

ÖZEN YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İSPAT YÜKÜ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

*Yrd.Doç.Dr. Betül TİRYAKİ**

GİRİŞ

I. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ÖZEN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İSPAT YÜKÜ

A) Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğu Şartları

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Türk Borçlar Kanunu (BK)'nun 41. maddesine göre sorumluluğun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil, zarar, zararlar fiil arasında bir illiyet bağı bulunması ve failin davranışının kusurlu bulunması gerekir.¹

Her şeyden önce, bir haksız fiilden söz edebilmek için öncelikle OR/BK.m. 41'e göre, belli bir davranışla, fiil ile bir kimsenin hukuken korunan varlıklarına bir zarar verilmiş olması gerekir.² Fiil, bir insanın yapma (tun) veya yapmama (unterlassen) tarzındaki iradi davranışdır.³

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ EREN, Fikret: Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Koloğlu'ya Armağan, Ankara 1973, Armağan, s. 461 vd.; TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 491 vd.; HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku 2. Bası, İstanbul 1998, § 5; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000, s. 129 vd.; KOCA YUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 74; KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008, s. 196 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1969, s. 268 vd.

² ATAMER, Yeşim M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 10; FRANZ, Birgit: Qualitätssicherungsvereinbarungen und Produkthaftung, Band 179, 1.

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için, fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık kavramını açıklamak için doktrinde “subjektif hukuka aykırılık teorisi” ve “objektif hukuka aykırılık teorisi” olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Bunlardan “subjektif hukuka aykırılık teorisi”ne göre, bir kimsenin özel bir hakka dayanmaksızın, yetkili olmaksızın gerçekleştirdiği her türlü zarar verici davranışı hukuka aykırıdır. Buna göre, başkasına zarar verme veya zarar veren her fiil, karineten hukuka aykırı sayılır. Dolayısıyla, hukuka aykırı olan davranış değil, bizzat zarardır. Çoğunlukla kabul edilen “objektif hukuka aykırılık teorisi”ne veya diğer adıyla “normatif teori”ye göre ise, hukuka aykırılık, hukuk düzeninin öngördüğü kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruyan, emredici bir kurala uymayan bir davranışta bulunulmasıdır.⁴ Teorinin taraftarlarına göre, ihlal edilen hakkın korunmasına hizmet eden hukuk düzeninin yazılı olan veya olmayan, toplum içinde kişilerin yapmaları gereken davranışlar (emir) ile yapmamaları gereken davranışlara (yasaklara) aykırı davranılması halinde hukuka aykırılıktan bahsedilebilir.⁵ Emir ve yasaklardan oluşan genel davranış normlarından biri ihlal edildiğinde ayrıca hukuka aykırılığı gerekçelendirmeye gerek yoktur, fail nasıl davranmış olursa olsun hukuka aykırılık vardır.⁶ Normların özel hukuk veya kamu hukuku alanında olması önem arzetmez. Yine davranış normlarının yazılı olup olmaması da önemli değildir.⁷ Özellikle, uygulamada yargı organları tarafından ortaya çıkarılan özen kuralları (Sorgfaltsregeln) yazılı olmayan genel davranış kurallarına örnek verilebilir.⁸ Bu davranış kuralları, birlikte yaşama düzeninin kişilere tehlike kaynağı

Auflage, Baden-Baden 1995, s. 66; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s. 548.

³ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 492; EREN, s. 468; HATEMİ, s. 25; KILIÇOĞLU, s. 196.

⁴ OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner teil, 4. Auflage, Zürich 1975, s. 128; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961, s. 18; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 494; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 86-87; EREN, s. 545.

⁵ OFTINGER, s. 130.

⁶ TANDOĞAN, s. 21; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 495.

⁷ ÖZTAN, s. 88.

⁸ OFTINGER, s. 129; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 480; TANDOĞAN, s. 25.

olabilecek durumlardan bir zararın doğmasına engel olmak konusunda yüklediği tedbir niteliğindeki kurallardır. Özen kuralları herhangi bir hak yaratmamasına rağmen, ihlal edilmeleri halinde hukuka aykırılıktan bahsedilir. Buna karşılık doktrinde savunulan bir görüş uyarınca,⁹ mutlak hak ihlali hukuka aykırılığın göstergesi olarak yeterli olup, özen yükümlülüklerinin ihlali failin kusuruna ilişkin tespitler sırasında dikkate alınmalıdır. Zira, bu kurala göre hukuka aykırılık oluşturan fiiller, aslında mutlak hakların ihlalini yasaklayan genel davranış kurallarına göre de hukuka aykırıdır.

