

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ

FURKAN ÖZDEMİR

DOKTORA TEZİ

ADANA /2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ

FURKAN ÖZDEMİR

Danışman: Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Fikret EREN

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Leyla MÜJDE KURT

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA

DOKTORA TEZİ

ADANA /2024

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN
(Danışman)

Üye: Prof. Dr. Fikret EREN

Üye: Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Üye: Doç. Dr. Leyla Müjde KURT

Üye: Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

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

Prof. Dr. Hüseyin GÜLER
Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. / / 20...

Furkan ÖZDEMİR

ÖZET

DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ

Furkan ÖZDEMİR

Doktora Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN

Kasım 2024, 422 sayfa

Borç ilişkileri, kural olarak nispi karakterli ilişkilerdendir. Bu durumun bir sonucu olarak, bu ilişkiye taraf olmayan üçüncü kişilerin, söz konusu borç ilişkisinden ötürü borç altına girmesi veya hak elde etmesi, kural olarak mümkün değildir. Gerek hukuki işlemde gerekse de kanundan doğan borç ilişkileri bakımından geçerli olan bu kural, alacaklının menfaati dogması veya objektif hukuka aykırılık teorisi ile desteklenerek, tazminat talep edebilecek kişilerin çevresini belirlemektedir. Nitekim alacaklının menfaati dogması, bir sözleşmenin ihlal edildiği hâllerde, yalnızca sözleşmeye taraf olan alacaklının zararlarının tazmin edilebileceğini vurgulamaktadır. Yine objektif hukuk aykırılık teorisi de mutlak veya özel koruma normu ile korunan bir hakkı ihlal edilmeyen kişilerin, haksız fiile dayanarak talepte bulunamayacağını ifade etmektedir. Ancak sözleşmesel sorumlulukta sözleşmeye taraf olmayan, haksız fiilde ise fiilin yönelmediği üçüncü kişilerin zarar gördüğü ve bu zararın tazmininin hakkaniyete uygun olduğu bazı hâller de mevcuttur. Söz konusu problemin farkında olan kanun koyucu, bazı düzenlemeler yaparak bahse konu ilkelere istisnalar getirmiş ve üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilemeyeceğine ilişkin kuralı yumuşatmıştır. Nitekim üçüncü kişi yararına sözleşme ile borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesi esnetilmiş, taraf iradelerinin bu yönde olduğu hâllerde, üçüncü kişilerin zararlarının da tazmin edilmesine olanak sağlanmıştır. Ne var ki temel kurala getirilen istisnalar bununla sınırlı kalmamış, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümü adına yeni teoriler ortaya atılmıştır. Edime yakınlığı sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin, taraf olmadıkları sözleşmeye dayanarak talepte bulunabileceklerini öngören üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesine getirdiği istisna ile bu durumun önemli örneklerinden birini oluşturmaktadır. Ancak üçüncü kişinin zarar gördüğü her durumda, üçüncü kişi yararına

sözleşmeyi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi veya kanunda yer alan bir hükmü uygulamak mümkün değildir. Nitekim sözleşmenin mevcut olduğu hâllerde sözleşmeye taraf olan kişide, haksız fiilde ise, fiilin yöneldiği kişide ortaya çıkması gereken zararın, özel durumlar sebebiyle, bu kişiyle hukuki veya fiili bağlantısı olan üçüncü bir kişide meydana geldiği durumlarda, genellikle bahse konu kurumlar uygulanamayacağı gibi yasal düzenlemelerden de faydalanılamaz. Zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı bu gibi hâllerde, talep hakkına sahip olan kişi zarar görmezken, zarar gören kişi ise borç ilişkisine taraf olmadığı için talep hakkına sahip değildir. İşte bu noktada, davranışlarıyla zarara sebep olan kişinin haksız bir şekilde sorumluluktan kurtulmasını engellemek adına, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu geliştirilmiş, alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirilerek borç ilişkisine taraf olan kişinin, üçüncü kişinin zararlarının tazminini talep edebileceği vurgulanmıştır. Bu çalışmada ise, söz konusu hâllerde örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilmiş, alacaklının menfaati dogması teleolojik redüksiyon yoluyla sınırlandırılarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmıştır.

Anahtar kelimeler: Borç ilişkilerinin nispiliği, alacaklının menfaati dogması, üçüncü kişinin zararı, zararın kayması, örtülü boşluk.

ABSTRACT

INDEMNIFICATION OF THIRD PARTY DAMAGE IN THE NARROW SENSE

Furkan ÖZDEMİR

Ph.D. Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN

November 2024, 422 pages

Debt relations are, as a rule, relations of a relative character. Because of this situation, third parties who are not parties to this relationship cannot, as a rule, incur debts or acquire rights due to the debt relationship in question. This rule, which applies to debt relations arising both from the legal transaction and the law, determines the circle of persons who can claim compensation, supported by the creditor's interest dogma or the theory of objective unlawfulness. Indeed, the dogma of the creditor's interest emphasizes that in cases of breach of a contract, only the creditor who is a party to the contract can recover damages. Again, the objective theory of unlawfulness states that persons whose rights protected by an absolute or special protection norm are not violated cannot make a claim based on the tort. However, in contractual liability, there are some cases where third parties who are not parties to the contract, and in tort, third parties to whom the act is not directed are harmed, and the compensation of this damage is in accordance with equity. Recognizing this problem, the legislator has introduced exceptions to the mentioned principles and softened the rule that third parties cannot be indemnified for damages. As a matter of fact, the principle of relativity of debt relations has been flexed with the contract for the benefit of third parties, and in cases where the will of the parties is in this direction, it is possible to compensate the damages of third parties. However, the exceptions to the basic rule are not limited to this, and new theories have been put forward to solve the problem of indemnification for third party damages. The contract with protective effects towards third parties, which stipulates that third parties who are damaged due to their proximity to the performance may make a claim based on the contract to which they are not a party, constitutes one of the important examples of this situation with the exception it brings to the principle of relativity of debt relations. However, it is not possible to apply the contract for the benefit of the third party, the contract with protective effects towards

third parties, or a provision of the law in every case where the third party is damaged. As a matter of fact, in cases where the damage that should occur in the person who is a party to the contract in cases where there is a contract, and in tort, in cases where the damage that should occur in the person to whom the act is directed occurs in a third person who has a legal or actual connection with this person due to special circumstances, generally the aforementioned institutions cannot be applied and legal regulations cannot be benefited from. In such cases, where the damage and the right to claim are separated, the person who has the right to claim does not suffer damage, and the person who suffers damage does not have the right to claim because he is not a party to the debt relationship. At this point, in order to prevent the person who caused the damage by his/her actions from being unjustly relieved from liability, the institution of indemnification of third party damage in the narrow sense was developed, and it was emphasized that the person who is a party to the debt relationship can demand compensation for third party damages by introducing an exception to the dogma of the creditor's interest. In this study, it is accepted that there is an implicit gap in the relevant cases, the dogma of the creditor's interest is limited through teleological reduction, and the institution of indemnification third party damage in the narrow sense is applied.

Keywords: The relativity of debt relations, the dogma of the creditor's interest, third party damage, transfer of damage, implicit gap.

ÖN SÖZ

“Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini” başlıklı bu çalışma, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında, Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN danışmanlığında doktora tezi olarak hazırlanmış, 04/11/2024 tarihinde Prof. Dr. Fikret EREN, Prof. Dr. Mehmet DEMİR, Doç. Dr. Leyla Müjde KURT, Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA ve Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN’dan oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Uzun ve çetrefilli bir sürecin sonunda ortaya çıkan bu çalışmanın tamamlanmasında emeği geçen birçok kişi bulunmaktadır. Benim için oldukça değerli bu katkıyı sunanlara teşekkür etmeyi bir borç bilirim:

Öncelikle lisansüstü eğitimim sırasında danışmanlığımı yürüten, akademik gelişimimde önemli bir katkısı bulunan, böylesine zor bir konunun seçiminden çalışmanın tamamlanmasına dek bana hep güvenen, desteğini esirgemeyen, bilgi ve tecrübelerini paylaşan, zor anlarımda her daim yanımda olan, asistanı olmaktan onur ve gurur duyduğum, kendisiyle bu yolu yürüdüğüm için kendimi şanslı hissettiğim, kıymetli hocam Doç. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN’a sonsuz şükranlarımı sunarım. Değerli hocam olmasaydı akademik kariyer yolculuğumun en önemli basamaklarından biri olan doktora sürecimi tamamlamam mümkün olmazdı. Dolayısıyla kıymetli hocama ne kadar teşekkür etsem azdır.

Kendisini tanıdığım ilk günden bu yana her daim yanımda olan, akademik hayatıma çok önemli dokunuşları bulunan, gerek akademik gerekse de hayata dair meselelerde deneyimlerini paylaşan ve desteğini esirgemeyen, asistanı olmaktan onur, gurur ve mutluluk duyduğum çok değerli hocam Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA’ya sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Bu yolculukta hocamın varlığı benim için çok değerliydi ve hep öyle de kalacak.

Tez jürimde yer alarak beni onurlandıran, kendisi ile tanışmaktan mutluluk duyduğum kıymetli hocam Prof. Dr. Fikret EREN’e, lisans dönemimde Medeni Hukuk ile tanışmama vesile olan, çalışmaya yapıcı önerilerini sunan, üzerimde emeği bulunan kıymetli hocam Prof. Dr. Mehmet DEMİR’e, yine kendisi ile tanışmaktan mutluluk duyduğum, çalışmaya çok değerli görüşleri ile önemli katkılarda bulunan, kıymetli hocam Doç. Dr. Leyla Müjde KURT’a sonsuz teşekkürleri sunarım.

Lisansüstü eğitimim sırasında birçok hocam desteklerini esirgemeyerek bu çalışmanın ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Öncelikle tez yazım sürecinde manevi

desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, çalışma azmimin dinç kalmasında çok önemli katkıları bulunan, akademik hayatıma çok önemli bir değer katan, kıymetli hocam Prof. Dr. Zeki OKUR'a sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Yüksek lisans ders dönemimde danışmanlığımı yürüten, fikirleriyle çalışmama değer katan, akademik hayatıma önemli katkılarda bulunan, desteğini her daim hissettiğim, kıymetli hocam Prof. Dr. Ömer KORKUT'a teşekkürü bir borç bilirim. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne adım attığım ilk günden bu yana desteğini her daim hissettiğim, akademik hayatıma önemli katkıları bulunan, üzerimde emeği bulunan değerli hocam Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın konusunu oluşturan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi, Alman hukukunda uzunca bir süredir incelenmektedir. Dolayısıyla Alman ve İsviçre hukuk literatüründe derin bir araştırma yapılmaksızın bu eserin ortaya çıkması mümkün değildir. Bu doğrultuda çalışmaya ilişkin araştırma yapmak üzere üç ay süre ile Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi'nde bulunma fırsatım oldu. Gönderdiği davet mektubu ile bana bu fırsatı sunan, kendisi ile tanışmaktan mutluluk duyduğum, hukuk fakültesi dekanı Prof. Dr. Jan LIEDER'e sonsuz şükranlarımı sunarım. Yine Almanya'ya gitmemde ve oradaki kütüphaneden ve veri tabanlarından faydalanmamda bana yardımcı olan Caren GOLDT'a teşekkürü bir borç bilirim.

Dostlukların önemine inanan biri olarak, böylesine zorlu bir sürecin arkadaşlarımdan destekleri olmaksızın tamamlanması oldukça güç olurdu. Bu doğrultuda, kürsüde ve Freiburg'da yol arkadaşlığı yaptığım, gerek fakültede gerekse de Almanya'da geçirdiğimiz zamanda çok güzel anılar biriktirdiğim, arkadaşı olmaktan büyük bir mutluluk duyduğum, desteğini her daim hissettiğim, kıymetli dostum Arş. Gör. Yiğit ÇELİK'e, kendisi ile arkadaş olmaktan mutluluk duyduğum, lisansüstü eğitimimin her anında yol arkadaşlığı yaptığım, bu süreçte her daim yanımda olan, benim için çok değerli bir arkadaş olan, mutluluğumu ve hüznümü paylaştığım, kıymetli dostum Arş. Gör. İdil Nur GÜRBÜZ GÖKBERK'e, arkadaşlığı ve desteği benim için her zaman kıymetli olan, sıkılmadan tez konumu saatlerce dinleyen ve fikir veren, her türlü ihtiyacımda yardımına koşan, kendisini tanımaktan büyük bir mutluluk duyduğum kıymetli dostum Arş. Gör. Tahsin MAVZER'e, Adana'ya geldiğim ilk günden bu yana her konuda desteğini ve yardımını esirgemeyen, kıymetli meslektaşım ve değerli abim Dr. Öğr. Üyesi M. Fatih CENGİL'e, dostluğu benim için her zaman kıymetli olan, kendisini tanıdığım ilk günden bu yana samimiyetini ve desteğini hissettiğim, değerli dostum Dr. Miray ÖZER DENİZ'e, kendisi ile tanışmaktan büyük bir mutluluk

duyduğum, tanıştığımız ilk günden bu yana samimiyetini ve desteğini her zaman hissettiren, çok değerli dostum Dr. Erman EKİNGEN'e, gerek manevi desteği gerekse de kaynak temini ile her daim yanımda olan, arkadaşı olmaktan büyük bir mutluluk duyduğum, çok değerli dostum Arş. Gör. M. Zahid DOĞANAY'a, tezde yer alan Fransızca metinlerin çevirisinde kıymetli katkılarını esirgemeyen değerli hocam Dr. Yasin SÖNMEZ'e, kendisini Almanya'da tanıma fırsatı bulduğum ve kaynak temini noktasında çok önemli yardımları bulunan Arş. Gör. Hüseyin Bahadır ÇOLAK'a, fakültede ve Almanya'da bulunduğum dönemde desteklerini esirgemeyen kıymetli hocalarım/meslektaşlarım, Dr. Öğr. Üyesi Seda ARSLAN DURMUŞ'a, Dr. Öğr. Üyesi Gözde KAZAKER BOZKURT'a, Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ'e, Dr. Öğr. Üyesi İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU'na, Dr. Deniz ALKIŞ CEMİLOĞLU'na, Dr. Mehmet DURDU'ya, Dr. Serhan YILDIRIM'a, Arş. Gör. Esra BULUT'a, Arş. Gör. Yasin Barış ÖZELCI'ye ve Arş. Gör. Ali Uçar KAYA'ya sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Öğrencilik hiç bitmeyecek bir unvan olsa da öğrenciliğimin son aşamasına geldiğim (şimdilik) bu dönemden baktığımda, beni yetiştiren, bugünlere gelmemde büyük bir özveri ile çabalayan, yaşamımın her anında sevgi ve şefkatlerini bir an olsun benden esirgemeyen, haklarını bir ömür boyu ödemem mümkün olmayan, kıymetli babam Arif ÖZDEMİR'e, çok değerli annem Nurkadın ÖZDEMİR'e ve kıymetli ablam Kevser SEZER'e ne kadar teşekkür etsem azdır.

Son olarak bu zorlu süreçte her zaman yanımda olan, hayatımı güzelleştiren, manevi anlamda çok zor zamanlar geçirdiğim bu dönemde gerginliğime sabır gösteren, ondan çaldığım vakitleri anlayışla karşılayıp destek olan, hayatıma girdiği için kendimi şanslı hissettiğim, hayat arkadaşım, kıymetli eşim Ayşe Nur ÖZDEMİR'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Furkan ÖZDEMİR

Adana/2024

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
ÖNSÖZ	viii
KISALTMALAR	xix
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II. ÇALIŞMANIN AMACI VE ÖNEMİ	5
III. İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	6

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ PROBLEMİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KAVRAMI

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARAR GÖRDÜĞÜ HUKUKİ İLİŞKİLER	9
II. ÖRNEK OLAYLAR.....	10
III. TERMİNOLOJİ	15
IV. TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNMAYA YETKİLİ KİŞİLERİN SINIRLANDIRILMASI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ PROBLEMİ	17
A. Borç İlişkilerinin Nispiliği Prensibi (<i>Die Relativität von Schuldverhältnissen</i>)	17
B. Alacaklının Menfaati Dogması (<i>Das Dogma vom Gläubigerinteresse</i>)	19
C. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi	21
D. Temel İlkelerin Bir Sonucu Olarak Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Problemi.....	23
V. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİNİN DAR VE GENİŞ ANLAMLARI	25
A. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Geniş Anlamı	25
1. Genel Olarak	25
2. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Probleminin Ortaya Çıkmadığı Hâller.....	26
a. Alacaklının Kendi Zararının Bulunduğu Hâller	26

aa. Genel Olarak	26
bb. Yardımcı Kişilerin Davranışlarından Ötürü Sorumluluk (TBK m. 116)	28
b. Kanunun Üçüncü Kişinin Zararının Tazminine İzin Verdiği Hâller	32
aa. Haksız Fiil Sorumluluğuna Gitme İmkânı	32
bb. Vekâletsiz İş Görme Hükümlerine Gitme İmkânı.....	33
cc. Üçüncü Kişinin Rücu Alacağına Sahip Olması veya Kanuni Halefiyetten Faydalanması	36
dd. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.....	39
ee. Pay Sahipleri ve Şirket Alacaklılarının Tazminat Talep Etme Hakkı..	41
ff. Alt Kira ve Kullanım Hakkının Devrinde Kiraya Veren Doğrudan Talepte Bulunma Hakkı (TBK m. 322/f. III).	43
gg. Vekâlet Veren Alt Vekile Başvurma İmkânı (TBK m. 507/f. III)	47
hh. Vekâlet Sözleşmesinde Yasal Devir (TBK m. 509/f. I, II).....	50
c. Taraf İradelerinin Üçüncü Kişinin Zararının Tazminine İmkân Sağladığı Hâller (<i>Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Vertrag zugunsten Dritter</i>)	52
B. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Dar Anlamı.....	58
VI. DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMU	
(ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARINI TAZMİN-DRITTSCHADENSLIQUIDATION)	60
A. Terminoloji	60
B. Tarihsel Gelişim	64
C. Zarar ve Talep Hakkının Birbirinden Ayrılması Meselesi	66
D. Kurumu Olan İhtiyacı Ortadan Kaldırmaya Yönelik Yaklaşımlar	68
1. Genel Olarak	68
2. Alacaklıya Zarar Atfeden Görüşler	70
a. Genel Olarak	70
b. Sorumluluk Menfaatini Geniş Tutan Görüşler	70
c. Alacaklının Sorumluluk Menfaati Dışında Mameleki Bir Menfaatinin Bulunduğu Görüşü.....	72
d. Alacaklının Geçici Menfaati Olduğu Görüşü.....	75
e. Objektif Asgari Zarar Görüşü	76
f. Denkleştirmenin Reddedilmesi Kuralını Kıyasen Uygulayan Görüş	

g.	Farazi İlliyet (Önüne Geçen İlliyet) Görüşü.....	82
h.	Aynen Tazmin Görüşü	85
3.	Üçüncü Kişiyeye Bağımsız Bir Talep Hakkı Veren Görüşler	88
a.	Genel Olarak	88
b.	Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Bulunduğu Görüşü.....	88
c.	Özel Bağlantı Bulunduğu Görüşü	93
aa.	Genel Olarak	93
bb.	BGB 311/III Hükümünü Uygulayan Görüş	101
cc.	Güvende Temsil Görüşü (<i>Vertretung im Vertrauen</i>).....	105
d.	İçerik Boş Bir Talep Hakkının Devredilmesi Görüşü	106
e.	Ekonomik Mülkiyet Görüşü	107
f.	Telafi Zararlarının Tazmini Görüşü (<i>Kompensationschadensersatz</i>) 108	
g.	BGB § 844/Abs. I Hükümünü (Cenaze Giderlerinin Tazmini) Kıyasen Uygulayan Görüş	109
4.	Alacaklının Menfaati Dogmasını Reddeden Görüş	111
VII.	DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNA OLAN İHTİYACIN DEVAM ETMESİ	113

