözleşmenin yapılmasında herhangi bir sıfatla

⁹²¹ Bilmek ve bilmek zorunda olmanın *bilmek* şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. HUGUENIN, SJZ 95, s. 261 vd. ; YILDIRIM, s. 175-176. Karş. KURŞAT, s. 49.

⁹²² GILOMEN, bilip de söylememek ile bilmesi gerektiği halde durumun gerektirdiği özeni göstermeyip de bilmemeyi tarafın kötü niyetli olması biçimde değerlendirmektedir. Bkz. GILOMEN, s. 118-119.

⁹²³ GILOMEN, s. 119-120.

yer almayan kişidir⁹²⁴. Bu bağlamda, sözleşme tarafının temsilcisi, görüşme yardımcısı üçüncü kişi değildir, bunların davranışları bizatihi tarafın kendi davranışı olarak kabul edilir⁹²⁵.

B. AYDINLATMA YÜKÜMÜ – HİLE İLİŞKİSİ

Hileli davranış, yukarıda belirtildiği gibi, aktif hile davranışı ile gerçekleştirilebileceği gibi, pasif hile davranışı, yani susma ile de gerçekleştirilebilir. Aydınlatma yükümü – hile ilişkisi de, işte bu noktada söz konusu olur. Zira, susmanın yani bilgi vermemenin/ aydınlatmamanın pasif hile davranışı teşkil edebilmesi, deyim yerindeyse, kişinin konuşmak zorunda olduğu yani, aydınlatma yükümlüsü olduğu halde söz konusudur.

Aydınlatma yükümünün ne zaman ve/veya hangi koşulların gerçekleşmesi ile ortaya çıktığı yukarıda incelenmiştir. Esasen genel bir bilgi verme yükümü mevcut olmadığı için, aydınlatma yükümünün koşulları da öğreti ve uygulamanın çabalarıyla ortaya konmuştur. Uygulama, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün varlığı ve kapsamına ilişkin ilkeleri, büyük ölçüde susma suretiyle hilenin gerçekleştirildiği hallerle ilintili olarak geliştirmiştir⁹²⁶.

Dürüstlük kuralının, kişiye bilgi vermeyi emrettiği noktada, bir aydınlatma yükümü vardır. Susmak, yani bilgi vermemek bu yükümün ihlali anlamına gelir. *Ancak tek başına aydınlatma yükümünün ihlali, her zaman hile anlamına gelmez. Keza, aydınlatma yükümü de sadece susma ile ihlal edilmez.* Hile davranışı, hilenin bir unsurudur. Hilenin gerçekleşmesi, belirtildiği gibi, hileli davranıştan başka, hile kastını ve nedensellik bağına da gerektirir. Kişi, aydınlatma yükümünü, muhatabı aldatıp sözleşme yapmak için ihlal etmiş, yani susmak suretiyle yerine getirmemişse ve bundan dolayı sözleşmenin yapılması söz konusu olmuşsa, hile gerçekleşmiştir.

⁹²⁴ GILOMEN, s. 112 ; YILDIRIM, s. 143 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 263-264, N. 15-17. Ayrıca bkz. YILDIRIM, s. 143, dipnot 637 ve 638’de yollama yapılan yazarlar.

⁹²⁵ Üçüncü kişiye ilişkin geniş bilgi için bkz. GILOMEN, s. 112 vd. ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 263-264, N. 15-17 ; YILDIRIM, s. 143 vd.

⁹²⁶ HARTMANN, s. 91-92, N. 216.

Kısacası, aydınlatma yükümünün susmak suretiyle ve kasten ihlali neticesinde sözleşme yapılmışsa hile mevcuttur.

Aydınlatma yükümü, sadece sözleşme görüşmesine giren kişiler için söz konusu değildir. Bizim inceleme konumuz, tüketici satımlarında satıcının aydınlatma yükümü olmakla birlikte, üçüncü kişinin hilesinden sözleşme tarafının sorumlu olabilmesi, daha doğru olarak, üçüncü kişinin hilesinin tarafça bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesinde de muhatabın sözleşmeyi iptal edebilmesi sebebiyle, üçüncü kişinin aydınlatma yükümlüsü olması hususuna da değinmek istiyoruz.

Esasen, nasıl ki taraf hilesi hem aktif hem de pasif hile davranışı ile yapılabilirse, aynı durum üçüncü kişi için de geçerlidir. Dolayısıyla üçüncü kişi de, dürüstlük kuralı bilgi vermeyi gerektirdiği zaman, buna yapmayıp susması halinde hile davranışını gerçekleştirmiş olur. Keza, hilenin diğer koşulları (hile kastı ve nedensellik bağı) üçüncü kişinin hilesi için de aranır⁹²⁷.

Üçüncü kişinin susmak suretiyle hile davranışını gerçekleştirmesi, sözleşme görüşmelerin veya müstakbel tarafların bilgi vermemesinden farklılık arz eder. Görüşmeler için de genel bir aydınlatma yükümü yoktur, ama bunların birbirlerini bilgilendirmekle yükümlü olduklarını hal ve şartlara göre kabul etmek, sözleşmenin müstakbel taraflarından biri olmayan üçüncü kişiye göre daha kolaydır⁹²⁸.

Esas itibarıyla, üçüncü kişinin, sözleşmenin müstakbel taraflarını onların menfaatine olarak uyarmak, onlara müdahale etmek ve hatalarına/hatalı tasavvurlarına ilişkin bilgi vermek, aydınlatma gibi bir yükümlülüğü yoktur. Çok özel şartların varlığı halinde, kişinin kendisinin taraf olmadığı bir sözleşmeye ilişkin olarak aydınlatma yükümü ortaya çıkabilir. Örneğin, kişi, taraflardan birini sözleşme yapmadan önce kasıtlı veya kasıtsız bir hataya düşürmüş ve bu kişinin bu hatanın etkisiyle sözleşme yapmak üzere olduğunu fark etmişse, onu bu hususta aydınlatmakla yükümlü olduğu kabul edilir. Keza, mali bakımdan çok kötü durumda

⁹²⁷ YILDIRIM, s. 174-175.

⁹²⁸ GILOMEN, s. 116.

olan borçlunun kendisine kefil olmak isteyen kişiye karşı durumunu bildirmesi hususunda da, üçüncü kişi için bir aydınlatma yükümü söz konusudur⁹²⁹.

C. ALDATILANIN SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI

Hileyle iradesi sakatlanan kişi, hatada olduğu gibi, sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Aldatılan, hileyi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Etmemesi halinde ise, iptal hakkından feragat etmiş olur⁹³⁰. İptal hakkının niteliğine, kullanılmasına ilişkin olarak hatada belirtilen hususlar, hile için de geçerlidir⁹³¹.

İptal hakkının kullanımı için yasada öngörülen bir yıllık süre hak düşümü süresidir. Hataya ilişkin açıklamalarda da belirtildiği gibi, iptal hakkının kullanımı için bundan başka bir üst süre olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, üst sınırı sadece hile için kabul etmektedirler⁹³². Yargıtay, 17.3.1989 tarihli içtihadında önceki içtihadından dönerek üst sınırın söz konusu olmayacağını ifade etmiştir⁹³³. Kanaatimizce de, hatada olduğu gibi, bu halde de üst sınırı belirleyecek olan husus hakkın kötüye kullanımı yasağıdır⁹³⁴. Federal Mahkeme de, Picasso kararında üst sınırı reddetmiştir⁹³⁵.

D. ALDATILANAN TAZMİNAT HAKKI

Borçlar Kanunu m. 31/3 “Hile ile haleldar olmuş yahut ikrah ile yapılmış olan bir akde icazet, zarar ve ziyan talebinden feragati istilzam etmez” hükmünü içermektedir. Anılan düzenleme, hem hilenin etkisiyle sözleşme yapan aldatılana

⁹²⁹ Başkaca örnekler için de bkz. GILOMEN, s. 117-118 ; YILDIRIM, s. 174. Ayrıca bkz. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 28, s. 263-264, N. 17.

⁹³⁰ Geniş bilgi için bkz. EREN, s. 356-357.

⁹³¹ Hile halinde iptal hakkının kullanımına ilişkin geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, s. 223 vd.

⁹³² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 454.

⁹³³ 1. HD, 1989/3333 E., 1989/3063 K., 17.03.1989 T. Bu kararda, 30.05.1951 tarihli HGK kararından dönüldüğü ifade edilmiştir.

⁹³⁴ EREN, s. 374 ve dipnot 142’de yollama yapılan yazarlar ; YILDIRIM, s. 262-263 ; KURŞAT, s. 117.

⁹³⁵ BGE 114 II 131, s. 140 vd. Üst sınır olması gerektiğini savunan yazarlar için bkz. YILDIRIM, s. 263, dipnot 1113 ve 1114’de yollama yapılan yazarlar.

tazminat hakkı tanımış, hem de sözleşmeyi iptal hakkından feragat etmenin tazminat talebinden vazgeçme anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir⁹³⁶.

Hileden mütevellit tazminat talebinin hukuki dayanağının ne olduğu tartışmalıdır. Zira BK m. 28 zararın tazmini konusunda bir hüküm içermemektedir⁹³⁷. BK m. 31/3 de, bağımsız bir sorumluluk sebebi teşkil etmez⁹³⁸. Tartışmalı olan husus da, esasen bu sorumluluğun sebebidir. Hilenin aynı zamanda bir haksız fiil olması nedeniyle, sorumluluğun dayanağının haksız fiil olarak kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, bu davranışın aynı zamanda culpa in contrahendo da teşkil etmesinden dolayı, culpa in contrahendo sorumluluk da kabul edilebilir⁹³⁹.

Aldatılan kural olarak menfi zararını talep edebilir. Aldatanın hilesi söz konusu olmasaydı içinde bulunacağı durum ile hali hazırdaki durumu arasındaki fark menfi zararını ifade eder. Bundan başka, öğretilerde müspet zararın tazmininin de istenebileceğini savunan yazarlar vardır⁹⁴⁰.

Aldatılanın sözleşmeyi iptalden feragati, tazminat talebinden de vazgeçtiği anlamına gelmez. Bununla birlikte, “ohne weiteres” ifadesinden aldatılanın sözleşmeyle bağlı kalmakla daha az zarara uğrayacağı şeklinde anlamak gerektiği belirtilmektedir⁹⁴¹. KOLLER, de bu ifade tarzından zararı tazmin talebinin istisnai hallerde mümkün olabileceği sonucunu çıkarmıştır⁹⁴². Buna göre, sözleşmeyi iptalden vazgeçip tazminat talep edebilmek için, aldatılan için sözleşmenin iptalinin beklenemez olması gereklidir. Böyle bir durum, örneğin sözleşmeye dayanarak masraflar yaptığı veya sözleşmenin çoktan ifa edildiği hallerde söz konusu olabilir.

⁹³⁶ Bu konuda bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 31, s. 370, N. 140 ; YILDIRIM, s. 265.

⁹³⁷ YILDIRIM, s. 266.

⁹³⁸ BUCHER, s. 222 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 31, s. 274, N. 23.

⁹³⁹ SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 31, s. 274, N. 23 ; EREN, s. 362-363 ; YILDIRIM, s. 266 ve dipnot 1132’de yollama yapılan yazarlar. Federal Mahkemenin, aldatılanın her iki sorumluluğuna da dayanabileceği yönündeki kararı için bkz. BGE 108 II 419, s. 422. Ancak hileyi haksız fiil olarak kabul ettiği kararları da mevcuttur. Bkz. BGE 61 II 228, BGE 66 II 158 (EREN’den naklen, s. 362, dipnot 94. Hileye yönelik hükümlerin sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olması nedeniyle, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 31, s. 371-373, N. 144 vd.

⁹⁴⁰ YILDIRIM, s. 268 ve dipnot 1142’de yollama yapılan yazarlar. MERZ, BK/OR 26/2’ye kıyasla diğer zararların da istenebileceği görüşündedir. Bkz. MERZ, Vertrag, s. 81, N. 140.

⁹⁴¹ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 31, s. 373, N. 153.

⁹⁴² KOLLER, s. 297, N. 196.

Bir başka deyişle, sözleşmeyi iptal etmekle uğrayacağı zararın, bağlı kalmakla uğrayacağı zarardan daha fazla olması gereklidir⁹⁴³.

Sözleşmeyi iptalden feragat edildikten sonra tazmin edilebilecek olan zararın müspet zararı aşamayacağı, zira bunun hileye maruz kalana ek kazanç sağlayacağı ifade edilmektedir⁹⁴⁴. Öte yandan, bu halde tazmin edilebilecek olan zarar, aldatılanın, hile yüzünden daha elverişsiz koşullarda sözleşme yapılmış olmasından mütevellit zarardır⁹⁴⁵. Yasa koyucunun anılan düzenlemesi, dolus incidens hallerinde, kısmi butlan sonucunda ortadan kalkan veya tarafların farazi iradelerinin birbirine uygun düşmediği kısımların tazminat yükümüyle dengelenebilmesini sağlamaktadır. Zarar gören ediminin yanında, iptal edilen kısım için menfi zararını da tazmin ettirebilmektedir⁹⁴⁶.

IV. GABİNE DAYALI OLARAK SÖZLEŞMENİN İPTAL EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK GABİN

Borçlar Kanunu m. 21'e göre, bir sözleşmede ivazlar arasında açık bir nispetsizlik (dengesizlik) mevcutsa ve bu dengesizlik zarar görenin muzayaka halinde bulunmasından veya düşüncesizliği ya da tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş ise, gabin söz konusudur⁹⁴⁷.

Yapılan sözleşmede edimler arasında dengesizlik söz konusu olabilir, sözleşme özgürlüğünün geçerli olması nedeniyle – başkaca bir hukuka aykırılık yoksa – böyle bir sözleşme de geçerlidir. Gabinde ise, dengesizliğin sebebi taraflardan birinin diğerinin darda kalmasını, düşüncesizliğini, tecrübesizliğini

⁹⁴³ BUCHER, s. 223 ; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 31, s. 213-214, N. 32-33 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 31, s. 274, N. 22 ; KURŞAT, s. 134 ve dipnot 664'de yollama yapılan yazarlar ; YILDIRIM, s. 269. BGE 89 II 239, s. 249.

⁹⁴⁴ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 31, s. 373, N. 153.

⁹⁴⁵ KURŞAT, s. 135.

⁹⁴⁶ SCHMIDLIN, Ber.Kom., Art. 31, s. 374, N. 154. Federal Mahkeme böyle bir olayda, talep edilecek zararı nisbi metoda göre belirlemiştir. Bkz. BGE 89 II 239, s. 254.

⁹⁴⁷ EREN, s. 377. Geniş bilgi için bkz. ASLAN, Ç., M., Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (Gabin), Ankara, 2006, s. 23 vd., s. 63 vd.

sömürmesidir. Gabin bir irade sakatlığı halidir, sömürülenin iradesi oluşum safhasında sakatlanmaktadır, yani bu noktada bir saik hatası söz konusudur⁹⁴⁸.

Gabinin, objektif ve subjektif unsurları mevcuttur. Edimler arasındaki açık nispetsizlik objektif unsurdur⁹⁴⁹. Subjektif unsurlar ise, zarar görenin zayıflığı ve muhatabın bu durumu bilip bundan yararlanmak istemesi, yani sömürme kastıdır. Sömürme kastının söz konusu olabilmesi için, sömüren hem karşı tarafın zayıf durumunu bilmesi hem de bundan yararlanmayı istemelidir. Bu durum, aynı zamanda hile de oluşturabilir⁹⁵⁰.

Zarar görenin zayıf durumuna ilişkin olarak yasada; muzayaka, tecrübesizlik ve düşüncesizlik halleri ifade edilmiştir⁹⁵¹. Bu haller, temyiz kudretini ortadan kaldırmazlar, ancak bu hallerin varlığı sebebiyle, zarar görenin iradesi oluşum safhasında sakatlanmakta, saik hatası söz konusu olmaktadır⁹⁵².

Muzayaka hali, kişinin darda kalması demektir. Bu ekonomik veya kişisel olabileceği gibi, bu durum tüzel kişiler için de söz konusu olabilir. Bundan başka, muzayaka hali, kişinin kendi kusurundan da kaynaklanabilir. Hafiflik ise, kişinin karakter olarak hafif düşünceli olmasını değil, yapılan sözleşme bakımından özen gösterememesini, düşüncesizliğini ifade eder. Bu kişiler, temyiz kudretine haizdir, ancak belirli iradi ve zihni yeteneklerden yoksundur⁹⁵³.

Tecrübesizliğe gelince, bu zarar görenin genel hayat ve iş tecrübesinin eksikliğini ifade eder, ancak bu hüküm bakımından sömürülen tarafın genel bir tecrübesizliği değil, bilgisizliği/ tecrübesizliği sebebiyle yaptığı sözleşmenin kapsamını/ sonuçlarını öngörememesi gereklidir. BK m. 21, özellikle, edim ve karşı edimin değerine ilişkin olarak yetersiz bilgilendirilmiş tarafları korur⁹⁵⁴.

⁹⁴⁸ EREN, s. 377-378.

⁹⁴⁹ Objektif unsura ilişkin geniş bilgi için bkz. ASLAN, Gabin, s. 67 vd.

⁹⁵⁰ EREN, s. 381. Sömürme kastına ilişkin olarak bkz. ASLAN, Gabin, s. 97 vd.

⁹⁵¹ Bu sayımın sınırlayıcı olup olmadığına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. ASLAN, Gabin, s. 95-96. Bu hallere ilişkin geniş bilgi için bkz. ASLAN, Gabin, s. 83 vd.

⁹⁵² EREN, s. 380-381.

⁹⁵³ EREN, s. 380.

⁹⁵⁴ HARTMANN, s. 94, N. 222.

B. AYDINLATMA YÜKÜMÜ – GABİN İLİŞKİSİ

Gabin hükmünün, bir sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlali çerçevesinde uygulanması söz konusu olabilir. HARTMANN, şöyle bir örnek kurgulamıştır. Bir antikacı, çiftlik evinde, mobilyadan anlayanların en az yirmibin frank vereceği nitelikte, eski bir dolap bulur. Tecrübesizliği aşık olan ev sahibinin sorusu üzerine, eski dolabı elli franka satmaya hazır olduğunu söyler. Bu noktada, dürüstlük kuralı, dolabın değerine ilişkin bilgi vermeyi gerektirmektedir. Antikacının bilerek mal sahibine bilgi vermeyip onun tecrübesizliğinden faydalanması/ onu sömürmesi, gabinin gerçekleşmesi sonucunu doğurur⁹⁵⁵. Bir olayda, gabinin, hile ve temel hatasının koşullarının birlikte gerçekleşmesi de söz konusu olabilir⁹⁵⁶.

C. ZARAR GÖRENİN SÖZLEŞMEYİ İPTAL HAKKI

Zarar gören, sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Hile ve hatadan farklı olarak, hileye veya hataya vakıf olunduğundan itibaren değil, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde iptal hakkının kullanılması gereklidir. Bir başka deyişle, gabine vakıf olunma veya edimin gerçek değerini öğrenme gibi bir koşul getirilmemiştir. İptal hakkı kullanılmaksızın sürenin geçirilmesi ile gabini ileri sürme hakkı ortadan kalkar, bu iptal hakkından feragat anlamına gelir⁹⁵⁷. Ancak gabinin söz konusu olduğu halde, hata ve/veya hilenin koşulları da gerçekleşmişse, hata ve/veya hileye vakıf olduktan itibaren bir yıl içinde – sözleşmenin kurulmasının üzerinden bir yıl geçmiş de olsa – bu defa ilgili hükümlere dayanarak sözleşmeyi iptal etmek mümkündür⁹⁵⁸.

Öğretiye göre, gabin sebebiyle sözleşmenin tümünden iptali yerine kısmi butlan da söz konusu olabilir. Zarar görenin ediminin karşı edimin düzeyine indirilmesi suretiyle sözleşme ayakta tutulabilir⁹⁵⁹. BUCHER, de BK m. 25'e kıyasen,

⁹⁵⁵ HARTMANN, s. 94-95, N. 223.

⁹⁵⁶ HARTMANN, s. 95, N. 225.

⁹⁵⁷ EREN, s. 382.

⁹⁵⁸ HARTMANN, s. 95, N. 225.

⁹⁵⁹ SCHWENZER, s. 225, N. 32.55 ; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 159, N. 754 ; BUCHER, s. 235 ; EREN, s. 382.

sömürenin normal edimi teklif etmesi halinde, zarar görenin bunu kabul etmesini savunmaktadır⁹⁶⁰. BK m. 25'e göre, hata iyiniyet kuralına aykırı olarak ileri sürülemez, özellikle hataya düşenin muhatabı sözleşmeyi hataya düşenin anladığı biçimde yapmaya hazır olduğunu belirtirse, hataya düşen yapmak istediği şekliyle o sözleşmeyle bağlı kalır. Federal Mahkeme, kısmi butlan kuralının gabine uygulanabilirliğini uzun süre açıklığa kavuşturmamıştır. BGE 123 III 292'de sömürülenin kısmi geçersizliğin uygulanmasını talep edebileceğini kabul etmiştir. Ancak, sömürenin, sömürülenin iptal talebine rağmen kısmi geçersizliğe dayanıp dayanamayacağı sorusunu cevaplandırmamıştır⁹⁶¹.

Sözleşme iptal edildikten sonra, edimlerin iadesi gereklidir. Aksi halde, istihkak veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa edilen edimin geri istenmesi söz konusu olur⁹⁶².

D. ZARAR GÖRENİN TAZMİNAT HAKKI

Gabin sebebiyle zarar gören taraf sömüründen tazminat talep edebilir. Muhatabın sömürülmesi, bir culpa in contrahendo teşkil eder, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğundan mütevellit menfi zararların tazmini söz konusu olur⁹⁶³.

§3. Culpa in Contrahendo

I. GENEL OLARAK

Esas itibariyle, bu çalışmanın ilk bölümündeki yükümlülük kavramından bu yana culpa in contrahendo sürekli yollama yapmamız gereken bir kurum olageldi. Yükümlülük kavramı, koruma yükümleri, bir özel bağlantı teşkil eden sözleşme

⁹⁶⁰ BUCHER, s. 235.

⁹⁶¹ BGE 123 III 292, s. 293, s. 300. Ayrıca bkz. HUGUENIN, C., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W., Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2007, Art. 21, s. 219, N. 16. Bununla birlikte, Federal Mahkeme, önceki kararlarında bu imkanı tamamen reddediyordu. Bkz. BGE 80 II 327 ; BGE 84 II 107. Bu konuyla ilgili olarak bkz. BUZ, V., Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, C. XIX, S. 4, s. 66 vd.

⁹⁶² Geniş bilgi için bkz. ASLAN, Gabin, s. 118 vd.

⁹⁶³ EREN, s. 383.

görüşmesi kavramlarının açıklanabilmesi için bu kavrama sürekli değindik. Öte yandan ilk bölümde, bazı kavramları açıklayabilmek için, gerekli olduğu ölçüde bu kavramın çıkışı, gelişmesi ve en nihayetinde kendisini bile içine alan güven sorumluluğuna gelişini de değerlendirdik.

Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmeleri sürecinde yapılan kusurlu davranışı ifade etmektedir. Ancak, bu kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun adı da culpa in contrahendodur. Bu sorumluluk da esas itibariyle bir tazminat sorumluluğudur. Ancak, önceki bölümde irade sakatlıkları bağlamında değerlendirildiği gibi, culpa in contrahendonun, yani görüşme sürecindeki kusurlu davranışın yegane sonucu tazminat borcu değildir. Kusurlu davranışın muhatabının sözleşmeyi iptal etmesi de esasen culpa in contrahendonun sonucudur. Bundan başka, culpa in contrahendo sorumluluğun doğması sözlenip kurulup kurulmamasından ve/veya iptal edilip edilmemesinden bağımsızdır. Bir başka deyişle, bu sorumluluğun söz konusu olması için – daha sonra sorumluluk şartları değerlendirilecektir – sözleşmenin geçerli biçimde yapılmasına gerek olmadığı gibi, illa ki akamete uğraması da gerekmez.

Tazminat sorumluluğu anlamıyla culpa in contrahendo, önceki bölümde de belirtildiği üzere, sözleşmenin iptal edilmesi çerçevesinde de söz konusu olur. Zira, kişinin kendi kusuru ile hataya düşmesinde muhatabın uğradığı zararları giderme borcunun sebebi, kusuruyla hataya düşmek, yani bir culpa in contrahendodur. Yasada açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, muhatabının kusuruyla hataya düşenin, hataya düşmesinin ve zarara uğramasının sebebi de, hataya düşürülmektir ki bu da bir culpa in contrahendodur. Keza, tartışmalı olmakla birlikte, hile de bir culpa in contrahendodur. Hata, hile ve gabinde, aydınlatma yükümünün ihlali çerçevesinde ortaya çıkıp irade sakatlığına sebep olan kusurlu davranışları (culpa in contrahendo) gördük. Bu kusurlu davranışların sonuçlarından biri sözleşmeyi iptal hakkıdır/ sözleşmenin iptal edilmesidir. Bundan başka, söz konusu kusurlu davranışlardan iptalle birlikte ve sözleşme iptal edilmeksizin bir tazminat borcu doğar. Bu tazminat culpa in contrahendo sorumluluğundan mütevellittir.

Culpa in contrahendonun incelemesine geçmeden önce bir konuya işaret etmek isteriz. Culpa in contrahendo sorumluluğun hukuki niteliği, yani haksız fiil, sözleşme veya sui generis olması, ile bu sorumluluğa uygulanacak olan/ uygulanması gereken hükümler veya modaliteler farklı hususlardır. Bir başka deyişle, sorumluluğun niteliğinin haksız fiil olduğunun kabul edilmesiyle, örneğin yardımcı şahsın sorumluluğuna BK m. 100 hükmünün uygulanmasının benimsenmesi birbirinden farklı konuları ifade etmektedir. İlki sorumluluğun nitelendirilmesi, ikinci ise şartları gerçekleşmiş sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanacağıdır.

Biz bu bölümde, bu sorumluluğun hukuki niteliğini, şartlarını ve modalitelerini değerlendireceğiz. Bu sorumluluk, önceki paragrafta incelediğimiz irade sakatlıkları bağlamında ortaya çıktığı gibi, üçüncü bölümün en son paragrafında incelenecek olan TKHK'da düzenlenen aydınlatma yükümlerinin ihlalinin spesifik sonuçları bağlamında da gerçekleşebilecektir. Her halde, culpa in contrahendo sorumluluğun gerçekleşip gerçekleşmediği şimdi inceleyeceğimiz koşulların varlığına bağlı olacaktır.

II. CULPA IN CONTRAHENDONUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sorumluluk hukukunda temelde ikili bir ayrım söz konusudur. Bunlar sözleşme ve haksız fiildir. Culpa in contrahendo, genel bir sorumluluk normu olarak düzenlenmediğinden, esas itibarıyla, bu iki sorumluluk türünden birine dahil edilmek istenmiştir⁹⁶⁴. Zamanla, culpa in contrahendoyu, sözleşme ve haksız fiilin dışında, çeşitli kavramlara göre nitelendiren görüşler ortaya çıkmıştır⁹⁶⁵. Bu görüşlerin kısaca değerlendirilmesinden önce, bizim de katıldığımız, görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini culpa in contrahendo saymayan görüşü açıklamak isteriz. Bu görüşü savunan yazarlar, culpa in contrahendonun niteliğini değerlendirmeden önce görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini, culpa in contrahendonun dışında tutmaktadırlar.

⁹⁶⁴ GÜRPINAR, s. 145.

⁹⁶⁵ Bu kuramlar hakkında geniş bilgi için DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd., s. 111 vd. ; GEZDER, Ü., Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Culpa in Contrahendo), İstanbul, 2009, s. 61 vd.

A. GÖRÜŞME SÜRECİNDEKİ BÜTÜNLÜK MENFAATİ İHLALLERİ

Esasen, ilk bölümde incelendiği gibi, culpa in contrahendonun çıkış noktası bütünlük menfaati ihlalleri olmamakla, yani JHERING'in incelediği culpa in contrahendo bütünlük menfaati değil menfi menfaatle ilintili olmakla birlikte, uygulamanın culpa in contrahendoyu ilk olarak tanıdığı kararlar bütünlük menfaati ihlalleri bağlamında gerçekleşmiştir⁹⁶⁶.

Görüşme süreci içinde tarafların birbirlerinin bütünlük menfaatlerini ve mal varlığı menfaatlerini ihlal etmesi söz konusu olabilir. Ancak, ilk bölümde, aydınlatma yükümünün türleri içinde açıklandığı üzere⁹⁶⁷, bütünlük menfaati ihlalden doğan zararların görüşülen sözleşme ile fonksiyonel bağlantısı eksiktir⁹⁶⁸. Esasen, Alman hukukunda da ifade edildiği gibi, amaç elverişsiz haksız fiil hükümlerinden kaçmaktır⁹⁶⁹. Görüşme sürecinde, hatta görüşmeler de başlamadan önce, ortaya çıkan haksız fiiller, başka bir adla tanımlanıp o alandan çıkarıldığında, yani artık haksız fiil olarak görülmediğinde, deyim yerindeyse ortaya çıkan boşluktan istifade edip bunun sözleşme sorumluluğu hükümleri ile doldurulması söz konusu olmaktadır. İşte İsviçre hukukunda, KOLLER'in ifadesiyle bu Alman anlayışının reddedilmesi gerektiğini düşünen yazarlar vardır⁹⁷⁰. Biz de, görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerinde, görüşme sürecinde bir kusurlu davranış olmakla birlikte, bunun görüşülen sözleşme ile ilgisi olmadığını düşünüyoruz. Kanaatimizce, culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğun sebebi, görüşme sürecindeki kişilerin

⁹⁶⁶ Esasen, bu kararlar Alman hukukunda da eleştirilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Bölüm I, §1, IV, A.

⁹⁶⁷ Bkz. Bölüm I, §1, V, C. Bizim de geniş ölçüde örneklerine yer verdiğimiz Alman yazar POHLMANN, Alman mahkemelerinin verdiği kararlardan esinlenerek kurguladığı örnekler bağlamında, bütünlük menfaati ihlallerin haksız fiil olduğunu ayrıntılı olarak açıklamıştır.

⁹⁶⁸ GONZENBACH, s. 85.

⁹⁶⁹ Bu konuda bkz. LARENZ, K., Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo", FS für Kurt BALLERSTEDT zum 70. Geburtstag, Berlin, 1975, s. 401 vd. ; PICKER, s. 376 ; MEDICUS, D., Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981, s. 479 vd.

⁹⁷⁰ KOLLER, s. 438-439, N. 44 ; BÜHLER-REIMANN, T., Zum Problem der "culpa in contrahendo", SJZ 1979, s. 360 ; FRICK, s. 63 – 64 ; GONZENBACH, s. 38 ; KRAMER, Ber.Kom., s. 77, N. 149 ; SCHWENZER, s. 296, N. 4710 ; HONSELL, Haftpflichtrecht, s. 55-56, N. 22. Türk hukukunda YALMAN, bu görüşe katıldığını ifade etmiş, ancak daha sonra kendi görüşünü açıklarken bütünlük menfaatini korunmasıyla ilgili örnek vermiştir. Bkz. YALMAN, s. 64 – 65, s. 82 vd. Karş. DEMİRCİOĞLU, s. 239 vd. 13. HD, 2005/8367 K., 2005/15280 E., 17.10.2005 T.

kural olarak ve/veya öncelikle mal varlığı menfaatlerini veya bütünlük menfaati dışında kalan diğer menfaatleri korumaya dönük yükümlerinin ihlalidir.

B. HAKSIZ FİİL GÖRÜŞÜ

Bu teoriye göre, görüşme sürecindeki özen ve aydınlatma yükümlerinin ihlali BK m. 41 anlamında bir haksız fiil teşkil eder. Bu görüşü kabul edenlerin en önemli tutamak noktası, görüşme aşamasında henüz bir sözleşmenin kurulmamış olmasıdır⁹⁷¹. Görüşme süreci, yükümlülükler getirir, ancak bu yükümler teknik anlamda borç değildir⁹⁷². Keza sözleşmenin yapılmasından önce tarafların henüz bir sözleşmeyle bağlanma isteği de söz konusu değildir⁹⁷³. Öte yandan, culpa in contrahendo çerçevesinde ortaya çıkan zarar genellikle saf malvarlığı zararı olmaktadır. Haksız fiil hukukunda geçerli olan objektif hukuka aykırılık teorisi, ilk bölümde açıklandığı üzere, kural olarak bunların tazminine imkân vermemektedir⁹⁷⁴. Bununla birlikte, esasen, bunun nedeni Borçlar Kanununun düzenlemesi değil, yorumudur⁹⁷⁵.

Sözleşmenin görüşülmesi sürecinde, gerçekten de bir borç söz konusu değildir, ancak haksız fiil görüşü de, özellikle objektif teorinin kabulü karşısında, culpa in contrahendo vakıaları için uygun değildir. Özellikle de haksız fiilin modaliteleri, bunların içinde de yardımcı şahsın sorumluluğuna ilişkin düzenleme, ileride görüleceği üzere, culpa in contrahendo vakıaları için adaletsiz sonuçlar doğurur⁹⁷⁶. Nitekim, haksız fiil görüşünü savunanlar⁹⁷⁷ bile, yardımcı şahsın sorumluluğunda BK m. 100/ İBK m. 101 hükmünün uygulanmasını kabul etmektedirler⁹⁷⁸.