Yine, hukuka aykırı bir fiilin BK/OR 41'inci maddesi anlamında bir haksız fiil sayılabilmesi için, bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. En geniş anlamı ile zarar, bir kişinin hukuki değerlerinde (malvarlığında veya şahısvarlığında) isteği dışında meydana gelen azalmadır.¹⁰ Buna göre, zarar öncelikle maddi ve manevi zarar olmak üzere ikili bir ayrıma tabidir. Bunun dışında, zarar kavramı bakımından “doğrudan zarar” ve “dolaylı zarar” olmak üzere ikili bir ayırım daha yapılmaktadır.¹¹ Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin bu fiil nedeniyle araya ek bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Buna karşılık, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ek bir sebeple mağdurun uğradığı zarar dolaylı zarardır.¹²

Haksız fiilden dolayı sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için, zarar ile sorumluluk yaratan fiil arasında neden-sonuç ilişkisi, yani illiyet bağının da bulunması gerekir. Türk-İsviçre hukukunda hakim olan uygun illiyet bağı teorisine göre, sonucu yaratan tüm şartlar değil, sadece hukuk politikası açısından hukuki sorumluluğun doğması için en uygun olan bir veya birkaç şart, sebep olarak belirlenmektedir. Buna göre, hayat tecrübeleri, olayların normal akışı sebebin böyle bir sonucu yaratmayacağı yolunda ise, uygun illiyet bağı yoktur.¹³

⁹ EREN, s. 552; OĞUZMAN/ÖZ, s. 499.

¹⁰ TANDOĞAN, s. 63; EREN, s. 473.

¹¹ Zarar kavramının diğer ayrımları için bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 515 vd.; KILIÇOĞLU, s. 212.

¹² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 517; KILIÇOĞLU, s. 212.

¹³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 519; KILIÇOĞLU, s. 216; TUNÇOMAĞ, s. 287.

Son olarak, haksız fiilden bahsedebilmek için aranan şart, kişinin kusurudur.

Türk-İsviçre hukukunda kusur, “hukuka aykırı sonucu istemek veya sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır”. Bir kişinin hukuka aykırı sonucu istemesi halinde kasıt (Vorsatz), hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmaması halinde ihmal (Fahrlässigkeit) sözkonusu olur.¹⁴

B) Özen Yükümlülükleri

Kusurdan bahsedilen hallerde çoğunlukla ihmal sözkonusu olmaktadır. İhmal, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hâl ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemektir.¹⁵ İhmalin varlığını tespit edebilmek için ise, “özen” kavramından hareket edilir. Bunun için öncelikle gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ölçüsünün belirlenmesi gerekir. Bu konuda “subjektif” ve “objektif” olmak üzere iki ölçüden hareket edilmektedir. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, özenin kapsamı, failin subjektif nitelikleri dikkate alınmaksızın objektif olarak belirlenmeli; failin davranışının aynı şartlar altında bulunan normal ve makul insan tipinden beklenen ortalama davranış biçiminden farklı olması halinde ihmalin varlığı kabul edilmelidir.¹⁶ Bununla beraber, kusur kavramının objektifleştirilmesi, kusurun tüm insanlar için aynı, değiştirilemeyen bir kavram olduğu anlamına gelmez. Hâkim, her somut durumda, olayın tehlikeliliği, önemi ve güçlüğü gibi unsurları dikkate alarak, özenin ölçüsünü tespit etmeli, kendi hayat tecrübelerinden, bilgisinden ve insan tabiatından yararlanarak, gerekli özenin somut olayda gösterilip gösterilmediğine karar vermelidir.¹⁷

¹⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 526; TANDOĞAN, s. 45; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 492 vd.; EREN, s. 535-537.

¹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 529; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; EREN, s. 537.

¹⁶ OFTINGER, s. 143; TANDOĞAN, s. 50; ÖZTAN, s. 101; OĞUZMAN/ÖZ, s. 530; EREN, s. 537-538.

¹⁷ ÖZTAN, s. 102.