İKİNCİ BÖLÜM

DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNUN TEMEL ÖZELLİKLERİ, OLAY GRUPLARI VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

I.	GENEL OLARAK	117
II.	TÜRLERİ	118
III.	HUKUKİ TEMELİ.....	119
A.	Genel Olarak	119
B.	Taraf İradeleri.....	119
C.	Örf ve Âdet Hukuku	120
D.	Hâkimin Hukuk Yaratması.....	122
E.	Kanun Hükümüne Dayanan Görüşler	122
1.	Alman Hukuku'ndaki Görüşler	122
2.	İsviçre Hukuku'ndaki Görüşler	124

3. Türk Hukukundaki Görüşler	125
F. Örtülü Boşluğun Varlığı ve Teleolojik Redüksiyon Yoluyla	
Temellendirme	126
1. Genel Olarak	126
2. Teleolojik Redüksiyon Kavramı	127
3. Alacaklının Menfaati Dogmasının Temel Amacı.....	129
4. Alacaklının Menfaati Dogmasının Teleolojik Redüksiyonu.....	130
IV. KURUMUN UYGULANMA ŞARTLARI	136
A. Zararın Kayması (<i>Schadensverlagerung</i>)	139
B. Özel Durumların Varlığı (<i>Besondere Umstände</i>)	142
C. Tesadüfilik (<i>Zufälligkeit</i>)	146
D. Üçüncü Kişinin Korunması Gerekliliği (<i>Schutzbedürftigkeit des Dritten</i>).....	148
E. Kurumun Sözleşme ile Dışlanmaması.....	151
F. Öngörülebilirlik? (<i>Erkennbarkeit</i>)	158
V. OLAY GRUPLARI	158
A. Kurumun Gelişiminde Olay Gruplarının Önemi	158
B. Genel Olarak Kabul Gören Olay Grupları	160
1. Dolaylı Temsil (<i>Mittelbare Stellvertretung</i>)	160
2. Hasar Riskinin Geçtiği Hâller (<i>Obligatorische Gefahrentlastung</i>).....	173
a. Genel Olarak	173
b. Satış Sözleşmesi Olayı.....	179
aa. Genel Olarak	179
bb. Hasar Riskinin Geçişine İlişkin Özel Bir Anlaşmanın Yapılması ..	186
cc. Alıcının Satılanı Teslim Almada Temerrüde Düşmesi Hâli	187
dd. Gönderme Yoluyla Satışlar	188
aaa. Genel Olarak	188
bbb. TTK m. 871/f. I Hükmü Uyarınca Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini.....	192
c. Eser Sözleşmesi Olayı	199
d. Vasiyet (Belirli Mal Bırakma) Olayı	209
3. Koruma (Muhafaza) İlişkileri (<i>Obhutsverhältnisse</i>)	213
a. Genel Olarak	213
b. Konaklama Yeri İşletenlerin Sorumluluğu (TBK m. 576)	225

4. İnançlı İşlemler (Treuhandverhältnisse, Fiduziarisches Rechtsgeschäft).....	230
C. Olay Gruplarının Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Tartışması	234
D. Farklı Olay Gruplarının Değerlendirilmesi	236
1. Genel Olarak	236
2. Zincirleme Sözleşmeler.....	236
a. Genel Olarak	236
b. Ürün Sorumluluğu	241
aa. Genel Olarak	241
bb. 7223 Sayılı Kanun Uyarınca İmalatçının Sorumluluğu	244
3. Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi	252
4. Diğer Durumlar.....	260
VI. BENZER HUKUKİ KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ.....	264
A. Genel Olarak	264
B. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ile Olan İlişkisi.....	265
C. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Olan İlişkisi	267
1. Kavram	267
2. Hukuki Temeli.....	269
3. Uygulanma Şartları	272
a. Edime Yakınlık (<i>Leistungsnähe des Dritten</i>)	273
b. Alacaklıya Yakınlık (<i>Gläubigernähe des Dritten</i>)	274
c. Üçüncü Kişinin Korunması Gerekliği (<i>Schutzbedürftigkeit des Dritten</i>)	276
d. Öngörülebilirlik (<i>Erkennbarkeit</i>).....	277
4. İki Kurumun Birbirinden Ayırt Edilmesine İlişkin Getirilen Kriterler.....	278
a. Sözleşme Tiplerine İlişkin Olarak Yapılan Ayırım.....	279
b. Zarar Türüne Göre Yapılan Ayırım	279
c. Amaç Kriteri	280
d. Öngörülebilirlik-Tesadüfilik Kriteri	281
e. Riskin (Zararın) Birikmesi-Riskin (Zararın) Kayması Kriteri.....	281
f. Değerlendirme	282
5. Kurumlar Arasındaki Yarışma Sorunu	285

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNUN
UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK	288
II. TAZMİNAT TALEBİNİN KİM TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLECEĞİ	
MESELESİ	290
A. Tazminat Talebinin Alacaklı Tarafından İleri Sürülmesi Gerektiği	
Görüşü	290
1. Genel Olarak	290
2. Alacaklının Talebi İleri Sürme veya Devretme Yükümlülüğü.....	293
a. İkame Değerin (<i>Stellvertretendes Commodum</i>) Devredilmesi	
Gerekliğine İlişkin Kuralın Kıyasen Uygulanması Gerektiği Görüşü...	293
aa. İkame Değer Kavramı	293
bb. İkame Değerin Devredilmesine İlişkin Kuralın Dar Anlamda	
Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Kurumunda Kıyasen	
Uygulanması	297
b. Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerle Dayanma İmkânı.....	299
3. Alacaklının Elde Ettiklerini Devretme Yükümlülüğü	302
4. Tazminatı Kimin Tahsil Edeceği Meselesi	305
5. Alacaklının Dava Açmada Hukuki Yararının Bulunup Bulunmadığı	
Meselesi	308
6. Üçüncü Kişinin Davaya Katılımı.....	311
7. Üçüncü Kişiye Dava Takip Yetkisi Verilip Verilemeyeceği Meselesi..	313
8. Alacaklının İflas Tehlikesine Karşı Üçüncü Kişinin Korunması	
Problemi.....	315
B. Üçüncü Kişiye Bağımsız Bir Talep Hakkı Verilmesi Gerektiği Görüşü.	317
1. Genel Olarak	317
2. Üçüncü Kişiye Her Durumda Bağımsız Bir Talep Hakkı Verilmesi	
Gerekliğini Savunan Görüş	319
3. Üçüncü Kişiye Belirli Durumlarla Sınırlı Olmak Üzere Bağımsız Bir	
Talep Hakkı Verilmesi Gerektiği Görüşü	319
4. Kanunun İmkân Sağladığı Hâller	320

5. Üçüncü Kişiyeye Tazminat Talep Etme Hakkı Verilmesinin Alacaklının Talep Hakkına/Taraf Sıfatına Olan Etkisi.....	322
6. Üçüncü Kişiyeye Talep Hakkı Verilmesi Durumunda Gündeme Gelecek Olan Mükerrer Ödeme Riski.....	325
III. ZARARIN HESABINDA KİMİN ŞAHSININ DİKKATE ALINACAĞI PROBLEMİ.....	328
A. Genel Olarak	328
B. Objektif Değerle Sınırlandırma Görüşü.....	329
C. Alacaklının Varsayımsal Zararıyla Sınırlandırma Görüşü	330
D. Üçüncü Kişinin Menfaatinin Öngörülebilirliğini Kıstas Alan Görüş	330
E. Üçüncü Kişinin Zararının Sınırlandırma Olmaksızın Tazmin Edilmesi Gerektiği Görüşü.....	331
IV. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ.....	333
A. Genel Olarak	333
B. Zarar Görenin Kusuru Meselesi.....	334
1. Genel Olarak	334
2. Tazminatın Belirlenmesinde Ortak Kusurun Etkisi.....	336
a. Üçüncü Kişinin Ortak Kusuru	336
b. Alacaklının Ortak Kusuru	339
3. Zararı Azaltma Külfetine Aykırı Davranışların Hukuki Sonucu.....	342
a. Genel Olarak Zararı Azaltma Külfeti.....	342
b. Üçüncü Kişinin Zararı Azaltma Külfeti	343
c. Alacaklının Zararı Azaltma Külfeti	345
C. Üçüncü Kişinin veya Alacaklının Rızasının Tazminata Olan Etkisi.....	346
1. Genel Olarak	346
2. Üçüncü Kişinin veya Alacaklının Rızası Meselesi.....	347
V. DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNUN UYGULANDIĞI HÂLLERDE DEF’İ VE İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ	348
A. Genel Olarak Def’i ve İtirazlar.....	348
B. Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Kurumunun Uygulandığı Hâllerde Takas.....	353
1. Genel Olarak Takas	353

2. Tazminat Talebinin Alacaklı Tarafından İleri Sürüldüğü Hâllerde	
Takas	357
a. Alacaklıya Karşı Olan Alacağın Takası	357
b. Üçüncü Kişiyeye Karşı Olan Alacağın Takası.....	360
3. Tazminat Talebinin Üçüncü Kişi Tarafından İleri Sürüldüğü Hâllerde	
Takas	361
a. Alacaklıya Karşı Olan Alacağın Takası	361
b. Üçüncü Kişiyeye Karşı Olan Alacağın Takası.....	365
SONUÇ	366
KAYNAKÇA	381

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
ABGB	:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Abs.	:	Absatz (Fıkra)
AET	:	Avrupa Ekonomik Topluluğu
Art.	:	Artikel (Madde)
AY	:	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
b.	:	Bent
Bd.	:	Band (Cilt)
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH	:	Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
CC	:	Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
CISG	:	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
Çev.	:	Çeviren
dpn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
E.T.	:	Erişim Tarihi
eBK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
ed.	:	Editör
f.	:	Fıkra
FFTFŞK	:	6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu
H.	:	Heft (Sayı)
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGB	:	Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)

HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İç.	:	İçinde
İİK	:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
Jahrg.	:	Jahrgang (Yıl)
K.	:	Karar
m.	:	Madde
N.	:	Paragraf Numarası
Nr.	:	Numara
OR	:	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	:	Reichsgericht (Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi)
RGZ	:	Reichsgericht Entscheidungen des in Zivilsachen (Alman İmparatorluk Mahkemesinin Hukuki Konulardaki Kararları)
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SMK	:	6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SSGSSK	:	5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	:	International Institute for the Unification of Private Law (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü)
ÜGDTK	:	7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu
vd.	:	ve devamı
vb.	:	ve benzeri
Y.	:	Yıl
Yarg.	:	Yargıtay
ZGB	:	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO	:	Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile bazı tali hakları ve borçları içeren bir hukuki ilişkidir. Bu ilişki, dar anlamda borca göre daha kapsamlı bir kavrama karşılık gelmekte olup, alacaklı ile borçlu arasındaki haklar ve borçlar yelpazesi olarak da tasvir edilmektedir. Bir borç ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için bu ilişkiyi kuran bir kaynağın bulunması gerekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "*Borç İlişkisinin Kaynakları*" başlıklı birinci bölümünde, temel olarak üç borç ilişkisi kaynağı düzenlenmiştir. Bunlar, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. Ne var ki borç ilişkisinin kaynakları, Kanun'da düzenlenmiş olan bu üç sebeple sınırlı değildir. Nitekim vekâletsiz iş görme, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu bir davranışta bulunma, koruma yükümlülüklerinin ihlali ve sözleşme dışındaki bir hukuki işlem de borç ilişkisinin kaynağı olabilir. Öğretide bu durum göz önünde bulundurularak, hukuki işlemde doğan borç ilişkileri ve kanundan doğan borç ilişkileri ayrımı yapılmış, tarafların hukuki işlem yapma iradesinin bulunduğu borç ilişkileri ile taraf iradelerine dayanmayan ve kanunun öngördüğü şartlar gerçekleştiği anda doğan borç ilişkileri, birbirinden ayırt edilmiştir.

Borçlar hukukunun konusunu teşkil eden borç ilişkilerine hâkim olan bazı ilkeler bulunmaktadır. Söz konusu ilkelerin başında ise, borç ilişkilerinin nispiliği ilkesi gelmektedir. Bu ilkeye göre, borç ilişkilerinden doğan alacak hakkı, yalnızca borçluya karşı ileri sürülebilir. Bir başka deyişle, üçüncü kişiler, kural olarak, taraf olmadıkları bir borç ilişkisinden ötürü borç altına girmedikleri gibi bu ilişkiden dolayı bir hak da kazanamazlar. Borç ilişkilerinin nispiliği prensibi, ister hukuki işlemde (genellikle sözleşme) isterse de kanundan kaynaklansın (genellikle haksız fiil), tüm borç ilişkileri bakımından geçerli olan bir kuraldır. Ancak borçlar hukuku sistemimize ilişkin bu temel ilkeyi destekleyen başka ilkeler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, alacaklının menfaati dogmasıdır. Bu dogmaya göre, hukuki işlemde doğan bir borç ilişkisi olan sözleşmenin ihlal edildiği hâllerde, bu ihlal sebebiyle ortaya bir zarar çıkarsa, söz konusu zararın tazmin edilmesini ancak sözleşmeye taraf olan alacaklı talep edebilir. Bir başka deyişle, sözleşmenin ihlalinin söz konusu olduğu hâllerde tazmin edilmesi gereken zarar, alacaklının zararıdır. Dolayısıyla sözleşmenin ihlal edilmesinden ötürü üçüncü bir kişinin

zarar gördüğü durumlarda, bu kişinin zararlarının sözleşme hukuku kurallarına göre tazmin edilmesine, kural olarak izin verilmez.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, borç ilişkilerinin nispiyeti ve alacaklının menfaati dogması, sözleşmeye aykırı bir davranış sonucunda ortaya çıkan zarar için tazminat talep edebilecek kişi veya kişileri belirlemektedir. Aynı durum, borç ilişkisinin diğer bir önemli kaynağı olan haksız fiiller için de geçerlidir. Nitekim yukarıda da vurgulandığı üzere, haksız fiilden doğan borç ilişkileri de nispi karakterli ilişkilerdendir. Zira bu tip bir borç ilişkisinde de zarar verici olay meydana geldikten sonra, zarar veren ile zarar gören kişi arasında nispi bir hukuki ilişki kurulur. Haksız fiilden doğan bu ilişkinin tarafları belirlenirken ise, zarara sebep olan fiili kimin gerçekleştirdiği ve bu fiilin kime yöneldiği incelenmektedir. Ne var ki bu ihtimalde de söz konusu sorumluluğu doğuran fiil veya olayın, uzak ya da yakın sonuçları sebebiyle zarar gören tüm kişilerin, tazminat talep etmelerine imkân tanınmamaktadır. Bu noktada tazminat talep etmeye yetkili kişilerin alanının sınırlanmasını sağlayan araç ise, objektif hukuka aykırılık teorisidir. Söz konusu teori uyarınca, bir fiil ancak yöneldiği kişinin mutlak bir hakkını veya özel koruma normu ile korunan, mutlak haklar dışındaki bir hakkını ihlal ediyorsa, hukuka aykırı olarak kabul edilir. Dolayısıyla, fiil sebebiyle zarar görmesine rağmen mutlak bir hakkı veya özel koruma normu ile korunan mutlak haklar dışında kalan bir hakkı ihlal edilmeyen kişilerin, haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararlarının tazminini talep etmesi mümkün değildir. Söz konusu teori böylelikle hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiğini tespit etmesinin yanında, haksız fiile dayanarak tazminat talep edebilecek kişilerin alanını da belirlemektedir.

Borçlar hukuku sistemimizin üzerine inşa edildiği söz konusu ilkeler, liberal ekonomiyi merkeze koyan hukuk düzenleri bakımından oldukça önemlidir. Zira bu tip bir ekonomik sistemde, kişilerin serbestçe ekonomik faaliyetlerde bulunması arzu edilir. Nitekim bir kişi, giriştiği ekonomik faaliyetler sonucunda öngörülemez sorumluluk riskleri ile karşı karşıya kalacaksa, bu türden bir faaliyeti yürütmek istemeyecektir. Bu noktada, kişilerin çığ gibi büyüyen sorumluluk risklerinin altında ezilmesini engelleyecek bir sistem, hukuk kuralları vasıtasıyla inşa edilir. Yukarıda bahsedilen ilkeler de bu sistemin inşasında kullanılan, oldukça gerekli ve faydalı araçlardır.