⁹⁷¹ GÜRPINAR, s. 147.

⁹⁷² HARTMANN, s. 106-107, N. 252.

⁹⁷³ GONZENBACH, s. 70.

⁹⁷⁴ HARTMANN, s. 107, N. 253.

⁹⁷⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. GÜRPINAR, s. 85 vd., s. 147.

⁹⁷⁶ HARTMANN, s. 107-108, N. 254. GONZENBACH'ın ifadesiyle "haksız fiil teorisinde her şey basittir" demek de cüretli bir yaklaşımdır. Bkz. s. 20. Bu konuda geniş bilgi için bkz. GEZER, Culpa in Contrahendo, s. 74 vd. ; DEMİRCİOĞLU, s. 98 vd.

⁹⁷⁷ KELLER/SCHÖBI, s. 43; MERZ, Vertrag, s. 86, N. 149 ; DELCO, s. 200 ; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 26, s. 185, N. 11, s. 186, N. 15 ; PIOTET, P., Culpa in Contrahendo, Bern, 1963, s. 40 (HARTMANN'dan naklen, s. 106, dipnot 428).

⁹⁷⁸ KELLER/SCHÖBI, s. 44.

C. SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Sözleşme teorisi, görüşme sürecindeki yükümlülüklerin, genel davranış yükümlerinden ayrıldığını, zira bunların belli bir sözleşme ilişkisine girmeyi amaçlayan kişiler arasında söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Culpa in contrahendo, culpa in solvendo gibi, genel değil, özel nitelikli bir koruma sağlama amacına hizmet etmektedir. Yani, amaç, bir kişinin özensiz davranışının sonuçlarından herkesi değil, sadece o kişinin muhatabı görüşmeciyi korumaktır⁹⁷⁹.

Sözleşme görüşü, esas itibarıyla tek bir teoriden ibaret değildir. Sözleşme görüşü bağlamında, amaç sözleşme, bağımsız sözleşme gibi teoriler ortaya çıkmıştır. Sözleşme görüşünün kabulü, zarar görenin korunması için elverişlidir belki ama, sonuçta görüşme sürecinde bir sözleşme ve bundan mütevellit borçlar olmadığı, sadece yükümler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir⁹⁸⁰.

D. KARMA GÖRÜŞ

Karma görüş bağlamında temelde iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerin özelliği esas itibarıyla, culpa in contrahendonun hukuki niteliğinin ne olduğuyla çok fazla ilgilenmemeleridir⁹⁸¹. JAEGGI'nin savunduğu görüşe göre, hukuki nitelikten ziyade, mevcut sorumluluğun hangi esaslara bağlanacağı, yani modaliteleri önemlidir⁹⁸². Daha sonra BÜHLER-REIMANN, esasen onun görüşlerinden yola çıkmış olmakla birlikte, somut olayda gerçekleşen vakıya göre, buna uygun olan sorumluluğun kabul edilmesini gerektiğini savunmaktadır. Yani olaya göre, sözleşme veya haksız fiil olarak kabul edilebilir⁹⁸³.

⁹⁷⁹ GÜRPINAR, s. 148. WIEGAND, Bas.Kom., Einl. zu 97-109, s. 559, N. 10. Sözleşme görüşüne savunan diğer yazarlar için bkz. EREN, s. 1086, dipnot 446'de yollama yapılan yazarlar ve GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 64, dipnot 41'de yollama yapılan yazarlar.

⁹⁸⁰ Sözleşme kuramlarına ilişkin geniş bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd. ; GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 64 vd. ; YALMAN, s. 73 vd.

⁹⁸¹ Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 111 vd.

⁹⁸² JAEGGI, P., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung , FG für Wilhelm Schönenberger, Freiburg, 1968, s. 181 vd. , s. 193 vd.

⁹⁸³ BÜHLER-REIMANN, s. 363 – 364. Geniş bilgi için bkz. GÜRPINAR, s. 148-149 ; DEMİRCİOĞLU, s. 114 vd.

E. KENDİNE ÖZGÜ SORUMLULUK GÖRÜŞÜ

Kendine özgü sorumluluk görüşü, culpa in contrahendoyu, ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğuna dahil etmektedir, bu görüşe göre culpa in contrahendo kendine özgü bir sorumluluk kategorisidir⁹⁸⁴. Haksız fiil hükümleri de, sözleşme sorumluluğu hükümleri de esas itibariyle bu sürece tam anlamıyla uygun düşmemektedir. Culpa in contrahendo – bugün artık güven sorumluluğuna evrilmiş ve bu sorumluluğun çıkış noktası iken bir alt türü haline gelmiştir – üçüncü bir sorumluluk kategorisidir. Yasa koyucu, sözleşme öncesi aşamayı gereği gibi düzenlememiştir⁹⁸⁵. Gerçi bu, bu aşamada gerçekleştirilecek yükümlülük ihlallerine hiç vakıf olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira kendi kusuruyla hataya düşenin muhatabın iptalden mütevellit zararlarını tazmin yükümlülüğünü getirmiş olması, bu süreçte kusurlu davranışlarla muhatapların mal varlığı zararına uğrayabileceğini öngördüğünü de gösterir. Ancak bu, bütün culpa in contrahendo hallerine de vakıf olduğu anlamına gelmez, kaldı ki culpa in contrahendo üçüncü bir sorumluluk sebebi olsa da, yani yasa bu sorumluluğu tanımış olsa da, bu sorumluluğun modaliteleri düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla bir boşluk söz konusudur⁹⁸⁶.

Yasada ortaya çıkan boşluk, temelde iki şekilde söz konusu olabilir. Yasa koyucu, hatada olduğu gibi, culpa in contrahendo halini düzenlemiştir. Ancak eksiklikler mevcuttur, dolayısıyla boşluk mevcuttur. Keza, culpa in contrahendo teşkil eden vakıanın hiç düzenlenmemiş olması da ihtimal dahilindedir⁹⁸⁷. Her halde, boşluk, hakim kendi kanun koyucu olsa idi nasıl bir kural getirecek idiyse (MK m. 1), ona göre bir hüküm yaratması suretiyle doldurulacaktır⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ BUCHER, s. 286 ; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 207, N. 978 ; KOLLER, s. 432-433, N. 23 ; WAHRENBERGER, s. 45 vd. ; HARTMANN, s. 108, N. 255.

⁹⁸⁵ HARTMANN, s. 108, N. 255.

⁹⁸⁶ HARTMANN, s. 108, N. 255.

⁹⁸⁷ Nitekim yasada düzenlenmemiş pek çok culpa in contrahendo hali söz konusudur. Örnekler için bkz. GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 155 vd.

⁹⁸⁸ KOLLER, s. 436, N. 34 ; HARTMANN, s. 108, N. 255. Ayrıca bkz. ve karşı. MERZ, Vertrag, s. 87-88, N. 154. İki görüşün karşılaştırılması için bkz. GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 79 vd.

Hakim, ortaya çıkan boşluk çerçevesinde, uygun gördüğü hükümleri kıyasen uygulayabilir⁹⁸⁹. Herhangi bir inceleme yapmaksızın, deyim yerindeyse, götürü olarak haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmemelidir. Daha ziyade, her bir modalite için, hangi hükümlerin culpa in contrahendo için uygun olduğunun irdelenmesi gereklidir⁹⁹⁰.

Kanaatimizce, culpa in contrahendo, haksız fiil ve sözleşme dışında, türü kendine özgü bir sorumluluk kategorisidir. Bu sorumluluk tanınmış olmakla birlikte, gereği gibi düzenlenmediği için, ortaya çıkan boşlukların belirtildiği biçimde doldurulması gereklidir. Bu bağlamda, değerlendirilmesi gereken bir husus daha mevcuttur. Culpa in contrahendo dediğimiz, klasik sorumluluk kaynaklarından bağımsız ve yasa koyucunun tanıdığı, münferiden düzenlediği⁹⁹¹ bir sorumluluk türünün olduğu açıktır, ancak bu sorumluluğun niye var olduğunun veya neye dayandığının da belirlenmesi gereklidir. Öğreti ve uygulamanın, bu soruya verdiği cevap, esas itibariyle dürüstlük kuralıdır. Sözleşme görüşmesine giren kişilerin birbirlerinin menfaatlerini gözetme yükünün kaynağı budur. Bu yükümü içeren, dürüstlük kuralından mütevellit ilişki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi olarak tanımlanmıştır. Bu ilişkinin üzerinden bütünsel borç ilişkisine, oradan da güven sorumluluğuna kadar gelen bir süreç söz konusudur. Bu bağlamda, kişilerin birbirlerini etkileyebilme olanaklarının arttığı, olağanı aşan yakınlıkta bir bağlantı/ özel bağlantı kavramına da ulaşılmıştır. Esasen anılan hususlar o kadar iç içe geçmiştir ki, muhtemelen buna bağlı olarak çok geniş kapsamlı/ çok yönlü bir sorumluluk kavramına – güven sorumluluğuna gelinmiştir.

Culpa in contrahendo bugün için güven sorumluluğun bir türü haline gelmiştir. Esasen, güven sorumluluğu, öğretinin tamamınca benimsenmiş bir kavram da değildir. Hatta BUCHER, kanuna aykırı yaratıldığı kanaatindedir⁹⁹². Culpa in

⁹⁸⁹ KOLLER, s. 436, N. 34.

⁹⁹⁰ HARTMANN, s. 108, N. 255.

⁹⁹¹ Yasada düzenlenmiş culpa in contrahendo hallerine ilişkin olarak bkz. GEZDER, Culpa in Contrahendo, s.143 vd.

⁹⁹² Bkz. BUCHER, E., Vertrauenshaftung : Was? Woher? Wohin?, FS für Hans Peter Walter, Bern, 2005, s. 231 vd. ; WALTER, ZSR 2001, s. 80 vd., s. 91.

contrahendo, niteliği tartışmalı da olsa kabul edilen bir kavram iken, aynı durum güven sorumluluğu için geçerli değildir.

Sonuçta, güven sorumluluğunun kapsamı ve spesifik koşullarından bağımsız olarak, sözleşme görüşmelerine girişen kişiler arasında birbirlerinin menfaatlerini gözetme yükümü içeren bir hukuki ilişkinin var olduğu, bu yükümün – elbette kusurlu olarak – ihlalinin de culpa in contrahendo teşkil ettiğini, bundan doğan zarardan sorumluluğun da culpa in contrahendo sorumluluk olduğu kanaatindeyiz⁹⁹³. Müteakiben, bu sorumluluğun gerçekleşmesi için aranan koşulları değerlendireceğiz.

III. CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

Bir kişinin culpa in contrahendodan sorumlu tutulabilmesi için, muhatabın kendisinin sözleşme öncesi kusurlu davranışından, yani dürüstlük kuralı gereği riayet etmesi gereken yükümlerden birini ihlal etmiş olması sonucunda zarara uğraması gereklidir. Bir başka deyişle, sorumluluğun koşulları; zarar, sözleşme öncesi yükümlülüklerden birinin ihlali, nedensellik bağı ve kusurdur. Bizim inceleme konumuz çerçevesinde ihlal edilen koruma yükümünün sözleşme öncesi aydınlatma yükümü/ bilgi verme yükümü olması gereklidir.

A. ZARAR

Bir tazminat borcunun söz konusu olabilmesi için olmazsa olmaz unsur zarardır. Zarar, bir kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır⁹⁹⁴. Malvarlığındaki azalma, maddi zararı ifade etmektedir. Zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının içinde bulunduğu durum ile zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı durum arasındaki fark, o kişinin malvarlığı zararlıdır⁹⁹⁵. Mal varlığı zararı, malvarlığının aktifinin azalması veya aktifinin artmasının engellenmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Aktifin

⁹⁹³ Güven sorumluluğunun tek başına bir tez konusu olarak değerlendirilebilirliği karşısında, ilk bölümde yaptığımız açıklamalarla yetinmek durumundayız. Bkz. Bölüm I, §1, IV, C.

⁹⁹⁴ EREN, s. 472.

⁹⁹⁵ Zarara ilişkin tanımlamalar ve geniş bilgi için bkz. ROBERTO, V., Schadensrecht, Basel, 1997, s. 9 vd.

azalması veya pasifin artmasında fiili zarar, aktifin artmasının engellenmesinde ise, yoksun kalınan kazanç söz konusu olur⁹⁹⁶.

Bundan başka, mal varlığı zararı, yaşam, beden bütünlüğü, sağlık gibi değerlerin ihlalden kaynaklanıyorsa, kişiye verilen mal varlığı zararı, aynı bir hakkın veya zilyetliğin ihlalden kaynaklanıyorsa şeye verilen mal varlığı zararı mevcuttur⁹⁹⁷. Kişiyeye veya şeye verilen zararların dışında kalan zararlar da diğer zararlar veya saf mal varlığı zararı olarak nitelendirilmektedir⁹⁹⁸. Bir başka deyişle, herhangi bir mutlak hakkın veya zilyetliğin ihlalden kaynaklanmayan, ama yine de zarar görenin iradesi dışında ortaya çıkan mal varlığı zararları saf mal varlığı zararlarıdır⁹⁹⁹. Culpa in contrahendo bağlamında ortaya çıkabilecek olan zarar, görüşme sürecindeki haksız fiilleri culpa in contrahendo olarak kabul etmeyen görüş çerçevesinde, kural olarak saf mal varlığı zararlarıdır.

Saf mal varlığı zararı çerçevesinde, bir hususun açıklanmasına gerek vardır. Şöyle ki, belirttiğimiz üzere, zarar kişinin istemi dışında mal varlığından meydana gelen eksilmedir. Ancak mal varlığındaki eksilme, inceleme konumuzla ilintili olarak, bir aydınlatma yükümünün ihlalden ileri gelmişse, istem dışılık özelliği çoğunlukla söz konusu olmayacaktır. Gerçi, hatalı/ eksik bilgilendirilmiş tarafın işlem yapmasına sebep olan tasavvur gerçeğe uymamaktadır, ancak yine de söz konusu işlemi gönüllü olarak yapmaktadır. Örneğin, bir kişi ev alımına ilişkin geçerli bir sözleşme yaptığını düşünerek nakliyeciyeye ile taşıma sözleşmesi yapar. Esasen taşıma sözleşmesini ve buna ilişkin masrafları gönüllü yapmıştır. Ancak taşıma sözleşmesinden mütevellit masraflar, ev alımına ilişkin yaptığı sözleşmenin geçersiz olduğunu bilseydi yapmayacak olduğu harcamalardır. Bu zararın tazmin edilebilmesi, kural olarak, hatalı tasavvura muhatabın kusurlu davranışının sebep olması halinde söz konusu olur¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ EREN, s. 473 vd.

⁹⁹⁷ GÜRPINAR, s. 78.

⁹⁹⁸ KIRCA, s. 9.

⁹⁹⁹ Bu zarara ilişkin olarak bkz. GÜRPINAR, s. 78, dipnot 162 ve 163'de yollama yapılan yazarlar.

¹⁰⁰⁰ HARTMANN, s. 110 – 111, N. 259 – 260. Saf mal varlığı zararı, yanlış tavsiyeden dolayı da ortaya çıkabilir. İstemedi ortaya çıkma hususuna ve yanlış tavsiyeden doğan malvarlığı zararlarına ilişkin olarak bkz. GÜRPINAR, s. 79 vd. Ayrıca bkz. GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 116 vd.

Bir yükümlülük ihlalinin etkisi altında sözleşme yapılması halinde, sözleşmenin akıbetine ilişkin iki ihtimal mevcuttur. Sözleşme ya akamete uğrar, yani iptal edilir/geçersiz hale gelir veya ayakta kalır. Duruma göre de farklı zarar kalemleri söz konusu olur. Ancak doğabilecek zararları önceden kesin olarak belirleyebilmek mümkün değildir¹⁰⁰¹.

Sözleşmenin akamete uğraması bağlamında, ilk anda, boşa giden masraflar bir zarar kalemi olarak ortaya çıkabilir. Bunlar sözleşmenin yapılmasından önce yapılabileceği gibi, sözleşme kurulduktan sonra da olabilir. Noter giderleri (Beurkundungskosten) veya geçerli olarak bir taşınmazı edindiğini düşünen alıcının, bu taşınmaz üzerinde bir şeyler yaptırmak için/ bir proje için planlar hazırlatması için yaptığı masraflar bu iki duruma örnek teşkil edebilir. Hemen belirtelim ki, bu masraflar sözleşmenin geçerliliğine haklı bir güven duyulmuş olmasından ileri gelmelidir. Elbette bu güven de körü körüne bir güven değildir. Muhatabının davranışına güvenmeye haklı olduğu halde, bu güvenin boşa çıkmasından doğan zararlar tazmin edilebilir¹⁰⁰².

Kazanç kaybı da culpa in contrahendo çerçevesinde söz konusu olabilecek bir zarar kalemidir¹⁰⁰³. Bu noktada önem kazanan husus, muhatabın davranışı ile zarar arasında olması gereken uygun illiyet bağıdır¹⁰⁰⁴. Aydınlatılması gereken taraf, gereği gibi aydınlatılsaydı, bir başka deyişle doğru bilgi sahibi olsaydı, daha avantajlı başka bir sözleşme yapacağını ispat etmelidir, esasen bu da zordur¹⁰⁰⁵.

Son olarak belirtmek istediğimiz bir husus daha mevcuttur. Şöyle ki, bir sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlalinin bir zarar doğması, sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde de mümkündür. Bu noktada, akamete uğraması söz

¹⁰⁰¹ KELLER, s. 260.

¹⁰⁰² HARTMANN, s. 111, N. 262. Masrafların boşa çıkmasının biricik sebebinin muhatabın davranışına duyulan haklı güven olması halinde ancak tazmin söz konusu olur. Bu hususta ayrıca "Frustrationsschadens" (Bir beklentinin gerçekleşmemesinden/ hayal kırıklığına uğramaktan doğan zararlar) kavramı için bkz. ROBERTO, Schadensrecht, s. 34 vd.

¹⁰⁰³ GONZENBACH, s. 221.

¹⁰⁰⁴ DEMİRCİOĞLU, s. 247.

¹⁰⁰⁵ İspat ölçüsü konusunda bkz. HARTMANN, s. 112, N. 264 (HARTMANN, daha elverişli bir sözleşme yapacağını kuvvetle muhtemel olduğunun ispatının gerektiği düşüncesindedir). Karş. BUCHER, s. 343, dipnot 58 ; GONZENBACH, s. 221.

konusu değildir. Örneğin, bir banka şubesi, uzunca bir süre sözleşme görüşmeleri yürütür. Ancak muhatabı, kendisinin sözleşme yapma konusunda yetkisi olmadığı hususunda bilgilendirmez. Onay söz konusu olmayınca, sözleşme kurulamaz¹⁰⁰⁶. Bu olaydan da anlaşılacağı üzere, zarar sözleşmenin kurulmasından ve/veya akamete uğramasından bağımsızdır.

B. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ

İlk bölümde incelendiği üzere, koruma yükümleri, dürüstlük kuralına dayanan özen gösterme, koruma, açıklama, aydınlatma olarak ortaya çıkan çeşitli yükümlerin *tamamına* verilen addır¹⁰⁰⁷. Culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde, bu yükümlerin sözleşme öncesi aşamaya karşılık gelen, yani sözleşme öncesi koruma yükümlerinden birinin ihlali söz konusu olmalıdır. Bununla birlikte, görüşme sürecindeki haksız fiillerin culpa in contrahendo olmadığını kabul eden görüş bağlamında, bütünlük menfaatinin değil, mal varlığın korunmasına hizmet eden sözleşme öncesi koruma yükümlerinden birinin ihlal edilmiş olması gereklidir. Asıl inceleme konumuz sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri bu gruba dahildir¹⁰⁰⁸. Söz konusu yükümlülüğün muhtemel ihlal türleri bu bölümün başında incelenmiştir.

Kendisine karşı, muhatabının bir yükümünü ihlal ettiğini iddia eden taraf, ispat yükü kuralı gereği (MK m. 6/ ZGB m. 8) bu iddiasını ispatlamak durumundadır. Ancak, yükümlülüğün susma suretiyle ihlal edilmesi halinde, ispat yükü dağılımı farklılaşmaktadır. Muhatabının aydınlatma yükümünü ihlal ettiğini iddia eden taraf, aydınlatma yükümünün varlığını, dolayısıyla bu yükümün bütün koşullarını ispat etmelidir. Zira, susma ancak aydınlatma yükümü mevcutsa, ihlal sonucunu doğurur. Bu ispat faaliyeti gerçekleştirildikten sonra, karşı taraf da kendisine düşen aydınlatma yükümünü yerine getirdiğini ispat etmelidir. Susma suretiyle aydınlatma yükümü ihlalinde, belli bir zaman zarfında bir şey yapmama,

¹⁰⁰⁶ HARTMANN, s. 111, dipnot 450. Olayın ilişkin olduğu karar için bkz. BGE 105 II 75.

¹⁰⁰⁷ KIRCA, s. 156.

¹⁰⁰⁸ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm I, §1, III, 2, e.

yani menfi bir vakıa söz konusu olduğu için, ispat yükünün dağılımındaki bu kısmi değişikliğin yerinde/doğru olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰⁹.

C. İLLİYET BAĞI

Sorumluluğun gerçekleşmesi için üçüncü koşul, yükümlülük ihlali ile zarar arasında nedensellik bağının, yani sebep – sonuç ilişkisinin olmasıdır. Bu noktada “uygun illiyet bağı teorisi” hakim görüşü oluşturmaktadır¹⁰¹⁰. “Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı”¹⁰¹¹ denir. Dolayısıyla yükümlülük ihlali ile zarar arasında doğal ve uygun illiyet bağının olması gereklidir¹⁰¹². Ancak doğal illiyet bağı varsa, bunun uygunluğu denetlenir¹⁰¹³.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin ihlalinde, yükümlülük ihlali ile zarar arasındaki nedensellik bağı, yükümlülüğün ihlali zarar görenin (zararlı sonucu doğuran/ zarara uğramasına sebep olan) sözleşme yapma kararı üzerinde etkili olduğu için farklı bir özellik taşımaktadır. Zarar ile ihlal arasında illiyet bağı olup olmadığı, zarar gören tarafın sözleşme yapma kararının yanlış veya eksik bilginin etkisi altında alınmış olmasına bağlıdır¹⁰¹⁴. Buna karşılık, karara varılmasında bir iç oluşum söz konusudur. Bu nedenle de, ihlal ile zarar arasındaki nedensellik bağının tespit etmek zorluk arz etmektedir¹⁰¹⁵. Öte yandan, nedensellik kavramı pozitif bilimlerin esaslarına göre belirlenmekte, bir başka deyişle bunlardan çıkmaktadır¹⁰¹⁶. Bu anlamda, nedensellik zincirine dahil olan insan davranışı, esasen, uygun illiyet

¹⁰⁰⁹ HARTMANN, s. 113, N. 267.

¹⁰¹⁰ EREN, s. 492 ve dipnot 91'dE yollama yapılan yazarlar.

¹⁰¹¹ EREN, s. 492. Bu teori hakkında geniş bilgi için bkz. EREN, F., Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s. 51 vd.

¹⁰¹² HARTMANN, s. 113, N. 268.

¹⁰¹³ GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 127.

¹⁰¹⁴ HARTMANN, s. 113, N. 268.

¹⁰¹⁵ ABEGGLEN, s. 89. Esasen, zarara uğramanın ilk sebebi aydınlatma yükümünün ihlali değil, bu yükümün ihlalinin ötürü kişinin zarar verici bir tasarrufta bulunmasıdır. Bir başka deyişle, nedensellik bağı içinde ihlal zararın son sebebi değildir, deyim yerindeyse ihlal ile zararın arasında, ihlalin sebep olduğu yanlış karar girmektedir.

¹⁰¹⁶ HARTMANN, s. 114, N. 269.

bağının belirlenmesini sekteye uğratmaktadır, bir başka deyişle zorlaştırmaktadır. Zira, davranış bilimcilerin kara kutu olarak tanımladığı karara varmaya götüren içsel süreç, iç ve dış pek çok etkene göre belirlenmektedir. Bunların iradeyi belirlemede ne ölçüde etkili olduğunu kesin biçimde tespit etmek de mümkün değildir¹⁰¹⁷.

Keza, yükümlülük ihlalinin bir türü olan bilgi vermektan kaçınmada/ susmada/ bilgi vermeme de, pozitif bilimler anlamında eylemsizlik bir sonucun sebebi olamayacağı halde, hukuk bilminde zararın doğmasının sebebini teşkil etmektedir¹⁰¹⁸. Hukuki değerlendirmede önemli olan husus, yapmama eylemi ile zarar arasında varsayımsal/farazi/fiktif illiyet bağının varlığıdır¹⁰¹⁹. Bilginin verilmemesi ile zarar arasında olması gereken nedensellik bağı, ancak aydınlatılması gereken taraf tam/doğru bilgiye sahip olsaydı, kendisi için zarar verici olmayan başka bir karara varacaktı denilebildiğinde gerçekleşmiştir¹⁰²⁰. Buna karşılık, doğru bilgiye sahip olsaydı, bir başka deyişle, gereği gibi aydınlatılsaydı da, aynı kararı verecek idiyse, zarar ile ihlal arasında nedensellik bağı söz konusu değildir¹⁰²¹.

İllyet bağının ortaya konulmasındaki bu güçlük karşısında, ihlal ile zarar arasındaki nedensellik bağının doğrudan ispatı mümkün değildir. Kesin ispat değil ancak, kuvvetle muhtemel olduğunun ispatı yeterlidir¹⁰²². Bundan başka, dürüstlük kuralı, görüşmecinin muhataba kendisinin kararı için önemli olan hususlarda bilgi vermesini gerektirmektedir. Bir aydınlatma yükümünün varlığının mevcudiyeti, aynı zamanda bu yükümün ihlalinin muhatabın sözleşme yapma kararı için önemli olduğu hususlara matuf olduğu anlamına da gelir. Somut olayda bir aydınlatma yükümü varsa, bu yükümün ihlali ile aydınlatılması gereken tarafın kararı arasında da illiyet bağının olması muhtemeldir. Bir başka deyişle, aydınlatma yükümünün kabul edilmiş olması, zararın sebebini de bu yükümün ihlali olduğuna ilişkin bir çıkarıma imkân verir¹⁰²³.

¹⁰¹⁷ DRUEY, s. 179.

¹⁰¹⁸ ROBERTO, *Schadensrecht*, s. 52 ; HARTMANN, s. 114, N. 270. BGE 124 III 155, s. 165.

¹⁰¹⁹ HARTMANN, s. 114, N. 270 ; BREHM, *Ber.Kom.*, Art. 41, s. 100, N. 126 ; ABEGGLEN, s. 89.

¹⁰²⁰ ABEGGLEN, s. 90.

¹⁰²¹ HARTMANN, s. 114, N. 270.

¹⁰²² ABEGGLEN, s. 91 ; HARTMANN, s. 114, N. 271. BGE 124 III 155, s. 165.

¹⁰²³ HARTMANN, s. 114-115, N. 272.

D. KUSUR

Culpa in contrahendo, adından da anlaşılacağı gibi, bir kusur sorumluluğudur. Bir başka deyişle, görüşme sürecinde taraflar birbirlerine kusurlu olarak zarar vermeleri halinde, bu zararı tazminle yükümlü olurlar. Esasen, sorumluluk hukukunda da kusur/ kusur sorumluluğu esas, kusursuz sorumluluk istisnadır. Culpa in contrahendo sorumluluğun yasa da düzenlenmiş halleri bakımından da bir istisna mevcuttur. BK m. 39/1'de öngörülen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu kusur şartından bağımsız bir sorumluluktur¹⁰²⁴.

Kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimidir. Davranışın kınanabilirliği, faili bu davranışı yapmaya götüren ruhsal ve zihinsel etkenlerin hukuk düzenince onaylanmaması demektir. Hukuka aykırılık, sorumluluğun objektif koşulu iken, kusur subjektif koşulunu oluşturur. Bu noktada, failin bir davranışının kınanabilmesi için, o davranışın hukuka aykırı olması gereklidir. Bir başka deyişle, hukuk düzeninin öncelikle bizatihi davranışı kınaması gereklidir. Bu bağlamda, hukuk düzeninin davranışın kendisini onaylamaması hukuka aykırılık, davranışın ruhsal ve zihinsel etkenlerinin onaylanmaması ise kusur unsurunu sağlar. Kusurlu davranış, daima hukuka aykırıdır. Fail de, ancak *hukuka uygun davranma imkanı varken*, bu şekilde davranmadığı için kınanabilir¹⁰²⁵.

Kusurun, objektif ve subjektif, iki yönü vardır. Subjektif yön, failin sorumluluk ehliyeti/kusur ehliyetidir. Zararlı sonucu doğuran davranışın faile isnad edilebilmesi gerekir. Bunun için de failin kusur ehliyetine sahip olmasına gerek vardır. Sadece kusur ehliyetine sahip olan faile davranışı isnad etmek söz konusu olabilir. Kusur ehliyeti, failin temyiz kudretine sahip olmasını gerektirir. Burada fiil ehliyeti aranmaz, temyiz kudretine sahip olmak bu koşul için yeterlidir¹⁰²⁶.

Kusurun objektif yönü ise, failin davranışının, aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapmasıdır. Kusur, kast ve

¹⁰²⁴ Alman hukukuyla da karşılaştırma için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 249 vd.

¹⁰²⁵ EREN, s. 529 vd. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 492 vd. ; KANETİ, s. 25 vd.

¹⁰²⁶ EREN, s. 533.

ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Kast, failin hukuka aykırı sonucu bilmesi ve bu sonucu istemesini ifade eder. İhmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı *özenin* gösterilmemesidir. Fail, hukuka aykırı sonucu istememekte, ancak öngörmektedir¹⁰²⁷. Bir başka deyişle, kastta, fail davranışının ortalama tipin davranışından saptığını bilmekte ve istemektedir. İhmalde ise, istememekte, ancak öngörebilmekte ve fakat öngördüğü sonucu engellemek için yapması gereken davranışı yapmamakta, gerekli özeni göstermemektedir¹⁰²⁸.

Özen, konumuz bağlamında hem aydınlatma yükümünün ihlali (Pflichtwidrigkeit) hem de kusurun (Verschulden) belirlenmesi noktasında önemlidir¹⁰²⁹. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin de dahil olduğu özen yükümlerinin ihlalinde, yükümlülük ihlali ile kusurun birbirinden ayrılması çok güçtür. Gereklî özenin gösterilmemesinde yükümlülük ihlali söz konusudur. Ancak, aynı zamanda bu kusurun objektif yönünü de oluşturur. Bu nedenle, yükümlülük ihlali ve kusur, pratikte aynı ölçüte göre değerlendirilir¹⁰³⁰.

Yükümlük ihlali ile kusurun aynı ölçüte göre değerlendirilmesi, ispat yükünün dağılımını da etkiler. Aydınlatma yükümünün ihlalinin tespit edilmiş olması halinde, bu zarar görenin kusurlu olduğu çıkarımına da imkân verir¹⁰³¹. Bu noktada, zarar veren, kendisinin kusurlu olmadığını ispat etmek zorundadır¹⁰³². Muhtemel kurtuluş sebepleri temyiz kudreti eksikliğiyle sınırlı kalacaktır. Zira, diğer koşullar, özellikle de zarar verenin bilgi durumu, bir yükümlülük ihlali olup olmadığının tespitinde çoktan değerlendirilmiş olacaktır¹⁰³³.

¹⁰²⁷ EREN, s. 535 vd. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493 vd.

¹⁰²⁸ EREN, s. 535 vd.

¹⁰²⁹ Özen, hem hukuka aykırılık/ yükümlülük ihlali, hem de kusurun değerlendirilmesinde bir ölçüttür. Bu nedenle, özellikle aydınlatma yükümünde, iki kavramın arasındaki farklılığın ayırt edilmesi güçlük arz etmektedir. Bu husus, yukarıda değerlendirilmiştir. Bkz. Bölüm I, §3, IV, C, 2.

¹⁰³⁰ WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 576 – 577, N. 43 ; WERRO, s. 371 vd. ; HARTMANN, s. 116, N. 274. Bununla ilgili olarak, bir başka husus da fark edilebilirliğin hangi başlık altında – kusur mu yoksa yükümlülük ihlali mi – incelenmesi gerektiğidir. Biz bu hususu yukarıda değerlendirdiğimiz için burada tekrar incelemiyoruz. Bkz. yuk. Bölüm I, §3, IV, C, 2.

¹⁰³¹ WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 576 – 577, N. 43 ; HARTMANN, s. 117, N. 276.

¹⁰³² GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 205, N. 967 ; KRAMER, Ber.Kom., Einl., s. 72-73, N. 141 ; SCHWENZER, s.298, N. 48.06. Karş. BAUMANN, Zürch.Kom., Art. 2, s. 532, N. 127, s. 561, N. 185, s. 578, N. 229.