Kusurun objektifleştirilmesi, verilen zararların önceden görülebilir olmasının, yani zararın doğması ihtimalinin varlığının kusurun varlığını kabul için yeterli olduğu sonucuna götürmektedir. Kusurun objektif anlamı ile ele alınmasına bağlı olarak kişiler için birtakım yükümlülükler öngörülmektedir. Özen yükümlülükleri olarak bilinen yükümlülükler, haksız fiil hukukunun yazılı olmayan kurallarından biri olarak görülmektedir.¹⁸

Genel olarak ifade edilirse, özen yükümlülüğü, öngörülebilir bir hak ihlalden kaçınabilmek için ilgili kişinin faaliyetleri sırasında kendisinden objektif olarak talep edilebilir tüm tedbirleri almasını ve gerekli dikkati göstermesini öngörmektedir.¹⁹ Alman hukukunda özen yükümlülüklerinin kapsamı, BGB § 272/I, II hükmündeki objektif özen ölçütüne göre sınırlandırılmıştır. Buna göre, özen yükümlülüğü altındaki kişi, durumun gereklerine göre tehlikeyi ortadan kaldırmak için objektif olarak gerekli ve kendisinden beklenebilecek tüm önlemleri almak zorundadır.²⁰

C) İspat Yükü

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine göre, zarar gören kişinin haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli tüm şartları, hukuka aykırı bir fiilin varlığını, zararı, zarar ve fiil arasındaki illiyet bağı ve failin kusurlu olduğunu, MK. m. 6 uyarınca ispat etmesi gerekir.

II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İSPAT YÜKÜ

A) Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülükleri

Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde temel amaç olarak edim yükümleri ve bunların ifası öngörülmüş ve bu şekilde "ifa menfaati" (Erfüllungsinteresse) esas alınmıştır. Borçlu, sözleşmeden doğan "edim yükümleri"²¹ ne uygun hareket etmek, bu yüküm-

¹⁸ ÖZTAN, s. 107-108.

¹⁹ GILCHER, Bernd: Produkthaftung für Dienstleistungen, Strassburg 1994, s. 33.

²⁰ FRANZ, s. 67; Ayrıca bkz. REICH, Norbert/ MICKLITZ, W. Hans: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2003, s. 1054.

²¹ Edim yükümleri, kendi içinde "asli edim yükümleri" ve "yan edim yükümleri" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 31-36; KILIÇOĞLU, s. 20-21.

leri ihlal etmemek zorundadır. Örneğin, satılan bir buzdolabının yeterince soğutamaması nedeniyle alıcı tarafından kullanılamaması, doktorun koyduğu yanlış teşhis nedeniyle hastanın iyileşememesi, eve gelen tamircinin su tesisatını yanlış monte etmesi gibi hallerde, sözleşme ile amaçlanan ifa menfaati elde edilememektedir. Bununla beraber, modern Borçlar Hukuku doktrini sözleşme ilişkilerinde ifa menfaati yanında onun kadar önemli ikinci bir menfaati de koruma gereği duymuştur.²² Alacaklının “bütünlük menfaati” (Integritätsinteresse) olarak da bilinen bu menfaat, sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılar. Taraflar, sözleşme ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme, bunları koruma yükümlülüğü altındadırlar. Örneğin, soğutma işlevini tam anlamıyla yerine getirebilen buzdolabının elektrik kaçağı yapmak suretiyle kullanan kişinin yaralanmasına sebep olması, doktorun hijyen gereklerine dikkat etmeyerek hastasına başka bir hastalık bulaştırması, su tesisatını tamir etmeye gelen tamircinin, evin eşyalarına zarar vermesi gibi hallerde, ihlal edilen ifa menfaati değil, bütünlük menfaatidir. Tüm bu yükümler, “koruma yükümleri” adını almaktadır.

Kişilerin kişi ve malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatini koruma amacı güden koruma yükümleri, edim yükümlerinden tamamen bağımsız olup, MK. m. 2/T’de düzenlenmiş bulunan “dürüstlük kuralları”na dayanmaktadır.²³ Alman hukuk doktrininde bu yükümlere “özen gösterme yükümü” (Sorgfaltspflicht) de denilmektedir.²⁴ Kurulmak istenen bir sözleşme dolayısıyla tarafların arasında sosyal temasın gerçekleşmesi ve birbirlerinin kişi ve mal varlığı menfaatlerinin bu nedenle zarara uğrama tehlikesi bulunması sebebiyle, koruma yükümlülüklerinin de sözleşme ilişkisi içinde

²² FRANZ, s. 62; GILCHER, s. 17-18.