Ne var ki söz konusu ilkelerin katı bir şekilde uygulanması, bazı hâller bakımından hakkaniyete aykırı birtakım sonuçların doğmasına sebep olabilir. Bu durumun farkında olan kanun koyucu, belirli durumlarla sınırlı olmak üzere, üçüncü kişilerin zararlarının da tazmin edilebileceğini öngören düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Taraf iradelerine

dayanan ancak TBK’da da düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme, bu nitelikteki düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Nitekim üçüncü kişi yararına sözleşme ile borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesine bir istisna getirilmiş ve sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin de bu sözleşmeden hak elde edebileceği düzenlenmiştir. Yine ölen kişinin yakınlarının, belirli şartların sağlanması ile zarar veren kişiden destekten yoksun kalma tazminatı, ağır bedensel zarar ve ölüm hâlinde ise zarar görenin ve ölenin yakınlarının manevi tazminat talep edebileceği öngörülmüş, böylelikle yansıma zararların (üçüncü kişinin zararı) tazmin edilemeyeceğine ilişkin genel kurala istisna getirilmiştir. Ancak üçüncü kişinin zararının tazmin edilemeyeceğine ilişkin temel kuralın istisnaları, kanun koyucunun yasal bir düzenleme yaptığı hâller ile sınırlı değildir. Nitekim öğreti ve yargı uygulamalarında, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin adil olduğu bazı hâllerde, kanunda bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiğini ifade eden yaklaşımlar da gelişmektedir. Bu yaklaşımlar arasında en fazla kabul gören ve üçüncü kişinin zararının tazmini probleminde sıklıkla başvurulanan teorilerden biri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir. Edime yakınlıkları sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin, temas hâlinde oldukları sözleşmeye dayanarak borçludan talepte bulunmalarını sağlayan bu kurum, üçüncü kişi yararına sözleşme gibi borç ilişkilerinin nispiyeti prensibinin bir istisnasıdır.

Görüldüğü üzere, bir borç ilişkisinde üçüncü kişinin zararlarının tazmin edilemeyeceğini öngören temel kural gerek yasal düzenlemeler gerekse de öğretideki görüşler ve yargı kararları ile esnetilmiş, üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme de üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümünde sık kullanılan araçlar hâline gelmiştir. Ancak üçüncü kişilerin zarar gördüğü ve bu zararın tazmininin hakkaniyete uygun olduğu her durumda, üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını kabul etmek veya üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı veren ancak borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesine bir istisna getirmesi sebebiyle daha ağır şartları olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi uygulamak mümkün değildir. Bu durumun bir sonucu olarak öğreti ve yargı uygulamalarında, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin söz konusu kurumlar vasıtasıyla çözülemediği hâller bakımından farklı çözüm yolları üzerinde durulmuştur. Türk hukukunda “*üçüncü kişinin zararını tazmin*” şeklinde ifade edilen, bu çalışmada ise “*dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini*” olarak adlandırılacak “*Drittschadensliquidation*” kurumu, tam da böyle bir eğilimin tezahürüdür. 1800’lü yılların ortasında Alman hukukunda yeşermeye başlayan bu kurum,

zamanla üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümünde kullanılan ana aktörlerden biri hâline gelmiştir.

Kurumun ele aldığı temel mesele, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemidir. Borçlar hukukunun inceleme konusunu oluşturan borç ilişkilerinde, alacaklı (haksız fiilde zarar gören), aynı zamanda zararının tazmini için talepte bulunma hakkına sahip olan bir kişidir. Bu kişi, borçlu (haksız fiilde zarar veren) ile olan borç ilişkisine taraf olduğu için temel durumda (alacaklı-borçlu, zarar gören-zarar veren arasındaki ilişki) yukarıda bahsedilen ilkelerden herhangi bir sapma söz konusu değildir. Ne var ki bazı hâllerde, borç ilişkisine taraf olan kişinin uğraması gereken zarar, özel durumlar sebebiyle bu kişiyle hukuki veya fiili bir ilişki içinde olan, sözleşmede tarafların dışında, haksız fiilde ise fiilin yöneldiği kişi dışında kalan, üçüncü bir kişide ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde, talep hakkına sahip olan kişi, herhangi bir zarara uğramazken, zarar gören üçüncü kişinin ise talep hakkı bulunmamaktadır. Söz konusu durumda, alacaklı ile borçlu arasında üçüncü kişi yararına bir sözleşme akdedilmemişse veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartları sağlanamamışsa, borçlunun (zarar veren) hakkaniyete aykırı bir şekilde sorumluluktan kurtulması problemi ortaya çıkacaktır. Nitekim bu hâlde, alacaklı zarar görmediği, üçüncü kişi ise borç ilişkisine taraf olmadığı için tazminat talep edememektedir. İşte bu noktada, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmasının getireceği söz konusu adaletsiz sonucu engellemek adına, *“Drittschadensliquidation”* kurumu geliştirilmiş, alacaklının menfaati dogması olarak adlandırılan temel ilkeye (dolaylı olarak borç ilişkilerinin nispiliği ilkesine) bir istisna getirilerek, borç ilişkisine taraf olan kişinin (sözleşmede alacaklı, haksız fiilde fiilin yöneldiği kişi), bazı hâllerde üçüncü bir kişinin zararının tazminini isteyebileceği kabul edilmiştir. Üçüncü kişinin zararını genellikle sözleşme hukuku prensiplerine dayanarak tazmin etmeye çalışan bu kurum, bu kişinin zararını, alacaklının talep hakkının yanına çekerek, zarar ile talep hakkını yeniden bir araya getirmektedir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini, yüz elli yılı aşkın bir süredir Alman hukukunda inceleme konusu yapılmaktadır. Geçen zaman içerisinde, kurumun şartları ve uygulama alanı bulacağı olay grupları belirlenmiş ve kurum günümüzdeki görünümüne kavuşmuştur. Bugün gelinen noktada söz konusu kurum, üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyle birlikte, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümünde kullanılan üç ana aktörden biridir.

II. ÇALIŞMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi, Alman hukukunda derinlemesine analiz edilen konuların başında gelmektedir. Nitekim Alman hukuk öğretisinde, ilgili mesele hakkında birçok eser kaleme alınmış, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümü adına geliştirilen, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin olarak zengin bir literatür inşa edilmiştir. Uzun yıllar boyunca inceleme konusu yapılan bu kurum, geçen zaman içerisinde yasal düzenlemelere de yansımıştır. Ancak yapılan yasal düzenlemeler, genel anlamda kurumun ele alınmasına ilişkin olmayıp, münferit durumlarla sınırlı olmak üzere dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin izlerini taşır niteliktedir.

Alman hukukunda durum böyle iken, İsviçre-Türk hukukunda ise aynı zenginlikten söz etmek pek de mümkün değildir. Nitekim Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi, 2001 yılında verdiği bir kararda, “*Drittschadenliquidation*” kurumunun, şimdiye dek herhangi bir teorik çalışmada ele alınmadığını, bu durumun da mahkemelerin karşılaştığı taleplerle tezat oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme, önüne gelen birçok olayda, üçüncü kişilerin zararlarının tazminine ilişkin taleplerin ileri sürüldüğü ancak kuruma ilişkin araştırmaların, bu talepler karşısında yetersiz kaldığı imasında bulunmuştur. Mahkemenin kararında kendisine yer bulan “...İsviçre pratiği bu bakımdan bir çöl gibidir. Çiçek açan öğreti bu noktada açıkça sert bir zemine çarpmaktadır” ifadesi, İsviçre uygulamasının konuya olan bakış açısını eldivensiz bir şekilde ortaya koymaktadır.

Türk hukukundaki durum ise, İsviçre’den çok da farklı değildir. Nitekim Türk hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi, ilk kez ve detaylı bir biçimde, Haluk Tandoğan’ın 1963 yılında kaleme aldığı, “*Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*” başlıklı eserde incelenmiştir. İlgili eserde Tandoğan, üçüncü kişinin zararının tazmininin geniş ve dar anlamları üzerinde durmuş, bazı hâllerde yasal olarak öngörülme de üçüncü kişinin zararının da tazmin edilebileceğini vurgulamıştır. Yazarın dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında ele aldığı konular incelendiğinde, “*Drittschadensliquidation*” (*Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin/Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini*) ve “*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*” (*Üçüncü Kişiyi Korumayı Etkili Sözleşme*) kurumları üzerinde durduğu göze çarpmaktadır. Ancak Tandoğan, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini ele alırken, “*Drittschadensliquidation*” kurumunu öğretide ileri sürülen bir yaklaşım olarak incelemiş, kuruma karşı yöneltilen eleştirel görüşleri de çalışmasının kapsamına dâhil

etmiştir. *Tandoğan'ın*, üçüncü kişinin edime yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hâller başlığında incelediği üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu ise ilerleyen yıllarda uygulama alanını giderek genişletmiş, bu durum Türk hukuk literatüründeki eserlere de yansımıştır. Nitekim sonraki zamanlarda, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi daha çok, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, güven sorumluluğu, yansıma zararların tazmini gibi meseleler ekseninde ele alınmış, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini ise bu kurumlar ile olan ilişkisi bağlamında sınırlı bir şekilde incelenmiştir. Hâl böyle iken, Alman hukukunda yıllardır tartışma konusu yapılan, İsviçre hukukunda ise son dönemde daha fazla incelenmeye başlayan bu kurumu, tüm yönleriyle ele alma zorunluluğu doğmuştur.

Söz konusu sebeplerle, bu çalışmada “*dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini*” kurumunun, detaylı bir şekilde incelenmesi amaçlanmıştır. Yapılan bu çalışma, üçüncü kişinin zararının tazmini problemiyle bağlantılı olarak ele alınan diğer meselelerin de daha iyi anlaşılmasına hizmet edecektir.

III. İNCELEME PLANI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışma, üç bölüm ve yapılan incelemelere müteakip ulaşılan sonuçların yer aldığı bir sonuç kısmından oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin yaşanabileceği, üç köşeli hukuki ilişkiler üzerinde durulmuştur. Ancak söz konusu ilişkiler, yalnızca soyut olarak tasvir edilmemiş, on adet örnek olay üzerinden somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Devam eden başlıkta, çalışma boyunca kullanılacak olan terminolojiyi yeknesaklaştırmak adına, ilişkinin üç köşesinde yer alan kişileri ifade edecek terimler belirlenmiştir. Ardından üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin önüne geçerek, tazminat talep etmeye yetkili kişilerin çevresini belirleyen, borçlar hukukunun temel prensiplerine değinilmiştir. Bahse konu prensiplerin, borçlar hukuku sistemimiz bakımından olan önemi irdelendikten sonra, bazı hâllerde ilgili prensiplere istisna getirilip getirilemeyeceği meselesi üzerinde durulmuştur. Daha sonra üçüncü kişinin zararının tazmininin geniş ve dar anlamları hakkında bir inceleme yapılmış, “*Drittschadensliquidation*” kurumunun, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında incelenmesi gerektiği tespit edilmiştir. Bununla bağlantılı olarak, kurumu ifade etmek üzere kullanılacak terminoloji, kurumun tarihsel gelişimi ve ayırt edici özelliğinin ne olduğu üzerinde de durulmuştur. Söz konusu kurumun temel olarak, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllere özgü olarak uygulandığının belirlenmesinin

ardından, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu dışında ilgili problemin çözümü adına ileri sürülen diğer yaklaşımlar ele alınmıştır. Bu bölümün son başlığında ise, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna getirilen alternatif yaklaşımlara rağmen, kuruma olan ihtiyacın devam edip etmediği meselesi incelenmiştir.

Genel kapsamın çizildiği ilk bölümün ardından, ikinci bölümde ilk olarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin türleri ele alınmıştır. Bunu takiben, genel itibarıyla yasal bir düzenlemesi olmayan bu kurumun, hukuki temelini ne olabileceği hakkında değerlendirmelerde bulunulmuş, hukuki temelin tespit edilmesine müteakip, kurumun uygulanması için gerekli olan şartlar ele alınmıştır. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, belirli durumlar bakımından uygulama alanı bulduğu için söz konusu kurum bazı olay grupları üzerinden incelenmektedir. Bu noktada, kurumun gelişiminde ilgili olay gruplarının önemi, kurumun hangi olaylarda uygulanacağı ve kabul edilen olay gruplarının sınırlı sayıda olup olmadığı tartışması, ikinci bölümde ele alınacak diğer önemli konu başlıklarındandır. Bu bölümde son olarak, üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi içerisinde ele alınan, üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarının, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini ile olan ilişkisi üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda ilgili kurumların benzer ve farklı özelliklerinin incelenmesinin yanı sıra, kurumlar arasında öncelik-sonralık ilişkisinin bulunup bulunmadığı meselesi de ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise, temel özellikleri tespit edilen dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, somut bir uyuşmazlıkta nasıl uygulanacağı meselesi incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle, tazminat talebinin kim tarafından ileri sürüleceği hususu inceleme konusu yapılmıştır. Söz konusu incelemeyi takiben, tazminat talebini ileri sürecektir kişiye bağlı olarak ortaya çıkabilecek maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin problemler ile bu problemlere getirilebilecek çözüm önerileri üzerinde durulmuştur. Ardından zararın hesabında kimin şahsının dikkate alınacağı meselesi hakkında değerlendirmeler yapılmış ve bu meseleyle bağlantılı olarak tazminatın hesaplanması hususu incelenmiştir. Bu noktada özellikle zararın meydana gelmesindeki ortak kusurun, zararı azaltma külfetine aykırı davranışların ve zarar görenin rızasının, tazminatın belirlenmesine olan etkisi hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Üçüncü bölümün son başlığında ise, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar meselesi ele alınmış ve özellik arz etmesi sebebiyle takas beyanında bulunulması hususu, bağımsız bir başlık altında incelenmiştir.

Çalışma, yapılan incelemeler sonucunda ulaşılan neticelerin yer aldığı sonuç bölümüyle sonlandırılmıştır.

Bu çalışma ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun genel hatlarıyla ortaya koyulması amaçlandığından, üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi ile bağlantılı olarak ele alınan diğer hususlar ancak konuyla ilgisi olduğu ölçüde sınırlı bir biçimde incelenmiştir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin zararının tazminine yasal olarak imkân veren hâller ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, güven sorumluluğu gibi ilişkili kurumlar üzerinde ayrıntılı olarak durulmamış, bunlar hakkında yalnızca dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile olan bağlantısı kapsamında bir inceleme yapılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ PROBLEMİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KAVRAMI

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARAR GÖRDÜĞÜ HUKUKİ İLİŞKİLER

Üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini inceleyebilmek için öncelikle bu tip bir zararın ortaya çıkabileceği hukuki ilişkilerin neler olduğunun tespit edilmesi gerekir. Modern iş hayatında salt iki kişilik ilişkiler pek düşünülemez¹. Zira borç ilişkisi, az ya da çok yoğun bir şekilde başka kişiler üzerinde de etki doğurmaktadır. Bir borç ilişkisinin üçüncü kişiler üzerindeki zarar doğurucu etkisi, özellikle hukuka veya sözleşmeye aykırı bir davranış olduğunda gündeme gelir. Bu tip bir davranış sebebiyle borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü bir kişinin zarar görmesi oldukça muhtemeldir.

Üçüncü kişinin zararı olarak adlandırılan bu zararlar, tesadüfen meydana gelmez. Bu türden bir zarar, genellikle üçüncü kişinin borç ilişkisinin taraflarından biriyle olan bağlantısı sebebiyle ortaya çıkar. Üçüncü kişi ile borç ilişkisinin taraflarından biri arasındaki söz konusu bağlantının kaynağı, hukuki işlem (özellikle sözleşme) veya kanun olabilir. Bu bağlantı sebebiyle borç ilişkisindeki “*patolojik*”² durum, üçüncü kişiye de yansımakta ve bu kişinin zarar görmesine sebep olmaktadır.

Üçüncü kişinin zarara uğradığı hukuki ilişkiler, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar arasında en sık karşılaşılanı ise üç kişinin farklı iki sözleşmeyle birbirine bağlı olduğu durumlardır. Üçüncü kişi, edim konusu başka bir sözleşmenin edim konusu ile ilgili olan bir sözleşme akdederse, dışında kaldığı sözleşme ile zorunlu olarak temasa geçer. Bu durumda, dışında kaldığı sözleşmede ortaya çıkabilecek bir ifa engelinin ona da zarar vermesi ihtimal dâhilindedir. Bunun yanında üçüncü kişinin taraf olduğu borç

¹ Weber’e göre “*neredeyse her hukuki ilişkinin başka kişileri de kapsayabileceği*” kabul edilebilir (WEBER, Rolf H.; Dreipersonen-Verhältnisse im Schuldrecht, iç. Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, VOGT, Nedim Peter/ZOBL, Dieter (ed.), Helbing & Lichtenhahn, Basel 2002, s. 171).

² Bir borç ilişkisi, borçlunun yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda “*patolojik*” olarak tanımlanabilir. Bu hususta bkz. VON GRAFFENRIED, Caroline; Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen, HAUSHERR, Heinz (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2019, s. 5, N. 10, dpn. 19.

ilişkisindeki edim konusunun, başka bir kişinin haksız fiilinden etkilenmesi hâli de akıllara gelebilir.

Söz konusu modeller, üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği temel durumları ifade etmektedir. Ne var ki temel modellerin soyut bir şekilde ortaya koyulması, tek başına üçüncü kişinin zararının gündeme geldiği hukuki ilişkileri belirlemeye hizmet etmemektedir. Bu sebeple söz konusu ilişkilerin çeşitli örnekler çerçevesinde somutlaştırılması zorunluluk arz etmektedir. Bu doğrultuda takip eden başlıkta, üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği hukuki ilişkilere çeşitli örnekler verilecektir. İlgili örnek olaylar, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin anlaşılması bakımından da önemli olacaktır.