¹⁰³³ HARTMANN, s. 117, N. 276.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun gerçekleşmesi için kusurun iki türü de söz konusu olabilir¹⁰³⁴. Bir başka deyişle, görüşme sürecindeki yükümler, konumuz bağlamında aydınlatma yükümü, kasten de ihmal suretiyle de ihlal edilebilir. Bununla birlikte, Federal Mahkeme, şekil hükümlerine ilişkin yanlış/eksik bilgi verilmesine ilişkin olarak verdiği bir kararda, sadece hile mevcutsa tazminata hükmedilebileceğine karar vermiştir¹⁰³⁵. Ancak bu, culpa in contrahendo sorumluluğunun kurucu unsurunun kast olduğu anlamına gelmez. Öte yandan, Federal Mahkemenin ifadelerinden de, bunu salt fiili bir tespit olarak mı ele aldığı yoksa normatif anlamda mı kullandığı anlaşılmamaktadır. Her halde, neden şekil hükümlerine ilişkin yanlış/eksik bilgi verilmesinde, diğer aydınlatma yükümlerine kıyasla, kusura ilişkin olarak daha sert koşulların aranması gerektiğinin sebebi de anlaşılamamaktadır¹⁰³⁶.

IV. TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Culpa in contrahendonun yukarıda ifade edilen koşullarının gerçekleşmesi tazminat borcunu doğurur. Konumuz çerçevesinde, tazminat borçlusu, esas itibariyle aydınlatma yükümlüsü görüşmecidir. Bununla birlikte, sözleşme görüşmelerinin yardımcı kişi eliyle yürütülmesi de mümkündür. Biz bu başlık altında aydınlatma yükümlüsünün kendi sorumluluğunu ve yardımcı kişinin davranışlarından ötürü, yine aydınlatma yükümlüsünün sorumluluğunu değerlendireceğiz.

A. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜNÜN KENDİ SORUMLULUĞU

Sözleşme görüşmeleri sürecindeki aydınlatma yükümleri, esas itibariyle, müstakbel sözleşme tarafları arasında söz konusu olur. Bir görüşmecinin kendine düşen aydınlatma yükümünü ihlal etmesi halinde, muhatap, yukarıda incelediğimiz koşulların gerçekleşmesi halinde ondan tazminat talep edebilir. Bir başka deyişle, tazminat borçlusu aydınlatma yükümünü yerine getirmeyen görüşmeci, tazminat alacaklısı da onun muhatabı olan ve yükümün ihlalden zarar gören diğer

¹⁰³⁴ BÜHLER-REIMANN, s. 359 ; HARTMANN, s. 115, N. 273. BGE 105 II 75, s. 80.

¹⁰³⁵ BGE 106 II 36, s. 42 (HARTMANN'dan naklen, s. 115, N. 273)

¹⁰³⁶ SCHMID, Öffentliche Beurkundung, s. 247, dipnot 358 ; HARTMANN, s. 116, N. 273.

görüşmecidir. Tazminatın kapsamı ve zarar görenin kusuru daha sonra incelenecektir.

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜNÜN YARDIMCILARININ DAVRANIŞLARINDAN SORUMLULUĞU

Aydınlatma yükümlüsü görüşmeci, sadece kendi davranışlarından değil, aynı zamanda yardımcı kişilerinin, özellikle de her türlü temsilcinin, davranışlarından da sorumludur. Bu çerçevede tartışmalı olan husus, aydınlatma yükümlüsünün yardımcı kişilerin davranışlarından hangi hükümlere göre sorumlu olduğudur.

İsviçre/Türk hukukunda, bir işin görülmesinde yardımcı kullanan kişilerin, yardımcıların başkalarına verdikleri zararlardan sorumluluğu, sorumluluk süjesi ile zarar gören arasında, zarar verici davranıştan önce kurulmuş bir borç ilişkisinin var olup olmamasına göre iki farklı hükümde düzenlenmiştir. Bunlardan BK m. 55, yardımcı şahısların ika ettiği haksız fiillerden dolayı onları çalıştıranların sorumluluğunu düzenlerken, BK m. 100 mevcut bir borç ilişkisinden doğan borcun yerine getirilmesi veya hakkın kullanılması sırasında yardımcı kişilerin verdiği zararlardan dolayı bunları kullananın sorumluluğunu düzenlemektedir. Özetle BK m. 55, haksız fiil alanına, BK. m. 100 ise sözleşme sorumluluğu alanına ilişkindir¹⁰³⁷.

Culpa in contrahendo ise, benimsediğimiz görüş çerçevesinde ne haksız fiile ne de sözleşme sorumluluğuna dahildir. Yasada düzenlenmiş culpa in contrahendo hallerinde de, sözleşme görüşmelerine katılan ve görüşme yardımcısı (Verhandlungsgehilfe) veya in'ikad yardımcısı (Abschlussgehilfe) olarak adlandırılan¹⁰³⁸ yardımcı kişilerin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir¹⁰³⁹. Dolayısıyla, inceleme konumuz bağlamında, aydınlatma yükümlüsünün görüşme yardımcılarının, örneğin satıcının/ dükkan sahibinin tezgahlarının, görüşme sürecinde muhabata eksik veya yanlış bilgi vermeleri veya bilgi vermeleri gerekirken

¹⁰³⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 271. İki maddenin koşulları ve karşılaştırılmasına ilişkin geniş bilgi için bkz. EREN, s. 576 vd., s. 1027 vd.

¹⁰³⁸ ŞENOCAK, s. 266.

¹⁰³⁹ KOLLER, s. 435, N. 30.

susmaları halinde, asıl aydınlatma yükümlüsünün onların davranışlarından hangi hükümlere göre sorumlu olacağına tespit edilmesine gerek vardır.

Görüşme sürecinde yardımcı kişinin sorumluluğunda hangi hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin olarak temelde iki görüş söz konusudur. Culpa in contrahendonun bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu düşünenler, kural olarak BK m. 55 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁰⁴⁰. Sözleşme görüşünü savunanlar veya kendine özgü sorumluluk görüşünü savunmakla birlikte, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul edenler ise BK m.100/İBK m. 101 hükmünün uygulanmasına kabul etmektedirler¹⁰⁴¹.

Borçlar Kanunu m. 55 hükmü, culpa in contrahendo vakıalarına uygun değildir¹⁰⁴². Öncelikle, yardımcı kişi kullananın, kurtuluş kanıtı getirme imkanı mevcuttur. Yardımcı kişiyi seçmekte, ona talimat vermekte ve onu denetlemekte durumun gerekli kıldığı özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacaktır¹⁰⁴³. Bu kuralın da, sözleşme görüşmeleri için uygun olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁴⁴. Bundan başka, 55. maddenin uygulanabilmesi için aranan koşullardan biri, iş sahibi/adam çalıştıran ile yardımcı kişi arasında bağımlılık ilişkisinin olmasıdır¹⁰⁴⁵. Bununla birlikte, iş sahibi veya asıl görüşmeci ile görüşme yardımcısı arasında, çoğunlukla böyle bir bağımlılığın söz konusu olmayacağı da belirtilmektedir. Her ne kadar tüketici satımları bağlamında çok fazla gerçekleşebilecek bir ihtimal olmasa da, örneğin, bir tarafın sözleşme görüşmelerini, bir (serbest) avukat eliyle yürütmesinde durum bu şekildedir¹⁰⁴⁶.

Borçlar Kanunu m. 100/ İsviçre Borçlar Kanunu m. 101'in uygulanması koşullarında ise, öncelikle yardımcı kişi ile iş sahibi arasında bağımlılık ilişkisi

¹⁰⁴⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 101, s. 551, N. 4. Bununla birlikte bkz. KELLER/SCHÖBI, s. 44. BK m. 55'in uygulanması gerektiğini savunan eski öğretinin için bkz. GONZENBACH, s. 158 vd.

¹⁰⁴¹ Bkz. ŞENOCAK, s. 267-268, dipnot 6'da yollama yapılan yazarlar.

¹⁰⁴² Bkz. GONZENBACH, s. 159 vd.

¹⁰⁴³ EREN, s. 584 vd. ; ŞENOCAK, s. 138.

¹⁰⁴⁴ GONZENBACH, s. 159 vd.; BUCHER, s. 288 ; HARTMANN, s. 118, N. 280.

¹⁰⁴⁵ Bu konuda bkz. EREN, s. 579 vd.

¹⁰⁴⁶ HARTMANN, s. 118, N. 280 ; GONZENBACH, s. 160.

aranmaz¹⁰⁴⁷. Bundan başka, iş sahibinin kurtuluş kanıtı getirme imkanı da söz konusu değildir. İş sahibi, yardımcı kişinin yerine geçip onun davrandığı şekilde davransaydı, bunun onun için kusur teşkil edecek idiyse, sorumlu olacaktır¹⁰⁴⁸. Bir başka deyişle, önemli olan husus, yardımcının kusuru değil, iş sahibinin farazi kusurudur. Buna göre, iş sahibi/ görüşmecinin tazminat yükümlülüğü, yardımcı kişinin yerinde kendisi olsaydı, eksik/hatalı bilgisi/ bilgilendirmesinin kendisi için kusur teşkil edecek olmasına bağlıdır¹⁰⁴⁹.

Bundan başka, öğretide, görüşme sürecinde yardımcı kişinin sorumluluğunda, ne BK m. 55, ne de BK m. 100/İBK m. 101 hükmünün uygulanması gerektiğini kabul eden bir görüş mevcuttur. PIOTET, culpa in contrahendo sorumluluğun haksız fiil niteliğinde olduğunu savunmasına rağmen, yardımcı kişinin sorumluluğunda BK m. 55 hükmünün değil, Borçlar Kanununun 27-31. maddelerinden sonuç olarak çıkarılacak olan objektif sorumluluğun geçerli olması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁵⁰. Yazara göre, iş sahibi/görüşmeci yardımcısının her türlü kusurundan, kendisi yardımcının davrandığı şekilde davransaydı, bu onun için kusur teşkil etmeyecek olsa dahi, sorumludur¹⁰⁵¹. HARTMANN, culpa in contrahendo sorumluluğun, esas itibariyle kanun boşluklarını doldurduğunu, modalitelerin de mümkün mertebe duruma uygun çözümlere göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵². Bu nedenle de, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin ihlalinde, iş sahibi yardımcısının her türlü kusurundan sorumlu olmalıdır. Görüşmecinin/ iş sahibinin, BK m. 100/İBK m. 101'e göre mi sorumlu olacağı, yoksa yardımcının her türlü kusurundan mı sorumlu tutulacağı hususu, yardımcının iş sahibinden daha fazla alan/uzmanlık bilgisine sahip olduğu halde önem taşımaktadır. Yardımcının uzmanlık bilgisi, iş sahibinin görüşmedeki pozisyonunu iyileştirmekte, onun her halde daha elverişli koşullarda bir sözleşmeyi görüşebilmesini mümkün kılmaktadır.

¹⁰⁴⁷ ŞENOCAK, s. 137.

¹⁰⁴⁸ ŞENOCAK, s. 139.

¹⁰⁴⁹ HARTMANN, s. 119, N. 281.

¹⁰⁵⁰ PIOTET, P., Culpa in Contrahendo, Bern, 1963, s. 24 vd. ; PIOTET, P., La culpa in contrahendo aujourd'hui, SJZ 77 (1981), s. 225 vd. (ŞENOCAK'tan naklen, s. 268) Bu görüşe katılan diğer bir yazar MERZ, Vertrag, s. 88-89, N. 155.

¹⁰⁵¹ PIOTET, s. 74 vd. ; PIOTET, s. 244 vd. (HARTMANN'dan naklen, s. 119, N. 282). Bu yönde MERZ, Vertrag, s. 88-89, N. 155. Bu görüşe katılan HARTMANN, s. 119, N. 283. Karş. SPIRO, K., Die Haftung für Abschluss und Verhandlungsgehilfen, ZSR 1986 I, s. 623 vd.

¹⁰⁵² HARTMANN, s. 119, N. 283.

Anılan nedenle, iş sahibi riski de taşınmalı ve yardımcının her türlü kusurundan sorumlu olmalıdır¹⁰⁵³.

PIOTET'in görüşü özellikle çıkış noktası itibariyle eleştirilmiştir¹⁰⁵⁴. Borçlar Kanunu m. 27'e göre, iki taraftan birinin rızası bir muhbir veya tercüman gibi diğer bir vasıta tarafından naklolunduğu takdirde, hata hakkındaki hükümlere göre muamele olunur. Yasa, vasitanın hatasını taraf hatası olarak değerlendirmiştir. Örneğin, kitapçı A, B'ye çektiği telgrafta borçlar hukuku kitabının fiyatını, 15.000 yerine, 1.500 lira yazarsa veya haberci A'nın mektubunu, B yerine C'ye verirse, vasitanın hatası söz konusu olur. Vasitanın hatası kusurlu davranışından ileri gelebileceği gibi, umulmayan halden veya kötü niyetinden de ileri gelebilir¹⁰⁵⁵. Anılan hallerde de, A hataya dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir¹⁰⁵⁶. Hemen belirtelim ki, doğrudan doğruya temsilde, temsilci, temsil edilenin vasıtası değildir. Bu irade, hata ile sakatlanmışsa, iptal hakkı temsil edilen tarafından ileri sürülür¹⁰⁵⁷. PIOTET, bu normdan yola çıkmakta, bu düzenlemenin irade beyanı vasıta tarafından karşı tarafa yanlış olarak iletilen iş sahibinin sözleşmeyi iptalinden doğan zararlardan sözleşme öncesi sorumluluğunu düzenlediğini ifade etmektedir¹⁰⁵⁸. Öncelikle, sorumluluğu dayandırdığı BK. m. 27 hükmü, bir tazminat normu değildir¹⁰⁵⁹. Öyle olduğu varsayılsa bile, görüşme yardımcısının sorumluluğu, bu kişinin doğrudan doğruya temsilci olması halinde de söz konusu olabilecektir¹⁰⁶⁰. Bundan başka, yardımcı kişiden dolayı sorumlulukta, sözleşme öncesi aşamada,

¹⁰⁵³ PIOTET, P., *Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo*, in : *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, s. 367 (HARTMANN'dan naklen, s. 119-120, N. 283). HARTMANN, s. 119-120, N. 283. Bu görüş lehinde bir örnek için bkz. KOLLER, s. 435, N. 31 – 32. Yardımcının kusurunun aranacağı, ancak iş sahibinin kurtuluş kanıtı getiremeyeceği yönünde bkz. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 104-105, N. 6.

¹⁰⁵⁴ Bkz. ŞENOCAK, s. 270 vd.

¹⁰⁵⁵ KELLER/SCHÖBI, s. 190 ; EREN, s. 354-355.

¹⁰⁵⁶ Hatta vasitanın, beyanı kasten yanlış iletmesi halinde bile hata hükümlerine isnat edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. BUCHER, s. 202.

¹⁰⁵⁷ KELLER/SCHÖBI, s. 190 ; EREN, s. 354-355.

¹⁰⁵⁸ PIOTET, SJZ, s. 246 (ŞENOCAK'tan naklen, s. 268-269). Bu yöndeki başkaca görüşleri için bkz. ŞENOCAK, s. 268 vd.

¹⁰⁵⁹ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 206, N. 974 ; SPIRO, s. 623 ; ŞENOCAK, s. 270 ; DEMİRCİOĞLU, s. 274 ; YALMAN, s. 112 ; GEZDER, *Culpa in Contrahendo*, s. 213.

¹⁰⁶⁰ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 206, N. 974 ; ŞENOCAK, s. 270-271.

sözleşmesel sorumluluktan daha ağır koşulların getirilmesi için esaslı bir sebep de yoktur¹⁰⁶¹.

Yukarıda, PIOTET'in görüşüne katılan HARTMANN'ın buna gerekçe olarak gösterdiği hususun değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki, BK m. 100 hükmü, gerçi bir kurtuluş kanıtı imkanı getirmemiştir; ancak iş sahibi, yardımcının davrandığı gibi davransa idi, bu kendisi için kusur teşkil etmeyecek idi ise, sorumlu olmayacaktır. Örneğin, A, bir resim alımı için, bu hususta uzman olan X'e yetki verir. X, Picasso'ya ait olduğunu düşündüğü bir eseri satın alır. Ancak eser Picasso'ya ait değildir. Bu noktada, A, X'in düştüğü temel hatasına dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Muhatabın, bu iptalden mütevellit zararlarını talep edebilmesi için, hataya düşenin kusurlu olması gereklidir. Alıcı/iş sahibi A, resim konusunda uzman değildir, bilgisizdir, sözleşmeyi bizatihi kendi yapmış olsa idi, kusurlu kabul edilmeyeceği için, BK m. 100'e göre, muhatabın zararlarını tazmin etmekle yükümlü olmayacaktır. Aksi durumda ise, yani resim konusunda uzman olan A, bu konuda hiçbir bilgi sahibi olmayan X'e yetki verir ve X de Picasso olduğu zannıyla reproduksiyon bir eser alırsa, muhatabın iptalden doğan zararlarını A tazmin etmek zorunda kalacaktır. Zira, yardımcı kişinin yerinde kendi olsa idi, bir uzman olarak eserin Picasso olmadığını anlamaması kendisi için bir kusur teşkil edeceği için, kusuruyla hataya düşen olarak tazminat yükümlüsü de olacaktır¹⁰⁶². HARTMANN, örnekte olduğu gibi, yardımcı kişinin uzman olması veya bir hususta spesifik bilgiye sahip olması halinde, asıl görüşmecinin/ iş sahibinin sorumluluktan kurtulabilmesini uygun bulmadığından¹⁰⁶³, iş sahibinin yardımcının her türlü kusurundan sorumlu olmasını savunmaktadır. Örnekteki ilk ihtimal bağlamında, HARTMANN'ın görüşü kabul edildiği takdirde, A, hataya dayanarak sözleşmeyi iptal ettiği halde, muhatabın zararını tazminle yükümlü olacaktır. Zira, bu görüşe göre A, X'in kusurlu davranışından dolayı (uzman olduğu halde orijinal tablo yerine reproduksiyon satın alıp daha sonra iptal ile muhatabı zarara uğratma) – kural olarak

¹⁰⁶¹ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 206, N. 974 ; GONZENBACH, s. 168 ; SPIRO, s. 642 ; GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 213. Karş. HARTMANN, s. 120, N. 284-285.

¹⁰⁶² Örnek için bkz. KOLLER, s. 435, N. 31.

¹⁰⁶³ Uzman bir yardımcı şahıs kullanan iş sahibi, bu sayede kendisi için daha elverişli bir sözleşme yapacağına, deyim yerindeyse nimetinden faydalanacağına göre, külfetine de katlanmalı, bu kişinin her türlü kusurundan da sorumlu olmalıdır. Bkz. HARTMANN, s. 119-120, N. 283.

kendisi farazi kusurlu olmasa da – sorumludur. Esasen, bu konu yardımcı kişinin sorumluluğuna BK m. 100 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünen GONZENBACH tarafından da incelenmiş ve iş sahibinin yardımcıya göre bilgisiz olması halinde (örnekteki ilk ihtimal çerçevesinde), yardımcının iş sahibini aşan bilgisinin, iş sahibine izafe edilip edilmeyeceği hususunun tartışmalı olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁶⁴. Federal Mahkeme, bir kararında, borçlunun, yardımcı kişinin davranışlarından, yardımcı kişiyi seçmekte ve denetlemekte hiç bir kusuru olmasa dahi, kendi davranışı imiş gibi sorumlu olacağına karar vermiştir¹⁰⁶⁵. GONZENBACH’a göre, bu ilke sadece sözleşmenin ifasında değil, görüşme sürecinde de geçerli olmalı, yardımcının iş sahibini aşan bilgisi her halde iş sahibine izafe edilebilmelidir¹⁰⁶⁶. Netice itibariyle, HARTMANN’ın, PIOTET’in görüşünü benimseme nedeni, özellikle tarafların farklı bilgi durumlarının muhatabın aleyhine işleminin engellenmesidir. Ancak BK m. 100 hükmünün kıyasen uygulanmasını savunan GONZENBACH da, aynı sonuca ulaşmaktadır.

Sonuç olarak, sözleşme görüşmeleri sürecinde asıl görüşmecinin, yardımcı kişinin eylemlerinden dolayı sorumluluğuna BK m. 100 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz¹⁰⁶⁷.

C. TAZMİNATIN KAPSAMI

Culpa in contrahendo sorumluluğun koşullarının gerçekleşmesi halinde, aydınlatma yükümünü ihlal eden görüşmecinin, muhatabının zararlarını tazmin borcu doğar. Culpa in contrahendonun, yani sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışın tazminattan başka sonuçları da, sözleşmenin iptal edilmesi gibi, doğabilir, ama culpa in contrahendo esas itibariyle bir tazminat sorumluluğudur. Bugün için güven

¹⁰⁶⁴ Esasen KOLLER’in örneğinde belirttiği gibi, BK 100 hükmünün uygulanması halinde, kural olarak kendisi uzman olmayan A, X’in kusurundan dolayı muhatabın iptalden mütevellit zararından sorumlu olmaktan kurtulacaktır. Bu konuda bkz. EREN, s. 1039. “Yardımcı kişinin gerçek kusuru, borçlunun farazi kusuru yerine geçmez”.

¹⁰⁶⁵ BGE 90 II 15, s. 21.

¹⁰⁶⁶ GONZENBACH, s. 162. Zira, iş sahibi, görüşme yardımcısının hileli davranışından dolayı kendi davranışı imiş gibi sorumlu iken, BK m. 55’e göre kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımak hukuka aykırı olacaktır. Bkz. BGE 108 II 419, s. 422. ŞENOCAK, s. 285 ; DEMİRCİOĞLU, s. 275.

¹⁰⁶⁷ GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band I, s. 207, N. 979 ; GONZENBACH, s. 161 vd. ; EREN, s. 1087 ; DEMİRCİOĞLU, s. 274 vd. ; GEZDER, Culpa in Contrahendo, s. 213 ; ŞENOCAK, s. 274. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, s. 267, dipnot 6’da yollama yapılan diğer yazarlar.

sorumluluğunun bir türü olarak kabul edilmekle birlikte, culpa in contrahendo için güvenin pozitif korunması söz konusu olmaz¹⁰⁶⁸.

JHERING, ortaya koyduğu veya açıkladığı culpa in contrahendo sorumluluğunda, muhatabın menfi zararlarının, yani sözleşmenin geçerliğine güvenerek yaptığı masrafların, tazminini öngörmüştü. O zamandan beri, menfi menfaat/ menfi zarar teknik bir terim olarak hukuk biliminde yer almaktadır. Culpa in contrahendodan doğan sorumlulukta da, zarar görenin menfi zararının tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁶⁹.

Bundan başka, yasanın düzenlediği culpa in contrahendo hallerinde de, kural olarak muhatabın menfi menfaatlerinin tazmini öngörülmektedir¹⁰⁷⁰. Ancak BK m. 26/2'de, hakkaniyet gerektiriyorsa, kendi kusuruyla hataya düşenin muhatabının menfi zararından daha fazlasının da tazminine hükmedebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁷¹. Ancak bu noktada sınırın müspet zarar olup olmadığı hususu tartışmalıdır¹⁰⁷². Esasen, Türk/İsviçre hukukunda menfi zararın müspet zararla sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir¹⁰⁷³. Öğretideki baskın görüş de, böyle bir sınırlamanın olamayacağı yönündedir¹⁰⁷⁴.

Menfi zarar, esas itibariyle fiili zarar ve kar mahrumiyeti olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Fiili zarar çerçevesinde, sözleşmenin kurulması için yapılan, ifayı kabul için yapılan masraflar gibi kalemler mevcuttur¹⁰⁷⁵. Kar mahrumiyeti ise,

¹⁰⁶⁸ Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 259 ve s. 161 vd.

¹⁰⁶⁹ GONZENBACH, s. 199 ; BUCHER, s. 342 ; EREN, s. 1083 vd. ; DEMİRCİOĞLU, s. 263 vd.

¹⁰⁷⁰ Bkz. BK m. 26/2 ; BK m. 39/2.

¹⁰⁷¹ Aynı husus yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda (BK m. 39/2) da söz konusudur.

¹⁰⁷² DEMİRCİOĞLU, s. 265 vd. ; ERGÜNE, s. 353 vd.

¹⁰⁷³ DEMİRCİOĞLU, s. 266. Ayrıca bkz. dipnot 30. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. GONZENBACH, s. 212-214. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu Tasarısının hataya ilişkin düzenlemesinde (m. 35) kusuruyla yanılanın muhatabının zararlarını gidermekle yükümlü olduğu, hakkaniyet gerektiriyorsa, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁷⁴ YALMAN, s. 132 ve dipnot 103'de yollama yapılan yazarlar. ERGÜNE, s. 357 vd. Esasen menfi menfaat – müspet menfaat kavramları birbirinden farklı kavramlar, zarar bağlamında farklı zarar kalemlerini ortaya çıkarır. Menfi zararın sınırlandırılması için bir üst sınır getirilebilir veya bu amaçlanabilir ama, müspet menfaat bu noktada yerinde bir ölçüt değildir. Bkz. ERGÜNE, s. 361 vd. GONZENBACH, s. 212 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. HARTMANN, s. 128 vd., N. 305 vd. Menfi menfaat –müspet menfaat – bütünlük menfaati kavramları için bkz. Yuk. Bölüm I, §1, III, 2, c.

¹⁰⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, 288 vd.

kaçırılan fırsata karşılık gelir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenerek başka bir sözleşmeyi yapmaktan vazgeçen kişinin kaçırdığı fırsat, yapmadığı sözleşmeyi yapmış olsaydı, bundan elde edeceği menfaattir¹⁰⁷⁶.

Aydınlatma yükümünün ihlali bağlamında söz konusu olabilecek tazminatın kapsamını iki kısımda değerlendirmek mümkündür. İlk ihtimal, aydınlatma yükümünün ihlali neticesinde, muhatabın iradesinin sakatlanması, yani sakat oluşmasıdır. Bu noktada, iki ihtimale göre değerlendirme söz konusu olabilir : Ya aydınlatılması gereken tarafın, yükümlü tarafından doğru biçimde bilgilendirilmiş olsaydı hangi halde bulunacağı veya kendi yanlış tasavvuru doğru olsaydı keza hangi halde bulunacağı dikkate alınabilir¹⁰⁷⁷. İkisi arasındaki fark şu örnekten anlaşılabilir. Aydınlatılması gereken taraf, ünlü bir ressam tarafından yapıldığı düşüncesi ile bir resim satın alır. Bu halde, hangi husus ortaya konulacaktır? Resmin düşündüğü ressama ait olmadığını bilseydi içinde bulunacağı durum mu, yoksa resim gerçekten söz konusu ressama ait olsaydı içinde bulunacağı durum mu? Culpa in contrahendo sorumluluk – konumuz çerçevesinde – aydınlatma yükümlüsünün görüşme sürecinde muhatabın güvenini boşa çıkarmasından, dürüstlük kuralına göre bilgilendirme gereken hususta yanlış/eksik bilgi vermesinden veya hiç bilgi vermemesinden doğmaktadır. Aydınlatma yükümlüsü, yükümlülüğüne uygun davranıp muhatabını aydınlatmamaktadır. Bu yüzden, tazminat talebi, hali hazırdaki durum ile gereği gibi bilgilendirilseydi (resmin düşünülen ressama ait olmadığı) mal varlığının içinde bulunacağı durum arasındaki farka göre belirlenir. Buna karşılık, aydınlatılması gereken taraf, yanlış tasavvuru doğru olsaydı (resim düşündüğü ressama ait olsaydı) içinde bulunacağı duruma yönelik bir talepte bulunamaz. Çünkü bu halde, gereği gibi bilgilendirilseydi içinde bulunacağı bir durum söz konusu olmayacaktır¹⁰⁷⁸. Bir başka deyişle, yanlış tasavvurun doğru olduğunun düşünülmesi, buna göre bir sonuca varılması durumu hasıl olacaktır.

¹⁰⁷⁶ EREN, s. 1015. Ayrıca bkz. ERGÜNE, 298 vd.

¹⁰⁷⁷ HARTMANN, s. 125, N. 298 ; LÜCHINGER, s. 298, N. 866.

¹⁰⁷⁸ HARTMANN, s. 126, N. 299. Kural menfi menfaatin tazmini olmakla birlikte, geçerlik koşullarına ilişkin olarak kasten susan, yani aydınlatma yükümünü ihlal eden kişinin müspet zararları tazmin etmesi de söz konusu olabilir. Şekil eksikliği konusunda muhatabını bilgilendirmeyip (kasten susarak) daha sonra şekil eksikliğine dayanan kişinin bu davranışı hakkın kötüye kullanımı teşkil eder ve yasa bunu korumaz. Bu konuda bkz. HARTMANN, s. 128, N. 304.

Aydınlatma yükümünün sözleşmenin geçerlik koşulları ve sözleşme engellerine ilişkin olması ve bu yükümün ihlali halinde, sözleşmenin geçerliğine olan güvenin boş çıkmasından mütevellit zararın giderimi söz konusu olacaktır. Bu noktada da, esasen sözleşme akamete uğramasıydı, yani aydınlatılması gereken tarafın güveni boşa çıkmasıydı mal varlığının içinde bulunacağı durum ile halihazırdaki durumu arasındaki fark menfi menfaati oluşturur¹⁰⁷⁹.

Muhatabın sözleşmenin geçerliğine güvenmesinin ne anlama geldiğinin de irdelenmesi gereklidir. Bir başka deyişle, mal varlığı durumları arasındaki fark, sözleşme görüşmelerine hiç girilmeseydi içinde bulunacağı duruma göre mi, yoksa zarar veren görüşme sürecinde muhatabı gereği gibi bilgilendirseydi içinde bulunacağı duruma göre mi belirlenecektir. Bu soruya verilecek cevaba göre, örneğin görüşme yerine gelmek için ödenen uçuş masrafları ya tazimin edilebilecek veya reddedilecektir. Bu noktada önemli olan husus da, aydınlatılması gereken zamanında/doğru zamanda bilgilendirilseydi, içinde bulunacağı durumdur. Kural olarak, her görüşmeci, sözleşme görüşmelerinin akamete uğrayabileceği ve masrafların boşa gitmesini riskini kendi taşır. Öte yandan, yükümlülük ihlali de ancak, görüşme sürecinde muhatabın aydınlatılma ihtiyacının fark edilmesinden sonra söz konusu olabilir. Buna karşılık, görüşmeci başlangıçta önemli bir hususta susmuş ise, durum farklılık arz eder. Muhatap, aydınlatma yükümlüsünün yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle sebep olduğu zararları talep edebilir¹⁰⁸⁰. Örneğin, tarafların bir otomobilin satımı için görüşmeye başladıkları ve otomobili almak isteyen kişinin satıcıya, muhakkak mazotla çalışan bir araba almak istediğini söylediği halde, arabanın benzinli olduğunu, nasıl olsa ikna ederim düşüncesi ile söylemeyen satıcı, muhatabın arabayı görmek için yaptığı yol masraflarını karşılamalıdır.

¹⁰⁷⁹ HARTMANN, s. 26-127, N. 300-301.

¹⁰⁸⁰ LÜCHINGER, s. 97 vd., N. 278 vd. ; HARTMANN, s. 127-128, N. 302-303. BGE 105 II 75, s. 80.

D. TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNANIN BİRLİKTE KUSURU

Zarar görenin kusuru, gerek haksız fiil hukukunda gerekse sözleşme sorumluluğunda tazminatta bir indirim sebebidir. Aynı husus, esas itibariyle, culpa in contrahendo için de geçerlidir¹⁰⁸¹. Konumuz bağlamında, ihlali söz konusu olan yüküm sözleşme öncesi aydınlatma yükümü olması nedeniyle, birlikte kusur değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur.

Zarar görenin kendi kusurunun olması, bilgi verilmeyen hususun gerekli özeni gösterseydi kendisinin fark etmek zorunda olduğu bir durum olduğu anlamına gelir. Bir tarafın kendisinin fark etmek zorunda olduğu bir hususta da, kural olarak muhatabın aydınlatma yükümü yoktur¹⁰⁸². Bir aydınlatma yükümünün ve dolayısıyla yükümlülük ihlalinin olmadığı yerde, tazminat yükümü de yoktur. Bu noktada, kural olarak, zarar görenin kusuru tazminatta indirime değil, tazminatın hepten ortadan kalkmasına, bir başka deyişle muhatap için tazminat yükümü doğmamasına sebep olur¹⁰⁸³.

Kanaatimizce, bu noktada sınır hiledir. Görüşmeci, kural olarak kendine düşen bir aydınlatma yükümü söz konusu olmasa da, yani muhatabın kendisinin vakıf olması gereken bir durum varsa da, muhatabın bilgisizliğinden bilinçli olarak faydalanmaya izinli değildir. Kendi yükümünü ihlal eden de, muhatabın söz konusu durumu fark etmekle ihmali olduğunu ileri süremez. Hilenin olduğu yerde, zarar görenin kusuru tazminatta indirim yapılmasını haklı göstermez¹⁰⁸⁴.

Sonuç olarak, zarar görenin kusuru, ya tazminat talebini tamamen ortadan kaldırır veya hile halinde dikkate alınmaz. Bir başka deyişle, hile söz konusu olmadıkça, zarar görenin kusuru tazminatın indirim sebebi değil, tazminatın tümden kalkması sonucunu doğurur¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ DEMİRCİOĞLU, s. 268.

¹⁰⁸² Bu konuda bkz. yuk. Bölüm I, §3, IV, C, 1.

¹⁰⁸³ HARTMANN, s. 132, N. 311. Karş. BRUNNER, H.-U., Die Anwendung deliktrechtliche Regeln auf die Vertargshaftung, Freiburg, 1991, s. 251-252, N. 615-617.