²³ EREN, s. 36, 40; SEROZAN, Edim, s. 117; KILIÇOĞLU, s. 21; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 246; BAYGIN, Cem: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD) 2000, C. IV, Sa. 1-2, s. 356.

²⁴ FRANZ, s. 62; LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, s. 10 vd.

kabul edilmesi gerekir.²⁵ Bu nedenle, koruma yükümlerini ihlali halinde de borçlu gereği gibi ifa etmemiş, dolayısıyla borç ilişkisini ihlal etmiş olur.

Hukukumuzda, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali çeşitli türlere ayrılır. Bunlar, “kusurlu ifa imkânsızlığı”, “temerrüt” ve “gereği gibi ifa etmeme”dir.

“Gereği gibi ifa etmeme” adı verilen bu üçüncü ihlal türü, Alman hukukunda “sözleşmenin müspet ihlali” (positive Vertragsverletzung/Pvv) olarak ifade edilmektedir.²⁶ Alman Medeni Kanununda sözleşmenin ihlali hallerinin sadece imkânsızlık ve temerrüt şeklinde düzenlenmiş olması nedeniyle, Alman doktrini “sözleşmenin müspet ihlali” kavramını yaratmıştır. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda “gereği gibi ifa etmeme” kurumu özellikle hükme bağlanmış olduğundan bu kavrama gerek duyulmamaktadır.²⁷ Bu ihlal türünün özelliği, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrüden farklı olarak pasif davranmayıp, yapmaması gereken birşeyi yapmasıdır. Oysa kusurlu imkânsızlık ve temerrüt hallerinde borçlu, edimin ifası için yapması gereken birşeyi yapmamaktadır.²⁸ Koruma yükümlerinin ihlali de, “gereği gibi ifa etmeme” veya Alman hukukundaki tabiriyle “sözleşmenin müspet ihlali” sayılmaktadır. Bu ihlal türünde, edim yükümleri ile yan yükümler ve özellikle koruma yükümleri ihlal edilmektedir. Koruma yükümleri, edim yükümlerinden farklı olarak sözleşmeden doğan edimin, sözleşmeye uygun olarak tam ve doğru yerine getirilmesini konu almaz.²⁹

Edim yükümlerinin ihlali “kötü ifa” olarak ifade edilir. Koruma yükümlülüklerinin ihlali de, gereği gibi ifa etmeme kategorisine girer ancak, kötü

²⁵ FRANZ, s. 62–63; GILCHER, s. 160.

²⁶ FRANZ, s. 62; HEUER, Uwe-Jens: Rechtsichere Verträge zur Gewährleistung der Produktsicherheit und zum Ausschluss von Produkthaftung, Hannover 1998, s. 4.

²⁷ TANDOĞAN, s. 398 vd; EREN, s. 1001; von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. EDEGE, Cevat), C. I-II, Ankara 1983, s. 572; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 972–973; ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771–819; OĞUZMAN/ÖZ, s. 319; SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2006, Özel, s. 157.

²⁸ EREN, s. 1000; OĞUZMAN/ÖZ, s. 319; TUNÇOMAĞ, s. 475.

²⁹ EREN, s. 1006; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 243–245.

ifa başlığı altında değerlendirilemez.³⁰ Burada, bir edimin ifasından ziyade alacaklının aynı hak, kişilik hakkı gibi edim menfaati dışında diğer menfaatlerinin (bütünlük menfaatleri) korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, bir koruma yükümü üstlenmiş olan kişinin yapması gereken, sosyal temas halinde bulunduğu kişinin bütünlük menfaatini ihlal etmemektir.

Koruma yükümlerinin ihlali ile haksız fiil sorumluluğu arasında bu noktada bir paralellik gözlenebilir. Öncelikle, haksız fiillerden doğan sorumluluk kapsamındaki özen yükümlülükleri ile³¹ sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamındaki koruma yükümlerleri arasında temelde bir fark bulunmamaktadır. Zaten, “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” (culpa in Contrahendo³²) kurumu da, haksız fiil hukukundaki özen yükümlülüklerinin sözleşme hukukuna nakledilebilmesi için oluşturulmuştur.