II. ÖRNEK OLAYLAR

Üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği hukuki ilişkilerden ilki, hasar riskinin taşınmasına ilişkin kurallar çerçevesinde, hasarın (hasar riskinin) bir kişiden başka bir kişiye aktarıldığı durumlardır. Üçüncü kişi bu ihtimalde söz konusu kurallar sebebiyle edim veya bedel hasarını taşıdığından, bir başkasının hukuka veya sözleşmeye aykırı davranışından ötürü zarara uğramaktadır. Aşağıda verilen üç olay, bu duruma örnek olarak gösterilebilir:

Örnek Olay-1: *Şarap ticareti ile uğraşan satıcı (A) ile aynı sektörde yer alan alıcı (B) arasında 1000 şişe şarabın satın alınması hususunda bir satış sözleşmesi akdedilir. (B), şarapların bağımsız bir taşıyıcı olan ve karayolu taşımacılığı yapan (C) aracılığıyla teslim edilmesini talep etmiş, (A) da bunu kabul ederek (C) ile bir taşıma sözleşmesi imzalamıştır. Şaraplar taşıma sırasında taşıyıcı (C) 'nin kusuru ile yok olmuştur. Taşıma sözleşmesine taraf olan satıcı (A), sözleşmeye aykırılık sebebiyle taşıyıcı (C) 'ye tazminat davası açmıştır. Söz konusu davada (C), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 'nun (TBK) m. 208/f. III hükmüne dayanmış, bedele ilişkin hasarın alıcıya geçtiğini, satıcının herhangi bir zararının bulunmadığını, dolayısıyla da tazminat sorumluluğu bakımından gerekli bir unsur olan zarar şartının sağlanmadığını ileri sürmüştür. Bu durum üzerine alıcı (B), bedel hasarını kendisinin üstlendiğinden bahisle zararı için taşıyıcı (C) 'ye dava açmıştır. Bu davada (C), (B) 'nin taşıma sözleşmesine taraf olmadığını, malların taşındığı dönemde*

mülkiyet hakkını kazanamadığı için haksız fiil sorumluluğuna da dayanamayacağını ileri sürmüştür³.

Örnek Olay-2: (B) firması, (A)'ya ait bir binanın yeniden inşası kapsamında, binanın duvarlarında yer alan iç sıvaya bakır folyolar döşemiş ve eseri tamamlamak için diğer yüklenici olan (C)'nin levha döşemesini beklemeye başlamıştır. (C) firması ise bu bakır folyolara sıcak bitüm yapıştırıcı ile polistiren levhalar döşemiştir. Bu faaliyet sırasında (C) firmasına atfedilen bir kusur sebebiyle yangın çıkmış ve bakır folyolar tamamen yanmıştır. İş sahibi (A), (C) firmasına yangın sebebiyle dava açmıştır. Bu davada (C) firması, TBK m. 483/f. I hükmüne dayanarak, malzemeye gelen hasara (B)'nin katlanmadığını, (B) firmasının hasarı üstlenmesi sebebiyle (A)'nın herhangi bir zararının bulunmadığını ve tazminata ilişkin zarar şartının sağlanamadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B) firması, malzemelerine verilen zarar sebebiyle (C) firmasına dava açmıştır. Söz konusu davada (C) firması, (B) firması ile aralarında akdi bir ilişkinin olmadığını, malzemelerin ise (A)'ya ait binanın bütünleyici parçası hâline geldiği için (B) firmasının mülkiyet hakkının da bulunmadığını, dolayısıyla haksız fiil sorumluluğuna da dayanamayacağını ifade etmiştir⁴.

Örnek Olay-3: (M), kendisine ait olan antika bir vazoyu, el yazılı vasiyetname ile mirasçı sıfatına sahip olmayan (B)'ye vasiyet etmiştir. (M)'nin mirasçısı (A), vasiyet alacağını yerine getirmeden önce, (C) bu vazoya zarar vermiştir. (A), bu olay üzerine (C)'ye tazminat davası açmıştır. (C) bu davada, (A)'nın mülkiyet hakkına sahip olmasına rağmen herhangi bir zararının bulunmadığını, zira vasiyet edilen mala ilişkin hasara 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 518/f. I uyarınca vasiyet alacaklısının katlanacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine vasiyet alacaklısı (B), (C)'ye karşı tazminat davası açmıştır. (C), bu kez de (B)'nin mülkiyet hakkına sahip olmadığı itirazında bulunmuştur⁵.

³ Söz konusu olay taşıma hukukuna ilişkin özel hükümler dikkate alınmaksızın kaleme alınmıştır. Konuyu ele alan özel hükümler, ilgili konu başlığı altında incelenecektir. Benzer bir örnek için ayrıca bkz. **OETKER**, Hartmut; “Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation”, Juristische Schulungen (JuS), 2001, s. 833.

⁴ Benzer bir örnek için ayrıca bkz. **LANGÉ**, Hermann/**SCHIEMANN**, Gottfried; Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, s. 472.

⁵ Benzer örnekler için bkz. **TÄGERT**, Hans; Die Geltendmachung des Drittschadens, Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht, H. 1, Heid in Hols 1938, s. 2; **SEROZAN**,

Üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği bir diğer durum, dolaylı temsil hâlleridir (TBK m. 40/f. II). Dolaylı temsilci, kendi adına, başkasının hesabına hukuki işlem yapan bir kişidir⁶. Dolaylı temsilcinin sözleşme yaptığı kişinin borca aykırı davranması hâlinde, hesabına sözleşme yapılan kişinin zarar görmesi oldukça muhtemeldir. Aşağıda verilen olay, bu duruma örnek olarak gösterilebilir:

Örnek Olay-4: (A), (B) 'nin dolaylı temsilcisi olarak (C) ile kendi adına, (B) hesabına bir sözleşme akdetmiş, ancak (C) bu sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemiştir. (A), (C) 'ye karşı gereği gibi ifa etmeme sebebiyle tazminat davası açmıştır. (C), (A) 'nın dolaylı temsilci olduğunu öğrenmiş ve bu olayda sözleşmeyi başkası hesabına akdettiği için herhangi bir zararının bulunmadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), zararları için dava açmış, o da sözleşmeye taraf olunmadığı itirazıyla karşı karşıya gelmiştir⁷.

Üçüncü kişinin zarar gördüğü bir diğer hâl de inançlı işlemlerdir. İnançlı işlemde, inanan malvarlığında bulunan bir şey veya hakkı (inanç konusu), teminat veya idare amaçlı olarak inanılan kişiye devretmektedir⁸. İnanılan, inanç konusunu üçüncü bir kişiden de elde edebilir⁹. İnanılan, inanç konusu üzerinde hukuki işlem ile güdülen amaçtan daha fazla hukuki iktidara sahip olup, yalnızca nispi bir talep hakkı veren sözleşme ile (inanç anlaşması) sınırlandırılmaktadır¹⁰. Bu durum, inananın üçüncü kişi olarak zarar görme ihtimalini ortaya çıkarır. Aşağıda verilen olay, bu duruma örnek teşkil edebilecek niteliktedir:

Rona/ENGİN, Baki İlkay; Miras Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 498, N. 27c.

⁶ YAVUZ, Cevdet; Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 23.

⁷ Benzer bir örnek için bkz. FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas; Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 11th revised Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin-Boston 2017, s. 308, N. 612.

⁸ ÖZSUNAY, Ergun; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1968, s. 1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, § 35, s. 365-366, N. 37.

⁹ ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 110; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, s. 379, N. 61. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Furkan; İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 1 vd.

¹⁰ ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, s. 367, N. 39.

Örnek Olay-5: (B), (A) bankasından kredi çekmiş, kredi borcuna teminat göstermek için (C)'ye karşı olan alacağını bankaya devretmiştir. Banka, vade geldiğinde (C)'den ödeme yapmasını talep etmiş ancak (C) bu ödemeyi yapmayarak temerrüde düşmüştür. Bunun üzerine (B), (A) bankasına daha fazla ödeme yapmak zorunda kalmıştır. Borcun ödenmesinden sonra (B), devredilen alacağın temerrüt zararı dahil olmak üzere (C)'den tahsil ederek kendisine devredilmesini, (A) bankasından istemiştir. Bu talebin ardından (A) bankası, (C)'ye dava açmıştır. Bu davada (C), bankanın temerrüt sebebiyle herhangi bir zarara uğramadığını, daha fazla faiz tahsil ederek temerrüdün mali sonuçlarından etkilenmediğini, alacağı teminat amacıyla devreden (B)'nin ise alacak hakkının sahibi olmadığını, dolayısıyla herhangi bir talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür¹¹.

Üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği bir diğer durum, üçüncü kişiye ait eşyaya ilişkin olarak yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmeye aykırı davranışıyla bu eşyaya zarar verdiği ihtimalde gündeme gelebilir. Aşağıda kaleme alınan olay, bu duruma örnek olarak gösterilebilir:

Örnek Olay-6: (A), (B)'ye ait bir malın haksız ama iyiniyetli bir zilyedidir. (A), söz konusu malı tamir ettirmek üzere (C)'ye vermiştir. Söz konusu mal, tamir esnasında (C)'nin yardımcısının kusuru sebebiyle zarar görmüştür. (B), malın kendisine devredilmesini istemiş, (A) bu talebi kabul etmiş ancak iyiniyetli zilyet olduğu için TMK m. 993/f. II uyarınca zarardan herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), mülkiyet hakkına dayanarak (C)'den talepte bulunmayı düşünmüş ancak onun TBK m. 66 uyarınca kurtuluş kanıtı getirebileceğini hesaba katarak sözleşme tarafı (A)'dan zararlar için talepte bulunmasını istemiştir. Bunun üzerine (A), aralarındaki sözleşmeye dayanarak zararların tazminini (C)'den istemiştir. Ancak (C), (A)'nın herhangi bir zararının bulunmadığını ifade ederek davanın reddini talep etmiştir¹².

Üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği diğer durum, belirli bir şeyi konu edinen ve her seferinde taraflardan biri değişmek üzere birbirini takip eden birden fazla

¹¹ Benzer bir örnek için bkz. FUCHS, Maximilian/PAUKER, Werner/BAUMGÄRTNER, Alex; Delikts- und Schadenersatzrecht, 9. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2017, s. 389.

¹² Benzer bir örnek için bkz. TANDOĞAN, Halûk; Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 146 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 862.

sözleşmenin yapıldığı hâllerdir. Aşağıda verilen iki olay bu duruma örnek olarak gösterilebilir:

Örnek Olay-7: Veteriner hekim (A), üretici (C)'den kuş gribine karşı aşı temin etmiş, bu aşıyla yetiştirici (B)'nin tavuklarını aşılamıştır. Aşının üretim sürecinde bakteriyel kontaminasyona uğraması sebebiyle, (B)'nin 4000'den fazla tavuğu telef olmuştur. Bunun üzerine (A), (B)'nin uğradığı zarar sebebiyle aralarındaki sözleşmeye dayanarak (C)'den talepte bulunmuştur. Söz konusu davada (C), TBK m. 112 uyarınca yalnızca sözleşme tarafı olan alacaklının zararını tazminle yükümlü olduğunu ileri sürmüştür¹³.

Örnek Olay-8: (A) ile (B) arasında finansal kiralama sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşmeye göre kiralayan (A), kiracı (B)'nin isteği üzerine kira konusu makinaları üretici (C)'den satın alıp, (B)'ye teslim edecektir. Teslimden sonra malların ayıplı olduğu ortaya çıkmış ve (B) sözleşme ortağı (A)'ya başvurmuştur. (A), Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu (FFFTFŞK) m. 24/f. VI hükmüne dayanmış, kira konusu kiracının talebi üzerine üçüncü bir kişiden temin edildiği için kendisinin sorumlu olmayacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), doğrudan (C)'ye karşı talepte bulunmuştur. (C) bu davada (B) ile aralarında herhangi bir akdi ilişki bulunmadığını, (B)'nin mülkiyet hakkına da sahip olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Amacına ulaşamayan (B), (A)'dan sözleşme ortağı olarak (C)'ye karşı talepte bulunmasını istemiş, bu talebi geri çevirmeyen (A), zararların tazmini için (C)'ye dava açmıştır. Bu davada (C), (A)'nın herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı için zararının da meydana gelmediği itirazında bulunmuştur¹⁴.

Üçüncü kişi, bazı hâllerde taraf olmadığı bir sözleşmedeki edime yakınlığı sebebiyle de zarar görebilmektedir. Aşağıdaki olaylar, bu zararın ortaya çıktığı durumlar kapsamında değerlendirilebilir:

Örnek Olay-9: (A) ile (C) arasında bir kira sözleşmesi akdedilmiştir. (A)'nın çocuğu (B), kiralanan taşınmazda yer alan, kusurlu bir şekilde tamir edilmiş merdiven boşluğuna düşerek zarar görmüştür. Bunun üzerine (B), kira sözleşmesine dayanarak

¹³ Söz konusu olay, Alman Federal Mahkemesi'nin ünlü "Hühnerpest-Fall" (Tavuk Vebası Olayı) kararından uyarlanmıştır. Karar için bkz. BGH, Urteil vom 26.11.1968, VI ZR 212/66, beck-online.beck.de, E.T. 27.01.2024.

¹⁴ Bu durum için bkz. **MARTI-SCHREIER**, Leonora; Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung, **HAUSHERR**, Heinz (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2015, N. 205.

(C)'den talepte bulunmuş ancak (C) borç ilişkisinin nispi olduğunu ileri sürerek sözleşmeye taraf olmayan (B) 'nin talebinin reddedilmesini istemiştir¹⁵.

Örnek Olay-10: (A), taşınmazını satmayı düşünmektedir. (B) ise bu evi satın almak istemekte ancak güvenilir bir taşınmaz değerlendirme uzmanından fiyat almanın uygun olacağı fikrini taşımaktadır. (A), bu düşünce üzerine taşınmaz değerlendirme uzmanı olan (C)'den bir rapor alabileceğini söyler ve (B) de bu teklifi kabul eder. (C), kusurlu bir şekilde taşınmazın çatı katını incelemeksizin bir değerlendirme raporu düzenlemiştir. Fakat söz konusu çatıda taşınmazın değerinin düşmesine sebep olacak bir ayıp bulunmaktadır. (B), taşınmazı değerlendirme raporuna güvenerek satıcının sorumluluğundan arı bir şekilde satın almıştır. Bunun üzerine (B), değerlendirme uzmanı (C) 'ye zararlarının tazmini için dava açmış, (C) de borç ilişkilerinin nispi olduğuna dayanarak talebin reddini istemiştir¹⁶.

Yukarıda verilen örnek olaylarda da gösterildiği üzere, (B), (C) kişinin sözleşmeye veya hukuka aykırı davranışları sebebiyle zarara uğramaktadır. (B)'nin zararlarının tazmini talep edildiğinde ise, (C) tarafından çeşitli itirazlar ileri sürülmektedir. Bu noktada (C), (B) ile aralarında herhangi bir borç ilişkisi olmadığına, ilişkiye taraf olan (A)'nın ise herhangi bir zararının bulunmadığına vurgu yapmaktadır.

Üçüncü kişinin zarar gördüğü bu hâllerde, davranışlarıyla zarara sebep olan kişinin sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı, yanıt bulunması gereken bir sorudur. Bu soruyu yanıtlayabilmek için öncelikle, üçüncü kişinin zararının tazmin edilememesinin altında yatan sebepler belirlenmelidir. Bu belirleme yapıldıktan sonra, üçüncü kişinin zararının tazminine hangi hâllerde izin verileceği değerlendirilmelidir.

III. TERMİNOLOJİ

Üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği hukuki ilişkilerin temel görünimleri tasvir edildikten sonra yapılması gereken, tarafların üç köşeli bu tip ilişkilerde nasıl adlandırılacağına belirlenmesidir. Bu adlandırma, pratiklik ve yeknesaklık sağlaması bakımından da önemli olacaktır.

Çalışmanın ele aldığı temel konu, üçüncü kişinin zararlarının tazmin edilmesi olduğundan, tarafların adlandırılması hususunda üçüncü kişinin bakış açısı belirleyici

¹⁵ Benzer bir örnek için bkz. **BROCKMANN**, Tim/**KÜNNEN**, Simon; “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation”, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2019, s. 731.

¹⁶ Benzer bir örnek için ayrıca bkz. **TRAUGOTT**, Rainer; Das Verhältnis von Drittschadensliquidation und Vertraglichem Drittschutz, Duncker & Humblot, Berlin 1997, s. 59.

olmalıdır¹⁷. Bu doğrultuda “*patolojik ilişkinin*”¹⁸ dışında kalmasına rağmen hukuka veya sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle zarar gören kişi, “*Üçüncü Kişi (Dritter)*” olarak adlandırılır¹⁹. Üçüncü kişi, “*patolojik*” olarak adlandırdığımız ilişkinin dışında kalsa da önceki başlıklarda gösterildiği üzere, söz konusu ilişkiyle bir bağlantısı bulunmaktadır.

Her iki hukuki ilişkiye de taraf olan ve üçüncü kişiyle bağlantısı bulunan kişi ise, “*Alacaklı (Gläubiger)*” olarak adlandırılır²⁰. Bu kişinin alacaklı olarak adlandırılmasının temel sebebi, borca aykırı davranılan sözleşmede alacaklı konumunun bulunmasıdır. Alacaklı, bunun dışında haksız fiil sorumluluğunun doğmasına sebep olabilecek nitelikteki bir hakkın sahibi de olabilir. Örnek gösterilen olaylarda, hukuka veya sözleşmeye aykırı bir davranış sonucunda tipik olarak zarar görmesi gereken kişi alacaklıdır. Ancak incelemeye konu olan bu hâllerde, alacaklı yerine (bazı hâllerde alacaklının yanında) üçüncü bir kişi zarar görmektedir.

Sözleşmeye veya hukuka aykırı davranışı ile üçüncü kişiye zarar veren kişi ise “*Borçlu (Schuldner)*” olarak adlandırılır²¹. Alacaklı ile sözleşmeye veya haksız fiile dayanan bir borç ilişkisi içinde olan borçlunun, üçüncü kişiyle kural olarak doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır.