¹⁰⁸⁴ HARTMANN, s. 133, N. 313.

¹⁰⁸⁵ HARTMANN, s. 133, N. 313.

E. ZAMANAŞIMI

Culpa in contrahendo sorumlulukta hangi zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği, bu sorumluluğa ilişkin pek çok konuda olduğu gibi, tartışmalıdır. Haksız fiil görüşünü savunan yazarlar ve Federal Mahkeme, BK m. 60'da yer alan bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler¹⁰⁸⁶. Diğer görüş ise, BK m. 125 (İBK m. 127)'de düzenlenen on yıllık sürenin geçerli olmasını savunmaktadırlar¹⁰⁸⁷. Esasen 125. maddede düzenlenen zamanaşımı süresi, kanunda başkaca bir hüküm bulanmayan hallerde uygulanabilecek genel zamanaşımı süresidir. Bu nedenle, culpa in contrahendo vakıalarına uygulanması yerindedir¹⁰⁸⁸.

V. CULPA İN CONTRAHENDONUN DİĞER SORUMLULUK HALLERİ İLE OLAN İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlalden doğan sonuçlar, kabaca sözleşmenin kurulmuş olup olmamasına göre incelenebilir. Esasen, aydınlatma yükümleri tarafların sözleşmeye ilişkin vereceği kararın (yapıp yapmama ve/veya sözleşmenin koşulları) sağlıklı olmasına hizmet ederler. Bu noktada, ihlale bağlı olarak ortaya çıkabilecek ilk ihtimal irade sakatlığı halleridir. Bu hallerde sözleşme yapılmıştır, ancak iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal hakkı mevcuttur. Bu konu, bu bölümün ikinci paragrafında incelenmiştir. Diğer bir ihtimal, sözleşmenin kurulmuş olup olmamasından bağımsız olarak culpa in contrahendo sorumluluğun doğmasıdır. Culpa in contrahendo bir tazminat sorumluluğudur. Sözleşmenin yapılmış ancak iptal edilmiş olmasında da, hiç yapılmamış olmasında da bir tazminat sorumluluğu olarak ortaya çıkabilir. Esas itibarıyla, sözleşme öncesi aydınlatma

¹⁰⁸⁶ KELLER/SCHÖBI, s. 44 ; MERZ, Vertrag, s. 87, N. 153. Ayrıca HARTMANN, s. 133, dipnot 547'de yollama yapılan diğer yazarlar. BGE 101 II 266, s. 269 vd. ; BGE 104 II 94. Federal Mahkemenin bu görüşünü tekrar eden en son kararı için bkz. 4A_499/2007 vom 13.Mai.2008 (GEZDER'den naklen, GEZDER, Culpa in contrahendo, s. 208, dipnot 150).

¹⁰⁸⁷ GONZENBACH, s. 193-194 ; BUCHER, 287. Ayrıca bkz. YALMAN, s. 120, dipnot 54'de yollama yapılan diğer yazarlar.

¹⁰⁸⁸ BUCHER, s. 287. Bu konuda ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 277-278. Karş. GONZENBACH, s. 195. Aydınlatma yükümleri bağlamında bir yıllık sürenin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. HARTMANN, s. 134-135, N. 315-317.

yükümünün ihlalinden doğabilecek temel sonuç, sözleşme öncesi sorumluluktur. Buna karşılık, aydınlatma yükümü ihlal edilmiş, ancak sözleşme kurulmuş, ifa edilmiş ve fakat iptal yoluna gidilmemiş de olabilir. Bu durumda, gereği gibi ifa etmeme, konumuzla bağlantılı olarak ise gereği gibi ifa etmemenin spesifik düzenlemesi olan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak, hemen belirtelim ki, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin getirilme gayesi, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin ihlalini düzenlemek veya müeyyidelendirmek değil, kötü ifa halini düzenlemektir. Bir başka deyişle, sözleşmenin kurulmasındaki kusuru değil, ifasındaki kusuru yaptırıma bağlamıştır¹⁰⁸⁹. Biz ayıba karşı tekeffüle ilişkin, özellikle aydınlatma yükümüyle olan bağlantısı çerçevesinde, ikinci bölümde değerlendirdik. Müteakiben, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlalinden doğabilecek sonuçların birbiri ile bağlantısını, sorumlulukların yarışması hususunu değerlendireceğiz. Bu bölümün son paragrafında da, TKHK’da düzenlenmiş olan sözleşme öncesi aydınlatma yükümlerinin ihlalinin spesifik sonuçları değerlendirilecektir.

B. İRADE SAKATLIĞINA İLİŞKİN KURALLARIN CULPA İN CONTRAHENDO İLE OLAN İLİŞKİSİ

Bir taraf yanlış/eksik aydınlatma sonucunda iradesi sakatlanmış olarak bir sözleşme yapmışsa, o sözleşmeyle bağlı kalmaması, yani iptal etmesi mümkündür. Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken husus, bu sözleşmeden bir zarar doğup doğmadığı ve iptalin dışında tazminat talebinin de birlikte söz konusu olup olmayacağıdır. İnceleme, sözleşmenin iptal hakkından feragat edilmiş olup olmasına göre yapılacaktır.

1. Sözleşme İptal Edilmeden Önceki Durum

Tazminat, belirtildiği gibi mutlaka bir zararı gerektirir. Esas itibariyle, bir sözleşme ile bağlıken de zarar gerçekleşmiş olabilir. Bununla birlikte, iradesi sakatlanmış olan taraf, sözleşmeyi iptal etmedikçe veya iptal hakkından feragat

¹⁰⁸⁹ HARTMANN, s. 145, N. 337.

etmedikçe, sözleşme ile bağlı değildir. Bu sözleşme de, salt istenmeyen bir sözleşme olmasından mütevellit, bir zarar doğurmaz¹⁰⁹⁰. Buna bağlı olarak tazminat hakkı da vermez. Bu anlamda, tazminata ilişkin esaslar ile irade sakatlıklarına ilişkin esaslar birbirinden ayrıdır. İstenmeyen veya irade sakatlığı ile malul bir sözleşmeye karşı biricik talep onun iptalidir. Buna karşılık, tazminat talebi, aydınlatılması gereken tarafın sözleşmenin akamete uğramasından mütevellit zararlarının giderilmesine hizmet etmektedir¹⁰⁹¹. Bu çerçevede, boşa giden noter masrafları örnek olarak düşünülebilir. Tazminat talebi, iptalin yerine değil, fakat iptalin yanında söz konusu olabilecektir¹⁰⁹².

Hata, aydınlatma yükümünün ihlalinden ileri gelmiş ise, kural olarak esastır. Temel hatasıyla malul bir sözleşme yapılmışsa, hataya düşen sözleşmeyi iptal yoluna gitmelidir. İptal etmediği halde, bir başka deyişle hem istenilmeyen/ irade sakatlığı ile malul bir sözleşme ile bağlı kalıp bunun yanında tazminat talebi caiz değildir¹⁰⁹³.

2. Sözleşmeyi İptal Hakkından Feragat Ettikten Sonraki Durum

İptal hakkından feragat etmekle artık sözleşme bağlayıcı hale gelir. Dezavantajlı bir sözleşme söz konusu ise bu zarara da sebep olabilir. Aydınlatılması gereken (fakat aydınlatılmamış olan) taraf nihayetinde sözleşmeyi iptal etmek veya onaylamak imkanlarına sahiptir. İptal imkanı varken, sözleşmeyi iptalden feragat etmişse, feragat etmekle artık zarara kendisi sebep olmuştur. İptal etmeyip kendisinin sebep olduğu zararın da tazminini talep etmesi söz konusu olmaz. Salt istenmeyen bir sözleşmeyle bağlı olmak (iptal imkanı varken ancak bundan vazgeçilmişken) tazminat talebine hak vermez¹⁰⁹⁴. Buna karşılık, sözleşmenin bağlayıcılık kazanması, sürenin geçmiş olmasından da ileri gelebilir. Bu halde, culpa in contrahendodan doğan bir tazminatın söz konusu olabileceği Öğretide kabul edilmektedir. Süresi

¹⁰⁹⁰ Von TUHR/PETER, s. 339.

¹⁰⁹¹ GONZENBACH, s. 167 vd.

¹⁰⁹² HARTMANN, s. 137, N. 320.

¹⁰⁹³ HARTMANN, s. 137, N. 321.

¹⁰⁹⁴ HARTMANN, s. 138, N. 322.

içinde sözleşmeyi iptal etse idi, ekonomik olarak hangi durumda bulunacak idi ise, bunun tazminat olarak talep edilmesi mümkündür¹⁰⁹⁵.

Bundan başka yukarıda ifade edildiği üzere, hile halinde sözleşmeyi iptalden feragat edilmesi, tazminat talebinden vazgeçildiği anlamına gelmez. Sözleşmenin iptalinin, hileye duçar olandan beklenemez olması, bir başka deyişle iptalle daha fazla uğramasının söz konusu olması halinde, sözleşme iptal edilmeksizin tazminat talep edilebilir¹⁰⁹⁶.

C. CULPA IN CONTRAHENDO'NUN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE YARIŞMASI

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlali aynı zamanda, haksız fiil teşkil edebilir. Özellikle hile, bunun tipik örneğidir. Hile hem bir haksız fiil, hem de culpa in contrahendonun tipik bir örneğidir. Ancak, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlalinin mutlaka hile şeklinde gerçekleşmesi gerekli değildir.

Culpa in contrahendo ile haksız fiil hükümleri arasında hakların yarışması söz konusudur¹⁰⁹⁷. Bu nedenle, zarar gören, dilediği hükümlere göre talepte bulunabilir. Özellikle yardımcı kişiden sorumluluk hususunda culpa in contrahendo hükümleri daha elverişlidir¹⁰⁹⁸.

D. CULPA IN CONTRAHENDO'NUN SÖZLEŞME SORUMLULUĞU İLE YARIŞMASI

Görüşme sürecindeki eksik/yanlış bilgiler, sözleşmenin ifası aşamasında, kötü ifa sonucunu doğurabilirler. Fren tertibatı bozuk bir arabanın satılıp teslim edilmesinde, bu husus görüşme sürecinde muhataba söylenmemişse, irade sakatlığı hükümleri saklı kalmak kaydıyla aynı zamanda kötü bir ifa mevcuttur. Bu kötü ifa,

¹⁰⁹⁵ HARTMANN, s. 138, N. 323.

¹⁰⁹⁶ Bkz. yuk. Bölüm III, § 2, III, D.

¹⁰⁹⁷ BGE 108 II 419, 421 ; MERZ, Vertrag, s. 80-81, N. 140.

¹⁰⁹⁸ HARTMANN, s. 142, N. 332.

bütünlük menfaatlerinin ihlali şeklinde de gerçekleşebilir. Keza, Alman Federal Mahkemesinin Capuzol kararı da buna örnek olabilir. Gerçi kararda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme tartışılmıştır, ancak olayda, bir maden işletmesine pas önleyici bir madde olan Capuzol satılması fakat maddenin yanıcı özelliği hakkında bilgi verilmemesi söz konusudur. Maddenin alev alması sonucunda da, işletmede çalışan işçi zarar görmüştür.

Bir başka örnek de şöyle gerçekleşebilir. Taşıyıcı kendi risklerini/kapasitesini kendi hesap etmek zorunda olduğu halde, muhatabını muhtemel gecikmelere ilişkin olarak bilgilendirmemiştir. Nihayetinde de gecikmiştir. Bu noktada, taşıyıcı culpa in contrahendodan mı, yoksa sözleşmeye aykırılıktan dolayı mı sorumludur? Bu sorunun cevabı, sözleşme sorumluluğu bakımından bir sınırlandırma söz konusu olduğunda anlam ifade etmektedir. İsviçre Borçlar Kanununun 447-448. maddelerine göre taşıyıcının kastı veya ağır ihmali yoksa, tazmin etmesi gereken taşıma ve gecikme masrafları, en çok eşyanın değeri ile sınırlıdır¹⁰⁹⁹.

Federal Mahkeme, culpa in contrahendonun sözleşme sorumluluğu karşısında ikincil olduğu görüşündedir. Bir başka deyişle, geçerli bir sözleşme mevcutsa, sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanır¹¹⁰⁰. Öğretideki baskın görüş de bu yöndedir¹¹⁰¹. Esas itibariyle, culpa in contrahendo, yasadaki boşluğu doldurmaya matuftur. Oysa ki, sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği halde, yasanın bütün modaliteleri ile birlikte düzenlediği bir sorumluluk rejimi mevcuttur. Culpa in solvendonun karşısında culpa in contrahendonun ikincilliği söz konusudur¹¹⁰². Buna karşılık, sözleşmenin yanlış/eksik aydınlatılan tarafın beklentilerini karşılamaması halinde, kural olarak aydınlatılması gereken taraf için irade sakatlığına bağlı hükümlere başvurusu söz konusu olacaktır. Yanıtılan taraf, sözleşmeyi iptal eder ve iptalden mütevellit zararlarını talep ederse, geçerli bir sözleşme söz konusu olmadığı için, sözleşme sorumluluğu hükümlerine değil, bu boşluğu dolduran culpa

¹⁰⁹⁹ HARTMANN, s. 143, N. 333.

¹¹⁰⁰ BGE Semjud 121, 1999, I, s. 113 vd., 116 (HARTMANN'dan naklen, s. 143, dipnot 587).

¹¹⁰¹ GONZENBACH, s. 50 vd. ; HARTMANN, s. 144, dipnot 588'de yollama yapılan diğer yazarlar. SUNGURBEY, s. 112-113 ; DEMİRCİOĞLU, s. 283-284.

¹¹⁰² SUNGURBEY, s. 113.

in contrahendo hükümlerine başvuracaktır¹¹⁰³. Gerçekten de, yukarıda da belirtildiği gibi, kendi kusuruyla hataya düşenin muhatabının zararlarını giderim borcu düzenlenmiş, ancak muhatabın kusuruyla hataya düşen için yastada bir düzenleme yapılmamıştır. İşte bu noktada, culpa in contrahendo bu boşluğu doldurmaktadır.

E. CULPA IN CONTRAHENDO’NUN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL İLE YARIŞMASI

Başlangıçta da belirtildiği gibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri sözleşmenin ifa aşamasına, culpa in contrahendo ise sözleşmenin kurulma sürecine ilişkindir. Bununla birlikte, iki kurum arasında hiçbir ilginin olmadığını söylemek de mümkün değildir. Esasen, biz bu hususu, yani ayıba karşı tekeffül hükümlerinin özellikle aydınlatma yükümü ile olan ilintisini ikinci bölümde değerlendirmiştik. Bu bağlamda, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, sonuçtan hareketle aydınlatma yükümleri içerdiği sonucuna varmıştık. Bu da, esas itibariyle, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kötü ifanın spesifik düzenlemesi olması dışında, sözleşmenin kurulmasından önceki yetersiz/ eksik bilgilendirmeye karşı da alıcıyı korumaya hizmet ettiği anlamına gelmektedir. Ancak sonuç olarak, sözleşme sorumluluğu bağlamında söylenen – culpa in solvendonun önceliği – ilkesi tekeffül hükümleri bakımından da geçerlidir. Yani, bu noktada, culpa in contrahendoya dayanarak tazminat talep etmek mümkün değildir. Bu çerçevede, örneğin, ihbar süresinin ve zamanaşımı süresinin geçirilmiş olması halinde, alıcıya tazminat hakkı tanımak mümkün değildir¹¹⁰⁴.

VI. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL – İRADE SAKATLIKLARI İLİŞKİSİ

A. HATA – AYIBA KARŞI TEKEFFÜL

Ayıplı bir malın teslim edilmiş olması halinde, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında, temel hatası hükümlerine başvurup başvuramayacağı tartışmalı bir husustur. Öğretide bazı yazarlar ve Federal Mahkeme, normların yarışabileceğini,

¹¹⁰³ HARTMANN, s. 145, N. 336.

¹¹⁰⁴ GONZENBACH, s. 56. Karş. s. 56, dipnot 117. HARTMANN, s. 145-146, N. 337.

yani alıcının hata hükümlerine veya ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabileceğini kabul etmektedir¹¹⁰⁵. Buna karşılık, diğer bir görüş bu halde sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabileceğini savunmaktadır¹¹⁰⁶. Kanaatimizce, ilk görüş ihtiyaçlara ve menfaatler dengesine daha uygundur.

B. HİLE – AYIBA KARŞI TEKEFFÜL

Aynı olay içinde hem hilenin hem de ayıplı ifanın/ ayıba karşı tekeffülün koşulları gerçekleşmiş olabilir. Bu halde de, hükümlerin yarışıp yarışamayacağı hususu gündeme gelecektir. Bu noktada, alıcı hileye dayanarak sözleşmeyi iptal edebileceği gibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine de başvurabilir. Ancak iptal etmiş ise, bu andan itibaren geçerli bir sözleşme söz konusu olmayacağı için, artık ayıp hükümlerine başvuramaz. Ayıp hükümlerine başvurmuş olması halinde ise, sözleşmenin iptali yoluna başvurması mümkün olmayacaktır¹¹⁰⁷.

§ 5. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen Aydınlatma Yükümlerinin İhlalinin Özel Sonuçları

I. AYIPLI MALA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLERİ BAĞLAMINDA

Esas itibariyle, TKHK çerçevesinde, ayıp sorumluluğu – aydınlatma yükümü ilişkisi bağlamında, önceki bölümde açıklanan hususlardan farklı, spesifik bir sonuç düzenlemiş değildir. Ancak, TKHK'da genel hükümlerde olmayan açık bir aydınlatma yükümü de vardır. TKHK m. 4/6 gereği, satıcının ayıplı mala özürdür etiketi koyması gereklidir. Bu hükmün yaptırımını, yani bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin sonucu, 5728 sayılı yasayla değişik TKHK m. 25/2 gereğince idari para cezasıdır. 25/son gereği, aynı fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde para cezası iki misli olarak uygulanır.

¹¹⁰⁵ EREN, s. 353-354 ; BUCHER, s. 180. BGE 114 II 131, 134 ; BGE 98 II 15, s. 20-21.

¹¹⁰⁶ Von BÜHREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s. 203. EREN, s. 354, dipnot 63'de yollama yapılan yazarlar.

¹¹⁰⁷ KURŞAT, s. 154-155 ve dipnot 742'de yollama yapılan yazarlar.

II. SATIŞTAN KAÇINMAYA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMÜ BAĞLAMINDA

TKHK m. 5’de öngörölmüş bulunan satıştan kaçınma yasağının yaptırımını da TKHK m. 25/2 gereğı idari para cezasıdır. Bir başka deyişle, satıcının, üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” gibi bir ibare bulunmaksızın vitrinde, rafta veya açıkça görölebilen bir yerde teşhir edilen malı satmaktan kaçınması halinde, idari para cezasına çarptırılır. 25/son gereğı, aynı fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde para cezası iki misli olarak uygulanır.

III. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLAR BAĞLAMINDA

Esas itibariyle, aydınlatma yükümü – haksız şart ilişkisinden ziyade, aydınlatma yükümü – önceden düzenlenmiş sözleşme koşulu ilişkisi söz konusudur. Zira bir sözleşme koşulunun haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle geçerli olarak sözleşme ile ilişkilendirilmiş olması gereklidir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü de bu safhaya, yani sözleşmenin kurulmasına ilişkindir. İkinci bölümde açıklandığı üzere, önceden düzenlenmiş sözleşme koşulunun geçerli olabilmesi için, tüketicinin bunların varlığından haberdar olması ve içeriğini bilmese veya öğrenmeyi kendisi ihmal etse bile, kendisine bunları öğrenme imkanının tanınmış olması gereklidir. Ancak bu halde, güven teorisine göre, anılan koşullar geçerli olarak ilişkilendirilmiş olur. Aksi halde, söz konusu koşullar sözleşmenin içeriğine dahil olmaz. Biz, bu başlık altında, yine Alman hukukuyla karşılaştırma yapmak suretiyle, sözleşmeye dahil olmamanın, deyim yerindeyse geçerlik denetiminden geçememenin sonuçlarını açıklamaya çalışacağız.

Alman hukuku bakımından, koşulun sözleşmenin içeriğı haline gelmesi için yasanın muhatabı bilgilendirmeyi öngördüğünü (§ 305/II, 1-2) ikinci bölümde ifade etmiştir. yasanın öngördüğü koşullar gerçekleşmez, § 306’ya göre, gişler tamamen

veya kısmen sözleşmenin içeriği haline gelmez¹¹⁰⁸ veya geçersiz olursa, sözleşme kalan muhtevası ile geçerliliğini sürdürür. Bu halde, geçersiz veya sözleşmeye alınmamış hükümler yerine, sözleşmenin içeriği yasal hükümlere (düzenleyici hükümlere) göre belirlenir. Ancak düzenleyici hükümlerin devreye girmesi sebebiyle ortaya çıkan değişiklik, taraflardan biri için katlanması beklenmeyecek ölçüde güçlük yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle geçersiz olur¹¹⁰⁹.

Sözleşmenin bütünüyle geçersiz olması, kullanıcının muhatabına karşı sadakat yükümünü (Loyalitätspflicht)¹¹¹⁰ ¹¹¹¹ ihlal etmesi bağlamında ortaya çıkabilir. Gerek geçersiz bir gişin kullanılması, gerekse ilişkilendirme koşullarına uyulmaması halinde, bu yükümün ihlali ve buna bağlı olarak kullanıcının culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olabilir¹¹¹² ¹¹¹³. Bu halde, kural olarak menfi zararın tazminine hükmedilmez¹¹¹⁴. Aydınlatma yükümü, sadakat yükümünün bir

¹¹⁰⁸ Bu halde yokluk söz konudur. Geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 145, dipnot 363. Ayrıca bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 83 ve dipnot 10.

¹¹⁰⁹ Bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 144 vd.

¹¹¹⁰ LINDACHER, W. F., WOLF, M. / HORN, N./ LINDACHER, W. F., AGB Gesetz, München, 1999, s. 295, § 6, N. 66 ; NICKEL, s. 125 ; Farklı terminolojilerle bkz. BRANDNER, H. E., ULMER, P./ BRANDNER, H. E./ HENSEN, H.-D, AGB Gesetz, Köln, 2001, s. 565, § 9, N. 57 (vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem Kunden); SCHMIDT, H., Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Heidelberg, 1986, s. 259 (vorvertraglichen Sorgfaltspflicht). SCHMIDT'in terminolojisinin eleştirisi için bkz. NICKEL, s. 125, dipnot 242.

¹¹¹¹ Sadakat yükümü, koruma yükümlerinin mal varlığını koruyan yönüne karşılık gelmektedir. Aydınlatma yükümü de esas itibarıyla bunun bir tezahürüdür. Bkz. yuk. Bölüm I, §1, III, B, 2, e.

¹¹¹² Bkz. NICKEL, s. 125 ; LINDACHER, WOLF/ HORN/ LINDACHER, AGB Gesetz, s. 295, § 6, N. 66 ; WOLF, M., WOLF, M. / HORN, N./ LINDACHER, W. F., AGB Gesetz, München, 1999, s. 405, § 9, N. 167 (Ayrıca gişlerin geçerliliğine bağlı olmaksızın, muhatabın geçerli bir koşulun içeriğine ilişkin olarak yanıtlanmış olması halinde de culpa in contrahendonun söz konusu olabileceğini de ifade etmektedir. Benzer şekilde bkz. HEFERMEHL, H./ WERNER, O., ERMAN BGB, Köln, 2000, s. 4797, § 6, N. 24. Nitekim bkz. BGH NJW – RR 1988, s. 241-242) ; BRANDNER, ULMER/ BRANDNER/ HENSEN, AGB Gesetz, s. 565, § 9, N. 57. Bkz ve karşı. SCHMIDT, H., ULMER, P./ BRANDNER, H. E./ HENSEN, H.-D, AGB Gesetz, Köln, 2001, s. 473, § 6, N. 49 ; SCHMIDT, AGB, s. 259 – 260.

¹¹¹³ Sözleşmenin bütünüyle geçersiz olması dışında, münferit bir koşulun akamete uğraması halinde de culpa in contrahendo söz konusu olabilir. Öte yandan içerik denetimi neticesinde de gerek münferit koşul için, gerekse tümünden geçersizlik ortaya çıkabilir ki, aynı esas bu halde de geçerlidir. Bkz. SCHMIDT, AGB, s. 259 ; HEFERMEHL/ WERNER, ERMAN BGB, s. 4797, § 6, N. 24 ; BRANDNER, ULMER/ BRANDNER/ HENSEN, AGB Gesetz, s. 565, § 9, N. 57 ; NICKEL, s. 123 vd. ve 223 vd. Bu hususu ayrıntılı olarak irdeleyen bir mahkeme kararı için bkz. BGH NJW 1984, s. 2816 – 2817.

¹¹¹⁴ NICKEL, s. 124-125 ; BRANDNER, ULMER/ BRANDNER/ HENSEN, AGB Gesetz, s. 565, § 9, N. 57 ; WOLF, WOLF/ HORN/ LINDACHER, AGB Gesetz, s. 405-406, N. 167 ; LINDACHER, WOLF/ HORN/ LINDACHER, AGB Gesetz, s. 295, § 6, N. 66. Karşı. SCHMIDT, AGB, s. 259 – 260 ; NJW - RR 1996, s. 1054-1055.

tezahürüdür. Özellikle ikinci ihtimal bağlamında ihlal edilen yükümlülüğün aydınlatma yükümü olması kuvvetle muhtemeldir.

İsviçre/ Türk hukuku bakımından da, aydınlatma yükümünün ihlalinin sonucu, güven teorisine göre muhataba öğrenme imkanının verilmediği sözleşme koşulları için, sözleşmeye dahil olmamadır. Sözleşmenin içeriğine dâhil olamayan kısmın dışındaki muhtevanın bir sözleşmeyi kurmaya yetecek nitelikte olması gerekir. Esaslı noktaların gişle düzenlendiği halde, bunların geçersizliği sözleşmenin hiç kurulamaması sonucunu doğurur¹¹¹⁵. Aksi durumda, BK m. 20 hükmünün, yani kısmi butlan yaptırımının, kıyasen uygulanması mümkündür¹¹¹⁶.

Bu noktada, değerlendirmek istediğimiz bir husus da, genel işlem şartları veya onu da kapsayacak şekilde önceden düzenlenmiş sözleşme koşulları – aydınlatma yükümü – irade sakatlığı ilişkisidir. Gişlerin sözleşmeye alınması hususunda, global kabul bağlamında – kural olarak – muhatabın iradesinin hata, hile veya tehdit sebebiyle sakatlanması söz konusu olabilir. Bu halde Borçlar Kanununun irade sakatlığına ilişkin hükümleri uygulanır. Bu noktada, incelenmesi gereken sakatlık hali, hata ve hata hükümlerine dayanarak muhatabın sözleşmeyi iptal yoluna gidip gidemeyeceğidir. İradenin sakatlanması veya sakat oluşması saik hatasına sebep olur ve ancak esaslı saik hatası, hata hükümlerinin uygulanmasına olanak tanır. Muhatap, gişlerin varlığından haberdar edilmiş (aydınlatma yükümü yerine getirilmiş) ve bunların içeriğini öğrenme imkânı da kendisine tanınmış, buna rağmen bu imkânı kullanmaktan imtina etmişse, artık hata hükmüne dayanamaz. Bilinçli olarak, gerçeği bilmeme hata sayılmaz¹¹¹⁷. Global kabul beyanında bulunanı ancak, koşulları varsa, alışılmadık – şaşırtıcı koşulların geçerli olmaması ilkesi çerçevesinde korumak mümkündür¹¹¹⁸.

¹¹¹⁵ HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 146 ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 120-121.

¹¹¹⁶ HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 145. Ayrıca bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 222 vd. Borçlar Kanunu Tasarısı, m. 22'ye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu hükme ilişkin olarak bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 146 ; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 120, dipnot 189.

¹¹¹⁷ HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 147 ; EREN, s. 341 ; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 23, s. 243, N.3.

¹¹¹⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 103, dipnot 117. Bu konuda ayrıca bkz. SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 24, s. 247, N. 5.

Beyan hatasına gelince, öncelikle bu halde işlem iradesinin sakatlanması veya sakat oluşması söz konusu değildir. Hatta bu nedenle, beyan hatasının gerçek anlamda bir irade sakatlığı olmadığı ifade edilmektedir. Bu halde, irade tam, sağlam ve doğru bir biçimde olduğu halde, beyan edilirken kullanılan söz, yazı veya işaret, işlem iradesine uymamakta ve bu uygunsuzluk beyan sahibi tarafından bilinmemekte, istenmemektedir¹¹¹⁹. Giş bağlamında değerlendirecek, her şeyden önce giş kullanan tarafın kendi üstüne düşen yükümleri yerine getirmesi, muhatabın da gerek bunları inceleyerek gerekse ihmal ederek sözleşme kurup kurmama konusunda bir karara varması gereklidir. Sözleşme kurmama kararına varmış, ancak sehven aksini söylemiş ise, kural olarak beyan hatasına dayanması mümkündür¹¹²⁰¹¹²¹. Kanaatimizce, bu halde giş kullanan tarafın, kural olarak, kusuru söz konusu olmaz.

Gişlerin geçersizliği ve/veya sözleşmeye dahil olmaması sebebiyle, bunları kullananın culpa in contrahendo sorumluluğunun olup olmadığı hususuna gelince, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu konuyu kısaca ele alan tek yazar HARTMANN'dır. Yazar, bu konuyu bağlayıcılık çerçevesinde ele almakta ve irade beyanlarının güven teorisine göre yorumu neticesinde taraflar için bir zararın, dolayısıyla da culpa in contrahendo'dan doğan bir zarar talebinin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce, her ne kadar Alman hukuku bu konuda farklı normlar içeriyorsa da, önceden kesin bir biçimde bu halde culpa in contrahendo sorumluluğun olmayacağını söylemek mümkün değildir. Alman hukukunda, tüketicinin – müşterinin, giş'in geçersizliği için yaptığı hukuki danışma giderleri dahi zarar kalemleri içinde sayılmaktadır¹¹²². Her zaman, özellikle de alışmadık – şaşırtıcı olması sebebiyle önceden düzenlenmiş koşulun geçersizliğinde,

¹¹¹⁹ EREN, s. 341.

¹¹²⁰ BK m. 24/1/ b. 1, sözleşmenin niteliğinde hatayı düzenlemektedir. Ancak sözleşme yapmak istemeyen kişinin yanlışlıkla beyanda bulunması hali de bu bendin kapsamındadır. Bkz. EREN, s. 346; SCHWENZER, Bas.Kom., Art. 24, s. 248, N. 11.

¹¹²¹ HARTMANN, İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında muhatabı beyan hatasına da dayanarak koruduğunu ifade etmekte ve bu kararlarını eleştirmektedir. Belirtilen kararlar bakımından, beyan hatasının varlığı, tartışılır niteliktedir. Ancak kararlardaki tartışılabilirlik, gişlerin ilişkilendirilmesinde hiçbir şekilde beyan hatası olamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bkz. HARTMANN, s. 85-87, N. 198 – 206.

¹¹²² Bkz. BRANDNER, ULMER/ BRANDNER/ HENSEN, AGB Gesetz, s. 565, § 9, N. 57 ; HEFERMEHL/ WERNER, ERMANN BGB, s. 4797, § 6, N. 24 ; WOLF, WOLF/ HORN/ LINDACHER, AGB Gesetz, s. 405, § 9, N. 167 ; KOCH, BÜLOW/ARTZ, s. 483, N. 119.

aydınlatma yükümü ihlali söz konusu olmasa da, somut olayın özellikleri, sadakat yükümünün ihlaline dayanarak zarar görene culpa in contrahendodan doğan bir tazminat talebi tanımayı haklı gösterebilir.

Son olarak, TKHK m. 6/6 yazılı olması öngörülen sözleşmeleri için on iki punto ve koyu siyah yazılması gerektiğini düzenlemiştir. Genel işlem şartlarının da bu koşulu uygun olması gereklidir. Yaptırımını m. 25/2'ye göre idari para cezasıdır. Bir yıl içinde tekrarı halinde ceza iki misli olarak uygulanır.

IV. TAKSİTLİ SATIŞLAR BAĞLAMINDA

Taksitli satışlar çerçevesinde, aydınlatma yükümünün ihlaline bağlanan sonuç, yasada öngörülen şekil şartının niteliğiyle doğrudan ilgilidir. Bu yüzden, yukarıda yaptığımız ayrıma göre, değerlendirmemiz gerekmektedir.

TKHK m. 6/6 hükmü¹¹²³ getirilmemiş olsaydı, yazılı şekil şartının geçerlik şekli olduğunu ve buna riayet edilmemesinin yaptırımının da butlan olduğunu ifade edilebilecekti¹¹²⁴. Zira aydınlatma yükümleri şekil koşulunun içeriğine dahil edilmiştir. Ne var ki, anılan düzenlemeye göre, yasada belirtilen hususların (esas itibariyle aydınlatma yükümünün konusunu oluşturan hususların) bir veya birkaçının bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Üstelik bu eksikleri tamamlama yetkisi de satıcı veya sağlayıcındır. Tekrar belirtecek olursak, kanaatimizce, yasa koyucu bunların içerik denetiminden geçeceği düşüncesinden hareket etmiştir. Ancak içerik denetiminden önce söz konusu olan geçerlik denetimidir.