Doktrinde kısaca, “sözleşme öncesi sorumluluk” olarak adlandırılan bu sorumluluğun esası, kişilerin icap ve kabul beyanlarını açıklarken, hatta bu beyanlarda bulunmadan önce sözleşme müzakereleri sırasında muhatabına gereksiz güven vermekten kaçınması, onun canını ve malını zarardan koruması, iş hayatındaki dürüstlük kuralları gereğidir. Borçlar Kanunumuz bu konuda genel bir kurala yer vermemiş bulunmakla beraber, kanunda culpa in contrahendo’nun BK m. 192/II gibi özel tipleri düzenlenmiştir. Bu sorumluluk, doktrinin çoğunluğu tarafından sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Zira, daha sözleşme müzakereleri yapılırken taraflar arasında bir

30 Buna karşılık SEROZAN, “kötü ifa” ile “sözleşmenin müspet ihlali” arasında bir ayırım yapmamıştır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 243-244.

31 Bu özen yükümlülükleri ile kastedilen, kusurun objektif anlamı ile ele alınmasına bağlı olarak kişiler için öngörülen tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülükleridir. Alman hukukunda “Verkehrssicherungspflicht”, olarak bilinen bu yükümlülükler, haksız fiil hukukunun yazılı olmayan kurallarından biri olarak görülmektedir: GILCHER, s. 33-34; ÖZTAN, s. 120 vd.

32 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 978; von TUHR, s. 197-198; OĞUZMAN/ÖZ, s. 321 vd.; REİSOĞLU, s. 276-277; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPAÇI, s. 248 vd.; BAYGIN, s. 345 vd.; TUNÇOMAÇ, s. 145-148.

hukuki ilişki meydana gelmiştir. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu bu ilişkiden doğan yükümlerinin ihlaline dayanır.³³

Ancak, özen yükümlülüklerinin sözleşme hukuku alanına koruma yükümleri olarak nakledilmesiyle yükümlerinin özünde bir değişiklik yapılmış değildir. Koruma yükümlerini kapsayan sözleşmenin müspet ihlaline ilişkin davalarda da, iki yükümlülük türü arasındaki tek fark, yükümlülüklerin dayandığı kanun maddeleri olarak gösterilmektedir. Sözleşme yapmak amacıyla biraraya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılan koruma yükümleri ile haksız fiil hukukundaki özen yükümlülükleri birbirine paralel kavramlardır. Sözleşme hukuku alanındaki koruma yükümlerinin ortaya çıkması, edim yükümlerinin tersine sözleşmenin yapılmasıyla başlamamakta, haksız fiil hukukundaki özen yükümleri gibi bir tehlike kaynağı için sözleşmeden bağımsız bir sorumluluktan kaynaklanmaktadır.³⁴

Sonuç olarak, sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, haksız fiil hukukunda kusurun tespiti için başvuru olan özen yükümlülüklerinin ihlalini şart koşmaktadır. Buna göre, zarar veren, nedeni kendisi tarafından egemen olunan tehlike alanından kaynaklanan zararlar için sorumluluk taşınmalıdır. Böylece, haksız fiil hukukuna giren bir ihlal türü, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına alınmış bulunmaktadır.³⁵

B) İspat Yükü

Sözleşmeden veya sözleşme benzeri ilişkilerden doğan edim yükümlülükleri (Leistungspflichten) ve koruma yükümlülüklerinin (Schutzpflichten) ihlali halinde, zarar gören değil, zarar veren, ispatla yükümlü bulunmakta,

³³ SEROZAN, bu ilişkiden doğan yükümleri “edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi” olarak adlandırmaktadır. SEROZAN’a göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların aralarındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak birbirlerine karşı uymakla yükümlü oldukları özel davranış yükümlerinin ihlalden doğar. Bkz. SEROZAN, Rona: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Sa. 3, Edim, s. 108 vd.; BAYGIN, s. 354.

³⁴ GILCHER, s. 161–163.

³⁵ FRANZ, s. 63; HEUER, s. 4–5.

zarara yol açan fiili kusurlu şekilde yerine getirmediğini ortaya koymak durumunda kalmaktadır.³⁶

Koruma yükümlerinin ihlali halinde açılacak tazminat davasında da, alacaklıdan bir kusur ispatı beklenmez. BK m. 96'ya göre, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğun ortaya çıkması için, borca aykırı fiil, bu aykırılık nedeniyle bir zararın ortaya çıkması, borca aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve son olarak borca aykırı hareket eden kişinin kusurlu olması gerekmektedir. Borçlu alacaklıya verdiği zararın tazmininden ancak kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle kurtulabilir.³⁷

İspat yükünün ters çevrilmesi kuralının kabul edilmesi sonucu, zarar veren, zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiğini ispatla yükümlüdür. İspat yüküne ilişkin bu kuralın uygulanmasında, sözleşmenin türü önem taşımamaktadır. Gerek satım ve istisna gerekse hizmet sözleşmelerinin ihlali halinde uygulanacak ispata ilişkin hükümler arasında fark bulunmamakta, sözleşme türleri bakımından bir ayırım yapılmamaktadır.