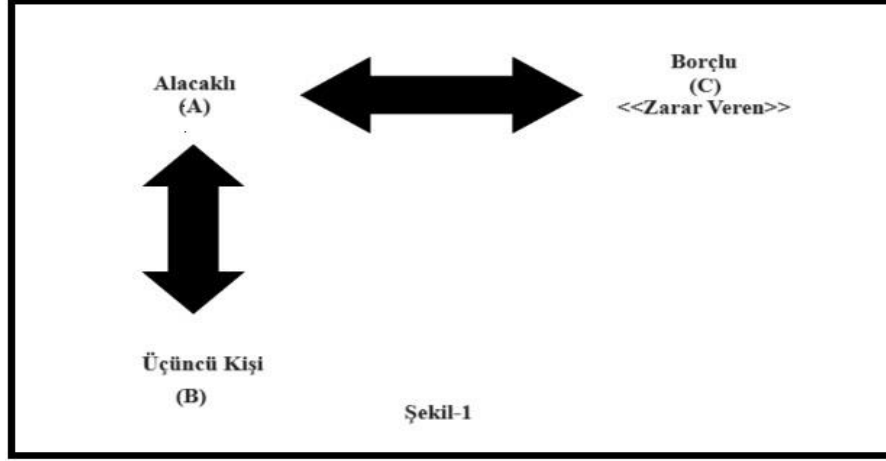
¹⁷ Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki bu çalışmada kullanılan terminoloji, üçüncü kişi dikkate alınarak inşa edildiği için “*alacaklı*” ve “*borçlu*” pozisyonları da bu kişinin bakış açısının bir sonucu olarak şekillenmiştir. Dolayısıyla bu çalışmada “*alacaklı*” olarak anılan kişinin, aynı zamanda borç ilişkisindeki asli edimin borçlusu veya “*borçlu*” olarak anılan kişinin, borç ilişkisindeki asli edimin alacaklısı olması pekâlâ mümkündür. Nitekim taraflar arasındaki sözleşme her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme ise böyle bir durum kaçınılmaz olarak ortaya çıkacaktır.

¹⁸ Daha önce de vurgulandığı üzere, sözleşmeye aykırılık durumunda söz konusu sözleşme için “*patolojik sözleşme*” tabiri kullanılmaktadır. Bu noktada hem sözleşmeye aykırılığı hem de haksız fiili ifade etmek üzere, “*patolojik ilişki*” ifadesinden faydalanılabilir.

¹⁹ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 13; VON GRAFFENRIED, s. 9, N. 20.

²⁰ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 13; VON GRAFFENRIED, s. 9, N. 21.

²¹ MARTI-SCHREIER, N. 13; VON GRAFFENRIED, s. 9, N. 22.



IV. TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNMAYA YETKİLİ KİŞİLERİN SINIRLANDIRILMASI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ PROBLEMİ

Gerek sözleşme sorumluluğunda gerek sözleşme dışı sorumlulukta, sorumluluğa yol açan fiil veya olgu sebebiyle herhangi bir şekilde menfaati etkilenen, bu fiil veya olgunun uzak ya da yakın bir sonucu olarak zarar gören tüm kişiler, tazminat talep edemez²². Tazminat talep etmeye yetkili kişilerin alanı, dar bir şekilde çizilmiştir²³. Bu alan oluşturulurken ise temel bazı ilkelerden faydalanılmaktadır. Takip eden başlıklarda bu ilkelerin neler olduğu ve üçüncü kişinin zararının tazmini meselesine olan yansımaları üzerinde durulacaktır.

A. Borç İlişkilerinin Nispliği Prensibi (*Die Relativität von Schuldverhältnissen*)

Borçlar hukukuna hâkim olan temel prensiplerden biri, borç ilişkilerinin nispi olmasıdır²⁴. Bu ilkeye göre, kural olarak bir borç ilişkisi yalnızca alacaklı ve borçlu

²² TANDOĞAN, Tazmin, s. 1.

²³ TEICHMANN, Arndt; Kommentierung zu Vor § 249-253 iç. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, STÜRNER, Rolf (ed.), 18. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2021, Vor BGB § 249, N. 17.

²⁴ VON TUHR, Andreas/PETER, Hans; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Bd., 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1979, s. 9; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 28, N. 96; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Legem Yayınevi, 29. Baskı, Ankara 2024, s. 18-19, N. 52; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 27.

arasında bir bağ teşkil etmekte, üçüncü kişileri etkilememektedir²⁵. Bu durumun bir sonucu olarak üçüncü kişiler borç ilişkisinden bir hak kazanamadığı gibi borç altına da girmemektedir²⁶.

Borç ilişkisinin bir kaynağı olan sözleşmede taraflar, özel bir ilişkinin tesisini arzu etmekte ve buna yönelik bir planlama yapmaktadır. Taraflar arasında herkesten bağımsız olarak kararlaştırılan sözleşme hükümleri, yalnızca onlar arasında geçerli olmaktadır. Tarafların bir araya gelmesinin tesadüf olmaması, tazminat talep etmeye yetkili kişilerin alanının sınırlandırılmasına da yansımaktadır²⁷. Bu ilkenin bir sonucu olarak, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda yalnızca borçlunun sözleşme ortağı olan alacaklı, sözleşmeye dayalı tazminat talebinde bulunabilir. Sözleşmede taraf olmayan üçüncü bir kişinin tazminat talebini ileri sürmesi ise kural olarak mümkün değildir.

Sözleşme dışı sorumlulukta durum biraz daha farklıdır. Burada genel bir ödevin ihlalinden önce taraflar arasında nispi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır²⁸. Herkesin uyması gereken ve herkes tarafından ihlal edilebilen ödevlerin yerine getirilmemesi sonucunda, kişiler tesadüfî olarak karşı karşıya gelmektedir. Ne var ki burada da zarar verici olayın gerçekleşmesinden sonra taraflar arasında nispi bir hukuki ilişki doğmaktadır²⁹. Nispilik sözleşme dışı sorumlulukta da tazminat talep etmeye yetkili kişilerin alanını sınırlamakta, mutlak hakkı veya özel bir koruma normu ile korunan bir

Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 16, N. 90; **SCHWENZER**, Ingeborg/**FOUNTOULAKIS**, Christiana; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, s. 26, N. 04.06; **LOOSCHELDERS**, Dirk/**MAKOWSKY**, Mark; “Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter”, Rechtsbrücke (Hukuk Köprüsü Dergisi), N. 4, S. 4, 2013, s. 204; **FURRER**, Andreas/**MULLER-CHEN**, Markus/**ÇETİNER**, Bilgehan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 19, N. 48.

²⁵ **VON TUHR/PETER**, s. 9; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 28, N. 96; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 16, N. 90; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 19, N. 48; **NEUNER**, Jörg; “Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen”, Juristen Zeitung, 54. Jahrg., Nr. 3, 1999, s. 126.

²⁶ **VON TUHR/PETER**, s. 9; **EREN**, Genel Hükümler, s. 18-19, N. 52.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 22, N. 73; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 16, N. 90; **MARTI-SCHREIER**, N. 73; **NEUNER**, Dritter, s. 127.

²⁷ **AKÜNAL**, Teoman; “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C. 14, S. 5, Temmuz-1988, s. 224; **BÄRTSCH**, Harald; Verabsoluierte Relativität, Schulthess Verlag, Zürich 2009, s. 68.

²⁸ **EREN**, Genel Hükümler, s. 584, N. 1592.

²⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 584, N. 1592; **VON GRAFFENRIED**, s. 1, N. 2.

hakkı ihlal edilen kişi ile zarar veren kişi arasında bir borç ilişkisi meydana getirmektedir. Bu nitelikteki bir hakkı ihlal edilmeyen üçüncü bir kişinin ise haksız fiile dayanarak tazminat talep etmesi mümkün değildir.

B. Alacaklının Menfaati Dogması (*Das Dogma vom Gläubigerinteresse*)

Borç ilişkilerinin nispileği ile bağlantılı olan bir diğer ilke ise, “*alacaklının menfaati dogması*”dır. Bu ilkeye göre, zararı için tazminat talep etmeye yetkili olan alacaklı, yalnızca kendi zararının tazminini talep edebilir³⁰. Borçlu, üçüncü kişinin zararı olarak adlandırılan, alacaklıda değil de üçüncü bir kişide ortaya çıkan zararları tazmin etmek zorunda değildir³¹.

Alman hukukunda “*alacaklının menfaati dogması*” olarak adlandırılan bu ilke, borç ilişkilerinin nispileğinin bir yansıması olduğu için İsviçre-Türk hukukunda da kabul edilen bir prensiptir³². Alman ve Türk hukukunda bu ilkeye ilişkin hükümler yer almasına rağmen İsviçre hukukunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) “*Zararın Tazmininin Türü ve Kapsamını*” belirleyen § 249/Abs. I hükmünde, tazminat ödemekle yükümlü olan kişinin zararsız durumu kime iade etmesi gerektiği açıkça düzenlenmemiştir³³. Ancak BGB § 249/Abs.

³⁰ **MEDICUS**, Dieter/**LORENZ**, Stephan; Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2021, N. 26; **VON SCHROETER**, Hans Ulrich; “Die Haftung für Drittschaden”, Juristische Ausbildung (JURA), H. 7, 1997, s. 343; **NEUNER**, Dritter, s. 127.

³¹ **VON GRAFFENRIED**, s. 1-2, N. 3.

³² **WEBER**, Rolf H./**EMMENEGGER**, Susan; Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen iç. Berner Kommentar, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, OR Art. 97, s. 280, N. 487; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 455, N. 1423; **SEROZAN**, Rona; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, **BAYSAL**, Başak/**SANLI**, Kerem Cem (ed.), Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, § 16, s. 281, N. 7.

³³ BGB § 249/Abs. I: “*Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.*”

BGB § 249/Abs. I: “*Tazminat ödemekle yükümlü olan kişi, tazminatı gerektiren durum meydana gelmemiş olsaydı var olacak olan durumu iade etmelidir.*”

II³⁴ ve § 251³⁵ hükümleri incelendiğinde, alacaklının zararının tazmin edilmesi gerektiği görülmektedir. Dolayısıyla alacaklının menfaati dogmasının BGB’de dolaylı da olsa düzenlendiği söylenebilir³⁶.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) bakımından incelenecek hüküm ise, OR Art. 97/Abs. I’dır. Söz konusu hüküm uyarınca, borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse, borçlu kusurlu olmadığını kanıtlayamadığı sürece ortaya çıkan zarar için tazminat ödemekle yükümlüdür³⁷. Hüküm daha yakından incelendiğinde, kimin zararının tazmin edilmesi gerektiğinin açıkça düzenlenmediği görülebilir.

Türk hukuku bakımından inceleme yapılırken, 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) dönemi ile 6098 sayılı TBK dönemi arasında bir ayrım yapılabilir. eBK m. 96’da *“Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur”* şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini eBK döneminde inceleyen Tandoğan³⁸, söz konusu hükümde tazmin edilecek zararın, alacaklının zararı olduğuna ilişkin açık bir belirlemenin yapılmadığını, zararın borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden ötürü ortaya çıkmasının yeterli olacağını ifade etmiştir.

6098 sayılı TBK’da ise alacaklının menfaati dogması bakımından daha açık bir düzenlemenin yapıldığı söylenebilir. Nitekim TBK m. 112 hükmü uyarınca, *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat*

³⁴ BGB § 249/Abs. II: *“Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen....”*

BGB § 249/Abs. II: *“Bir kişinin yaralanması veya bir şeyin zarar görmesi nedeniyle tazminat ödenecekse, alacaklı eski durumun aynen iadesi yerine bu amaç için gereken para miktarını talep edebilir...”*

³⁵ BGB § 251/Abs. I: *“Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.”*

BGB § 251/Abs. I: *“Eski durumun aynen iadesinin mümkün olmaması veya alacaklıyı tazmin etmeye yetmemesi hâlinde, tazminat ödemekle yükümlü olan taraf alacaklıyı nakden tazmin etmelidir.”*

³⁶ **MEDICUS/LORENZ**, N. 26.

³⁷ m. 97/f. I OR: *“Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.”*

³⁸ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 360.

etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” Söz konusu hükümde, “alacaklının bundan doğan zararı” ifadesi bulunduğundan, TBK’da alacaklının menfaati dogmasına ilişkin bir hükmün yer aldığı kabul edilebilir.

C. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminde ele alınması gereken diğer bir husus da hukuka aykırılıktır. Haksız fiil sorumluluğunun temel şartlarından biri olan hukuka aykırılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği hususunda, temel olarak iki farklı görüş ortaya atılmıştır³⁹. Bunlar, subjektif ve objektif hukuka aykırılık teorileridir.

Subjektif hukuka aykırılık teorisine göre⁴⁰, bir fiile hukuka aykırılık vasfını verdiren, failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır. Failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması, fiili hukuka aykırı hâle getirmektedir.

Objektif hukuka aykırılık teorisine göre ise⁴¹, hukuka aykırılığın tespitinde failin davranışı esas alınmalıdır. Alman⁴², İsviçre⁴³ ve Türk⁴⁴ hukukunda kabul edilen bu teoriye

³⁹ Öğretide subjektif ve objektif hukuka aykırılık teorisi arasında sıkışıp kalındığı argümanına dayanarak üçüncü bir hukuka aykırılık teorisi geliştirilmiştir. Subjektif hukuka aykırılık teorisinin genel bir sorumluluk karinesi yarattığı, objektif hukuka aykırılık teorisinin ise mutlak hak dışındaki hakların ihlali bakımından yetersiz kaldığı düşünceleriyle, üçüncü bir hukuka aykırılık teorisine ihtiyaç olduğu ileri sürülmüştür. Bu teori kendi içerisinde homojen bir yapıya sahip değildir. Bu doğrultuda hukuka aykırılığı; özen yükümlülüğünün ihlaline, genel davranış yükümlülüğünün ihlaline ve koruma yükümlülüğünün ihlaline dayandıran farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu görüşler için bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 397, N. 50.04; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 344 vd, N. 902 vd.; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar; Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 223 vd.

⁴⁰ **BREHM**, Roland; Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen iç. Berner Kommentar, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2021, OR Art. 41, s. 35, N. 33c; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 397, N. 50.05; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 16, N. 46. **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 343, N. 899.

⁴¹ **BREHM**, OR Art. 41, s. 34-35, N. 33c; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 16, N. 46.

⁴² **MEDICUS**, Dieter/**PETERSEN**, Jens; Bürgerliches Recht, 28. neu bearbeitete Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2021, s. 313 vd.

⁴³ **KELLER**, Max/**GABI**, Sonja; Das Schweizerisches Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 37; **BREHM**, OR Art. 41, s. 34, N. 33c; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 396, N. 50.04.

⁴⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 476; **TANDOĞAN**, Halûk; Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 18; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2,

göre, hukuk düzeni herkese belirli bir şekilde davranma ödevi yüklemiş, kişiler arasındaki ilişkileri genel davranış kurallarıyla düzenlemiştir. Genel davranış kuralları ise temel koruma normları ve özel koruma normları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁵. Mutlak haklar, temel koruma normları aracılığıyla korunurken, mutlak haklar dışında kalan haklar (malvarlığı hakları) özel koruma normları ile korunmaktadır⁴⁶. Failin davranışı sebebiyle bir başka kişinin mutlak hakkı ihlal ediliyorsa, temel koruma normu ihlal edildiği için hukuka aykırılık oluşur (*sonucun hukuka aykırılığı*)⁴⁷. Mutlak haklar dışındaki haklar için ise hukuka aykırılık şartının sağlanabilmesi için ihlal edilen bu hakkı koruyan özel bir normun bulunması gerekir (*davranışın hukuka aykırılığı*)⁴⁸.

Objektif hukuka aykırılık teorisi, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu belirlemenin yanında, tazminat talep etmeye yetkili kişilerin sınırının çizilmesine de yardımcı olmaktadır⁴⁹. Bu doğrultuda, zarara sebep olan fiil neticesinde zarar gören herkesin, haksız fiil sorumluluğuna dayanarak tazminat talep edebilmesi mümkün değildir. Tazminat talep etmeye yetkili kişiler, mutlak hakkı ihlal edilenler ile özel bir norm kapsamında korunan bir hakkı ihlal edilenler olmak üzere sınırlandırılmıştır. Üçüncü kişinin zarara uğradığı birçok durumda ihlal edilen hak, mutlak veya özel koruma normu ile korunan bir hak olmadığı için hukuka aykırılık şartı gerçekleşmemektedir. Bu da üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak tazminat talebinde bulunmasının önünde bir engel teşkil etmektedir.

s. 16, N. 46; **EREN**, Genel Hükümler, s. 668-669, N. 1811; **KIRCA**, Çiğdem; Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004, s. 13; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 156.

⁴⁵ **KELLER/GABI**, s. 37; **BREHM**, OR Art. 41, s. 34-35, N. 33c; **KIRCA**, Bilgi Verme, s. 15-16; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 161.

⁴⁶ **KELLER/GABI**, s. 36-37; **KIRCA**, Bilgi Verme, s. 15-16; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 342, N. 897; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 161.

⁴⁷ **BREHM**, OR Art. 41, s. 37, N. 35; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 397, N. 50.05; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 18, N. 51; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 342, N. 897.

⁴⁸ **BREHM**, OR Art. 41, s. 41, N. 38b; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 402, N. 50.19; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 18, N. 51; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 343, N. 898.

⁴⁹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 17.

D. Temel İlkelerin Bir Sonucu Olarak Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Problemi

Borç ilişkilerinin nispiliği ve alacaklının menfaati dogması, yalnızca ilişkinin tarafları arasında etkili olan nispi haklar ile herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar arasındaki temel ayırmayla ilgili ilkelerdir⁵⁰. Bu, aynı zamanda sorumluluk hukuku sistemimizin üzerine inşa edildiği, sözleşmeye dayalı-sözleşme dışı sorumluluk ikiliğinin (*Dichotomie*) bir yansımasıdır⁵¹.

Sözleşme ilişkisi bakımından düşünüldüğünde, taraflar bir sözleşme akdederek, sıradan insan ilişkilerinden farklı özel bir ilişkinin içine girerler. Bu da ilgili kişilerin sözleşme dışı ilişkilere göre daha katı bir sorumluluk rejimine tabi olmaları anlamına gelir. Bir hukuk süjesinin hareket özgürlüğünü bu şekilde sınırlamak isteyip istememesi, kendisine bağlı olan bir durumdur. Sözleşme yapma özgürlüğünü tamamlayan sözleşme yapmama özgürlüğü (*negatif sözleşme özgürlüğü- negativen Vertragsfreiheit*⁵²) ile, bu şekilde hareket etme imkânı garanti altına alınmıştır⁵³. Bir sözleşme ilişkisinde yalnızca sözleşmenin tarafları hareket özgürlüklerini sınırlandırmaya karar verir. İrade özerkliğinin (*Privatautonomie*)⁵⁴ bir sonucu olarak yalnızca onlar sözleşme ile bağlı olacak ve söz konusu sözleşmeden hak elde edeceklerdir. Bu kapsamda sözleşmeye taraf olmayan ancak sözleşmede meydana gelen bir ifa engeli sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının tazmini, kural olarak mümkün değildir.