Taraflar arasında hiç yazılı sözleşme yapılmamışsa, şekil şartına uyulmadan sözlü olarak yapılan sözleşme geçersizdir. Bu noktada, aydınlatma yükümlerini şekil şartının içinde düzenlemiş hüküm karşısında, kural olarak aydınlatma yükümleri de

¹¹²³ TKHK m. 6/6 : “6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir”.

¹¹²⁴ Bu yönde OZANOĞLU, s. 200 ; İNCEOĞLU, s. 19 vd.

ihlal edilmiştir¹¹²⁵. Bu noktada, satıcının hakkını kötüye kullanımı söz konusu ise, bu yasağa dayanarak tüketiciyi korumak mümkün olacaktır. Her halde, şekil koşulunu gerçekleştirme yükümlülüğü satıcı/sağlayıcının üzerinde olduğu için (TKHK m. 6/4), bu yükümlülüğe aykırı davranışı sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesinden dolayı tüketicinin uğradığı zararları culpa in contrahendo çerçevesinde tazmin etmekle yükümlü olacaktır¹¹²⁶. Esas itibariyle, bu sonucun şekil şartı kapsamına dahil edilmiş, yani TKHK m. 6/3'e göre sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlarda, eksiklik olması durumunda geçerli olması gereklidir. Elbette, bu halde de hakkın kötüye kullanımı yasağı bakidir¹¹²⁷.

Yazılı bir sözleşme yapılmış, ancak kanunda öngörülmuş bütün hususlar (aynı zamanda aydınlatma yükümünün konusunu oluşturan) sözleşmede yer almamışsa, bu sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Yani, bu durumda, satıcı yazılı sözleşme metnine sadece adını, unvanını, adresini yazsa, bu sözleşme geçerli olacaktır. Eksikleri de satıcı bizatihi kendi tamamlayacaktır¹¹²⁸. Haksız şarta ilişkin düzenlemenin gerekçesinde de yorum yapmaya elverişli bir dene mevcut değildir. Esas itibariyle, yasa sözleşmede şekil koşulunu gerçekleştirmekle satıcıyı sorumlu tuttuğuna göre, bu yükümlülüğün ihlalden de satıcı sorumludur. Ne var ki, ihlale, daha sonra belirteceğimiz idari para cezası dışında, sonuç bağlanmamıştır.

¹¹²⁵ Kural olarak dememizin nedeni, yukarıda aydınlatmanın şekli başlığı altında da ifade edildiği gibi, şekle aykırılığın, tüketicinin aydınlatılma ihtiyacından bağımsız olmasıdır. Şöyle ki, tüketici, kendisine bilgi verilmesi gereken hususa vakıf olabileceği gibi, bu örnek bağlamında da, yasanın öngördüğü bilgilerin kendine şifahi verilmiş ancak yazılı sözleşme yapılmamış olması da mümkündür. Ancak her halde, tüketici bir biçimde aydınlatılmış olsun veya olmasın, bunlar kanunun öngördüğü şekil içine dahil edilmedikçe, sonuç geçersizliktir.

¹¹²⁶ OZANOĞLU, s. 200 ; İNCEOĞLU, s. 21.

¹¹²⁷ İsviçre Borçlar Kanununun taksitli işlemleri düzenleyen mülga 226a vd. hükümlerindeki düzenleme de bu yöneydi. Bkz. HARTMANN, s. 154-156, N. 359-363 ; OZANOĞLU, s. 195 vd. ; İNCEOĞLU, s. 21. İsviçre'de taksitli satımlar artık KKG (Bundesgesetz über den Konsumkredit) – Tüketici Kredileri Kanunu kapsamındadır. Bu konuda bkz. HUGUENIN, s. 204 vd., N. 1297 vd.

¹¹²⁸ Hazırlanan tasarıda, kanaatimizce isabetli bir şekilde “Taksitli sözleşmenin yazılı olarak kurulmadığı veya yönetmelikte belirlenen zorunlu içeriğe sahip olmadığı hallerde sözleşme batıldır. Ancak tüketiciye malın teslim edilmiş ya da hizmetin ifa edilmiş olması durumunda sözleşme geçerlilik kazanır. Eksiklik, sözleşmesel faizin veya bütün masraflar dahil malın veya hizmetin satış bedelinin sözleşmede belirlenmemiş olmasından kaynaklanıyorsa malın veya hizmetin peşin fiyatına satıldığı kabul edilir. Bu hallerde tüketiciden, taksitli sözleşmede belirtilmemiş olan hiçbir faiz, masraf, komisyon ve benzeri isim altında ilave ödeme talep edilemez. Ödeme planı, değişen duruma göre yeniden düzenlenir. Sözleşmede belirtilmemiş olması halinde tüketiciden teminat istenemez” hükmü yer almaktadır. Öte yandan hali hazırda mevcut TKHK m. 6/6'da bulunan hükme de yer verilmemiştir.

Yasanın öngördüğü hususlardaki eksikliği satıcının gidermesi gerekmektedir. Taksitle satım için de, sözleşmede belirtilmesi gereken hususların eksikliğini satıcı bizatihi kendi giderecektir. Bu noktada, satıcının, tamamlayacağı/yazacağı hususlarda, şifahen kararlaştırılmış olan (satış bedeli, taksit sayısı gibi) unsurlardan sapması söz konusu olursa, aksini iddia eden tüketici karşısında, en azından ispat yükü satıcının üzerinde olmalıdır. Geçersizlik yaptırımından kurtulmuş olması, sözleşmenin şekil koşulunu gerçekleştirmenin satıcının yükümlülüğünde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Son olarak, TKHK m. 25/2 gereği, 6/A maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler, idari para cezasına çarptırılırlar. Aynı fiilin, bir yıl içinde tekrarı halinde, para cezası iki misli olarak uygulanır (TKHK m. 25/son).

V. KAMPANYALI SATIŞLAR BAĞLAMINDA

Kampanyalı satışlar çerçevesindeki aydınlatma yükümleri, taksitle satımlarda olduğu gibi, şekil şartı içinde yer almıştır. Bu bakımdan, taksitle satıma ilişkin yapılan açıklamalar kampanyalı satışlar için de geçerlidir. Yalnız, yukarıda belirttiğimiz gibi, yasa tüketiciye cayma hakkı tanımıştır, ancak aydınlatma yükümlerinin içinde cayma hakkına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Biz dürüstlük kuralı gereği, satıcının, cayma hakkından haberdar olmayan tüketiciyi aydınlatması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak yazılı şekil şartına bağlanmış aydınlatma yükümlerinde olduğu/olması gerektiği gibi, cayma hakkı hususunda bilgi verilmemiş olması sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, sözleşmenin akamete uğramasından mütevellit menfi zararların tazmini söz konusu olamaz. Ancak, şekil şartına bağlanmamış olması, satıcının davranışının bir culpa in contrahendo olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu çerçevede, gerçekleşebilecek bir zarar kalemi şöyle olabilir: HARTMANN'ın, kapıdan satışlara ilişkin olarak kurguladığı örnekten hareket etmek mümkündür. Anılan örnekte, tüketici kapıdan satış olarak bir şey satın almış, ancak kullanamamıştır. Cayma hakkına vakıf olmadığı, dolayısıyla sözleşmeyle bağlı olduğunu düşündüğü için, yeniden satmak amacıyla gazeteyle ilan vermiştir. Burada tüketicinin gazete ilanı için ödediği bedelin culpa in contrahendoya

göre tazmini mümkün olmalıdır¹¹²⁹. Kanaatimizce, cayma hakkına vakıf olmadan kampanya çerçevesinde satın aldığı maldan faydalanamayıp satmak zorunda kalan tüketici için de aynı durum söz konusu olabilecektir. Nihayetinde, satıcının sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlali neticesinde ortaya çıkan zarar, culpa in contrahendonun diğer koşulları da gerçekleşmiş olmak kaydıyla, pekala tazmin edilebilir. Genellikle, culpa in contrahendo teşkil eden vakıalar bakımından sözleşmenin hiç kurulmaması veya akamete uğraması söz konusu olmaktadır; ama sözleşmenin geçerliliğini koruduğu halde de tüketici, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, zararının tazminini sağlayabilir.

Ayrıca, TKHK m. 25/2, m. 7/5’de düzenlenen yazılı sözleşme yükümlülüğüne (sözleşmede bulunması gereken kayıtlar da dâhil olmak üzere) aykırı hareket edenlerin idari para cezasına çarptırılacağını amirdir. Aynı fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde, para cezası iki misli olarak uygulanır (TKHK m. 25/son).

VI. KAPIDAN SATIŞLAR BAĞLAMINDA

Kapıdan satışlar için yasanın yazılı şekil şartını öngördüğünü ve bu şekil şartı içinde hangi hususların yer alması gerektiğini ifade etmiştik. Anılan hususlar satıcının aydınlatma yükümlerinin konusu oluşturmaktadır. Şimdi inceleyeceğimiz husus, bu yükümlerin ihlaline bağlanan sonuçlardır. Yasa koyucu, özellikle cayma hakkına dair aydınlatma yükümünü gözeterek, ihlaline geçersizlik dışında bir müeyyide getirmiştir.

BK m. 11/2 gereği, kanunun emrettiği şekil şartının kapsamı ve sonuçlarına ilişkin başkaca bir hüküm getirilmemişse, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Buna karşılık, yasanın şekle aykırılığa geçersizlikten başka yaptırımlar getirdiği haller de saklıdır¹¹³⁰. TKHK kapıdan satışlar için yazılı şekil şartı öngörmüştür. Ancak TKHK m. 9/4 “ Bu madde hükümlerine göre düzenlenmiş bir

¹¹²⁹ HARTMANN, s. 173-174, N. 412-415.

¹¹³⁰ Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 116 ve dipnot 339 ;
TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 100-101. Ayrıca bkz. ve karşı.
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 277-278, N. 1-2.

sözleşmenin ve malın tüketiciye teslim edildiğini ispat satıcıya veya sağlayıcıya aittir. Aksi takdirde, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir” hükmünü içermektedir. Kanaatimizce, bu hüküm yasanın şekle aykırılığa geçersizlikten başka yaptırımlar getirdiği hallerden biridir. Böyle bir düzenleme, yine şekil şartı öngören taksitli satım ve kampanyalı satımda – bu sözleşmede cayma hakkı da olduğu halde – söz konusu değildir. Dolayısıyla, kapıdan satışlarda şekil şartına uyulmamasının – şekil şartı çerçevesinde satıcının aydınlatma yükümlerini yerine getirmemesinin – yaptırımı butlan değildir¹¹³¹. Esasen bu hükümde tüketici lehine bir karineye yer verilmiştir. Satıcı kendisine düşen yükümlerini yerine getirdiğini ispatlamadıkça, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süreyle bağlı değildir. Adi karine olduğu için, satıcının aksini ispat etmesi mümkündür¹¹³².

Esas itibariyle, cayma hakkının malın tesliminden itibaren yedi gün içinde kullanılması gerekmektedir. Tüketicinin cayma hakkını kullanmaması, sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için gerekli geciktirici şart niteliğindedir. Kullanmadığı halde, yedi günün sonunda sözleşmenin askı hali sona erer ve başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur hale gelir. Ancak, yasanın öngördüğü biçimde düzenlenmiş bir sözleşme ve mal tüketiciye teslim edilmemişse veya satıcı bunu ispat

¹¹³¹ TKHK’ın ilk halindeki düzenlemeye ilişkin olarak bu görüşte AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 193, dipnot 33. Değişiklikten önce m. 9/2 “Satıcı tüketiciden almış olduğu imzalı belgeyi bir uyuşmazlık halinde mahkemeye ibraz etmekle yükümlüdür. Satıcının bu belgeyi ibraz edememesi ya da etmemesi halinde, satıcının bu belgede belirtilmiş olan borçlarını yerine getirmemiş olduğu kabul edilir” şeklindeydi. İbraz etmesi gereken de, eski m. 9/1 bağlamında tüketicinin aydınlatıldığına ilişkin kendisi tarafından imzalanmış belgeydi.

¹¹³² ZEVKLİLER, 2001, s. 136. (Değişiklikten önceki metne ilişkin olarak). ÖZEL, değişiklikten önceki metne ilişkin olarak, bu düzenlemenin aydınlatmanın yapılmamış sayılmasına bir sonuç bağlamadığı yorumunu yapmıştır. İlk bakışta, gerek eski metnin gerekse mevcut normun yasada öngörülen şekle uyulmamış olmasına değil, buna uyulduğunun ispat edilememiş olmasına yaptırım getirdiğini söylemek mümkündür. Ne var ki, öngörülen şekilde bir sözleşmenin yapılmış olması kural olarak tüketicinin aydınlatılmış olmasına da sağlayacaktır. Kanaatimiz, yasa koyucunun sözleşmenin öngörülen şekilde yapılmamış olmasına sonuç bağladığı gibi, bu konuda tüketiciyi daha etkin korumak için, ispat yükünü de satıcıya yüklediği yönündedir. Hem yaptırımı, hem de tüketiciye getirdiği kolaylığı tek bir cümle içinde ifade etmiştir. Kesin karine söz konusu olmadığı için, satıcının aksini ispat etmesi de elbette mümkündür. Yükümlülüğünü yerine getirdiği halde, bu hususu ispat edemezse, ispat faaliyetini yerine getirememiş olacak ve sonuçlarına katlanmak durumunda kalacaktır. Benzer bir hüküm İBK’da da mevcuttur (İBK m. 40e/3). Bkz. GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40e, s. 329, N. 4.

edememişse, tüketici yedi günlük süre ile bağlı değildir^{1133 1134}. Bununla birlikte, her hak gibi, cayma hakkı da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Aksi durumda, hakkın kötüye kullanımı söz konusu olur ki, kanun buna cevaz vermez¹¹³⁵.

Yasa, sözleşmenin hiç düzenlememiş olması veya bazı unsurlarının eksik bırakılmış olması ya da örneğin yer alması gereken hususlarda hiçbir eksik olmamakla birlikte, tüketiciye kendi el yazısıyla tarih yazdırılıp imza attırılmaması arasında bir ayırım yapmamıştır. Lafzen yorumlandığında her türlü eksiklik halinde, tüketici cayma hakkı için öngörülen süreyle bağlı değildir.

Kanaatimizce, bu noktada bir ayırım yapılmalıdır. Sözleşme kurulmuş, mal teslim edilmiş, ancak tüketiciye cayma hakkı konusunda bilgi verilmemişse, tüketici cayma hakkına *vakıf olduktan* itibaren yedi gün içinde hakkını kullanmalıdır^{1136 1137}. Buna karşılık, mal teslim edilmiş, cayma hakkı konusunda bilgilendirme yapılmış, ancak sözleşmede yer alması gereken hususlarda eksiklik olması halinde, süre ne zaman başlamalıdır? Esasen, yasada ayırım yapılmadığı için bütün eksikler tamamlanıncaya kadar sürenin başlamayacağı sonucuna varmak mümkündür. Ne var ki bu ihtimalde, verdiğimiz örnek çerçevesinde cayma hakkı konusunda bilgilendirme yapılmıştır. O halde, tüketiciye cayma hakkı tanımının sebebinden hareket edilebilir. Cayma hakkı, cayma süresi içinde tüketicinin kararını gözden geçirmesi, bu çerçevede piyasadaki eş değer ürünler arasında fiyat, kalite vs. bakımından karşılaştırma yapabilmesini ve buna göre cayıp caymamaya karar vermesini sağlar. Bu durumda, özellikle taksitli satımlarda, peşin ve vadeli fiyatın, faiz oranının tüketiciye de teslim edilen sözleşmede – cayma hakkının yanı sıra – yer alması gerektiğini düşünüyoruz. Cayma hakkını kullanma süresi bu bilgilerin de verilmesiyle başlamalıdır. Ancak bunun dışında, cayma hakkı konusunda

¹¹³³ Süre konusunda bir üst sınır getirilmemiştir. Bu durum İsviçre hukuku için de geçerlidir. Bkz. HARTMANN, s. 163, N. 384. Buna karşılık, Alman Medeni Kanununda sözleşmenin kurulmasından itibaren altı aylık bir süre sınırı mevcuttur. Bkz. BGB § 355/3.

¹¹³⁴ Bkz. 13. HD, 2438-2957, 19.04.1999 T., KADIOĞLU, s. 402-403 ; 13. HD, 2341-4683, 26.04.2002 T., KADIOĞLU, s. 405-406 ; 13. HD, 952-3394, 01.04.2002 T., KADIOĞLU, s. 406-407.

¹¹³⁵ Bkz. 13. HD, 2002/2001/11603-454, 21.01.2002 T., KADIOĞLU, s. 401-402 ; 13. HD, 1955 E., 2368 K., 16.03.1998 T., ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 901-902.

¹¹³⁶ AYDOĞDU, Kapıdan Satış, s. 193.

¹¹³⁷ İsviçre hukuku için bu yönde bkz. HARTMANN, s. 163 vd., N. 383 vd. ; GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40e, s. 329, N. 1-4. Alman hukuku için bkz. BGB § 355/2. Ayrıca bkz. § 355/3. MASUCH, A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 355, München 2007, s.2242, N. 61-62.

bilgilendirme yapılmış, bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda etkili olmayacak başkaca hususlarda eksiklik varsa, artık cayma hakkına vakıf olunduktan itibaren yedi gün içinde hak kullanılmalıdır. Uyuşmazlık halinde, somut olayın özelliklerine göre bu değerlendirmeyi hakim yapacaktır. Öte yandan, sözleşme yapılmış, tüketici cayma hakkı konusunda bilgilendirmiş, fakat mal teslim edilmemişse, genel kural gereği cayma süresi teslimden itibaren başlar. Zaten bu halde, aydınlatma yükümünün ihlali de söz konusu değildir.

Bu çerçevede söz konusu olabilecek başkaca ihtimaller de mevcuttur. Satıcının tüketiciyi cayma süresi hakkında yanlış bilgilendirilmiş olması veya cayma hakkı konusunda yazılı bilgi vermemiş ve cayma hakkını nasıl kullanacağını açıklamamış olması gibi. Gerçi, kural olarak, yasanın öngördüğü şekilde aydınlatılmayan tüketici için cayma süresi başlamaz. Ancak ikinci ve üçüncü ihtimal çerçevesinde, cayma hakkına vakıf olmakla ve cayma hakkını nasıl kullanacağını bilmekle, yedi gün içinde cayma hakkını kullanmalıdır. Cayma süresi hakkında yanlış bilgilendirme halinde, eksik söylenmesi halinde yasal süre geçerli olacaktır, buna karşılık satıcı mesela yedi yerine on gün olduğunu söylemişse, tüketici on gün içinde hakkını kullanabilmelidir¹¹³⁸.

Bu bağlamda, son olarak değerlendirmek istediğimiz bir husus daha vardır. Şöyle ki, yasa koyucu bilgilendirme hususunda muhatabın bilgi eksikliği olup olmadığını dikkate almamıştır. Esasen açık kanun hükmünden doğan aydınlatma yükümleri, zaten bu ihtiyacın yaygın biçimde varlığına dayanarak getirildiği için, aydınlatılma ihtiyacını da gözetme söz konusu değildir. Yani muhatabın kim olduğuna bakılmaz. İsviçre öğretisinden HARTMANN, cayma süresinin ötelenmesi için muhatabın somut aydınlatılma ihtiyacının dikkate alınması gerektiği ifade etmektedir¹¹³⁹. Kanaatimizce, bu durum, ancak satıcının tüketicinin cayma hakkına ve süresine vakıf olduğunu ispat etmesi halinde söz konusu olabilir.

Kapıdan satım sözleşmesi taksitli satım şeklinde yapılmışsa, yazılı sözleşme için de yer alması gereken hususların neler olduğu ikinci bölümde anlatılmıştı.

¹¹³⁸ İsviçre hukukuna ilişkin olarak bu ihtimallerin değerlendirilmesi için bkz. HARTMANN, s. 166 vd., N. 393 vd.

¹¹³⁹ HARTMANN, s. 175, N. 419.

Burada belirtmek istediğimiz husus, cayma hakkını ilişkin yapılan açıklamaların taksitle kapıdan satış için de geçerli olduğudur. Kanaatimizce, aydınlatma yükümünün ihlali halinde, yaptırım, diğer taksitle satım sözleşmelerinden farklı olarak, geçersizlik değil, cayma süresinin işlememesidir. Bu noktada, taksitle kapıdan satışa ilişkin olarak, kapıdan satışa ilişkin hükmün, özel hüküm olduğu düşüncesindeyiz.

Yasanın öngördüğü şekilde sözleşme düzenleme, bu bağlamda aydınlatma yükümlerini yerine getirmekle yükümlü olan taraf satıcıdır. Bu yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen satıcının davranışı culpa in contrahendo teşkil eder ve bu davranış sonucunda zarara uğrayan tüketicinin de, kural olarak culpa in contrahendodan kaynaklanan tazminat talebi doğar¹¹⁴⁰. Bununla birlikte, konu İsviçre hukukunda tartışmalıdır. İsviçre hukukunda aydınlatma yükümünü düzenleyen 40d¹¹⁴¹ maddesinde ifade edilen “Orientierungspflicht” in bir külfet olduğu, ihlalinin geçersizlik sonucunu doğurmadığı ve bu nedenle de ihlalinden tazminat borcu doğmayacağı kabul edilmektedir^{1142 1143}. Ne var ki, yasa hükmünde tüketicinin tazminat hakkını bertaraf eden bir düzenleme söz konusu değildir. HARTMANN’a göre, 40d hükmünün ihlalinden tazminat hakkı da doğabilir. Yazar şöyle bir örnek kurgulamıştır : Tüketici kapıdan satış olarak bir şey satın almış, ancak kullanamamıştır. Cayma hakkına vakıf olmadığı, dolayısıyla sözleşmeyle bağlı olduğunu düşündüğü için, yeniden satmak amacıyla gazeteyle ilan vermiştir. Burada tüketicinin gazete ilanı için ödediği bedelin culpa in contrahendoya göre tazmini mümkün olmalıdır¹¹⁴⁴. Kanaatimizce, somut olayda koşulların gerçekleşmesi halinde, aynı durumun bizim hukukumuz bakımından da geçerli olmasına bir engel yoktur. Öte yandan, somut olayda, cayma hakkına ilişkin aydınlatma yükümü yerine getirilmemiş, ancak tüketicinin daha sonra hakka vakıf olmasıyla sözleşmeden

¹¹⁴⁰ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 258 ; ÖZEL, s. 203 vd.

¹¹⁴¹ Maddenin kenar başlığı “Orientierungspflicht des Anbieters”, “Sağlayıcının bilgilendirme/yönlendirme yükümü”dür.

¹¹⁴² DORNIER, R., Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a-g OR), St. Gallen, 1994, s. 105, N. 465 ; GONZENBACH, Bas.Kom., Art. 40d, s. 328, N. 4.

¹¹⁴³ Reformdan önceki dönemde Alman hukuku için de bu durumun geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. HARTMANN, s. 172, N. 410, dipnot 673’de yollama yapılan yazarlar. Bugün ise, tartışmalı bazı hususlar olmakla birlikte, burada külfet değil bir yüküm olduğu ve ihlalinin BGB § 311/2 ve 280/1’in uygulanması sonucu doğurabileceği kabul edilmektedir. Bkz. MASUCH, § 312, s. 1611-1612, N. 82-83 ; § 357, s. 2268, N. 60.

¹¹⁴⁴ HARTMANN, s. 173-174, N. 412-415.

caydığı halde bile, eğer bilgilendirilmemesinden dolayı başkaca bir zarar söz konusu olmuşsa, caymaya rağmen zararın da ayrıca tazminin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bir başka deyişle, cayma hakkının geç de olsa kullanılabilmesi, tüketicinin culpa in contrahendodan doğan tazminat hakkına engel olmaz.

Son olarak, satıcının TKHK m. 9’da düzenlenmiş bulunan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, kendisinin TKHK m. 25/2 gereği idari para cezasına çarptırılması sonucunu doğurur. Aynı fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde, para cezası iki misli olarak uygulanır (TKHK m. 25/son).

VII. MESAFELİ SATIMLAR BAĞLAMINDA

Mesafeli satımlarda, yasa koyucu açık bir aydınlatma yükümü getirmekten başka, deyim yerindeyse, tüketiciye gereği gibi aydınlanıp aydınlanmadığını da sormakta ve bu hususta olumlu yanıtını aramaktadır. TKHK m. 9/A/2 “ Mesafeli satış sözleşmesinin *akdinden önce*, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek *bilgilerin* tüketiciye verilmesi *zorunludur*. Tüketici, *bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez*. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır”. Yönetmeliğin “Ön Bilgilerin Doğruluğunun Yazılı Olarak Kanıtlanması” kenar başlıklı 6. maddesine göre ise, “ bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen bilgilendirme formunun, *sözleşmenin kurulmasından önce* tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, *bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez*. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işlemi, yine elektronik ortamda yapılır. Satıcı veya sağlayıcı, mallar için sözleşme konusu mal tüketiciye ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce yazılı olarak, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde ise tüketici tarafından kullanılabilir veya sürekli olarak erişilebilir başka bir sürekli veri taşıyıcısıyla bilgilendirme formunu tüketiciye ulaştırmak zorundadır”.

Yasa ve yönetmelik hükmünü değerlendirmeden önce, mesafeli sözleşmelere ilişkin AB direktifi ve Alman hukukunun düzenlenmesine değinmek isteriz¹¹⁴⁵. Direktifte de, Alman Medeni Kanununda da, sözleşme öncesi bilgi verme yükümü (BGB § 312c/1) düzenlenmiş olmakla birlikte, ihlaline bir sonuç bağlanmamış, herhangi bir yaptırım getirilmemiştir¹¹⁴⁶.

Bizim düzenlememize gelince, maddenin ilk iki cümlesine bakıldığında, aydınlatma yükümünün yerine getirilmemesine radikal bir yaptırım getirildiği düşünülebilir. Teyit olmaksızın sözleşmenin kurulamaması çerçevesinde, teyidin hukuki niteliğini ve satıcının aydınlatma yükümünü yerine getirmiş olmasına rağmen tüketicinin teyid etmemesinin sonucunu araştırmak gereklidir.

Tüketicinin teyidi söz konusu olmadan sözleşme yapılamıyorsa kurulmuş bir sözleşme olmadığından kural olarak tartışacak bir husus da kalmayacaktır. Ancak tüketici teyit etmeden sözleşme yapılırsa, bu durumda sözleşmenin akıbetinin ne olacağını tespit etmek gereklidir. Teyide vereceğimiz anlam sözleşmenin yok veya geçersizliği sonucunu doğuracaktır¹¹⁴⁷. Teyit kurucu unursa, teyit olmadan yapılan sözleşme yok hükmündedir. Esasen, teyit edilmeden sözleşmenin yapılamayacağını amir hükümden de bu sonuca ulaşılmaktadır. Teyit etmek, tüketicinin kabul beyanı ise, kabul söz konusu olmadan da sözleşmenin kurulamayacağı açıktır. Ne var ki, bu halde şekle bağlamanın ve aydınlatma yükümünün ihlaline bir yaptırım olarak getirilmiş olmasını açıklamak mümkün değildir¹¹⁴⁸.

Belirttiğimiz gibi, ilk iki cümlelerin lafzından teyit edilmemenin yaptırımının yokluk olduğu sonucuna varılabilirse de, maddenin müteakip cümleleri de aksi sonuca ulaşmayı mümkün kılmaktadır. Şöyle ki, “ Satıcı veya sağlayıcı, *mallar için sözleşme konusu mal tüketiciye ulaşmadan*, hizmetler için de *en geç sözleşmenin ifasından önce yazılı olarak*, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde ise tüketici tarafından kullanılabilir veya sürekli olarak erişilebilir başka bir sürekli veri

¹¹⁴⁵ Bu bağlamda belirtelim ki, İsviçre hukukunda mesafeli sözleşmelere ve elektronik ticarete ilişkin bir kanun tasarısı hazırlanmış, ancak tüketicinin korunması için gerekli görülmemiş ve 09.11.2005 tarihinde geri çekilmiştir. Bkz. http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-12-212.html

¹¹⁴⁶ SERDAR, s. 149 ; SELENKEWITSCH, BÜLOW/ARTZ, s. 185, N. 75.

¹¹⁴⁷ Teyidin erteleyici kanuni şart olduğu görüşü için bkz. GEZDER, s. 199.

¹¹⁴⁸ SERDAR, s. 150-151.

taşıyıcısıyla bilgilendirme formunu tüketiciye ulaştırmak zorundadır”. Sözleşme yapılmadan satıcı için ifa borcunun doğmayacağı açıktır. Sadece ilk iki cümleyi dikkate alarak yorum yaptığımızda, satıcının yoklukla malul sözleşmeye rağmen bir mal teslim ettiği sonucuna varmamız gerekecektir. Yasa koyucu, böyle bir sonucu istemeyeceğine göre, müteakip cümleleri de dikkate aldığımızda, mesafeli sözleşmenin teyit edilmeden de kurulabileceği anlaşılmaktadır¹¹⁴⁹.

Öte yandan, anılan sonuca yönetmeliğin “ Cayma Hakkı” başlıklı m.8/5 hükmünden de ulaşmak mümkündür¹¹⁵⁰. Şöyle ki, “ Satıcı veya sağlayıcının 6 ncı veya 7 nci maddede belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, satıcı veya sağlayıcı en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda yedi günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar. Aksi takdirde, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir”. Dolayısıyla, hem yukarıdaki hükümden hem de şimdi ifade edilen hükümden hareketle, teyidin verilmemiş olması, yokluk sonucu değil, geçersizlik sonucu bile doğurmamaktadır. Esasen teyid, sözleşme için ne kurucu unsurdur, ne de geçerlik unsurudur.

Bu durumda teyide ilişkin düzenlemenin, daha doğrusu teyidin niteliği ve teyit etmemenin yaptırımı nedir? Kanaatimizce, yasa koyucu tüketicinin aydınlatılması mutlak suretle sağlamak için böyle bir koşul getirmiştir. Ancak, özensizliğin sonucu olarak, deyim yerindeyse aynı maddenin içinde bundan vazgeçmiştir. Esasen, tüketicinin böyle bir beyanda bulunması satıcı için yararlıdır. Böylece, aydınlatma yükümünü yerine getirdiği hususunda kendisi için bir ispat kolaylığı sağlamış olur. Bu anlamda, teyidin yokluğu, sözleşmenin geçersizliği veya yokluğu sonucu doğurmadığı için, kanımızca tek işlevi de satıcıya ispat kolaylığı sağlamak olmaktadır¹¹⁵¹.

Teyit etmemenin yaptırımına gelince, bunu da, öncelikle, *aydınlatmanın yerine getirilmiş olup olmamasına göre* değerlendirmek durumundayız. Zira yukarıda açıklandığı gibi, tüketici bilgilendirilmemiş ancak sözleşme yapılmış

¹¹⁴⁹ Bu yönde İNAL, s. 182 ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 197.

¹¹⁵⁰ Bu yönde SERDAR, s. 151.

¹¹⁵¹ SERDAR, s. 151-152.

olabilir. Bu durumda, satıcı eksikliği en geç otuz gün içinde gidermelidir, yani sözleşme kurulmadan önce yapması gereken aydınlatmayı, sözleşme kurulduktan sonra yapmalıdır. Hangi otuz gün içinde bunu yapması gerektiği de kanımızca açık değildir. Bir de m.8/5 hükmü 6. maddedeki yükümlülükler yollama yapmaktadır ki, bu madde de 5. maddedeki yükümler, sözleşme yapılmadan önce, yerine getirilmemiş – sözleşme öncesi aydınlatma yükümü – olması halinde, malın tesliminden, yani *ifadan önce* tüketicinin eline ulaşmak zorunda olduğunu amirdir. İşte satıcı, 6. maddedeki bu yükümünü de yerine getirmezse, artık en geç otuz gün içinde bunu yapması beklenmektedir. Sonuç olarak, gecikmiş aydınlatmayı ifadan önce yapması beklendiği halde, yine de yapmamışsa otuz gün süre tanındığına göre, muhtemelen bu süre de ifayla başlamaktadır. Zaten cayma hakkı süresi, kural olarak, teslimden itibaren yedi gün içinde kullanılmalıdır. Aydınlatmanın yerine getirilmemiş olması halinde ise, teslimden itibaren değil, bilgilendirmeden itibaren cayma hakkı süresi işlemeye başlayacaktır¹¹⁵². Kısacası, tüketici teyit etmese dahi, bilgilendirilmişse cayma hakkını kullanabilmesi bu bilgilendirmeden itibaren mümkün olacaktır. Bu anlamda teyidin – kural olarak – bir fonksiyonu yoktur, teyid etsin veya etmesin bilgilendirmemenin yaptırım cayma süresinin uzamasıdır¹¹⁵³. Tüketici bilgilendirilmiş, ancak teyid etmemiş ve yedi günlük süre içinde de cayma hakkını kullanmamışsa, esasen, belirttiğimiz gibi hakkının düştüğünü kabul etmek gereklidir. İşte teyidin ispat fonksiyonu bu noktada devreye girmektedir. Teyit olmadığı için, satıcının cayma hakkı süresinin başlamış olduğunu, yani tüketiciyi bilgilendirdiği, ancak teyid edilmediğini ispat etmesi gerekecektir. Ancak bu durumda, m. 8/5 hükmünün uygulanmasını engelleyebilecektir¹¹⁵⁴.