Sonuçta, haksız fiil sorumluluğunda kusurun tespiti için başvuru olan özen yükümlülüklerinin ihlalinin ispatı ile sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlalinin ispatının, yükümlülükler arasındaki büyük benzerliğe rağmen ayrı kurallara tabi tutulması, zarar görenlerin menfaati açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, koruma yükümlerinin kusurlu ihlali için ispat yükümlülüğü, ister sözleşmeden isterse haksız fiilden doğan sorumluluk kapsamında ele alınsın, sorumluluk hukuku içindeki çelişkilerden kaçınmak için eşit olarak biçimlendirilmelidir.

SONUÇ

Haksız fiillerden doğan sorumluluk kapsamındaki özen yükümlülükleri ile sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamındaki koruma yükümlerinde temelde bir fark bulunmamaktadır. Hatta, "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in Contrahendo) kurumu da, haksız fiil hukukundaki özen yükümlülüklerinin sözleşme hukukuna nakledilebilmesi için oluşturulmuştur.

³⁶ LARENZ, s. 375; STOLL, Hans: Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, s. 522; GILCHER, s. 158; FRANZ, s. 64.

³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 317.

Özen yükümlülüklerinin sözleşme hukuku alanına koruma yükümlülükleri olarak nakledilmesiyle yükümlerinin özünde bir değişiklik yapılmış değildir. Koruma yükümlerini kapsayan sözleşmenin müspet ihlaline ilişkin davalarda da, iki yükümlülük türü arasındaki tek fark, yükümlülüklerin dayandığı kanun maddeleri olarak gösterilmektedir. Sözleşme yapmak amacıyla biraraya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar verememek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılan koruma yükümleri ile haksız fiil hukukundaki özen yükümlülükleri birbirine paralel kavramlardır. Bununla birlikte, sözleşmeden veya sözleşme benzeri ilişkilerden doğan edim yükümleri ve koruma yükümlerinin ihlali halinde, zarar görenin değil, zarar verenin, ispatla yükümlü bulunmasına karşılık; haksız fiiller bakımından özen yükümlülüklerinin ihlali halinde, zarar gören kişiden haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli tüm şartları, özellikle failin kusurlu olduğunu, MK m. 6 uyarınca ispat etmesi beklenmektedir.

Sonuçta, haksız fiil sorumluluğunda kusurun tespiti için başvuru alan özen yükümlülüklerinin ihlalinin ispatı ile sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlalinin ispatının, yükümlülükler arasındaki büyük benzerliğe rağmen ayrı kurallara tabi tutulması, zarar görenlerin menfaati açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, koruma yükümlerinin kusurlu ihlali için ispat yükümlülüğü, ister sözleşmeden isterse haksız fiilden doğan sorumluluk kapsamında ele alınsın, sorumluluk hukuku içindeki çelişkilerden kaçınmak için eşit olarak biçimlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

ATAMER, Yeşim M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.

BAYGIN, Cem: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD) 2000, C. IV, Sa. 1-2, s. 345-377.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.

EREN, Fikret: Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Koloğlu'ya Armağan, Ankara 1973, s. 461-491 (EREN, Armağan)

FRANZ, Birgit: Qualitätssicherungsvereinbarungen und Produkthaftung, Band 179, 1. Auflage, Baden-Baden 1995.

GILCHER, Bernd: Produkthaftung für Dienstleistungen, Strassburg 1994.

HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

HEUER, Uwe-Jens: Rechtsichere Verträge zur Gewährleistung der Produktsicherheit und zum Ausschluss von Produkthaftung, Hannover 1998.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006.

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005.

OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner teil, 4. Auflage, Zürich 1975.

ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982.

ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000.

REICH, Norbert/ MICKLITZ, W. Hans: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2003.

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2006. (SEROZAN, Özel)

SEROZAN, Rona: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Sa. 3.(SEROZAN, Edim)

STOLL, Hans: Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961.

TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1969.

von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. EDEGE, Cevat), C. I-II, Ankara 1983.