Kişiler arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoksa borçlu bakımından sözleşme hukuku kurallarına göre daha az katı olan sözleşme dışı sorumluluk hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Ancak sözleşme dışı sorumlulukta da sorumluluğu sınırlandıran ilkeler bulunmaktadır. Önceki başlıkta ele alınan objektif hukuka aykırılık teorisi de bunlardan biridir. Bu teoriyle, zarar veren kişinin zarar verici davranışının tüm

⁵⁰ VON GRAFFENRIED, s. 2, N. 4.

⁵¹ BÄRTSCHL, s. 27; VON GRAFFENRIED, s. 2, N. 4; AKÜNAL, s. 222; HENN, Thomas; Zur Daseinsberechtigung der so genannten “Drittschadensliquidation”, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 412, Duncker & Humblot, Berlin 2011, s. 232.

⁵² VON GRAFFENRIED, s. 2, N. 4; NEUNER, Dritter, s. 126; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, s. 14, N. 34.

⁵³ Sözleşme yapma yapmama özgürlüğü, anayasal düzlemde de teminat altına alınmıştır. Nitekim 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının (AY) 48’inci maddesinin ilk fıkrası uyarınca, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

⁵⁴ VON TUHR/PETER, s. 143; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s. 190, N. 25.02.

sonuçlarından sorumlu olmasının önüne geçilmiş, yalnızca belirli bir tipikliği sağlayan davranışlar bakımından sorumluluğun gündeme geleceği kabul edilmiştir⁵⁵. Bu teorinin bir sonucu olarak sözleşme dışı sorumlulukta zararın tazminini talep etme hakkı, yalnızca mutlak veya özel bir koruma normu ile korunan bir hakkı ihlal edilen kişilere verilmiştir. Üçüncü kişilerin uğradığı yansıma zararların⁵⁶ tazmini ise kural olarak mümkün değildir.

Borçlar hukukumuzun sorumluluğu sınırlandıran söz konusu ilkeleri, prensipte oldukça ikna edici ve gerekli ilkelerdir. Zira söz konusu ilkeler sayesinde bireylerin hareket özgürlüğüne imkân sağlanmakta, ekonomik faaliyeti durma noktasına getiren, öngörülemeyen sorumluluk risklerinin önüne geçilmektedir⁵⁷. Liberal bir ekonomi anlayışının üzerine inşa edilen hukuk sistemlerinde, ekonomik hareket özgürlüğünün bu

⁵⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 17.

⁵⁶ Türk hukukunda üçüncü kişilerin uğradığı zararlar bakımından kullanılan “*yansıma zarar*” ile farklı bir zararı ifade eden “*dolaylı zarar*” kavramlarının birbirleriyle karıştırıldığı gözlemlenmektedir. Hukuka aykırı bir fiil sonucunda zarar gören bir kişinin, söz konusu fiil sebebiyle araya ek bir sebep girmeksizin uğradığı zarara, “*doğrudan zarar*” denir. Dolaylı zarar ise doğrudan zarara bağlı olarak ek bir sebepten ötürü mağdur kişinin uğradığı zarardır. Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, aynı kişinin uğradığı zararlar bakımından yapılan bir ayrım olup etkisini hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasındaki yakın veya uzak illiyet bağı noktasında gösterir. Uygun illiyet bağı kurulduğu ölçüde hem doğrudan zararların hem de dolaylı zararların tazmini mümkündür. Yansıma zarar ise üçüncü bir kişide ortaya çıkan zararlardır. Üçüncü kişinin mutlak veya özel bir normla korunan hakkı ihlal edilmediği için hukuka aykırılık şartı sağlanamamakta ve söz konusu zararlar tazmin edilememektedir. Doğrudan-dolaylı zarar ayrımı illiyet bağı ile ilgili bir husus iken, yansıma zarar, hukuka aykırılık unsuru kapsamında ele alınan bir meseledir. Türk hukukunda görülen bu karışıklığın asıl sebebi ise ilgili kavramlar bakımından kullanılan Almanca terminolojidir. Söz konusu terminolojide, zarar çeşitleri bakımından “*mittelbarer und unmittelbarer Schaden*” ve “*direkter Schaden und Reflexschaden*” ifadeleri kullanılmaktadır. Bu ifadelerden ilki, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımına, ikincisi ise mağdurun uğradığı zarar-yansıma zarar (üçüncü kişinin zararı) ayrımına karşılık gelmektedir. Türkçede “*unmittelbar*” ve “*direkt*” terimleri bakımından “*doğrudan*” ifadesinin kullanılması, diğer terimleri de etkilemekte ve dolaylı zarar ile yansıma zararın birbirleriyle karıştırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 9 vd.; **ÇAKIRCA**, Seda İrem; Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 67, 73; **ÖZEL**, Çağlar; “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2001, s. 83; **KILIÇOĞLU**, Kumru; Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 68 vd.; İsviçre hukukundaki zarar ayrımları için bkz. **KELLER/GABI**, s. 8 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 94 vd.

⁵⁷ **NEUNER**, Dritter, s. 126; **HENN**, s. 23; **LEE**, Seongbum; Rechtsethische Auslegung im Schadensrecht Eine Betrachtung zur Drittschadensliquidation, Duncker&Humblot, Berlin 2020, s. 118.

şekilde teminat altına alınması, zorunluluk arz etmektedir. Zira yalnızca özgürlüklerinin sınırlarını bilen kişiler, onları en iyi şekilde kullanabilir.

Ne var ki hukuki ihtiyaçlar durağan değildir. Yeni gelişmeler, ekonomik ilişkilerin karmaşıklaşmasına yol açmaktadır. Temel ilkelerin günümüz ekonomik gerçekliğinin meydana getirdiği karmaşık ilişkilerin arka planında gelişmemiş olması, çeşitli sorumluluk boşlukları yaratmaktadır. Üçüncü kişinin zarara uğradığı bazı hâllerde, söz konusu sorumluluk boşluklarının ortaya çıkması oldukça muhtemeldir. Bir taraftan temel ilkelerin uygulanması, diğer taraftan ise sorumluluk boşluklarının meydana gelmesi, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini beraberinde getirmektedir. Bu gibi durumlarda temel ilkelerden ne ölçüde vazgeçilmesi gerektiği, incelenmeye değer bir husustur. Elbette ki bu inceleme, temel ilkeleri tamamen ortadan kaldırma amacı güdemez. Zira bu ilkeler borçlar hukuku sistemimizin temel yapı taşları olup kolaylıkla istisna getirilebilecek nitelikte değildir. Ancak bu durum, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, gerekli istisnaların yaratılması arayışının önünde bir engel de teşkil etmemektedir.

V. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİNİN DAR VE GENİŞ ANLAMLARI

A. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Geniş Anlamı

1. Genel Olarak

Üç köşeli bir hukuki ilişkide, üçüncü kişinin zarar gördüğü her ihtimalde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmaz. Üçüncü kişinin mevcut kanun hükümlerine (genel veya özel hükümler) ya da tarafların bu yöndeki iradelerine dayanarak zararının tazminini talep edebilmesi, imkân dâhilindedir. Geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi, üçüncü kişilerin zararları için tazminat talep edemeyeceklerini öngören temel kuralın tüm istisnalarını içine alan şemsiye bir kavramdır⁵⁸. Bu istisnalar kanunda düzenlenebileceği gibi öğreti ve içtihatların bir ürünü de olabilir. Bazı hâllerde gerçek bir istisnadan bahsetmek bile mümkün değildir. Zira sorumluluk menfaati (*Haftungsinteresse*), haksız fiil veya vekâletsiz iş görme sorumluluğuna gitme gibi müesseseler, temel olarak üçüncü kişinin zararının tazminini sağlamayı hedeflemezler. Hatta bu durumlarda zarar gören kişi bakımından “üçüncü kişi” adlandırılması bile yapılamaz. Zira bu kurumlara başvurulduğu durumlarda, zarar gören

⁵⁸ TANDOĞAN, Tazmin, s. 33.

kişi dâhil olduğu borç ilişkisine dayanarak tazminat talep etmektedir. Buna rağmen hukuki ilişkideki üç köşe göz önünde bulundurularak geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kavramı oluşturulmuştur.

Takip eden başlıklarda öncelikle geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kavramının içerisinde yer alan ancak üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıkmadığı bazı hâller incelenecektir. Ardından da dar ve gerçek anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi ele alınacaktır.

2. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Probleminin Ortaya Çıkmadığı Hâller

a. Alacaklının Kendi Zararının Bulunduğu Hâller

aa. Genel Olarak

Örnek olaylarda da gösterildiği üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı birçok hâlde, üçüncü kişinin, alacaklı olarak adlandırılan kişiye karşı herhangi bir talep hakkı (aralarında hukuki bir ilişki bulunmasına rağmen) bulunmamaktadır. Bunun yanında üçüncü kişi, borçlu ile herhangi bir borç ilişkisi içerisinde de değildir. Borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı ise özel durumlar sebebiyle herhangi bir zarara uğramamaktadır. Bu olguların bir arada bulunması, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini beraberinde getirmektedir.

Ne var ki her durumda alacaklının zarar görmediği ileri sürülemez. Alacaklı, borçlunun sözleşmeye veya hukuka aykırı davranışı sebebiyle, üçüncü kişiye karşı olan yükümlülüklerini yerine getiremez ve bunun sonucunda tazminat veya cezai şart ödemek zorunda kalırsa, kendisi zarar görür⁵⁹. Alacaklının üçüncü kişinin zararını tazminle yükümlü olduğu bu ihtimalde üçüncü kişinin zararı, alacaklı bakımından da bir zarar teşkil eder⁶⁰. Üçüncü kişi bu gibi hâllerde zararının tazminini alacaklıdan isteyebilecektir. Üçüncü kişinin zararını tazmin etmekle yükümlü olan alacaklı ise söz konusu tazmin sebebiyle uğradığı zararı, borçludan talep edecektir. Öğretide alacaklının üçüncü kişiye

⁵⁹ MARTI-SCHREIER, N. 38; BÄRTSCHI, s. 427; VON GRAFFENRIED, s. 265, N. 571; HAGEN, Horst; Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1971, s. 10; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.23; LANGE/SCHIEMANN, s. 457.

⁶⁰ TANDOĞAN, Tazmin, s. 41; MARTI-SCHREIER, N. 38; BÄRTSCHI, s. 427; VON GRAFFENRIED, s. 265, N. 571; HAGEN, s. 10; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.23; LANGE/SCHIEMANN, s. 457; REINHARDT, Rudolf; Der Ersatz Des Drittschadens, Mannheim/Berlin/Leipzig 1933, s. 14.

karşı sorumlu olması sebebiyle uğradığı zarar için “*sorumluluk menfaati*” (*Haftungsinteresse*) ifadesi kullanılmaktadır⁶¹.

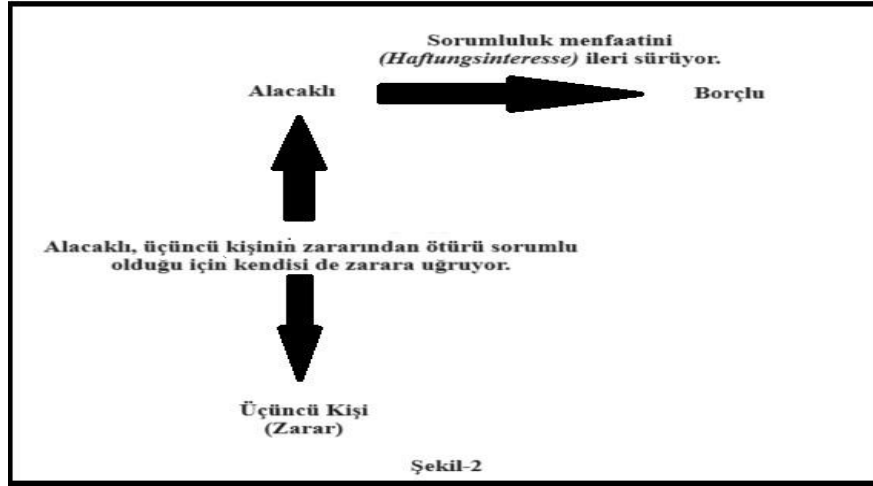
Bahsedilen bu durum, borçlar hukuku sistemimizin zararın tazmini bakımından öngördüğü temel yapıya karşılık gelmektedir. Zira bu ihtimalde herkes, dâhil olduğu borç ilişkisine (talep zinciri⁶²) dayanarak tazminat talebinde bulunmakta, üçüncü bir kişinin taleplerine ise izin verilmemektedir. Üçüncü kişinin zararının borçlar hukukunun öngördüğü düzen içerisinde tazmin edildiği bu durumlar, geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini içerisinde değerlendirilmektedir⁶³. Öğretide bazı yazarlar bu durumu, “*gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini/tasfiyesi*” (*uneigentliche Drittschadensliquidation*) olarak da adlandırmaktadır⁶⁴.

⁶¹ Tandoğan bu menfaati, “*mes’uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat*” olarak adlandırmaktadır (TANDOĞAN, Tazmin, s. 41). Sorumluluk menfaati kavramı için ayrıca bkz. MARTI-SCHREIER, N. 38; BÄRTSCHI, s. 427; KOLLER, Alfred; “Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten”, Ohne jegliche Haftung Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer, BÖHME, Anna/GÄHWILER, Fabian/THEUS SIMONI, Fabiana/ZÜBERBÜHLER, Ivo (ed.), Schulthess Verlag, Zürich 2016, s. 302; PERREN, Ruben; “Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 140, 2004, s. 62; VON GRAFFENRIED, s. 265, N. 571; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2020, s. 171, N. 2892; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.23; ARMBRÜSTER, Christian; “Vertragliche Haftung für Drittschäden”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1993, s. 85; HAGEN, s. 10; LANGE/SCHIEMANN, s. 457; VON CAEMMERER, Ernst; “Das Problem Des Drittschadenersatzes”, Zeitschrift Des Bernischen Juristenvereins, Bd. 100, H. 8, 1964, s. 370; TÄGERT, s. 4; REINHARDT, s. 14.

⁶² VON GRAFFENRIED, s. 265, N. 571.

⁶³ TANDOĞAN, Tazmin, s. 41 vd.

⁶⁴ MARTI-SCHREIER, N. 38; BÄRTSCHI, s. 427; KOLLER, Haftung, s. 302; PERREN, s. 60; VON GRAFFENRIED, s. 265, N. 571; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2892; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.23.



bb. Yardımcı Kişilerin Davranışlarından Ötürü Sorumluluk (TBK m. 116)

Alacaklının sorumluluk menfaatine ilişkin yapılan genel açıklamalardan sonra, sorumluluk menfaatinin özel bir görünümü olan yardımcı kişilerin davranışlarından ötürü sorumluluk⁶⁵ hâlinin incelenmesi gerekir. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, üçüncü kişinin herhangi bir talep hakkı yok iken, talep hakkı bulunan alacaklının da herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Bu da zararın olağan talep zinciri içerisinde tazmin edilmesinin önünde bir engel teşkil etmektedir. Üç köşeli hukuki ilişkide borçlu olarak adlandırılan kişi, alacaklının yardımcısı olarak nitelendirilebilirse, onun sebep olduğu zararlardan ötürü alacaklının da sorumluluğu doğacaktır (sorumluluk menfaati). Alacaklının sorumlu olması, kendi zararının bulunması anlamına gelecek, o da zararını, borçlu (yardımcı kişi) ile olan ilişkisine dayanarak tazmin edebilecektir.

Yardımcı kişi, borçlunun bilgisine ve iradesine uygun olarak borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden ya da ifaya katılan kişi olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Yardımcı kişi

⁶⁵ TBK m. 116 uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için yardımcı kişi kullanan ile zarar gören kişi arasında önceden bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Ne var ki aynı durum TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırının sorumluluğu bakımından geçerli değildir. Nitekim TBK m. 66 hükmünün uygulanabilmesi için adam çalıştırın ile zarar gören arasında önceden bir borç ilişkisinin bulunması şart değildir. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin gündeme geldiği hâllerde, zarar gören üçüncü kişi ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Bu sebeple bu başlık altındaki açıklamalar TBK m. 116 ekseninde yapılmıştır.

⁶⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 171, N. 23.04; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 545, N. 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 204, N. 3018; GRUNDMANN, Stefan; Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022, BGB § 826, N. 20; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 436; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 892; EREN, Genel Hükümler, s. 1215, N. 3358; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 580, N. 1441; ŞENOCAK, Zarife; Borçlunun İfa

gerçek veya tüzel bir kişi olabilir⁶⁷. Tüzel kişinin yardımcı kişi olarak değerlendirildiği hâllerde, tüzel kişi ifa faaliyetine organları vasıtasıyla katılır⁶⁸. Ancak bu ihtimalde yardımcı kişi organ değil, tüzel kişinin kendisidir⁶⁹.

TBK m. 116 hükmü kapsamındaki yardımcı kişi kavramı, TBK m. 66'da düzenlenen "çalışan" ifadesinden daha geniş bir anlama sahiptir⁷⁰. Gerçekten de TBK m. 66'ya göre çalışan, adam çalıştırmanın otoritesi altında bulunan veya sürekli olarak onunla hizmet ilişkisi içerisinde bulunan kişiyi ifade eder⁷¹. TBK m. 116'ya göre ise, bu kişinin sürekli veya geçici olarak borcun ifasına ya da hakkın kullanılmasına, borçlunun izni ile katılması yeterlidir⁷². Borçlu yerine geçen kişiler (*kaim kişiler-substitut*)⁷³ de kural olarak yardımcı kişi olarak kabul edilir⁷⁴. Fakat bu kişiler diğer yardımcı kişilere göre "nitelikli yardımcı" (*qualifizierter Erfüllungsgehilfe*) olarak adlandırılmaktadır⁷⁵.

Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1995, s. 104; YÜNLÜ, Semih; Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 109.

⁶⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 1216, N. 3361; ŞENOCAK, s. 105.

⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 215-216, N. 3069; EREN, Genel Hükümler, s. 1216, N. 3361; ŞENOCAK, s. 105.

⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 215-216, N. 3069; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 449; EREN, Genel Hükümler, s. 1216, N. 3361; ŞENOCAK, s. 105.

⁷⁰ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 450; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 901-902; EREN, Genel Hükümler, s. 1216, N. 3362; ŞENOCAK, s. 136-137.

⁷¹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 176, N. 23.15; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 568, N. 71; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 216, N. 3073; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 901-902; EREN, Genel Hükümler, s. 1216, N. 3362; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 381-382, N. 1006; ŞENOCAK, s. 136-137; YÜNLÜ, s. 213.

⁷² WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 570, N. 78; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 436; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 896; EREN, Genel Hükümler, s. 1216, N. 3362; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 439, N. 1370; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 581, N. 1442; ŞENOCAK, s. 136-137; YÜNLÜ, s. 213-214.

⁷³ Vekâlet sözleşmesinde vekil, kendi yerine başka bir kişi ikame etmişse, bu kişi vekilin ifa yardımcısı sayılmaktadır. Burada ikameden kasıt, geniş anlamda ikamedir. Geniş ve dar anlamda ikame için bkz. V, 2, b, ff.

⁷⁴ WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 563, N. 60; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 448; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 894-895; EREN, Genel Hükümler, s. 1218, N. 3364; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 439, N. 1370; ŞENOCAK, s. 104. Ayrıca bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 171-172, N. 23.05, 23.06.

⁷⁵ WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 563, N. 60; EREN, Genel Hükümler, s. 1218, N. 3364.

Yardımcı kişi yaptığı işin türüne göre üçe ayrılmaktadır. Bunlar⁷⁶; ifa yardımcısı, kullanma yardımcısı ve koruma yardımcısıdır. İfa yardımcısı, ifa faaliyetine katılırken⁷⁷; kullanma yardımcısı hakkın kullanılmasında kendisine izin verilen kişidir⁷⁸. Borçluya ait koruma yükümlülüklerini yerine getiren kişiler ise koruma yardımcısı olarak adlandırılır⁷⁹.

Yardımcı kişinin davranışlarından ötürü sorumluluğun doğabilmesi için borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır⁸⁰. Bunun yanında borçlunun, borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olması⁸¹, yardımcı kişi kullanılmasının caiz olması⁸², yardımcı kişinin işin yürütülmesi

⁷⁶ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1214, N. 3356.

⁷⁷ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 206, N. 3030; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 436; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1214, N. 3357; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 439, N. 1370; **ŞENOCAK**, s. 104; **YÜNLÜ**, s. 109.

⁷⁸ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 206, N. 3031; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 440; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1219, N. 3366; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 442, N. 1376; **YÜNLÜ**, s. 198.

⁷⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1219, N. 3365.

⁸⁰ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 172, N. 23.07; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 435; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1213, N. 3352; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 580, N. 1441; **ŞENOCAK**, s. 57; **YÜNLÜ**, s. 293.

⁸¹ **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 101, s. 570, N. 78; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 436; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1214, N. 3356; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 438, N. 1369; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 840, N. 4248; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 580, N. 1441; **ŞENOCAK**, s. 151; **YÜNLÜ**, s. 108.

⁸² **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 101, s. 571, N. 83 vd.; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 440; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1220, N. 3368; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 444, N. 1381; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 840, N. 4248.

sırasında zarara sebebiyet vermesi⁸³, bu kişinin davranışlarının borçluya farazi bir kusur olarak yükletilebilmesi⁸⁴ ve uygun illiyet bağı⁸⁵ şartlarının da sağlanması gerekir.

Üçüncü kişinin zarar gördüğü hukuki ilişkilerde, borçlu olarak adlandırılan kişi (çalışmada gösterilen terminoloji çerçevesinde) alacaklının yardımcısı ise, geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden söz edilecektir. Ancak daha önce gösterilen örnek olayların çoğunda, böyle bir durumun varlığından bahsedilemez. Zira borçlu olarak adlandırdığımız kişi, ifaya veya hakkın kullanılmasına katılmamaktadır. Bu tip durumlarda daha çok borçlunun davranışı sebebiyle alacaklının yerine (bazı durumlarda onun yanında), üçüncü kişinin zarar görmesi olgusu ile karşılaşılmaktadır. Bu da borçlunun, yardımcı kişi olarak nitelendirilememesi sonucunu doğurur. Alacaklının sorumluluk menfaatinin bulunmadığı bu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi varlığını sürdürür.

Öğretide bazı yazarlar, yardımcı kişi kavramını geniş yorumlayarak⁸⁶ üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin üstesinden gelmeye çalışmaktadır. Ancak bu yaklaşım, kavramların içinin boşaltılması gibi bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Nitekim tarafların yardımcı kişi kullanma iradesinin bulunmadığı durumlarda yardımcı kişinin varlığını kabul etmek, zorlama bir yorum anlamına gelmektedir. Bu sebeple alacaklının sorumluluğunu doğuracak bu müessese, kendisine çizilen sınırlar

⁸³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 173, N. 23.09; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 570, N. 79,80; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 206, N. 3032; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 441; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 896; EREN, Genel Hükümler, s. 1221, N. 3369; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 842, N. 4259; ŞENOCAK, s. 170; YÜNLÜ, s. 249.

⁸⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 173, N. 23.10; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 570, N. 81; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 208, N. 3039; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 443; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 898; EREN, Genel Hükümler, s. 1222, N. 3372; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 447, N. 1393 vd.; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 580, N. 1441; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 842, N. 4263; ŞENOCAK, s. 202; YÜNLÜ, s. 327.

⁸⁵ WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 101, s. 577, N. 109; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 206, N. 3034; EREN, Genel Hükümler, s. 1225, N. 3378; YÜNLÜ, s. 318.

⁸⁶ İlerleyen başlıklarda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu için kabul edilen bazı olay grupları bakımından yardımcı kişinin davranışlarından ötürü sorumluluğun bulunup bulunmadığı ayrıca incelenecektir.

çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu doğrultuda her durumda yardımcı kişinin davranışlarından ötürü sorumluluğun tüm şartları sağlanmalı, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözmek adına yeni problem alanları yaratılmamalıdır.

b. Kanunun Üçüncü Kişinin Zararının Tazminine İzin Verdiği Hâller

aa. Haksız Fiil Sorumluluğuna Gitme İmkânı

Daha önce gösterilen örnek olayların çoğunda, üçüncü kişi olarak adlandırılan kişinin haksız fiile dayanan bir talebi bulunmadığından üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmaktadır. Bu aynı zamanda üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğuna dayanabildiği hâllerde, böyle bir problemten bahsedilemeyeceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, zarar verenin fiili sonucunda zarar gören kişinin mutlak veya özel bir koruma normu ile korunan bir hakkı ihlal edilmişse, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi, kural olarak ortaya çıkmayacaktır. Elbette ki istisnai bazı hâllerde haksız fiil sorumluluğuna gitme imkânı olsa da üçüncü kişinin zararının, sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde tazmin edilmesi gerektiği söylenebilir. Söz konusu istisnalara ilişkin değerlendirmeler ilerleyen başlıklarda yapılacaktır.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından bu başlık altında incelenmesi gereken asıl hüküm ise TBK m. 49/f. II hükmüdür. İlgili hükme göre, ahlâka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici bu fiili yasaklayan bir hukuk kuralının bulunup bulunmaması ise önemli değildir. Söz konusu hüküm uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için ahlâka aykırı bir davranışla bir başkasına zarar verilmesi gerekir. Ahlâktan kasıt, objektif ahlâktır (*herrschende Moral*)⁸⁷. Ahlâka aykırı davranışın ihmal düzeyinde kalması ise yeterli değildir. Nitekim bu hükme dayanabilmek için davranışın kasten yapılması gerekmektedir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) kastı karşılamak üzere, "*absichtlich*" ifadesi kullanılmıştır⁸⁸. Bu ifade her ne kadar daha

⁸⁷ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 27; BIERI, Reto; "Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR Einblick in eine Mauerblümchen-Bestimmung des Haftpflichtrechts", Aktuelle Juristische Praxis, 2008, s. 551; BREHM, OR Art. 41, s. 183, N. 241; EREN, Genel Hükümler, s. 685, N. 1851; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 70, N. 187; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 350; KAPANCI, Kadir Berk; Ahlâka Aykırı Bir Fiile Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 17.

⁸⁸ OR Art. 41/Abs. II: "*Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.*"

OR Art. 41/Abs. II: "*Benzer şekilde ahlâka aykırı bir şekilde başkasına kasten zarar veren kimse, tazminle yükümlüdür.*"

ağır bir düzeyde kast (*schwerste Form des Vorsatzes*) anlamına gelse de sorumluluğun doğabilmesi için özel bir kastın varlığı aranmaz⁸⁹.

Ahlâka aykırılığın üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından önemi, tazmin edilecek zararın kapsamı bakımından ortaya çıkar. Nitekim ilgili hükümde, “*zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile....*” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, ahlâka aykırı fiilden dolayı mağdur olan kişinin tüm zararlarının ayırt edilmeksizin tazmin edilebileceği anlamına gelmektedir⁹⁰. Dolayısıyla haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru sebebiyle tazmin edilemeyen saf malvarlığı zararlarının, bu hüküm uyarınca tazmin edilmesi mümkündür⁹¹. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı birçok durumda, üçüncü kişi saf malvarlığı zararına uğramaktadır. Bu doğrultuda üçüncü kişinin TBK m. 49/f. II hükmüne dayanabildiği hâllerde, bu tip bir problemin varlığından da bahsedilemeyecektir⁹².

Bu hüküm bakımından ortaya çıkan asıl güçlük ise davranışın ahlâka aykırılığının ve failin zarar verme kastının ispatıdır. Söz konusu şartların ispatı bakımından yaşanılacak zorluklar, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin devam etmesini beraberinde getirecektir.

bb. Vekâletsiz İş Görme Hükümlerine Gitme İmkânı

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı da kontrol edilmelidir. Borçlu ile

Alman Medeni Kanunu’nun söz konusu hükmünü düzenleyen BGB § 826’da ise “*vorsätzlich*” ifadesi kullanılmıştır.

BGB § 826: “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*”

BGB § 826: “*Ahlâka aykırı bir şekilde bir başkasına kasten zarar veren kimse diğerinin uğradığı zararı tazminle yükümlüdür.*”

⁸⁹ **BIERI**, s. 551-552; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 371-372. Özel bir kastın gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. **BREHM**, OR Art. 41, s. 184, N. 243; **KAPANCI**, s. 371-372.

⁹⁰ **BIERI**, s. 558; **BREHM**, OR Art. 41, s. 186, N. 254; **WAGNER**, Gerhard; Schuldrecht, Besonderer Teil IV §§ 705–853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz Produkthaftungsgesetz iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2024, BGB § 826, N. 1; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 343; **KAPANCI**, s. 34.

⁹¹ **BIERI**, s. 558; **BREHM**, OR Art. 41, s. 186, N. 254; **BÄRTSCHI**, s. 601-602; **WAGNER**, BGB § 826, N. 1; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s. 343; **KAPANCI**, s. 34.

⁹² Aynı yönde bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 52.

üçüncü kişi arasında herhangi bir hukuki ilişkinin bulunmaması, vekâletsiz iş görmenin söz konusu olup olmayacağı sorusunu akıllara getirmektedir.

TBK'nın vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen m. 526 vd. hükümlerinde, vekâletsiz iş görmenin tanımı yapılmamıştır. Öğretide vekâletsiz iş görme⁹³, “*bir kimsenin hukuken yetkili ya da yükümlü olmaksızın bir başkası yararına ya da kendi yararına bir başkasının işini görmesinden doğan hukuki ilişki*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım hem gerçek vekâletsiz iş görmeyi hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi içermektedir⁹⁴.

İş görenin, iş sahibine ait bir işi, iş sahibinin menfaatine ve onun gerçek ya da tahmin edilen amacına uygun olarak gördüğü hâllerde, gerçek vekâletsiz iş görmenin varlığından bahsedilir⁹⁵. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise bir kimse, başkasının işini kendi işiymiş gibi kendine menfaat sağlamak amacıyla görmektedir⁹⁶.

⁹³ **YÜKSEL**, Sera Reyhani; Vekâletsiz İş Görme Kısa Şerhi, **TOKBAŞ**, Hakan (ed.), Aristo Yayınları, İstanbul 2018, s. 18.

⁹⁴ **YÜKSEL**, s. 18.

⁹⁵ **SCHMID**, Jörg; Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR iç. Zürcher Kommentar, **GAUCH**, Peter (ed.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1993, s. 10, N. 14. **YÜKSEL**, s. 18. Öğretide bu tür vekâletsiz iş görme, “*caiz olan vekâletsiz iş görme*” şeklinde adlandırmaktadır. Bu hususta bkz. **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022 s. 758; **ZEVLİLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 678; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 592.

⁹⁶ **SCHMID**, s. 10, N. 15; **KILIÇOĞLU**, Özel Hükümler, s. 593; **YÜKSEL**, s. 18. Öğretide gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, “*caiz olmayan vekâletsiz iş görme*” olarak da adlandırmaktadır. Bu hususta bkz. **ZEVLİLİLER**/**GÖKYAYLA**, s. 678.

Vekâletsiz iş görme; iş görme⁹⁷, işin başkasına ait olması⁹⁸, iş görme iradesi⁹⁹ ve vekâletin bulunmaması¹⁰⁰ gibi unsurlardan oluşmaktadır.

Öğretide borçlunun, alacaklıya karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin, iş görme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır¹⁰¹. Bu tartışma yapılırken, alacaklı ile borçlu arasında bir sözleşme varsa bunun görmezden gelineceği ve vekâlete dayanmaksızın bir işin görüldüğünün düşünülebileceği ifade edilmiştir¹⁰². Ne var ki bu düşünce, başkasının işini görme kavramının sınırlarını oldukça genişletmektedir.

Öğretide *Tandoğan*¹⁰³, başkasının işini görmenin kıstası olarak o kişinin menfaat alanına müdahale etmenin yeterli olduğu yaklaşımının, vekâletsiz iş görmenin sınırlarını haddinden fazla genişleteceğini haklı olarak vurgulamıştır. Bunun yanında gerçek vekâletsiz iş görme hâllerinde, iş gören kişinin başkasına ait bir işi görme hususunda iş görme iradesinin bulunması gerekir. Ne var ki bir kişinin hukuki bir yükümlülük altına girdiği birçok hâlde, üçüncü bir kişi için iş gören olarak hareket etme iradesi bulunmamaktadır¹⁰⁴. Özellikle borçlunun üçüncü kişinin varlığından haberdar olmadığı hâllerde, böyle bir iradeden de bahsedilemez¹⁰⁵. Dolayısıyla her durumda vekâletsiz iş

⁹⁷ **TANDOĞAN**, Halûk; Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957, s. 74 vd.; **SCHMID**, s. 33 vd., N. 8 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 758; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 679; **YÜKSEL**, s. 19.

⁹⁸ **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme, s. 95 vd.; **SCHMID**, s. 34, N. 14; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 758; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 679; **YÜKSEL**, s. 20.

⁹⁹ Öğretide, başkasına ait bir işin görülmesi iradesinin, vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. Roma hukukunda başkasına ait bir işi görme iradesi (*animus negotia aliena*), gerçek vekâletsiz iş görme bakımından aranan bir şart olmakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından bu tip bir şartın bulunmadığı kabul edilmektedir. Roma hukukundan gelen söz konusu ayırım, günümüzde de kabul edilmekte olup gerçek vekâletsiz iş görme bakımından başkasına ait iş görme iradesi aranmaktadır. Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme, s. 157 vd.; **SCHMID**, s. 37, N. 21; **BAŞ SÜZEL**, Ece; Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme-Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 22.

¹⁰⁰ **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme, s. 132 vd.; **SCHMID**, s. 42, N. 63; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 758-759; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 679; **YÜKSEL**, s. 21-22.

¹⁰¹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 72.

¹⁰² **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 72.

¹⁰³ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 72. İşin başkasına ait olması unsuru üzerine ileri sürülen görüşler hakkında ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme, s. 97 vd.

¹⁰⁴ **REINHARDT**, s. 61.

¹⁰⁵ **REINHARDT**, s. 61.

görme hükümlerine başvurarak üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin üstesinden gelmek mümkün değildir.

cc. Üçüncü Kişinin Rücu Alacağına Sahip Olması veya Kanuni Halefiyetten Faydalanması

Belirli hâllerde bir kişiye verilen zararı tazmin etmek zorunda olan kişinin, sözleşme veya sözleşme dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde aynı zarardan sorumlu olan başka bir kişiye rücu etme hakkı bulunmaktadır¹⁰⁶. Rücu alacağı ile alakalı bir diğer kurum ise halefiyettir. Rücu alacağı ile aynı zamanda konumlanan halefiyet, farklı bir hukuki temele dayanan, rücu alacağından bağımsız ve onunla yarışma içerisinde olan bir alacaktır¹⁰⁷. Rücu ve halefiyet alacağının ortak noktası ise aynı borca yönelik olmalarıdır¹⁰⁸. Bu iki kurum, zarar verici davranışın sonuçlarını ortadan kaldıran kişilerin kendilerinin uğradıkları zararlar bakımından tazmin imkânının kanunda öngörüldüğü hâllerden kabul edilmekte ve geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında incelenmektedir¹⁰⁹.

Kanunda rücu alacağının düzenlendiği temel durumlardan biri, müteselsil sorumluluk hâlleridir. Müteselsil sorumlulukta rücu hakkına ilişkin temel düzenleme, TBK m. 167/f. II'dir¹¹⁰. TBK m. 62/f. II hükmünde ise sözleşme dışı sorumlulukta rücu alacağının kapsamını belirleyen bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelerde, kendi payına düşenden fazla ifade bulunan veya tazminat ödeyen kişinin, fazla ifade/ödemede bulunduğu kısım için diğer borçlulara/sorumlulara rücu edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Müteselsil sorumlulukta rücu alacağının yanında kanuni halefiyet imkânı da sunulmuştur. TBK'da halefiyete ilişkin genel bir hüküm m. 127'de yer almaktadır. Söz

¹⁰⁶ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 54.