Bir başka ihtimalde ise, sözleşme görüşmelerinin başlamış, satıcının da aydınlatma yükümünü eksiksiz biçimde yerine getirmiş, ancak tüketicinin sözleşmeyi yapmamış olmasıdır. Esasen, sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, onun sözleşme yapma kararının sağlıklı olmasına yöneliktir. Özellikle koşulların kendisine

¹¹⁵² Belirtelim ki, yönetmelik hükmü “ ... söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar...” şeklindedir. Lafzıyla yorumlanırsa, tüketicinin bilgilendirileceği, verilmesi gereken bilgilerde eksiklik söz konusu olmuşsa da, keza giderilmesi ve giderildiğinin tüketiciye bildirilmesi gerekecektir.

¹¹⁵³ Bilgilendirmemenin yaptırımının cayma süresinin uzaması olduğu yönünde bkz. SERDAR, s. 151 ; YILDIRIM, Mesafeli Satımlar, s. 199.

¹¹⁵⁴ SERDAR, s. 151.

anlatılmasından sonra sözleşme yapmaktan vazgeçmesi de mümkündür. Sözleşme yapılmadığı için teyidin de kural olarak bir önemi kalmayacaktır.

Aydınlatma yükümünün hiç yerine getirilmemiş veya eksik bilgi verilmiş olması hali, tipik bir culpa in contrahendo halidir. Bundan dolayı tüketicinin zarara uğramış olması halinde, satıcının sorumluluğu yoluna gidebileceği Alman hukukunda kabul edilmektedir¹¹⁵⁵. Bizim hukukumuz bakımından da, aynı durumun geçerli olmasına engel bir husus söz konusu değildir¹¹⁵⁶.

Son olarak, satıcının TKHK m. 9'da düzenlenmiş bulunan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, kendisinin TKHK m. 25/2 gereği idari para cezasına çarptırılması sonucunu doğurur. Aynı fiilin bir yıl içinde tekrarı para cezasının iki misli olarak uygulanmasını gerektirir (TKHK m. 25/son).

VIII. FİYAT ETİKETİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA

TKHK m. 25/2 gereği, TKHK m. 12'de fiyat etiketine ilişkin düzenlemede öngörülen hükümlere riayet etmeyenler idari para cezasına çarptırılırlar. Bir yıl içinde aynı fiilin tekrarı halinde para cezası iki misli olarak uygulanır (TKHM m. 25/son).

IX. TİCARİ REKLAM VE İLANLAR BAĞLAMINDA

Ticari reklam ve ilanlar bağlamında aydınlatma yükümünün ihlali, yukarıda ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde yapılan açıklamalardan farklı bir açıklamayı gerektirmemektedir. Yaptığımız açıklama bu hususta da geçerlidir.

Ayrıca, TKHK m. 25/8 "16 ncı maddeye aykırı hareket edenler hakkında Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı üç aya kadar

¹¹⁵⁵ BÜLOW, P./ ARTZ, M., Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, s. 2055 ; WENDEHORST, C., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 312c, München 2007, s. 1688, N. 139 ve dipnot 146'da yollama yapılan yazarlar.

¹¹⁵⁶ SERDAR, s. 152-153 ; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşmeler, s. 199 ; DEMİRCİOĞLU, s. 267.

tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme veya altıbin Türk Lirası idarî para cezası uygulanır. 16 ncı maddeye aykırılık, ülke düzeyinde yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleşmiş ise, idarî para cezası on katı olarak uygulanır” hükmünü amirdir. Bundan başka, m. 25/11 gereği, para cezaları, fiilin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli olarak uygulanır¹¹⁵⁷.

Ticari reklam ve ilanlar bağlamında, tartışılması gereken bir husus da hile hükümlerinin aldatıcı reklam söz konusu olduğunda uygulanabilirliğidir. Hile, yukarıda incelenmiş de olsa, bu konu çerçevesinde spesifik olarak değerlendirmek gereklidir. Bu bağlamda, birkaç ihtimal çerçevesinde değerlendirme yapmak gereklidir. Satıcının, reklamı bizatihi kendisinin yaptığı, yazdığı veya hazırladığı halde, tüketicinin hileye dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi için, reklamın aldatıcı olması, satıcıda hile kastı olması ve bu aldatıcı reklamın etkisiyle tüketicinin sözleşme yapmış olması gereklidir. Bu koşullar gerçekleşmekle, tüketici BK m. 28/1 hükümlerine dayanabilecektir¹¹⁵⁸.

İkinci bir ihtimal ise, satıcının aldatıcı reklamın *reklam vereni* olmasıdır. Bir başka deyişle, reklamı bizatihi kendisi yazmamış veya hazırlamamışsa, bu durumda reklamı hazırlatmış olmalıdır. İncelememiz gereken de, reklamcının hazırladığı reklamdan dolayı satıcının kendisinin – reklam veren – sorumluluğudur. TKHK çerçevesinde, satıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri bağlamında, reklam veren olup olmadığına, daha doğru olarak ayıbı bilip bilmediğine bakılmaksızın sorumludur. Ancak hile hükümleri, diğer tarafın hilesi bakımından hile kastını, üçüncü kişinin hilesi bakımından ise, sözleşme tarafının üçüncü kişinin hilesine vakıf olmasını veya vakıf olmasının gerekmesini aramaktadır. YILDIRIM, bu noktada, reklam verenin reklamı gerçekleştiren kuruluşların yaptığı reklamı onaylamış ve dolayısıyla reklamda yer verilen malların niteliklerine ilişkin bilgileri muhtemel tüketicilere karşı taahhüt etmiş sayılacağı görüşündedir¹¹⁵⁹. Yazara göre, reklam yapan firmaların

¹¹⁵⁷ Para cezasına ilişkin hükmün eleştirisi için bkz. İNAL/BAYSAL, s. 66 vd.

¹¹⁵⁸ Bu yönde GÖLE, s. 150 ; YILDIRIM, s. 36-38 ; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 379. Karş. KILIÇOĞLU, s. 119.

¹¹⁵⁹ Burada TKHK m. 3/m bendine yollama yapmaktadır. Ancak o bendde *reklamcı* tanımlanmıştır. Reklamcı: Ticari reklam ve ilânları reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir. Buna karşılık, *reklam veren*, m. 4/1 bendinde tanımlanmaktadır. Reklam veren: Ürettiği ya

hilesinin reklam verene yükletilebilmesi için, hilenin reklam veren tarafından bilinmesine veya bilinmesinin gerekmesine ihtiyaç yoktur¹¹⁶⁰. Kanaatimizce, reklamda yer alan malın niteliklerine ilişkin bilgilerden dolayı, satıcı reklam veren olmasa da – ayba karşı tekeffül sebebiyle – sorumludur. Ancak hile farklı bir kurumdur. Reklamın aldatıcı olması sonucu, malda belirtilen özelliklerin olmamasından mütevellit de olabilir. Bundan başka, reklam veren satıcının da, reklamcının hilesine vakıf olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak, salt reklam veren sıfatı satıcının reklamcının hilesine vakıf olması sonucunu doğurmaz. Bu durum ayıplı maldan sorumluluktan farklıdır. Pratikte, ortaya çıkacak sonuç, satıcının reklamcının hilesine vakıf olduğu veya en azından olması gerektiği şeklinde tezahür etse de, kanaatimizce, reklam vereni, reklamcının bütün fiillerinden sorumlu tutan bir kanun hükmü olmadıkça, onun yaptığı hileden de doğrudan doğruya sorumlu tutmak mümkün değildir.

Bu çerçevede söz konusu olabilecek bir durum da reklamı üreticinin yapmasıdır. Üreticinin reklam veren olduğu halde, bu defa üretici ve/veya reklamcı üçüncü kişi konumundadır. Satıcıyı, bu aldatıcı reklamdan dolayı hile hükümlerine göre sorumlu tutabilmek için, yine hileye vakıf olma veya vakıf olmanın beklenmesi koşulu aranacaktır. Reklam verenin satıcı olmaması sebebiyle, bu koşulun gerçekleşmesinin daha zor olması söz konusu olabilir.

X. ZARARLI VE TEHLİKELİ MAL VE HİZMETLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA

TKHK m. 18’de, zararlı ve tehlikeli mal ve hizmetlere ilişkin olarak getirilen yükümlere uymayanlar, TKHK m. 25/5 gereği para cezasına çarptırılırlar. Fiilin bir yıl içinde tekrarı halinde, para cezası iki misli olarak uygulanır (TKHK m. 25/son).

da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırlattığı, içinde firmasının ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir.

¹¹⁶⁰ YILDIRIM, s. 37.

SONUÇ

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri, sözleşmenin görüşülmesi sürecinde tarafların birbirlerini bilgilendirmelerini ve buna bağlı olarak da sözleşme yapma kararının doğru tasavvurlara dayanmasını, yani sağlıklı olmasını sağlar. Esas itibariyle, görüşme sürecinde görüşmecilerin/tarafların muhataplarını herhangi bir hususta aydınlatma yükümü yoktur. Sözleşme yapma veya sözleşmenin koşullarını belirleme konusunda, kendisi için önemli olan hususları, kişinin kendisinin araştırıp bilgi sahibi olması gereklidir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, bu kuralın istisnasını teşkil eder.

Yükümlülük/yüküm, hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve yerine getirilmesi gereken emirlerdir. Yükümlülük, bir borç ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkabileceği gibi, aralarında herhangi bir hukuki bağ olmayan kişiler arasında da, geniş anlamda herkese yönelik emir ve yasaklar içeren davranış kurallarından doğabilir. Borç ilişkisi, öğretide, alacaklı ve borçlu arasındaki, bir veya daha çok alacak hakkı ve asli yükümler (edim yükümleri) ile yenilik doğuran hak ve def'i hakları gibi ikinci derecede (tâli) hakları ve yan yükümleri içeren bir "organizma" "hukuki ilişki" veya "sürekli çerçeve ilişkisi" olarak tanımlanmaktadır. Borç ise, bu borç ilişkisinden (geniş anlamda) doğan bir tek alacak hakkını ve buna bağlı olarak da bir tek edim yükümüne karşılık gelir. Her borç bir yükümlülüktür, ancak her yükümlülük bir borç değildir. Bu bağlamda, bir borç ilişkisinden edim yükümleri (borçlar) dışında, yan yükümler de doğar.

Yükümlülük, borç ilişkisi ve borçtan başka, külfetten de farklıdır. Külfet, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu bir davranış olup yükümlü bunu yerine getirmediği takdirde ya iktisap edebileceği bir hakkı kazanamaz veya böyle bir hakkı kaybeder. Külfeti oluşturan davranışı yerine getirme, karşı tarafın değil, külfet yükümlüsünün yararına sonuçlar doğurur. Külfet ve yükümlülük kavramının farklılığının ortaya konulması konusunda başlıca iki ölçüt, ihlalin sonuçları ve menfaattir. Kanaatimiz menfaat ölçütünün, bu konuda daha

elverişli olduğudur ancak külfetin kimin menfaatine olduğu hususu da çok tartışmalıdır.

Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler, öncelikle ilk yükümler ve tali yükümler olarak ayrılır. İlk yükümler, sözleşmeden doğan her türlü yükümleri ifade eder. Bu bağlamda ilk yükümlerin kapsamına edim yükümlülükleri ve yan yükümler girer. Tali yükümler, ilk yükümlerin, yani gerek asli ve yan edim yükümlerinin, gerekse yan yükümlerin, borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde (kusurlu ifa imkânsızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüd) ortaya çıkan tazminat yükümünü ifade eder. Bundan başka, sürekli bir borç ilişkisinin bitmesinden sonra doğan, geri verme yükümü veya bir sözleşmeden dönüldükten sonra doğan tasfiye yükümleri de tali yükümlülüklerdir.

İlk yükümler kendi içinde edim yükümleri ve yan yükümler olarak ayrılır. Edim yükümleri de, asli ve yan edim yükümleri olmak üzere iki türdür. Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümleri asli edim yükümleridir. Bir başka deyişle, sözleşmenin tür ve tipinin özellik ve niteliklerini belirleyen asli edimden borçluya karşı doğan yüküm, asli edim yükümüdür. Satım sözleşmesinde satıcının satım konusu malın mülkiyetini alıcıya devretmesi, alıcının da satım bedelini satıcıya ödemesi asli edim yükümleridir. Asli edim yükümleri, doğrudan ifası talep ve dava edilebilen yükümlerdir. Bunlar iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılık ilişkisi (synallagma) içinde yer alırlar.

Yan edim yükümleri ise, asli edime göre ikincil ve asli edime tabi bir nitelik taşırlar; asli edim olmadan yan edim de söz konusu olmaz. Yan edimler de, asli edimden bağımsız bir amaca ve içeriğe sahip olduklarından ayrıca talep ve dava edilebilirler. Zira, bunlar ayrı bir edim yükümüdür ve bunların ifasında alacaklının bağımsız bir ifa menfaati vardır. Yan edim yükümlerinin sözleşmedeki ivaz ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı değişim (synallagma) ilişkisi içinde yer alıp almadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce, bu konu tarafların iradelerine ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Yan edim, asli edim ile

birlikte karşı tarafın edimini taahhüt etmesinin sebebini teşkil edecek kadar önemli ise karşılıklılık ilişkisi içinde olduğu kabul edilmelidir.

Kanun bir sözleşmeye ilişkin olarak bir yan edim yükümü getirmiş olabileceği gibi, taraflar da sözleşmede yan edim yükümüne yer vermiş olabilirler. Bundan başka, öğretide, dürüstlük kuralından da yan edim yükümünün doğacağı kabul edilmektedir. Kanaatimizce, dürüstlük kuralından yan yüküm doğar, yan yükümün somutlaştırılabilmesi halinde ise, yan yüküm yan edim yükümü haline gelir. Ancak dürüstlük kuralından doğrudan doğruya yan edim yükümü doğmayacağı düşüncesindeyiz.

Sözleşmeden ilk yükümler bağlamında doğan edim yükümlerinin dışında, bir de yan yükümler mevcuttur. Yan yükümler öğretide, bağımlı yan yükümler, diğer davranış yükümleri gibi çeşitli ifadelerle de adlandırılmaktadırlar. Yan yükümler, asli edim yükümlerine bağımlı bir nitelik taşırlar. Yan yükümler ihlal edilmeleri halinde, muhataba sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat talep etme hakkı verirler. Bir başka deyişle, yan yükümlerin kural olarak doğrudan ifası talep ve dava edilemez. Yan yükümler, muhatabın çıkarlarına saygı göstermeye ve edim yükümüne karşılık gelen borcun gereği gibi yerine getirilmesine yönelmiştir. Yan yükümler ya asli edimin gereği gibi yerine getirilmesine, yani alacaklının ifa menfaatine veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin (bütünlük veya korunma) ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunmasına hizmet ederler. Birinci grup yan yükümler “ifaya yardımcı yan yükümler” diğeri ise koruyucu yan yükümler/ koruma yükümleridir.

Yan yükümlerin, kaynağı Medeni Kanun m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralıdır. Buna göre, herkes borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına göre davranmak zorundadır. Buradaki “borç” ifadesi sadece edim yükümlerini değil, sözleşmeden doğan her yükümü kapsamaktadır. Dürüstlük kuralı ise, “ orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren – bu nedenle de – herkesçe benimsenen kuralların

bütünüdür. Öğretide, gerek ifaya yardımcı yan yükümlerin, gerekse koruyucu yan yükümlerin (koruma yükümleri) dürüstlük kuralından doğduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, ifaya yardımcı bir yan yükümün doğması, ifası gereken asli edim yükümünü gerektirdiğinden, dürüstlük kuralı bu yüküme doğrudan değil, dolaylı olarak kaynaklık etmektedir.

Koruma yükümleri, dürüstlük kuralına dayanan özen gösterme, koruma, açıklama, aydınlatma olarak ortaya çıkan çeşitli yükümlerin tamamına verilen addır. Bütünlük menfaatinin korunmasına yönelik olan (saf) koruma yükümleri, bu kavrama dâhil olduğu gibi, mal varlığının korunmasına hizmet eden görüşülen sözleşmeye ilişkin açıklama yapma, aydınlatma yükümü de dâhildir. Koruma yükümleri, ifaya yardımcı yan yükümlerden farklı olarak, henüz sözleşmesel bir borç ilişkisinin kurulmadığı sözleşme öncesi aşamada da, sözleşmenin ifa sürecinde de, edimlerin ifa edilip borcun sona ermesinden sonraki süreçte de mevcuttur.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte ortaya çıkan, öncelikle muhatabın mal varlığının korunmasına hizmet eden bir koruma yükümüdür. Bu süreçte, henüz edim yükümü içeren bir borç ilişkisi söz konusu değildir.

Sözleşme hukukunda, asıl olarak, menfi menfaatlerin ve müspet menfaatlerin ihlalinden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Edimin hiç veya kötü ifa edilmesinden/ gereği gibi ifa edilmemesinden ya da vaktinde ifa edilmemesinden ortaya çıkan zarar, müspet menfaatlerin ihlâlinden doğan zararı ifade eder ve bu ifa menfaatine ilişkindir. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatidir. Menfi menfaat veya menfi zarar ise, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarar menfi zararı ifade eder. Menfi zarar, genellikle sözleşmenin akamete uğramasında söz konusu olsaydı da, sözleşmenin geçerliğini koruduğu halde de menfi zararın tazmini söz konusu olabilmektedir. BK m.31/2 çerçevesinde, hile halinde sözleşmenin iptal

edilmemiş/icazet verilmiş olmasına rağmen, uğranılan zararın tazmin edilebilmesi mümkündür. Bu zarar da menfi zarardır.

Bütünlük menfaati kavramı ise, koruma yükümlerinin, özellikle edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ortaya çıkmasına paralel bir gelişme göstermiştir. Şöyle ki, Alman hukukunda culpa in contrahendonun, yani sözleşmesi öncesi sorumluluğun, tanındığı ilk kararlar, sözleşme görüşmeleri sürecinde ortaya çıkan haksız fiil ihlalleri çerçevesinde olmuştur. Görüşme sürecinde gerçekleştiği için, bunlara sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir. Esasen bunun sebebi, haksız fiile ilişkin düzenlemelerin zayıf ya da yetersiz görülmesi, bu nedenle de mümkün olduğunca sözleşme sorumluluğu hükümlerine gidilmek istenmesidir.

Alman Medeni Kanununun haksız fiillere ilişkin düzenlemesi § 823’de yer almaktadır. Bu maddenin ilk paragrafında yer alan hukuki değerlerin ihlali halinde, neticeden hareketle, haksız fiilin hukuka aykırılık koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu değerler, yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet ve diğer bir haktır. Diğer bir hak kavramına, aynı haklar, muntazar haklar, zilyetlik, işgal ve ihraz hakkı, yaratıcı eylemlerle ortaya konulan ekonomik değerler üzerindeki haklar (fikri mülkiyet, faydalı model ve patent üzerindeki haklar gibi) ve genel kişilik hakkı dahildir. Buna karşılık, mal varlığı, özel bir koruma normunu ihlal etmedikçe, yani bu normun koruma amacına girmediği ilke olarak korunmamaktadır. İsviçre/ Türk hukukunun haksız fiile ilişkin düzenlemesi böyle bir sınırlama içermemekle birlikte, hukuka aykırılık kavramı Alman hukukun düzenlemesine uygun biçimde yorumlanmaktadır (Objektif teori). İşte bütünlük menfaati, yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet ve diğer bir hakkın, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin ifası sürecinde zarar görmemesine ilişkin olan menfaattir. Koruma yükümlerinin bütünlük menfaatini ve mal varlığı menfaatini korumaya dönük iki türü mevcuttur. Ancak mal varlığı bütünlük menfaatinin kapsamında yer almamaktadır.

Sözleşme öncesi süreçteki bütünlük menfaati ihlallerine haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. İfa sürecinde gerçekleşen

bütünlük menfaati ihlalleri ise, sözleşmesel sorumluluğa yol açar. İsviçre/Türk hukukunda gereği gibi ifa etmeme kavramına, ifa sürecinde ve ifa vesilesiyle gerçekleşen bütünlük menfaati ihlalleri de dahildir.

Culpa in contrahendo, ilk olarak 1861 yılında JHERING'in yazdığı bir eserde ortaya konulmuştur. Yazar, kendi kusuruyla yanılan tarafın muhatabının sözleşmenin geçerliğine inanarak yaptığı masraflardan dolayı sorumlu olmamasının haksızlık teşkil ettiğini belirtmiş ve bu gibi durumlarda zarara uğrayan kişinin korunması için "culpa in contrahendo" diye adlandırdığı bir sorumluluk sebebinin kabul etmek gereğine işaret etmiştir. Culpa in contrahendo, en azından çıkış noktası olarak, muhatabın uğradığı mal varlığı zararlarının giderilmesini sağlamaya yönelik bir sorumluluk türüdür. Bununla birlikte, uygulamanın culpa in contrahendo sorumluluğu kabul ettiği ilk olay bir bütünlük menfaat ihlalidir. 1911 yılında verilen yer müşambası kararında mahkeme (Alman İmparatorluk Mahkemesi), sözleşme görüşmeleri sırasında vücut bütünlüğüne verilen zararlardan ötürü, sözleşme sorumluluğunun söz konusu olacağına hükmetmiştir. Bu noktada, tarafların satıma yönelik sözleşme benzeri nitelik taşıyan bir hukuki ilişki içinde olduklarına, bu çerçevede birbirlerinin sağlığı ve mülkiyet hakları için gerekli özeni göstermeleri gerektiğine karar vermiştir. Uygulamanın bu tutumu müteakip kararlarında da devam etmiş, hatta artık taraflar arasında müşamba kararında olduğu gibi sözleşme görüşmelerinin başlamasına dahi gerek görmemiştir. 1966 yılında verilen kararda, Federal Mahkeme, alışveriş yapan annesinin yanında iken sebze yaprağına basıp düşen kız çocuğu için de culpa in contrahendodan doğan bir talep hakkı tanımış, koruma alanını üçüncü kişilere de teşmil etmiştir. Bu kararda Federal Mahkeme, LARENZ'in 1954 tarihli makalesinde savunduğu işlemsel temas görüşüne yollama yapmıştır. LARENZ, işlemsel temasın başlaması için, sözleşme görüşmelerinin başlamasını aramamakta, mekâna girmeyi yeterli görmekte, bundan başka mekâna giren kişinin alışveriş niyeti taşıyıp taşıyımamasını da önemli görmemektedir. Anılan ilişki için, genellikle "edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi" terimi kullanılmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğun mal varlığını korumaya dönük yönü, İmparatorluk Mahkemesi tarafından 1912 yılında Luisinlicht kararıyla tanınmıştır. Tarafların sözleşme görüşmeleri sürecinde müstakbel sözleşmeye ilişkin olarak birbirlerine bilgi vermeleri gereği bu kararda kabul edilmiştir. Koruma yükümlerinin, mal varlığını korumaya hizmet eden yönü bu hususta söz konusudur.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde öğretinin ulaştığı bir başka kavram özel bağlantıdır. Özel bağlantı, otuzlu yıllardan beri Alman hukukunda kullanılan bir kavram olmakla birlikte, bunu da ilk kez esaslı biçimde savunan LARENZ olmuştur. Özel bağlantı kavramı, haksız fiil hukukunda zararın doğmasından önce zarar verenle zarar gören arasında herhangi bir ilişkinin olmamasına karşılık, edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinde, zarar görenle zarar verenin birbirleri karşısındaki durumunun, haksız fiilden farklı olduğu, gözlemine dayanmaktadır. Özel bağlantıda, haksız fiildeki zarar veren ve zarar gören arasında olmayan (veya özel bağlantıda olduğu kadar yoğun olmayan) ilişkiden farklı, daha yoğun bir ilişki söz konusudur. Tipik bir haksız fiil durumu olan, trafik kazasında zarar görenle zarar veren arasında, zararın doğmasından önce hiçbir ilişki yoktur. Buna karşılık, yer muşambası kararında olduğu gibi, özel bağlantıda, zarar verenle zarar gören arasında, en azından trafik kazasında olduğundan daha yoğun bir ilişki mevcuttur. Esasen bu tarafların birbirlerin bütünlük ve mal varlığı menfaatlerine daha fazla etki etme imkanlarının doğduğu bir noktayı ifade eder. Sözleşme görüşmelerine başlanması da, bir özel bağlantıdır. Ancak, özel bağlantının sözleşme görüşmelerinin başlamasından da önce gerçekleşebileceği, mahkeme kararlarından da anlaşıldığı gibi, kabul edilmektedir. Alman Medeni Kanununda yapılan değişiklikler de (§ 311, § 241/2) bu yöndedir.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramından bütünsel borç ilişkisi kavramına gelinmiştir. İki kavram arasındaki farklılık, özel bağlantının gerçekleşmesinden sonraki süreçte sözleşmenin kurulması halinde edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin devam edip etmediği noktasındadır. Öğretide bir görüş, sözleşme yapıldıktan sonra artık sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağını, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin sözleşme ilişkisine dahil

olacağını, diğer görüş ise iki ilişkinin birbirinin yanında varlığını devam ettireceğini kabul etmektedir. İkinci görüş, bütünsel borç ilişkisi görüşüdür. Kanaatimizce, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, sözleşme öncesi aşamayı dürüstlük kuralı çerçevesinde düzenlemektedir. Dürüstlük kuralı, kişilerin bütün hukuki ilişkilerini, hukuki sonuç doğurmaya elverişli davranışlarını, tabi bu bağlamda sözleşme görüşmelerini de, doğruluk ve güven kurallarına göre şekillendirmelerini emreder. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, dürüstlük kuralının gereği olan yükümleri, bir çerçeveye yerleştirmiş ve bunu edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi olarak adlandırmıştır. Böyle bir adlandırma olmasaydı da, bu süreçte dürüstlük kuralının gerekleri geçerli olacaktı. Buna karşılık, yasa koyucu sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı, sözleşme öncesi aşamanın aksine, ayrıntılı olarak düzenlemiş, hatta belli sözleşme tiplerine münhasır hükümler de getirmiştir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, sadece sözleşme öncesi aşamayı tanımlamak ve somutlaştırmakla zaten deyim yerindeyse görevini ifa etmektedir. Müteakip aşama, yasa koyucunun düzenlendiği bir aşamadır, bu aşama için dürüstlük kuralına dayanarak ayrıca bir ilişki tanımlamaya gerek yoktur. Sözleşme kurulduktan sonra, sadece sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır.

Bütünsel borç ilişkisinden sonra gelinen nokta güven sorumluluğudur. Esasen edim yükümündün bağımsız borç ilişkisi de temelini dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisidir. Güven sorumluluğu, culpa in contrahendo öğretisiyle başlayan sürecin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Ancak güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğu da içine alan çok daha geniş kapsamlı bir sorumluluk türü olarak kabul görmektedir. Bir başka deyişle, bugün için culpa in contrahendo sorumluluğu güven sorumluluğunun bir türü olmuştur.

Esas itibariyle, Alman hukukunda da, İsviçre/Türk hukukunda da güven sorumluluğu adı altında bir sorumluluk söz konusu değildir. Ancak bu güvenin sorumluluk kurucu özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Güven sorumluluğu, bir başkasının haklı olarak güvendiği bir durumu yaratan kişinin, bundan sorumlu olmasını, bu davranışının arkasında durması gereğini ifade eder. Güven sorumluluğunun sözleşme öncesi aydınlatma yükümü ile bağlantılı olan yönü,

açıklamadan doğan sorumluluktur. Kişinin, yanlış bilgi vermesinden veya vermesi gereken bilgiyi vermemesinden doğan sonuçlardan sorumlu olması anlamına gelmektedir.

Güven sorumluluğu, hukuki sonuçları bakımından, hukuki görünüşe güven ve fiili görünüşe güven olmak üzere ikiye ayrılır. Güven, ya güvenen kişinin güvendiği olgunun, hukuken kendisinin güvendiği hale getirilmesiyle korunur ki bu güvenin pozitif korunması olarak ifade edilmektedir veya güvendiği duruma güvenmeseydi içinde bulunacağı duruma uygun hale getirilmesiyle, yani boşa çıkan güveni sebebiyle uğradığı zararın tazmini yoluyla (negatif güvenin korunması) korunur. Culpa in contrahendo sorumlulukta, güvenin negatif korunması söz konusudur. Çünkü culpa in contrahendo bir tazminat sorumluluğudur.

Culpa in contrahendo, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve bütünsel borç ilişkisi kavramları İsviçre ve Türk hukukunda da kabul görmektedir. Bundan başka, İsviçre hukukunda, Federal Mahkemenin güven sorumluluğunu kabul ettiği kararları mevcuttur. Türk hukukunda ise, Yargıtay'ın culpa in contrahendo sorumluluğu tanıdığı kararlar varsa da, henüz güven sorumluluğuna ilişkin bir kararı söz konusu olmamıştır. Anılan kararlarda güven ilişkisi kabul edilse de, bu güven sorumluluğunu tanıma anlamında değildir. Öğretide, güven sorumluluğuna ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Güven sorumluluğu özellikle, objektif teorisinin kabulü bağlamında haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilemeyen dar anlamda mal varlığı zararlarının tazmini çerçevesinde kabul edilmektedir. Ancak bu noktada, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, bu pek çok yönden tartışmalı olan süreçte ortaya çıkmaktadır. Böyle bir yükümlülüğün varlığı da, kural olarak tarafların sözleşme görüşmelerine girmiş olmalarını gerektirdiği için, inceleme konumuz culpa in contrahendo ile örtüşmektedir.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü getiren genel bir düzenleme ne İsviçre/Türk hukukunda ne de Alman hukukunda mevcuttur. Ancak, sözleşme öncesi

aydınlatma yükümü getiren münferit hükümler söz konusudur. TKHK da, bu anlamda sözleşme öncesi aydınlatma yükümü içeren hükümler içermektedir. Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, ya TKHK'da olduğu gibi, açık kanun hükümlerinden ya da dürüstlük kuralından doğar.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, bir tarafın/görüşmecinin kendisinden talep edilmeksizin ve talep edilmesi de gerekmeksizin, muhatabın kararı için önemli olduğu fark edilebilir olan; ancak muhatap tarafından vâkıf olunmayan hususlara ilişkin bilgi verme yükümüdür. İsviçre hukukunda, aydınlatma (Aufklärungspflicht) ve bilgi verme yükümü (Informationspflicht) terimleri aralarında bir anlam farkı söz konusu olmasızın biri diğerinin yerine kullanılmaktadır. Çalışmamızda da bu şekilde kullanılmıştır. Alman hukukunda ise, bu iki terim dışında başkaca terimler de kullanılmakta ve bunlar arasında nüans niteliğinde de olsa farklılıklar kabul edilmektedir.

Bilgi (Information), insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat olarak tanımlanmaktadır. Gerek asli, gerekse yan edim veya yan yüküm olarak, konusunu bilginin oluşturduğu bütün yükümlerde söz konusu olan, kabaca, muhataba bir bilginin aktarımından ibarettir. Bu noktada ayırt edici olan bilginin talep edilmesinin gerekip gerekmediği, keza talep ve dava edilebilirliği ve aktarılan veya aktarılması gereken bilginin hangi amaca hizmet ettiği, bir başka deyişle, muhatabın hangi çıkarının gerçekleştirilmesine ve korunmasına yönelik olduğudur.

Bilgi aktarımı bir sözleşmede asli edim yükümü olarak ortaya çıkabilir. Müvekkilin vekilinden bir davanın sonucuna ilişkin olarak bilgi almasında, vekilin edimini yerine getirmesi, anılan hususa ilişkin bilgi vermesini gerektirir. Bu noktada bilgi verilmesi, asli edim yükümünü oluşturur.

Bundan başka, bilgi aktarımı, “Auskunftspflicht” diye ifade edilen ve kavram karışıklığına engel olmak için “bilgilendirme yükümü” olarak çevirdiğimiz yükümlülük çerçevesinde de ortaya çıkabilir. Bilgilendirme yükümü, aydınlatma

yükümünün aksine, muhatabın talebi üzerine yerine getirilmesi gereken bir yükümdür. Bu çerçevede, vekilin hesap verme borcu (İBK m. 400/1, BK m. 392/1) bilgilendirme yükümü mahiyetindedir. Bilgilendirme yükümleri, ifaya yardımcı yan yüküm olarak nitelendirilmekte ve kural olarak dava edilebilir olduğu kabul edilmektedir.

Öğretinin ve uygulamanın sözleşme öncesi aydınlatma yükümü kavramı altında kabul ettiği yükümlülük, yükümlünün muhatabının sözleşme yapıp yapmama veya sözleşmenin hangi koşullarda yapılacağına ilişkin kararına yöneliktir. Bir başka deyişle, bu kararı etkileyebilecek vakıalara ilişkin olarak sözleşme öncesi aydınlatma yükümü söz konusu olur. Bunlar sözleşmenin kurulmasına ilişkin aydınlatma yükümleridir ve esas itibarıyla sözleşme öncesi aydınlatma yükümünden anlaşılan da budur. Bu yükümler kural olarak ve öncelikle mal varlığı menfaatini korumaya yöneliktir. Bir başka deyişle, sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri, mal varlığı menfaatini korumaya yönelik bir koruma yükümü niteliğindedir. Bütünlük menfaatini korumaya yönelik aydınlatma yükümleri de mevcuttur, ancak bunların ihlali esasen haksız fiil sonucunu doğurmaktadır. Bunlar da, nitelik itibarıyla tehlikeye karşı uyarma yükümüne karşılık gelmektedirler. Biz, sözleşme görüşmeleri sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerine haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüyoruz. Ancak, culpa in contrahendodan hareketle sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulansa dahi, bunlar aydınlatma yükümü incelemelerinin dışında bırakılmaktadırlar. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin aydınlatma yükümlerinin de, bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet etmesi söz konusu olabilirse de, birincil amacı mal varlığı menfaatlerini korumaktır. Fren tertibatı bozuk bir arabanın satılıp teslim edilmesi ve daha sonra alıcının kazaya uğramasında, hem mal varlığı menfaatlerinin hem de bütünlük menfaatlerinin ihlali söz konusu olur.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri, özel olarak incelenmek istenen konuya, incelemenin yer aldığı çalışmaya, nihayetinde yazarın tercihi göre çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. İnceleme konumuz için uygun gördüğümüz sınıflandırma çerçevesinde, sözleşme öncesi aydınlatma yükümleri, dört gruba ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, önceden düzenlenen sözleşme şartlarının içeriği ve

kapsamı hakkındaki aydınlatma yükümleridir. Bu çerçevede söz konusu olan genel işlem şartlarına ilişkin sözleşme öncesi aydınlatma yükümleridir. İkinci grup, görüşmecilerin sözleşme iradelerinin oluşumu için uygun şartlar hakkındaki aydınlatma yükümleridir. Bunlar, görüşmecilerin sözleşme tarafı haline gelmesini sağlayan, sözleşme yapıp yapmama, keza sözleşmenin hangi koşullarda yapılacağını belirleme noktasında, görüşmecilerin birbirlerine aktarması gereken bu bilgileri ifade eder. Özellikle sözleşmenin konusu, tüketici satımı çerçevesinde satım konusu malın nitelikleri, bu türden aydınlatma yükümlerindedir. Üçüncü grup, sözleşmenin geçerlik şartları ve engellerine ilişkin aydınlatma yükümleridir. Özellikle şekil koşuluna bağlanmış sözleşmeler için önemlidir. Dördüncü grup ise, sözleşmeyi sona erdirme hakkı konusundaki aydınlatma yükümleridir. Tüketici satımları çerçevesinde, özellikle cayma hakkına ilişkin bilgi verme yükümleri böyledir. Bu sınıflandırma, hem dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümleri için, hem de açık kanun hükmünden doğan aydınlatma yükümleri için uygundur.

Dürüstlük kuralının, bir görüşmeciye ne zaman aydınlatma yükümü yüklediği, öğretinin ve uygulamanın bugüne kadar ortaya koyduğu ilkelere göre belirlenmektedir. Buna göre, bir sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün söz konusu olması için, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesi gereklidir. İlk olarak, bir görüşmecinin muhatabını aydınlatmakla yükümlü olması için, verilmesi gereken bilgiye kendisinin vakıf olması, yani bilmesi gereklidir. Bilmese bile, bilmesinin gerekmesi yeterlidir. İlk koşul, aydınlatma yükümlüsü tarafın bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir.

Görüşmeci, muhatabının bilmediği ve bilmek zorunda da olmadığı hususlara ilişkin bilgi vermek zorundadır. Bundan başka, ancak muhatabının bilgi eksikliğini fark etmek zorunda olduğu halde bilgi vermekle yükümlüdür. Buna göre ikinci koşul, aydınlatılması gereken tarafın fark edilebilir aydınlatılma ihtiyacıdır.

Aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlüsü tarafın, muhatabının kararı için önemli olduğunu bildiği veya bilmek zorunda olduğu vakıalara ilişkindir. Üçüncü koşul, bilginin fark edilebilir önemidir.

Son olarak, bilgi verme yükümünün daha üstün bir menfaatin karşısında olması hali söz konusu olabilir. Bu bağlamda, örneğin kişilik hakkı, bir gebenin müstakbel işverenleri karşısında aydınlatma yükümünü sınırlandırır. Dördüncü koşul, gizli tutmaya ilişkin üstün bir menfaatin yokluğudur.

Aydınlatma yükümünün varlığını kabul etmek için, belirtilen koşulların hepsinin somut olayda gerçekleşmesi gereklidir. Ancak, bu değerlendirmeyi yapacak kişinin (hâkimin) bütüne dair değerlendirmesini engellemez. Bu bağlamda, koşullardan birinin belirgin şekilde ortaya çıkması, diğerlerinin ise görece zayıf olması halinde, bunlar birbirini dengeleyebilir. Ancak bu koşullardan birinden bütünüyle vazgeçilemez. Bundan başka, bütün bu koşullar değerlendirilirken, görüşülen sözleşmenin niteliği, muhatabın bilgi durumu, bilgiye erişebilme imkanı, ekonomik güçsüzlüğü, buna karşılık yükümlünün ekonomik yaşamdaki rolü, gücü, bilgi durumu dikkate alınır.

Tüketici de, esas itibariyle, serbest piyasadaki muhatapları karşısındaki ekonomik ve entelektüel güçsüzlüğü sebebiyle korunmaktadır. Tüketiciyi korumayı amaçlayan kurallar iki gruba ayrılabilir. Bunlardan bir bölümü, sözleşme öncesi aydınlatma yükümü getirenlerin de dahil olduğu, önleyici niteliktedir. Tüketici henüz sözleşme yapmadan, sözleşme yapmaya ve/veya sözleşmenin koşullarını belirlemeye ilişkin kararının sağlıklı olmasını sağlarlar. İkinci tür kurallar ise, sözleşmenin kurulmasından sonraki safhaya ilişkindir. Bunlar, tüketicinin kurduğu hukuki ilişki sebebiyle aldatılması, zarara uğraması halinde, tüketicinin muhataplarına karşı başvurabileceği, yaptırım uygulamaya yönelik ve/veya tüketiciye çeşitli imkânlar veren kurallardır.

Tüketici satımı, bir tüketici işlemidir. Tüketici işlemi, mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi ifade eder. TKHK anlamında tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişidir. Türk hukukunda, kural olarak tüzel kişiler de tüketici olabilmektedir. Tüketici, mal veya hizmeti, ticari ve mesleki olmayan amacın dışında, karma amaçla da edinmemiş

olmalıdır. Satıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri, sağlayıcı ise hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. TKHK anlamında mal, alış-veriş konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallardır. Tüketici satımı da, bu kanun anlamında satıcı ile tüketici arasında, konusunu TKHK anlamında malın oluşturduğu satım sözleşmesidir.

TKHK, Borçlar Kanununa göre özel nitelikte bir kanundur ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Genel hükümler, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve ticari satımlar yönünden de Ticaret Kanunu hükümleridir. Öte yandan, TKHK kapsamındaki bir tüketici sözleşmesine, bu Kanun'da uygulanacak hiçbir hüküm bulunmasa bile, usul hukuku kuralları bakımından TKHK hükümleri uygulanacaktır. Bir başka deyişle, satıcı edimi ifade temerrüde düşerse, davanın tüketici mahkemesinde açılması gerekecek, ancak mahkeme BK'nun temerrüde ilişkin hükümlerini uygulayacaktır.

TKHK bazı hükümlerinde açık aydınlatma yükümleri getirmiştir. Açık aydınlatma yükümü getiren hükümleri ile dürüstlük kuralından hareketle aydınlatma yükümünün varlığına hükmedilen durumlar arasında şöyle bir fark söz konusudur. Öncelikle, dürüstlük kuralının muhatabı bilgilendirmeyi gerektiği hallerde, bu yükümlülük ihlal edildiği için, söz konusu yükümün olduğu anlaşılmaktadır. Zira bir duruma ilişkin aydınlatma yükümünün olduğu, ancak ihlal edildiği zaman geriye doğru (retrospektif) yapılacak incelemeye göre tespit edilir. İncelemede de, çalışmamızda açıklanan aydınlatma yükümünün koşullarının varlığı aranır. Açık kanun hükümlerinden doğan aydınlatma yükümlerinde ise, yüküm ihlali halinde, dürüstlük kuralının muhatabı aydınlatmayı gerekip gerekmediği, muhatabın aydınlatılma ihtiyacı içinde olup olmadığının önemi yoktur. Yasa hükümleri, tüketicinin aydınlatılması için, onun aydınlatılma ihtiyacı içinde olmasını aramamaktadır. Ayrıca, yasa hükümlerinden doğan aydınlatma yükümünün yerine getirilmiş olması, aynı sözleşmeye ilişkin diğer aydınlatma yükümlerinin, yani dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlerinin, de yerine getirildiği anlamına

gelmediği gibi, bunları ortadan da kaldırmaz. Bundan başka, TKHK’da, sonuçtan hareketle yasanın aydınlatma yükümü getirdiğini neticesine ulaştığımız hükümleri de vardır. Esasen bu durum, genel hükümler bağlamında da geçerlidir. Bu bağlamda, hileye ve ayıbın ve zapt tehlikesinin hileyle gizlenmesine yaptırım getiren hükümlerin, aydınlatma yükümü ile ilişkili olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle, hilenin pasif hile davranışı yani susma ile gerçekleştirildiği halde, kişiye dürüstlük kuralının bilgi vermeyi emretmesi gereklidir. Görüşmeci, ancak bilgi vermek zorunda olduğu halde susarsa hile gerçekleşir. Yoksa tek başına susma hile için yeterli değildir. Ayıbın ve zapt tehlikesinin hileyle gizlenmesi halinde de, sorumluluğu sınırlayan kayıtlar geçersizdir. Ayrıca, satım sırasında alıcı, zapt tehlikesinden haberdar ise, satıcı ayrıca tekeffül etmedikçe zapttan sorumlu olmaz. Keza, satıcı satım sırasında alıcının bildiği ayıplardan dolayı sorumlu olmadığı gibi, gerekli özeni gösterseydi bilebileceği ayıplardan dolayı da, ancak tekeffül etmişse sorumludur. Esas itibarıyla, son iki halde, yani alıcının bildiği veya bilmesinin gerektiği hususlarda, sorumluluğun kural olarak ortadan kalkmasının sebebi, alıcının aydınlatılma ihtiyacı içinde olmaması, zaten duruma vakıf olmasıdır. Ayıbın ya da zapt tehlikesinin hile ile gizlenmesinde ise, alıcının aydınlatılma ihtiyacı açıktır.

TKHK’nun konumuz bağlamında, aydınlatma yükümü getiren maddelerinden ilki TKHK m. 4/6 hükmüdür. Bu hüküm, satışa sunulacak ayıplı malın üzerine veya ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından “özürlüdür” etiketinin konmasını, sadece ayıplı mal satılan veya bir reyon veya katı ayıplı mallara ayıran yerlerde ancak bu zorunluluğun olmayacağını ifade etmektedir. Bu halde, tüketici de ayıplı mal aldığına vakıf olacaktır.

TKHK m. 5/1, numune veya satılık olduğu belirtilmeyen bir malın, ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcının bu malların satışından kaçınamayacağını belirtmiştir. Malın satılık olmaması halinde, tüketicinin bu duruma vakıf olmasının uygun bir şekilde sağlanması, yani tüketicinin bu hususta bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

TKHK m. 6, haksız şartlara ilişkindir. Haksız şart, genel işlem şartı gibi, muhatapla müzakere edilmeksizin, tek yanlı olarak sözleşmeye konulan maddelerdir. Genel işlem şartından farklı olarak, çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olması gerekmez. Önceden hazırlanmış sözleşme koşulunun haksız şart olabilmesi için, öncelikle, geçerli olarak sözleşmeye ilişkilendirilmiş olması gereklidir. Böyle bir koşul, *tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden oluyorsa* haksız şarttır. Geçerli olarak sözleşmeye ilişkilendirilmiş bir koşul için aydınlatma yükümü söz konusu olmaz. Aydınlatma yükümü ancak, önceden hazırlanan sözleşme koşulunun, geçerli biçimde sözleşmeye ilişkilendirilmesi hususunda söz konusu olabilir. Bununla birlikte, hukukumuzda, bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak, BK m. 1 çerçevesinde önceden hazırlanmış sözleşme koşullarının, sözleşme içeriğine dâhil olabilmesi için, muhatapın bunların varlığından haberdar olması ve içeriği bilmese bile bunları kabul etmiş olması gerekir. Öte yandan, içeriğini bilmese veya öğrenmeyi kendisi ihmal etse bile, kendisine bunları öğrenme imkânının tanınmış olması gereklidir. İşte bu noktada, satıcının söz konusu koşulun varlığına ilişkin olarak muhatapını bilgilendirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, sözleşmenin kurulamaması sonucu doğacaktır.

TKHK m. 6/A, taksitle satıma ilişkin olarak yazılı şekil koşulu getirmiştir. Bu koşul kapsamında sözleşmede bulunması gerekli olan hususlara ilişkin olarak satıcının aydınlatma yükümü olduğu kanaatindeyiz. Bu madde, “*sözleşme yapılmadan önce, yasada anılan hususların tüketiciye şifahen veya yazılı olarak bildirilmesi sağlanır veya bildirilir*” gibi bir hüküm içerseydi, aydınlatma yükümü için daha iyi bir düzenleme olurdu. r. Bununla birlikte, yazılı şekil şartı, tüketicinin, en azından, sözleşmeyi imzalamadan önce öngörülen hususlara vakıf olmasını sağlamaya elverişlidir. Şekil koşulunun, niteliği tartışmalıdır. Esasen, kanaatimiz bunun geçerlik koşulu olduğudur. Bununla birlikte, TKHK m. 6/6, yazılılık koşulu getiren bazı maddeler için, söz konusu koşul kapsamında yer alan hususlardaki bir veya birkaç eksikliğin sözleşmenin geçerliğini etkilemeyeceğini, bu durumda, satıcı veya sağlayıcının bu eksikliği gidereceğini hükme bağlamıştır. Bu halde, taksitle satım sözleşmesinde bulunması gereken noktalardaki eksiklik geçerliği etkileyemeyecektir,

ancak hiç yazılı sözleşme yapılmamışsa, kanaatimizce geçersiz olacaktır. Ancak şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi halinde, kanun hakkın kötüye kullanımını korumayacaktır.

TKHK m. 7, kampanyalı satışlara ilişkin yazılı şekil koşulu getirmiştir. Bu koşul kapsamındaki noktalarda, satıcının aydınlatma yükümü olduğu kanaatindeyiz. Taksitli satışlara ilişkin yapılan açıklamalar, kampanyalı satışlar için de geçerlidir. TKHK m. 6/6 hükmü, keza kampanyalı satışlar için de geçerlidir. Bundan başka, yasa, ismen belirtmeden, tüketiciye bir cayma hakkı getirmiş (TKHK m. 7/4) ancak şekil kapsamında yer alması gereken bilgiler içinde buna yer vermemiştir. Bununla birlikte, kanaatimiz, bu konuda dürüstlük kuralının kural olarak tüketiciyi bilgilendirmeyi gerektireceği yönündedir.

TKHK m. 8, kapıdan satışlarda, tüketiciye, kampanyalı satışlardan farklı olarak, açık bir biçimde cayma hakkı tanımıştır. 9. madde ise, sözleşmede bulunması diğer koşulların dışında cayma hakkına ilişkin açık – ayrıntılı bir aydınlatma yükümü getirmiştir. Sözleşmenin yazılı olması koşulu, kapıdan satışlar için de geçerlidir. Bununla birlikte, TKHK m. 6/6 hükmü de, kapıdan satışlar için de geçerlidir. İsviçre hukukunda kapıdan satışlara ilişkin düzenlemelerde, sağlayıcının tüketiciyi cayma hakkı konusunda yazılı olarak bilgilendirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Tüketici satıcıya icap veya kabul beyanında bulunduğu anda, cayma hakkı konusunda kendisine verilmesi gereken bilgilere vakıf olmalıdır. Bir başka deyişle, satıcı yazılı olarak bilgi vermekle sorumluluktan kurtulmamaktadır, tüketicinin anılan hususları anlamasını, hakkına ve nasıl kullanılacağına vakıf olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu hüküm, tüketicinin aydınlatılabilmesi için yerinde bir düzenlemedir. Yasa koyucunun aydınlatma yükümü getirmek istediği hallerde, böyle bir düzenlemenin yapılması amaca ulaşmaya elverişli olacaktır.

TKHK m. 9/A, mesafeli sözleşmelere ilişkin aydınlatma yükümü içeren bir düzenleme yapmıştır. Mesafeli sözleşme, esas itibariyle, satım, kira gibi ayrı bir sözleşme tipini değil, sözleşmenin yapılma biçimini açıklamaktadır. Mesafeli sözleşmenin yapılmasından önce, yönetmelikte belirtilmiş olan bilgilerin tüketiciye

verilmesi zorunludur. Yönetmelik, bu bilgilendirmenin *bilgilendirme formunun verilmesi suretiyle*, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim vasıtasına uygun bir şekilde olmasını aramaktadır. Formdan bahsedilmekle birlikte, bu mutlaka bilgilendirmenin yazılı olması gerektiği anlamına gelmez. Zaten, kullanılan iletişim aracına da uygun olması gereği ifade edilmiştir. Öte yandan, yasa, tüketicinin bu bilgileri edindiğini teyit etmesini de aramaktadır. Bundan başka, mesafeli sözleşmelerde de tüketiciye cayma hakkı tanınmıştır.

TKHK m. 12, perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir ve okunabilir şekilde o malla ilgili tüm vergiler dahil fiyat, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması, bu mümkün değilse söz konusu bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunluluğu getirmiştir. Esasen, bu zorunluluk da tüketicinin alım kararının yanılgıdan uzak olmasına hizmet eden bir yükümdür.

TKHK m. 16, ticari reklam ve ilanların hukuka uygunluk koşullarını düzenlemektedir. Genel olarak, reklamlar tüketiciyi aldatıcı, istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü olmamalı, reklamın reklam olduğu anlaşılmalı, yani örtülü/gizli olmamalıdır. Satıcının aydınlatma yükümünün, ticari reklamla olan ilişkisi, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde mevcuttur. Reklam ve ilanlarda yer alan konular, satım konusu malın zikir ve vaad edilen hususları çerçevesinde incelenir. Bunların doğru olmaması, ayıbın maddi koşulunun gerçekleşmesini sağlar.

TKHK m. 18, tehlikeli mal ve hizmetlere ilişkin aydınlatma yükümlerini düzenlemektedir. Buna göre, tüketicinin kullanımına sunulan mal ve hizmetlerin kişi beden ve ruh sağlığı ile çevreye zararlı veya tehlikeli olabilmesi durumunda, bu hususun malların üzerine veya ekli kullanım kılavuzlarına, bu durumla ilgili açıklayıcı bilgi ve uyarılar, kolaylıkla görülebilecek şekilde yazılması veya konulması gereklidir. Mala ilişkin olarak, zararlı ve/veya tehlikeli olduğuna ilişkin uyarılar, özellikle ve/veya öncelikle tüketicinin bütünlük menfaatini korumaya

yönelmiştir. Ancak, bir malın tehlikeliliği tüketicinin o malı alıp almamaya ilişkin kararını da etkileyecektir.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümü, aydınlatmadan kaçınma veya hiç bilgi vermeme, yani susma; yetersiz veya eksik bilgi verme; yanlış bilgi verme veya fazla bilgi verme ile ihlal edilebilir. Son ihtimalde, tüketicinin deyim yerindeyse bilgiye boğulup kararı için önemli olan hususları gözden kaçırıp değerlendirememesi söz konusu olur.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlalinin sonuçları ihtimaller çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Öncelikle, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlali muhatabın sözleşme yapmaya ilişkin iradesinin sakat olmasına sebep olabilmektedir. Aydınlatma yükümü ile irade sakatlıkları arasındaki bağlantı, temel hatası, hile ve gabin çerçevesinde söz konusu olur.

Temel hatası, esaslı saik hatasıdır. Böyle bir hataya düşerek sözleşme yapan kişi, bu sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. İptal hakkı, kişinin kendi kusuruyla hataya düşmesi halinde dahi mevcuttur. Ancak bu halde, iptalden muhatabın zarar görmesi söz konusu olursa, yasa bu zararları tazmin yükümü getirmiştir. Bu hüküm, culpa in contrahendonun yasaca düzenlenmiş hallerinden birini oluşturmaktadır. Kişinin temel hatasına düşmesi, muhatabın aydınlatma yükümünü ihmal suretiyle ihlal etmesinden kaynaklandıysa da, bu durum yasada açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, bu defa hataya düşenin muhatabının culpa in contrahendodan doğan bir tazminat borcu söz konusu olabilecektir. Buna karşılık, muhatabın aydınlatma yükümünü, kasten ihlal etmesi halinde, hata değil, diğer koşullar da mevcutsa hile söz konusu olur.

Hile de esas itibariyle, muhatapta saik hatasına sebep olur. Temel hatasından farklı olarak, saik hatasının esaslı olması aranmaz. Hile sonucu olması yeterlidir. Aydınlatma yükümünün hile ile ilişkisi, hilenin pasif hile davranışı gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur. Çünkü, susma ancak aydınlatma yükümünün olduğu, kabaca kişinin konuşmak ve bilgi vermek zorunda olması halinde, hile davranışı

anlamına gelir. Bu davranış sonucunda sözleşme yapan kişi, sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Bundan başka, iptal sebebiyle uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Ayrıca, aldatılan sözleşmeyi iptal hakkından feragat etmekle birlikte, yine de doğan zararların talep etme imkanına da sahiptir. Ancak bunun için, sözleşmeyi iptal etmekle uğrayacağı zararın, bağlı kalmakla uğrayacağı zarardan daha fazla olması gereklidir. Hile, haksız fiil olmasının dışında, aynı zamanda bir sözleşme öncesi kusurlu davranıştır.

Gabinde, edimler arasında açık bir nispetsizlik söz konusudur. Bu nispetsizliğin sebebi de zarar görenin zayıflığı ve muhatabın bundan faydalanması, yani sömürme kastıdır. Aydınlatma yükümü – gabin ilişkisi, zarar görenin bilgisizliğinden faydalanılması, yani onun aydınlatılmaması halinde söz konusu olur. Bu ihtimal çerçevesinde çoğunlukla, gabin ile hilenin koşulları birlikte gerçekleşir. Gabinde de sözleşmeyi iptal hakkı mevcuttur. Zarar görenin culpa in contrahendoya dayanarak tazminat talep etmesi de mümkündür.

Culpa in contrahendo hem sözleşme öncesi kusurlu davranışı, hem de bundan doğan sorumluluk için kullanılan bir terimdir. Sözleşme öncesi kusurlu davranışın sonucu, incelememizde de görüldüğü gibi, sözleşmenin iptali de olabilir, ancak bir sorumluluk kurumu olarak culpa in contrahendo bir tazminat sorumluluğudur. Yasal düzenlemeye kavuşturulmuş culpa in contrahendo halleri olduğu gibi, hiç düzenlenemiş durumlar da mevcuttur.

Culpa in contrahendo sorumluluğun niteliği, buna bağlı olarak yasal düzenlemenin olmadığı hallerde hangi hükümlerin uygulanacağı çok tartışmalıdır. Öncelikle, biz, sözleşme görüşmeleri sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerine haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun dışında, yasa koyucunun sözleşme öncesi aşamada kusurlu davranışlarla kişilerin birbirine zarar verebileceğini öngördüğünü, ancak bu alanı gereği gibi düzenlemediği kanaatindeyiz. Culpa in contrahendo haksız fiil veya sözleşmenin dışında, kendine özgü bir sorumluluk türüdür. Ancak bu sorumluluğun modalitelerinin hangi hükümlere göre belirleneceği sorunu vardır. Bu noktada da, sözleşme sorumluluğuna

ilişkin hükümlerin uygulanmasının, haksız fiil hükümlerine göre, daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

Konumuz çerçevesinde bu sorumluluğun koşulları, zarar, sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlali, kusur ve aydınlatma yükümünün kusurlu olarak ihlal edilmesi ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır. Tazmini gereken zarar, menfi zarardır. Aydınlatma yükümlüsü, kendi davranışından sorumlu olduğu gibi, görüşme yardımcısının davranışlarından dolayı da sorumludur. Kabul ettiğimiz görüşe göre, bu konuda ifa yardımcısının sorumluluğunu düzenleyen BK m. 100 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Aydınlatma yükümü ihlalinde, zarar görenin birlikte kusurunun gerçekleşmesi kural olarak mümkün değildir. Zira yüküm, kişinin kendisinin araştırması gereken hususlarda söz konusu değildir. Kanaatimizce, sınır hiledir. Kişi, aydınlatmakla yükümlü olmadığı bir hususta, muhatabına bilgi vermek zorunda değildir; ama bilgisizliğinden faydalanmaya da izinli değildir. Hile yapanın, muhatabın kendisinin araştırması gereken bir husus olduğu yönündeki itirazı dikkate alınmaz. Tazminatta indirim sonucunu doğurmaz.

İrade sakatlıklarının culpa in contrahendo ile olan ilişkisine gelince, bu noktadaki incelemeyi sözleşmenin iptal edilmiş olup olmamasına göre yapmak gereklidir. iradesi sakatlanmış olan taraf, sözleşmeyi iptal etmedikçe veya iptal hakkından feragat etmedikçe, sözleşme ile bağlı değildir. Bu sözleşme de, sadece istenmeyen bir sözleşme olmasından dolayı zarar doğurmaz, tazminat hakkı da vermez.

İptal hakkından feragat etmekle artık sözleşme bağlayıcı hale gelir. Aydınlatılması gereken (fakat aydınlatılmamış olan) taraf nihayetinde sözleşmeyi iptal etmek veya onaylamak imkanlarına sahiptir. İptal imkanı varken, feragat etmişse, feragat etmekle artık zarara kendisi sebep olmuştur. Buna karşılık, sözleşmenin bağlayıcılık kazanması, sürenin geçmiş olmasından ileri gelmişse, süresi içinde sözleşmeyi iptal etse idi, ekonomik olarak hangi durumda bulunacak idi ise, bunun tazminat olarak talep edilmesi mümkündür. Öte yandan, hile halinde sözleşmeyi iptalden feragat edilmesi, tazminat talebinden vazgeçildiği anlamına

gelmez. Sözleşmenin iptalinin, hileye duçar olandan beklenemez olması, bir başka deyişle iptalle daha fazla uğramasının söz konusu olması halinde, sözleşme iptal edilmeksizin tazminat talep edilebilir.

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümünün ihlali, culpa in contrahendo olmasının dışında, aynı zamanda haksız fiil de teşkil edebilir. Bu halde, culpa in contrahendo ile haksız fiil hükümleri arasında hakların yarışması söz konusudur. Bundan başka, görüşme sürecindeki eksik/yanlış bilgiler, sözleşmenin ifası aşamasında, kötü ifa sonucunu doğurabilirler. Bu halde, culpa in contrahendo ile sözleşme sorumluluğu hükümlerinin yarışıp yarışmayacağı konusunda, baskın görüş culpa in contrahendonun culpa in solvendo karşısında ikincil olduğu, yani sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması yönündedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Aynı durum culpa in contrahendo - ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için de geçerlidir.

Ayıba karşı tekeffül ile irade sakatlıklarının yarışması hususuna gelince, kanaatimizce, sözleşme iptal edilmemiş ise, kişi dilerse irade sakatlıklarına ilişkin hükümlere, duruma göre hata veya hileye, dilerse ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Bir başka deyişle, bu hükümler birbiriyle yarışabilir. Ancak sözleşme iptal edilmiş ise, artık geçerli bir sözleşme söz konusu olmayacağı için ayıp hükümlerine başvurulamaz.

TKHK'da düzenlenmiş olan aydınlatma yükümlerinin ihlalinin, bu kanunda düzenlenmiş özel sonuçları da mevcuttur. Bu bağlamda yasa idari para cezaları getirmiştir. Ayıplı mala özürlü etiketinin konulmaması, numunedir ibaresi bulunmayan malı satmaktan kaçınmanın yaptırımını TKHK m. 25/2'de düzenlenen para cezasıdır.

Önceden düzenlenmiş sözleşme koşulunun haksız şart sayılmasında, esasen bu sözleşme koşulunun geçerli biçimde sözleşmeyle ilişkilendirilmiş olması gereklidir. Aydınlatma yükümü, haksız şarttan önce, bir şart olarak sözleşmede yer almasına ilişkindir. Bu hususta açık bir aydınlatma yükümü yoktur, ancak tüketicinin

koşuldan haberdar edilmemesinin sonucu o koşulun geçerli biçimde sözleşmeye ilişkilendirilememesidir. Tüketicinin bundan zarara uğraması halinde, diğer koşullar da gerçekleşmiş olmak kaydıyla, culpa in contrahendo sorumluluğun söz konusu olabileceği kanaatindeyiz.

Taksitle satım sözleşmesi için öngörülen şekil koşulunun geçerlik koşulu olduğu kanaatindeyiz. Aydınlatma yükümleri de şekil koşulunun kapsamına dahil edilmiştir. Ancak TKHK m. 6/6, yollama yaptığı sözleşmedeki eksiklerin geçerliği etkilemeyeceğini düzenlemiştir. Buna göre, sözleşme sözlü olarak yapılmışsa, hiç yazılı yapılmamışsa geçersizdir. Ancak geçersizliği ileri sürmek hakkın kötüye kullanımını teşkil ederse kanun bunu korumaz. Öte yandan, şekil koşullarını gerçekleştirmek yükümü satıcının üzerindedir. Bu yükümü yerine getirmemesinden dolayı sözleşme geçersiz hale gelirse, bundan doğan zararlardan da culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olacaktır. Sözleşme yazılı şekilde yapılmış ancak yasanın öngördüğü hususlarda eksiklikler varsa, bu sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Eksikleri de satıcı kendisi tamamlayacaktır. Ayrıca m. 6/A'da öngörülen yükümlere aykırı hareket edenler için, TKHK m. 25/2 idari para cezası getirmiştir.

Kampanyalı satışlar için de, esas itibariyle taksitle satıma ilişkin sonuçlar geçerlidir. Ancak, Yasa şekil şartı kapsamına dahil etmemekle birlikte, tüketiciye cayma hakkı da tanımıştır. Bu hakka ilişkin olarak tüketiciye bilgi verilmemiş olması sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz, ancak sözleşme öncesi kusurlu davranış olduğu için, koşullar gerçekleşirse tazminat borcu doğurabilir.

Kapıdan satışlarda ise, esasen yazılı sözleşme koşulu bu tür satışlar için de geçerlidir. Şekil şartına uymamanın yaptırımı kural olarak geçersizlik ise de, bazen yasanın buna geçersizlikten başka sonuç bağladığı haller de vardır. Kanaatimizce, TKHK'da yer alan hüküm bunlardan biridir. Şekle uymamanın sonucu, tüketicinin cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı olmamasıdır. Ancak her hak gibi, bu da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Tüketicinin, kural olarak bu hakka vakıf olduktan itibaren yedi gün içinde kullanması gereklidir. Bundan

başka, satıcının TKHK m. 9'da düzenlenmiş bulunan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, kendisinin TKHK m. 25/2 gereği idari para cezasına çarptırılması sonucunu doğurur.

Mesafeli satımlarda, yasa, tüketicinin aydınlatıldığını yazılı olarak teyit etmedikçe, sözleşmenin yapılamayacağını düzenlemiştir. Lafzen yorumlanırsa, teyidin kurucu unsur olduğu, teyit yapılmadığı halde sözleşmenin yok hükmünde olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Ancak yasa ve mesafeli sözleşmelere ilişkin yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi halinde, teyidin olmaması, ne geçersizlik ne de yokluk sonucu doğurur. Teyit etmemenin yaptırımı, bilgilendirmenin yapılmış olup olmamasına göre belirlenmelidir. Tüketici bilgilendirilmemiş ancak sözleşme yapılmışsa, satıcı eksikliği en geç otuz gün içinde gidermelidir. Bu sürenin ifadan itibaren başladığı düşüncesindeyiz. Cayma hakkı süresi de, kural olarak, teslimden itibaren yedi gün içinde kullanılmalıdır. Aydınlatmanın yerine getirilmemiş olması halinde ise, teslimden itibaren değil, bilgilendirmeden itibaren cayma hakkı süresi işlemeye başlayacaktır. Kısacası, tüketici teyit etmese dahi, bilgilendirilmişse cayma hakkını kullanabilmesi bu bilgilendirmeden itibaren mümkün olacaktır. Satıcının, TKHK m. 9'da düzenlenmiş bulunan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, kendisinin TKHK m. 25/2 gereği idari para cezasına çarptırılması sonucunu doğurur.

Ticari reklam ve ilanlar çerçevesinde, aydınlatma yükümünün ihlalinin bir sonucu, üçüncü kişinin hilesine ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesidir. Şöyle ki, satıcı, reklam ve ilanlarda yer alan hususlardan dolayı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde zaten sorumludur. Bundan başka, satıcının, aldatıcı reklamın reklam vereni olması halinde, reklamcı üçüncü kişi durumundadır. Tüketici, satıcının reklamcının hilesine vakıf olduğu veya olması gerektiği halde, hilenin diğer koşulları da gerçekleşmiş olmak kaydıyla, satıcıya karşı hile hükümlerine başvurabilecektir.

TKHK m. 18'de, zararlı ve tehlikeli mal ve hizmetlere ilişkin olarak getirilen yükümlere uymayanlar TKHK m. 25/5, TKHK m. 12'de fiyat etiketine ilişkin

düzenlemede öngörülen hükümlere uymayanlar, TKHK m. 25/2 gereği para cezasına çarptırılırlar.

KAYNAKÇA

ABEGGLEN, S. : Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischen Recht (Aufklärungspflichten), Summum ius, summa iniuria – Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, Stuttgart, 1995, s. 116 vd.

ABEGGLEN, S. : Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Bern, 1995.

ABEGGLEN, S. : Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen (Wissenszurechnung), Bern, 2004.

ACKERMANN, T. : Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen, 2007.

ADAMS, M. : Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, AcP 1986, s. 471 vd.

ADAY, N. : Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 2000.

AKMAN, S. : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976.

AKYOL, Ş. : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı, İstanbul, 1995.

ALTAŞ, H. : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998.

ALTUNKAYA, M. : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005.

ALTUNKAYA, M. : Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması, GÜHFD, C. VIII, S. 1-2, Haziran – Aralık 2004, s. 95 vd.

ANDERS, H. : Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege ferenda, Berlin, 2000.

ANTALYA, G. : Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul, 1993.

ARAL, F. : **Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1985.

ARAT, A. : **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara, 2006.

ARKAN, S. : **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2001.

ASLAN, Ç., M. : **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (Gabin)**, Ankara, 2006.

ASLAN, Y. İ. : **Tüketici Hukuku**, Bursa, 2006.

ATAMER, M. Y. : TEKİNALP, Ü./ TEKİNALP, G., **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul, 2000. (ATAMER, TEKİNALP/TEKİNALP).

ATAMER, Y. M. : **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Haksız Fiil)**, İstanbul, 1996.

ATAMER, Y. M. : **Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini**, YD 1996, S. 1-2, s. 99 vd.

ATAMER, Y.M. : **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Genel İşlem Şartları)**, İstanbul, 2001.

ATASOY, Ö. A./ TAŞKIN, M./ ACAR, H. : **Tüketiciyi Koruma Hukuku**, Ankara, 2000.

ATEŞ, D. : **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Ankara, 2007.

AYDINLI, İ. : **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara, 2004.

AYDOĞDU, M. : **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (Kapıdan Satışlar)**, İstanbul, 1998.

AYDOĞDU, M. : **Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri**, DEÜHFD, C. 9, S. I, 2007, s. 1 vd.

AYDOĞDU, M. : **Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri**, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, Ünal NARMANLIOĞLU'na Armağan, Yayın Yılı : 2009, s. 553 vd.

BAIER, K. : **Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln**, Hamburg, 2004.

BALLERSTEDT, K. : **Zur Haftung für culpa in contrahendo**, AcP 151, s. 503 vd.

BASEDOW, J. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241 - § 432**, München 2007. (BASEDOW, § 305).

BAŞPINAR, V. : **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı (Butlan)**, Ankara, 1998.

BAŞPINAR, V. : **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 2004.

BATTAL, A. : **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı**, Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara, 1998, s. 313 vd.

BAUMANN, M. : **Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.)**, Einleitung, I. Teilband, Zürich, 1998, Art. 2. (BAUMANN, Zürch.Kom.)

BELSER, E. M. : **Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht**, Freiburg, 2000.

BERGER, B. : **Allgemeines Schuldrecht**, Bern, 2008.

BERGER, B. : **Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung**, Bern, 2000.

BIGLER-EGGENBERGER, M., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, Basel, 2002. (BIGLER-EGGENBERGER, Bas.Kom.)

BOHRER, M. : **Die Haftung des Dispositionsgaranten**, Ebelsbach, 1980.

BOZBEL, S. : **Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 784 vd.

BÖHME, L. : **Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen**, Göttingen, 1964.

BRANDNER, H. E., ULMER, P./ BRANDNER, H. E./ HENSEN, H.-D. : **AGB Gesetz**, Köln, 2001.

BREHM, R. : **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR**, Bern, 2006. (BREHM, Ber.Kom.).

BREIDENBACH, S. : **Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss**, München, 1989.

BRUNNER, A. : in. **Konsumentenschutz im Privatrecht**, Basel, 2008.

BRUNNER, H.-U. : **Die Anwendung deliktsrechtliche Regeln auf die Vertragshaftung**, Freiburg, 1991.

BUCHER, E. : **Berner Kommentar (Ber.Kom.) zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Das Personenrecht, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB**, Bern, 1976.

BUCHER, E. : **Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften (Rechtsmissbrauch)**, ZBGR 56, 1975, s. 72 vd.

BUCHER, E. : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1988.

BUCHER, E. : **Vertrauenshaftung : Was? Woher? Wohin?**, FS für Hans Peter Walter, Bern, 2005, s. 231 vd.

BULUT, N. K. : **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, 2009.

BURGHARDT, W. G. : **Aufklaerungspflichten des Bürgschaftsgläubigers**, Frankfurt am Main, 1985.

- BUZ, V. : **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998.
- BUZ, V. : **Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması**, BATİDER, C. XIX, S. 4, s. 66 vd.
- BÜHLER-REIMANN, T. : **Zum Problem der “culpa in contrahendo”**, SJZ 1979, s. 360 vd.
- BÜLOW, P./ ARTZ, M. : **Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB**, NJW 2000, s. 2055 vd.
- BÜLOW, P./ ARTZ, M. : **Handbuch Verbraucherprivatrecht**, Heidelberg, 2005. (ARTZ, BÜLOW/ARTZ) (BÜLOW, BÜLOW/ARTZ)
- BÜYÜKSAĞIŞ, E. : **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, 2007.
- CANARIS, C. W. : **“Ansprüche wegen “positives Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”**, JZ 1965, s. 475 vd.
- CANARIS, C. W. : **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (Vertrauenshaftung)**, München, 1971.
- CANARIS, C. W. : **Schuldrechtsmodernisierung 2002 – Schuldrechtsreform 2002**, München, 2002. (Schuldrechtsreform).
- CANARIS, C. W. : **Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten (Schutzpflichten)**, FS für KARL LARENZ Zum 80. Geburtstag, München, 1983, s. 27 vd.
- CARBONARA, A. : **Privatautonomie und Vertragsschluss**, FS für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich, 2007, s. 85 vd.
- CHAPPUIS, C. : **Note sur le devoir d’information du donneur de licence à l’égard du preneur de licence en matière informatique**, in: Semjud 121, 1999, I, s. 474 vd. (HARTMANN’ dan naklen)

ÇINAR, Ö. : **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, 2009.

DAUNER-LIEB, B. : **Verbraucherschutz durch Ausbildung eine Sonderprivatrechts für Verbraucher**, Berlin, 1983.

DELCO, F. : **Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und glauben beim Ersatz reiner Vermögensschaeden**, Zürich, 2000.

DEMİR, M. : **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması (Mesafeli Sözleşmeler)**, Ankara, 2004.

DEMİR, M. : **Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı (Mevzuat)**, Ankara, 2002.

DEMİRCİOĞLU, H. R. : **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Ankara, 2009.

DESCHENAUX, H. : **Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht**, Basel und Stuttgart, 1967.

DIETZI, H. : **Aufklärungs- und Informationspflichten von Banken, FS für DIETER ZOBL zum 60. Geburtstag**, Zürich, 2004, s. 249 vd.

DORNIER, R. : **Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a-g OR)**, St. Gallen, 1994.

DÖLLE, H. : **Aussergesetzliche Schuldpflichten**, ZStW 103, 1943, s. 67 vd.

DRUEY, J. N. : **Information als Gegenstand des Rechts, Entwurf einer Grundlegung**, Zürich, 1995.

DRUEY, J., N. : **Daten-Schutz, FS zum 65. Gebutstag von Mario M. Pedrazzini**, Bern, 1990, s. 390 vd.

EBERS, M. : **Informations- und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen : Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze, Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire**, Tübingen, 2003.

EDİS, S. : **Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği (Doğruluk ve Güven)**, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, s. 449 vd.

EDİS, S. : **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 1963.

EDİS, S. : **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata (Hata)**, Ankara, 1973.

EMMERICH, V. : **Das Recht der Leistungsstörungen**, München, 1997, 4. Auflage.

EMMERICH, V. : **Das Recht der Leistungsstörungen**, München, 2005.

EMMERICH, V. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241 - §432**, München 2007. (EMMERICH, § 311).

EREN, F. : **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 2006.

EREN, F. : **Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, 1975.

ERGÜNE, M. S. : **Olumsuz Zarar**, İstanbul, 2008.

ERMAN, W. : **Beitraege zur Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen**, AcP 139, 1934, s. 273 vd.

ESSER, J./ SCHMIDT, E. : **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil**, Heidelberg 1995.

FABRE-MAGNAN, M. : **De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie**, Paris, 1992. (HARTMANN'dan naklen)

- FEHLMANN, R. : **Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage**, St. Gallen, 2002.
- FELLMANN, W. : **Der einfache Auftrag, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Das Obligationenrecht, B. VI, 2. Abt.**, Bern, 1992, Art. 398.
- FIKENTSCHER, W./ HEINEMANN, A. : **Schuldrecht**, Berlin, 2006.
- FISCHER, R. : BÜLOW, P/ARTZ, M. : **Handbuch Verbraucherprivatrecht**, Heilderberg, 2005.
- FLEISCHER, H. : **Informationsasymmetrie im Vertragsrecht**, München, 2001.
- FRICK, J. : **Culpa in Contrahendo – Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie**, Zürich, 1992.
- FROST, M. : **Vorvertragliche und Vertragliche Schutzpflichten**, Berlin, 1981.
- FURGLER, K J. : **Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht**, Freiburg, 1978.
- GAUCH, P. : **Der Picasso-Entscheid – Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff.**, Schweizerische Aktiengesellschaft 3/89, s. 152 vd.
- GAUCH, P./ SCHLUEP, W. R./ SCHMID, J./ EMMENEGGER, S. : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, Zürich, 2008.
- GAUCH, P./ SCHLUEP, W. R./ SCHMID, J./ EMMENEGGER, S. : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I**, Zürich, 2008.
- GAUCH, P./ SCHÖNLE, H. : **Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Art. 184-191**, Zürich, 1993. (GAUCH/SCHÖNLE, Zürh.Kom.)
- GERNHUBER, J. : **Das Schuldverhältnis**, Tübingen, 1989.
- GEZDER, Ü. : **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, 2004.

GEZDER, Ü. : **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Culpa in Contrahendo)**, İstanbul, 2009.

GIGER, H. : **Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das OR, Art. 184-215**, Bern, 1979. (GIGER, Ber.Kom.)

GILOMEN, H. V. : **Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht**, Bern, 1950.

GLAETTLI, E. : **Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR**, Zürich, 1998.

GLÖCKNER, H., P.: **Positive Vertragsverletzung Die Geburt eines Rechtsinstituts**, Frankfurt am Main, 2006.

GONZENBACH, R. : **Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1987.

GONZENBACH, R., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Basel, 2007.

GÖLE, C. : **Ticaret Hukuku Açısından Tüketicinin Aldatıcı Reklamlara Karşı Korunması**, Ankara, 1983.

GRIGOLEIT, H., C. : **Leistungspflichten und Schutzpflichten, FS für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag**, München, 2007, s. 276 vd.

GRUNEWALD, B. : **Aufklärungspflichten ohne Grenzen?**, AcP 1990, s. 609 vd.

GRUNEWALD, B. : **Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr**, JZ 1982, s. 627 vd.

GUHL, T./KOLLER, A./SCHNYDER, A. K./ DRUEY, J. K. : **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000.

GÜMÜŞ, M. A. : **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, 2001.

GÜRPINAR, D. : **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk**, İzmir, 2006.

HADDING, W. : **Zur Abgrenzung von Unterrichtung, Aufklärung, Auskunft, Beratung und Empfehlung als Inhalt bankrechtlicher Pflichten, FS für Herbert Schimansky**, Köln, 1999, s. 71 vd.

HAGER, J. : **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825**, Berlin, 1999.

HARTMANN, S. : **Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht**, Freiburg, 2001.

HAVUTÇU, A. : **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Genel İşlem Şartları)**, İzmir, 2003.

HAVUTÇU, A. : **Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi – Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler**, İzBD, Ekim 1998, S. 4, s. 23 vd.

HAVUTÇU, A. : **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, 1995.

HAVUTÇU, A. : **Üreticinin Sorumluluğu (Üretici)**, Ankara, 2005.

HEFERMEHL, H./ WERNER, O. : **ERMAN BGB**, Köln, 2000.

HEIDERHOFF, B. : **Gemeinschaftsprivatrecht**, München, 2007.

HEIDERHOFF, B. : **Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (Verbraucher)**, München, 2004.

HEINRICHS, H. : **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, München, 2006.

HEISEKE,J./ LARENZ, K. : **Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen**, NJW 1960, s. 77 vd.

HEISS, H. : **Formmängel und ihre Sanktionen**, Tübingen, 1999.

HEIZ, C. : **Grundlageirrtum**, Zürich, 1985.

HENSS, O. : **Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht**, Frankfurt am Main, 1988.

HILDEBRANDT, H. : **Erklaerungshaftung**, Berlin und Leipzig 1931.

HONSELL, H., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456**, Basel, 2006. (HONSELL, Bas.Kom.)

HONSELL, H. : **Schweizerisches Haftpflichtrecht (Haftpflichtrecht)**, Zürich, 2005.

HOPT, K., J. : **Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken**, München, 1975.

HUBER, U. : **Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss (Aufklärungspflichten)**, **Karlsruher Forum 2000 : Aufklärungspflichten**, Karlsruhe 2001, s. 5 vd.

HUBER, U. : **Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht**, FS für Ernst von Caemmerer, 1978, s. 847 vd.

HUGUENIN, C. : **Die absichtliche Täuschung durch Dritte**, SJZ 95, 1999, s. 263 vd.

HUGUENIN, C., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Basel, 2007. (HUGUENIN, Bas.Kom)

HUGUENIN, C. : **Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Zürich, 2008.

İLHAN, C. : **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Şerh, Ankara, 2006.

İNAL, E. : **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, İstanbul, 2005,

İNAL, E./ BAYSAL, B. : **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 2008.

İNCEOĞLU, M. : **Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması**, İstanbul, 1998.

JAEGGI, P. : **Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung** , FG für **Wilhelm Schönenberger**, Freiburg, 1968, s. 181 vd.

JAKOBS, H., H. : **Unmöglichkeit und Nichterfüllung**, Bonn, 1969.

JHERING, v. R. : **Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder zur Perfection gelangten Verträgen**, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering**, 1861.

KADIOĞLU, K. : **Gerekçeli – Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara, 2005.

KANETİ, S. : **Haksız Filde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, 2007.

KARAHASAN, M. R. : **Türk Borçlar Hukuku, C. 1**, Ankara, 1992.

KASTL, K. : **Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Der Prozess seiner Anerkennug als “sonstiges Recht” im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB**, Ebelsbach, 2004.

KELLER, M. /SCHÖBI, C. : **Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel, 1988.

KELLER, M. : **Das negative Interesse im Verhaeltnis zum positiven Interesse**, Zürich, 1948.

KELLER, M. : **Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?**, Recht 1987, s. 136 vd.

KELLER, M./SIEHR, K. : **Kaufrecht**, Zürich, 1995.

KEMPER, R. : **Verbraucherschutzinstrumente**, Baden-Baden, 1994.

KEUK, B. : **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, 1972.

KILIÇOĞLU, A. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2003.

KIRCA, Ç. : **Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara, 2004.

KLAUSBERGER, K. : **Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht**, Zürich, 1989.

KLINGER, J. : **Aufklärungspflichten im Vertragsrecht**, Düsseldorf, 1981.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı (Hata)**, İstanbul, 1968.

KOCH, R., BÜLOW, P./ARTZ, M., : **Handbuch Verbraucherprivatrecht**, Heidelberg, 2005. (KOCH, BÜLOW/ARTZ).

KOLLER, A. : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I**, Bern, 2006.

KOLLER, A. : **Der Gute und Der Böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht (Glaube)**, Freiburg 1985.

KOLLER-TUMLER, M. : **Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht (Konsumentenvertrag)**, Bern, 1995.

KOLLER-TUMLER, M. : in. **Konsumentenschutz im Privatrecht**, Basel, 2008

KOLLY, G. : **Der Grundlagentatum nach Art. 24 OR : Rechtsprechung des Bundesgerichts**, Zürich, 1978.

KÖBLER, G. ; **Juristisches Wörterbuch**, München, 2003.

- KÖPCKE, G. : **Typen der positiven Vertragsverletzung**, Stuttgart, 1965.
- KRAMER, E. A. : **Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 19-22**, Bern, 1991. (KRAMER, Ber.Kom.)
- KRAMER, E. A. : **Der Irrtum beim Vertragsschluss (Irrtum)**, Zürich, 1998.
- KRAMER, E. A. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241 - §432**, München 2007. (KRAMER, § 241) (KRAMER, Einl.)
- KRAMER, E. A./ SCHMIDLIN, B. : **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art. 1-18 OR**, Bern 1986. (KRAMER, Ber.Kom.) (SCHMIDLIN, Ber.Kom.)
- KRAMER, E., A. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası).
- KRAMER, E.A. : **Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht**, AcP 2000, s. 366 vd.
- KREBS, P. : **Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten**, München, 2000.
- KRESS, H. : **Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts**, München, 1929.
- KRONMAN, A., T. : **Mistake, Disclosure, Information, and The Law of Contracts**, Journal of Legal Studies, Chicago, 1978, s. 13 vd.
- KRÖGER, D. : **Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen**, Stuttgart, 1935.
- KUHLMANN, K. : **Leistungspflichten und Schutzpflichten**, Berlin, 2001.
- KURŞAT, Z. : **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, 2003.

LANG, V. : **Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen**, München, 2003.

LANGE, H./SCHIEMANN, G. : **Schadenersatz**, Tübingen, 2003.

Langenscheidt Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, 2008, Berlin und München.

LARENZ, K. : **Bemerkungen zur Haftung für “culpa in contrahendo”**, FS für Kurt BALLERSTEDT zum 70. Geburtstag, Berlin, 1975.

LARENZ, K. : **Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und “Sozialer Kontakt” (Sozialer Kontakt)**, in. MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) 9/1954, s. 515 vd.

LARENZ, K. : **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil**, München und Berlin, 1953.

LARENZ, K. : **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band**, München, 1987.

LARENZ, K./ CANARIS, C. W. : **Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband**, München, 1994.

LAUER, J. : **Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht**, Bern, 1983.

LEUBA, A., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, Basel, 2002. (LEUBA, Bas.Kom.)

LINDACHER, W. F., WOLF, M. / HORN, N./ LINDACHER, W. F. : **AGB Gesetz**, München, 1999

LORENZ, S. : **Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag**, München, 1997.

LOSER, P. : **Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht**, Bern, 2006.

LOSER-KROGH, P. : Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, Recht und Internationalisierung, Zürich, 2000, s. 128 vd.

LÜCHINGER, N. : Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg, 1999.

MADAUS, S. : Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, JURA 2004, s. 289 vd.

MAKARACI, A. : Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara, 2007.

MARTIS, R./ MEINHOF, A. : Verbraucherschutzrecht, München, 2005.

MASUCH, A. : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 355, München 2007

MATTHIESSEN, K. : Die zivilrechtliche Haftung aus Verletzung der Verkehrspflichten, Hamburg, 1974.

MEDICUS, D. : Probleme um das Schuldverhältnis, Berlin, 1987.

MEDICUS, D. : Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2002. (BR, 2002)

MEDICUS, D. : Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2007.

MEDICUS, D. : Die Culpa in Contrahendo zwischen Vertrag und Delikt (Culpa), FS für Max KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989, s. 214 vd.

MEDICUS, D. : Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo (Grenzen), JuS 1965, s. 213 vd.

MEDICUS, D. : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (AT), München, 2005.

MEDICUS, D. : Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse 12. Auflage, Berlin, 1983, § 249.

MEDICUS, D. : **Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I**, Köln, 1981, s. 479 vd.

MEIER-HAYOZ, A. : **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss**, Aarau, 1948.

MERZ, H. : **Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-10**, Bern 1966. (MERZ, Ber.Kom.)

MERZ, H. : **Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem (Widerrechtlichkeit), Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht**, Bern, 1977, s. 362 vd.

MERZ, H. : **Schweizerisches Privatrecht, OR Allgemeiner Teil**, Basel und Frankfurt am Main, 1984.

MERZ, H. : **Vertrag und Vertragsschluss (Vertrag)**, Freiburg, 1992.

MICKLITZ, H. W. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 1 - § 240**, München 2006. (MICKLITZ, § 13)

MIDDENDORF, P./ GROB, B. : **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zürich, 2007.

MOHRENFELS v. P. W. : **Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht**, Berlin, 1986.

MUSIELAK, H., J. : **Grundkurs BGB**, München, 2007.

MUSY, A., M.: **Il dovere di informazione, Saggio di diritto comparato**, Università degli Studi di Trento, 1999, s. 97 (HATMANN'dan naklen)

MÜLLER, G. : **Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht**, Heidelberg, 1994.

MÜLLER, M./ HEMPEL, R. : **Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, AcP 2005.

NEUENSCHWANDER, M. : **Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1971.

NEUMANN, I. : **Leistungsbezogene Verhaltenspflichten zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten**, Heidelberg, 1989.

NICKEL, C. : **Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo**, Berlin, 2001.

OĞUZMAN, K./ ÖZ, T. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2005.

OĞUZTÜRK, B. K. : **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, 2008

OLZEN, D. : in : **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243**, Neubearbeitung 2005, Berlin.

OSER, H./SCHÖNENBERGER, W. : **Das Obligationenrecht, Erster Halbband : 1-183**, Zürich, 1929.

OSWALD, C. : **Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausserertraglichen Bereich**, Zürich, 1988.

OTT, C. : **Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Recht des Güter- und Leistungsaustausches, Ökonomische Probleme des Zivilrechts**, Berlin, 1990, s. 143 vd.

OZANOĞLU, H. S. : **Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 663 vd.

OZANOĞLU, H., S. : **Tüketici Sözleşmeleri Kavramı(Tüketici)**, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 55 vd.

OZANOĞLU, H. : **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi (Taksitle Satım)**, Ankara, 1999.

ÖZDEMİR, H. : **Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, AÜHFD, C.53, S. 3, s. 61 vd.

ÖZEL, Ç. : **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, 1998.

ÖZEL, Ç. : **Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu (Yapımcı)**, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 771 vd.

ÖZSUNAR, E. : **Roma ve Türk Hukukunda Hata**, Ankara, 2005.

ÖZTAN, B. : **İmalatçının Sorumluluğu**, Ankara, 1982.

ÖZTAN, B. : **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk (Organ)**, Ankara, 1970.

PICKER, E. : **Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zum Problematik der Haftungen zwischen “Vertrag und Delikt”**, AcP, 1983, s. 376 vd.

PIOTET, P. : **Culpa in Contrahendo**, Bern, 1963. (ŞENOCAK'tan naklen)

PIOTET, P. : **Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, in : Mélanges Guy Flattet**, Lausanne 1985. (HARTMANN'dan naklen).

PIOTET, P. : **La culpa in contrahendo aujourd'hui**, SJZ 77 (1981), s. 225 vd. (ŞENOCAK'tan naklen)

POHLMANN, A. : **Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten**, Berlin, 2002.

POROY, R. : **Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları**, Halil ARSLANLI'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 520 vd.

- REHM, G. M. : **Aufklärungspflichten im Vertragsrecht**, München, 2003.
- RENGIER, H-B. : **Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertraginteresse und vom Integriaetsinteresse**, Berlin, 1997.
- REY, H. : **Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, FS für Max KELLER zum 65. Geburtstag**, Zürich, 1989, s. 233 vd.
- ROBERTO, V. : **Schadensrecht**, Basel, 1997.
- ROBERTO, V. : **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zürich, 2002.
- ROTH, G. H. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası).
- ROTH, G. H.: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241- § 432**, München 2007. (ROTH, § 242)
- SANDER, O. : **Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918'e**, Ankara, 2005.
- SCHIEMANN, G. : in. **Deutsches Rechts-Lexikon, Band 3**, 3. Auflage, München 2001.
- SCHILLING, W. : **Münchener Kommentar Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-610**, München, 2004. (SCHILLING, § 535)
- SCHMELZER, M. : **Der Konsumentenvertrag**, Zürich, 1995.
- SCHMID, J. : **Die Öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Öffentliche Beurkundung)**, Freiburg, 1988.
- SCHMIDLIN, B. : **Mängel des Vertragsabschlusses, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Art. 23-31**, Bern 1995. (SCHMIDLIN, Ber.Kom.)
- SCHMIDT, E. : **Das Schuldverhaeltnis (Schuldverhaeltnis)**, Heidelberg, 2004.

SCHMIDT, H., ULMER, P./ BRANDNER, H. E./ HENSEN, H.-D : **AGB Gesetz**, Köln, 2001.

SCHMIDT, H. : **Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)**, Heidelberg, 1986.

SCHMIDT, J. : **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243**, Berlin, 1995.

SCHNYDER, A. K., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Basel, 2007. (SCHNYDER, Bas.Kom.)

SCHNYDER-BRIG, B. : **Vertragsfreiheit als Privatrachtsbegriff**, Freiburg, 1960.

SCHÖNENBERGER, W./ JAEGGI, P. : **Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, Zürich, 1973.

SCHÖNLE, H./ HIGI, P. : **Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204**, Zürich, 2005.

SCHRÖDER, J. : **Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung beim Kunsthandel nach deutschem und Schweizer Recht, FS für Gerhard Kegel**, Frankfurt am Main, 1977, s. 397 vd.

SCHULZE, R. : in. **Bürgerliches Gesetzbuch Hand Kommentar**, Baden-Baden, 2007. (SCHULZE, § 242).

SCHUMACHER, R. : **Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung unerfahrener Vertragspartner**, Tübingen, 1979.

SCHUR, W. : **Leistung und Sorgfalt**, Tübingen, 2001.

SCHWAP, D. / LÖHNIG, M. : **Einführung in das Zivilrecht**, Heidelberg, 2007.

SCHWARZE, R. : **Vorvertragliche Verständigungspflichten**, Tübingen, 2001.

SCHWENZER, I., in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ GEISER, T. : **Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456**, Basel, 2006. (SCHWENZER, Bas.Kom.)

SCHWENZER, I. : **Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtages von Peter Schlechtriem**, 1998, s. 59 vd.

SCHWENZER, I. : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Bern, 2003.

SELENKEWITSCH, I., BÜLOW/ARTZ : **Handbuch Verbraucherprivatrecht**, Heidelberg, 2005. (SELENKEWITSCH, BÜLOW/ARTZ).

SERDAR, İ. : **İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemlerde Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İzmir, 2005.

SEROZAN, R. : “**Culpa in Contrahendo**”, “**Akdin Müspet İhlâli**” ve “**Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**” Kurumlarının Ortak Temeli : **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, MHAD 1968, s. 108 vd.

SEROZAN, R. : **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, 2006.

SEROZAN, R. : **Sözleşmeden Dönme (Dönme)**, İstanbul, 1975

SEROZAN, R. : **Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemenin Eleştirisi (Tüketici)**, Yasa Hukuk Dergisi, C. XV, S. 173/4, Mayıs 1996, s. 583 vd.

SESSLER, A. : **Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts**, Berlin, 1994.

SIBER, H. : **Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts/2, Schuldrecht**, Leipzig, 1931.

SIBER, H. : **Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin, 1914, § 275.

SIEGER, K. : **Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung**, Zürich, 1979.

SKIBBE, M. : **Zur Aufklärungspflicht bei Kaufvertragsverhandlungen, FS für Kurt REBMANN zum 65. Geburtstag**, München, 1989, s. 807 vd.

SOYER, P. : **Rekabet Yasası Sözleşmesi (BK m. 348-352)**, Ankara, 1994.

SPIRO, K. : **Die Haftung für Abschluss und Verhandlungshelfen**, ZSR 1986 I, s. 623 vd.

STOLL, H. : **Abschied von der Lehre vor der positiven Vertragsverletzung**, AcP 1932, 136. Band, s. 263 vd.

STOLL, H. : **Die Lehre vor der Leistungsstörungen**, Tübingen, 1936.

STOLL, H. : **Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen**, LZ 1923, s. 543 vd.

STÖCKLI, H. : **Das Synallagma im Vertragsrecht**, Zürich, 2008.

STÜRNER, R. : **Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfalts-pflichten**, JZ 31, 1976, s. 385 vd.

SUNGURBEY, A.,K. : **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, 1988.

ŞENOCAK, Z. : **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995.

TANDOĞAN, H. : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, İstanbul, 1990.

TANDOĞAN, H. : **Türk Mes'uliyet Hukuku (Mesuliyet)**, Ankara, 1961.

TEICHMANN, A .: **Nebenpflichtungen aus Treu und Glauben, 1. Teil : Vorvertragliche Informaitonspflichten ; 2. Teil : Vertragliche und “nachvertragliche” Leistungspflichten, Schutzpflichten ;** in. Juristische Arbeitsblätter (JA), 1984, s. 545 vd. ; 709 vd.

TEKİNALP, Ü. : TEKİNALP, Ü./ TEKİNALP, G. : **Avrupa Birliği Hukuku,** İstanbul, 2000,

TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A. : **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul, 1993.

THIELE, W. : **Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung,** JZ 1967, s. 649 vd.

TITZE, H. : **Verschulden beim Vertragschluss, in. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd VI,** Berlin/Leipzig, 1929.

TUNÇOMAĞ, K. : **Özel Borç İlişkileri,** İstanbul, 1977.

TUOR, P./ SCHNYDER, B./ SCHMID, J./ RUMO-JUNGO, A. : **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,** Zürich, 2002.

ULTSCH, M. L. : **Der einheitliche Verbraucherbegriff,** München, 2005.

ULUSAN, İ. : **Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan,** I, İstanbul, 1982, s. 275 vd.

VOGEL, A. : **Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht,** Berlin, 2006.

Von BAR, C. : **Verkehrspflichten,** Köln, 1980.

Von HIPPEL, E. : **Verbraucherschutz,** Tübingen, 1986.

Von TUHR, A. : **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2,** Ankara, 1983.

Von TUHR, A. : **Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligatinenrecht,** ZSR 17, 1898, s. 10. (HARTMANN’dan naklen)

Von TUHR, A./ PETER, H. : **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1979.

VORTMANN, J. : **Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken**, Köln, 2006.

VOSS, L. : **Die Verkehrspflichten**, Berlin, 2007.

WAGNER, G. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III**, München 2004.

WAHRENBERGER, A. : **Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts)**, Zürich, 1992.

WALTER, H. P. : **Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?**, ZSR 2001, s. 80 vd.

WALTER, H., P. : **Auf dem Weg zum Schuldverhaeltnis – wo weiter?**, Recht 2005/3, s. 72 vd.

WALTER, M. : **Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht**, Bern, 2005.

WEBER, R. H. : **Die Folgen der Nichterfüllung, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Das Obligationenrecht, B. VI, 1. Abt., 5. Teilband, Art. 97-109**, Bern, 2000, Art. 97. (WEBER, Ber.Kom.)

WEBER, R., H. : **Deregulierung und Konsumentenschutz – Grundlagen**, JKR 1996, Bern, 1996, s. 58 vd.

WEBER, W. : **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b, § 242**, Berlin, 1961.

WENDEHORST, C. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241 - § 432**, München, 2007. (WENDEHORST, §312c).

WERRES, R. : **Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen**, Köln, 1985.

WERRO, F. : **Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art 41 OR**, ZSR 1997, s. 345 vd.

WIEDENMANN, K. U. : **Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht**, Frankfurt am Main, 2004.

WIEGAND, W. : **Bemerkungen zum Picasso-Entscheid**, Recht 1989/3, s. 101 vd.

WIEGAND, W. : **Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung**, Recht 1993, s. 156 vd.

WIEGAND, W. : **Die Verhaltenspflichten Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, (Die Verhaltenspflichten) FS für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag**, München, 1991, s. 551vd.

WIEGAND, W. : in. HONSELL, H./ VOGT, N. P./ WIEGAND, W., **Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529**, Basel, 2007. (WIEGAND, Bas.Kom.)

WITMANN, R. : in. **Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-704**, 13. Bearbeitung 1995, Berlin.

WOLF, M., WOLF, M. / HORN, N./ LINDACHER, W. F. : **AGB Gesetz**, München, 1999.

YALMAN, S. : **Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2006.

YAVUZ, C. : **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu (Ayıp sorumluluğu)**, İstanbul, 1989.

YAVUZ, C. : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2002.

YILDIRIM, A. : **Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, GÜHFD, C. IX, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 127 vd.

YILDIRIM, A. : **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması (Mesafeli Sözleşmeler)**, İstanbul, 2009.

YILDIRIM, M. F. : **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara, 2002.

ZEHNDER, A. : **Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht**, Zürich, 1993.

ZELLER, E. : **Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot**, Zürich, 1981.

ZEVKLİLER, A. : **Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara, 2001

ZEVKLİLER, A./ AYDOĞDU, M. : **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara, 2004.

ZEVKLİLER, A./ HAVUTÇU, A. : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2007.

<http://www.kazanci.com>

<http://www.tdk.gov.tr>

http://ec.europa.eu/consumers/cons_issue/council_de.htm

<http://www.sanayi.gov.tr/>

http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-12-212.html