¹⁰⁷ **BERGER**, Bernhard; Allgemeines Schuldrecht Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2018, s. 851, N. 2439; **BREHM**, OR Art. 50, s. 706, N. 56; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 16; **DALCI ÖZDOĞAN**, Nurcihan; Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 vd md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 99.

¹⁰⁸ **DALCI ÖZDOĞAN**, Müteselsil Sorumluluk, s. 99.

¹⁰⁹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 54 vd.

¹¹⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1368-1369, N. 3779; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 317, N. 863; **DALCI ÖZDOĞAN**, Müteselsil Sorumluluk, s. 88.

konusu hüküm ışığında, alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişinin her durumda alacaklının haklarına halef olması mümkün değildir¹¹¹. Halefiyetin gündeme gelebilmesi için başkasının bir borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtaran kişinin, bu şey üzerinde mülkiyet ya da başka bir ayni hakkının bulunması (TBK m. 127/f. I, b. 1) veya alacaklı yerine ifade bulunan üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağının borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirilmesi gerekir (TBK m. 127/f. I, b. 2). Bu iki hâl dışında kanunda yer alan bazı hükümlerde de halefiyete ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Müteselsil sorumluluk bakımından öngörülen TBK m. 168 ve m. 62/f. II, halefiyetin düzenlendiği özel kanun hükümlerine örnek olarak gösterilebilir.

Bunun dışında halefiyete ilişkin özel hükümlerden biri de TTK m. 1472'dir. Söz konusu hükümde, zarar sigortalarında sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, hukuken sigortalının yerine geçeceği (halef olacağı) düzenlenmiştir (TTK m. 1472/f. I). Sigortacının halefiyeti niteliği itibarıyla, temelinde rücu hakkı gerektirmeyen salt bir halefiyettir¹¹².

Türk hukukunda özel sigortalar (zarar sigortaları) dışında, sosyal sigortalar bakımından da kanuni halefiyetin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir¹¹³. Bu konuda örnek olarak gösterilen hükümler ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (SSGSSK) m. 21, 39 ve 76 hükümleridir. İlgili maddelerde, iş kazası ve meslek hastalığı için Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yaptığı ödemeler sebebiyle işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde, kurumun yalnızca rücu hakkının olduğu, kanuni halefiyetin

¹¹¹ **WEBER**, Rolf H./**VON GRAFFENRIED**, Caroline; Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen iç. Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2022, OR Art. 110, s. 18, N. 5; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1058, N. 2878; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 275, N. 823, dpn. 49; **KILIÇOĞLU**, Halefiyet, s. 34; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 1974, s. 398.

¹¹² **NOMER**, Halûk N.; “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 242; **KILIÇOĞLU**, Sigorta, s. 407; **DALCI ÖZDOĞAN**, Müteselsil Sorumluluk, s. 119.

¹¹³ 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu dönemindeki tartışmalar için bkz. **KILIÇOĞLU**, Sigorta, s. 427 vd.

ise düzenlenmediği sonucuna ulaşılabilir¹¹⁴. Nitekim m. 21’de “.... işverene ödettirilir”, m. 39’da “....üçüncü kişilere rücu edilir”, m. 76’da ise, “işveren ödemekle yükümlüdür” ifadeleri yer almaktadır. Bu da söz konusu düzenlemelerde kanuni halefiyetin bulunmadığı anlamına gelmektedir.

Rücu alacağı veya kanuni halefiyetin bulunduğu hâller, geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında incelenmektedir. Bu noktada sigortacının (özel sigorta) halefiyeti bakımından bir değerlendirme yapan *Tandoğan*¹¹⁵, sigortacının, sigortalı ve zarar veren kişi arasındaki borç ilişkisinde üçüncü kişi olduğunu ifade etmektedir. Yazar, sigortacının tazminatı ödemekle gerçek anlamda bir zararının ortaya çıkıp çıkmayacağını da tartışılabileceğini belirtmektedir¹¹⁶. Yazara göre, bir açıdan bakıldığında, sigorta tazminatının ödenmesiyle sigortacının malvarlığında bir azalmanın meydana geldiği, sigortacıyı söz konusu ödemeye mecbur eden rizikonun onun rızası dışında gerçekleştiği, dolayısıyla gerçek anlamda bir zararın söz konusu olduğu söylenebilir¹¹⁷. Ancak *Tandoğan*, diğer bir taraftan sigortacının rizikonun gerçekleşme ihtimalini göze aldığı, malvarlığındaki eksilmenin rızası dışında ortaya çıkmadığını, dolayısıyla gerçek anlamda bir zararın meydana gelmediğinin de ileri sürülebileceğine vurgu yapmaktadır¹¹⁸. Ancak yazar, her iki kabul bakımından da rücu alacağı ve kanuni halefiyet meselesinin üçüncü kişinin zararının tazmini ile temas hâlinde olduğunu belirtmektedir¹¹⁹.

Bizce de söz konusu hâllerin geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında incelenmesinin bir sakıncası yoktur. Zira kanun, söz konusu kurumlar vasıtasıyla ilişkinin tarafı olmayan kişiler (ayrıca bir sözleşme ilişkisi yoksa) arasında bir bağ kurmaktadır. Bu itibarla ilgili kurumlar geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesinin bir parçası olarak değerlendirilebilir.

¹¹⁴ **NOMER**, Rücu, s. 242; **KILIÇOĞLU**, Sigorta, s. 407; **DALCI ÖZDOĞAN**, Mütelsel Sorumluluk, s. 119-120.

¹¹⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 57-58.

¹¹⁶ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 58.

¹¹⁷ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 58.

¹¹⁸ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 58.

¹¹⁹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 58.

dd. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Yansıma zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilemeyeceğine ilişkin genel kuralın istisnalarından biri, destekten yoksun kalma tazminatıdır¹²⁰. Kanun koyucu ölüm ile sonuçlanan davranışlar bakımından temel kuraldan ayrılmış, ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradığı maddi zararların¹²¹ tazminine imkân sağlamıştır. Böyle bir istisnanın altında sosyal, ahlaki ve hakkaniyet kaynaklı bir dizi sebep yatmaktadır. Bu doğrultuda ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişilerin, ölüm dolayısıyla kaybetmesi muhtemelen olan hayat standartlarını bir nebze de olsa koruyabilmek adına özel bir düzenleme yapma gerekliliği duyulmuştur.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen hüküm, TBK m. 53'tür. İlgili hükmün 3'üncü bendine göre, ölümlle

¹²⁰ **VON TUHR/PETER**, s. 433-434; **GÜRSOY**, Kemal Tahir; “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, Ankara 1972, s. 143; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 619; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 107, N. 307; **EREN**, Genel Hükümler, s. 862-863, N. 2355; **KELLER/GABI**, s. 93; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 141, N. 18.28; **BREHM**, OR Art. 45, s. 395-396, N. 28; **ÇAKIRCA**, s. 166; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 489, N. 1260; **KOCABAŞ**, Gediz; “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2014, s. 274.

¹²¹ Destekten yoksun kalma tazminatı, maddi zararlar bakımından istenmektedir. Haksız fiil sebebiyle ölen kişinin yakınlarının uğradığı manevi zarar ve şok zarar ise (*Schocksschaden*) destekten yoksun kalma tazminatının kapsamına girmemektedir. Şok zarar, ölen veya ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının, zarar verici olaya tanık olması veya sonradan haberdar olması sebebiyle uğradığı zararları ifade etmektedir. Niteliği itibarıyla yansıma zarar olmayan şok zarar, manevi zarara sebep olan duygu zararlarından daha özel bir zarardır. Nitekim bu zararların tazmininin istenebilmesi için ruhsal bütünlüğün hastalık derecesinde bozulması gerekmektedir. Şok zarar genellikle manevi zarar şeklinde ortaya çıksa da maddi zarar da olabilir. Türk hukukunda şok zarar bakımından özel bir düzenleme yer almasa da manevi zarar şeklinde ortaya çıkan şok zarar için TBK m. 56/f. II ve TBK m. 58 hükümlerine dayanarak, maddi zarar şeklinde ortaya çıkan şok zarar için ise TBK m. 54'e dayanarak talepte bulunmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 6 vd.; **BREHM**, OR Art. 45, s. 400 vd., N. 39c vd.; **WAGNER**, BGB § 844, N. 111 vd.; **ÇAKIRCA**, s. 198 vd.; **AÇIKGÖZ**, Aslı; “Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir Mi?”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 4, 2022, s. 1270 vd.; **ERLÜLE**, Fulya; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay'ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 1087 vd.; **KIRAC ADIR**, Esmâ; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 63 vd.

sonuçlanan bir fiil neticesinde, ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişiler, zarar verene karşı destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Söz konusu hak, doğrudan doğruya destekten yoksun kalan kişinin şahsında doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkı olup, miras yolu ile geçmemektedir¹²².

Ölüm, hukuka aykırı bir fiil sonucu ortaya çıkabileceği gibi sözleşmeye aykırı bir davranışın da sonucu olabilir. TBK m. 114/f. II hükmüne göre, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanabilir¹²³. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılıkta da bu hüküm uyarınca destekten yoksun kalma tazminatı talep edilmesi mümkündür. Söz konusu genel hükmün dışında, destekten yoksun kalma tazminatına izin veren özel kanun hükümleri de bulunmaktadır. İşçinin kişiliğinin korunmasını öngören TBK m. 417/f. III hükmü ile taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 914/f. II hükmü, destekten yoksun kalma tazminatına imkân sağlayan kanun hükümleridir.

İsviçre-Türk hukukunda, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek kişilerin çevresi geniş tutulmuştur¹²⁴. Buna göre, ölen kişinin tazminat talep eden kişi için “*destek*” (*Versorger*) olarak nitelendirilmesi yeterlidir¹²⁵. Destek, tazminat talebini ileri süren kişiye fiilen (*Tatsächlich*), sürekli (*Dauerhaftigkeit*) ve düzenli (*Regelmässigkeit*)

¹²² VON TUHR/PETER, s. 435; GÜRSOY, s. 145; EREN, Genel Hükümler, s. 863, N. 2356; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 538, N. 2765; KELLER/GABI, s. 94; BREHM, OR Art. 45, s. 397, N. 32; ÇAKIRCA, s. 176; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 489, N. 1260; KOCABAŞ, Destekten Yoksun Kalma, s. 280.

¹²³ İsviçre hukukunda sözleşmeye aykırılık sebebiyle ölüm sonucunun doğması hâlinde destekten yoksun kalma tazminatının kural olarak talep edilemeyeceği kabul edilmektedir (BREHM, OR Art. 45, s. 396, N. 29). İsviçre’de destekten yoksun kalma tazminatının sözleşmesel sorumlulukta istenmemesi için ikna edici sebepler bulunmadığını kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen 45’inci maddede, ilgili hükmün sözleşmeler bakımından uygulanmayacağını öngören bir düzenleme yer almamaktadır (BRUNNER, Hans-Ulrich; Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1991, s. 121-122, N. 293, 294). Türk hukuku için bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 861, N. 2350; KOCABAŞ, Destekten Yoksun Kalma, s. 294.

¹²⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 863, N. 2356; KELLER/GABI, s. 93; BREHM, OR Art. 45, s. 403, N. 44; ÇAKIRCA, s. 176.

¹²⁵ VON TUHR/PETER, s. 434; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 620; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 107, N. 308; EREN, Genel Hükümler, s. 865, N. 2364; KELLER/GABI, s. 93; BREHM, OR Art. 45, s. 404, N. 45.

bir şekilde bakan veya bakması kuvvetle muhtemelen olan bir kişidir¹²⁶. Bunun yanında mirasçılık gibi bir şart ise ayrıca aranmamaktadır¹²⁷.

Alman hukukunda ise destekten yoksun kalma tazminatı alabilecek kişiler bakımından dar bir çerçeve çizilmiştir. Nitekim BGB § 844/Abs. II uyarınca, ölen kişinin yasal olarak nafaka ödemekle yükümlü olduğu/olacağı kişiler, destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkına sahiptir¹²⁸. Yasal destek alacaklısı olmayan bir kişinin ise destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi mümkün değildir¹²⁹.

ee. Pay Sahipleri ve Şirket Alacaklılarının Tazminat Talep Etme Hakkı

6102 sayılı TTK'nın m.553/f. I hükmü uyarınca, anonim şirketlerde kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ederlerse, bu ihlal sebebiyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olurlar. Anonim şirketlerdeki hukuki sorumluluk, kural olarak, borçlar hukukunun genel sorumluluk ilkelerine göre belirlenmektedir¹³⁰. Bu doğrultuda, sorumlu

¹²⁶ GÜRSOY, s. 146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 621; EREN, Genel Hükümler, s. 865, N. 2364; KELLER/GABI, s. 94; BREHM, OR Art. 45, s. 404, N. 45; KOCABAŞ, Destekten Yoksun Kalma, s. 287.

¹²⁷ VON TUHR/PETER, s. 435; GÜRSOY, s. 146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 620; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 108, N. 309; EREN, Genel Hükümler, s. 863, N. 2356; KELLER/GABI, s. 94; BREHM, OR Art. 45, s. 397, N. 33; ÇAKIRCA, s. 176; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 489, N. 1260; KOCABAŞ, Destekten Yoksun Kalma, s. 280.

¹²⁸ İsviçre hukukunda “*Versorgungsschaden*” olarak adlandırılan destekten yoksun kalma sebebiyle uğranılan zararlar için Alman hukukunda “*Unterhaltschaden*” terimi kullanılmaktadır. “*Unterhalt*” ifadesi, “*nafaka*” anlamına gelmektedir. Ancak Alman hukukunda da destekten yoksun kalma tazminatının gerçek bir tazminat talebi (*echte Schadenersatzansprüche*) olduğu kabul edilmektedir. Bu kabulün doğal bir sonucu olarak asıl nafaka alacağı varlığını sürdürmemektedir. Bu sebeple, §§ 1603, 1581, 1360a I, 1361 I BGB hükümlerine rağmen, zarar veren tarafın ekonomik ödeme kapasitesi (*wirtschaftliche Leistungsfähigkeit*) önemsizdir. Bu hususta bkz. WAGNER, BGB § 844, N. 30.

¹²⁹ Eşler (boşanmış olsalar da), tescil edilmiş eşcinsel yaşam birlikteliklerinin tarafları, üstsoy-altsoy kan hısımları, çocuklar (evlilik içi doğan çocuklar, evlilik dışı doğan çocuklar, evlat edinilen), sınırlı bir süre için evlilik dışı doğan çocuğun annesi destekten yoksun kalma tazminatı alma hakkına sahiptir (JAHNKE, Jürgen; “Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch”, Recht und Schaden (r+s), H. 3, 2003, s. 93-94).

¹³⁰ DRUEY, Jean Nicolas/DRUEY JUST, Eva/GLANZMANN, Lukas; Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2021, s. 262, N. 2. TTK m. 549 vd. düzenlenen sorumluluğun kaynağı, sözleşmedir. Aynı yönde bkz. FORSTMOSER, Peter/MEIER-

kişiyeye atfedilebilecek kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir davranış, kusur, uygun illiyet bağı ve zarar gibi şartların sağlanması gerekir¹³¹.

Ayrı bir tüzel kişiliği bulunan şirket, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir davranış sonucunda zarara (“*Direktschaden*” veya “*Eigenschaden*”) uğrayabilir. Ancak şirketin yanında pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının zarara uğraması da ihtimal dâhilindedir. Nitekim şirket malvarlığında ortaya çıkan doğrudan zarar, pay sahibi veya şirket alacaklısını da etkilemekte, bu kişilerin şirketten olan alacaklarını tam olarak almalarının önünde bir engel teşkil etmektedir¹³². Söz konusu üçüncü kişilerin uğradığı zararlar, niteliği itibarıyla yansıma zarardır (*Reflexschaden*)¹³³.

Daha önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, üçüncü kişilerin uğradığı yansıma zararlar gerek sözleşmesel sorumlulukta gerekse de sözleşme dışı sorumlulukta kural olarak tazmin edilmez. Ancak anonim şirketler hukukunda bu kurala bir istisna getirilmiştir¹³⁴. Buna göre, şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahiplerinin tazminat isteminde bulunduğu hâllerde, tazminatın yalnızca şirkete ödenmesi talep edilebilir. (TTK m. 555/f. I). Bunun yanında şirketin iflası hâlinde, şirket alacaklılarının da tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak iflas durumunda pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının talepleri, öncelikle iflas idaresi tarafından ileri sürülecektir (TTK m. 556/f. I).

HAYOZ, Arthur/**NOBEL**, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1996, s. 424, N. 36.

¹³¹ **DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN**, s. 262, N. 2.

¹³² **BÖCKLI**, Peter; Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2022, s. 2345-2346, N. 203.

¹³³ **BÖCKLI**, s. 2346, N. 203.

¹³⁴ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 98; **ÇAMOĞLU**, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 123; **AKDAĞ GÜNEY**, Necla; Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 297-298; **YÜCE**, Aydın Alber/**KÖROĞLU**, Emre; “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Yansıma Yoluyla Zarar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 544. TTK m. 555 ve m. 556 hükmünün yansıma zararların tazmin edilmemesi kuralının istisnası olmadığı, ilgili düzenlemelerde pay sahibi ve alacaklılara yalnızca dava takip yetkisi verildiği görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. **ÇİÇEKLİ**, Ali Fuat; “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usul ve Takip Hukuku Yönünden)”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2022, s. 1101.

Elbette ki genel kurala bu tip bir istisnanın getirilmesinin bazı sebepleri bulunmaktadır. Pay sahipleri bakımından bir değerlendirme yapıldığında, bu kişilerin kaderinin, şirketin kaderine bağlı olduğu söylenebilir. Şirketin ekonomik durumundaki iyileşme veya kötüleşme, pay sahibini de etkilemektedir. Örneğin kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir davranış, mali durumun kötüye gitmesine, dolayısıyla kârlılığın, borsa veya piyasa değerinin azalmasına sebep olabilir. Tüm bunlar pay sahibinin kâr payının azalması sonucunu doğurur¹³⁵.

Benzer bir durum şirket alacaklıları bakımından da geçerlidir. Ne var ki şirket alacaklılarının dava açma hakkı pay sahiplerine nazaran zorlaştırılmış, bu hak şirketin iflası ile sınırlandırılmıştır. Nitekim iflas durumunda da öncelikli olarak iflas idaresinin dava açma hakkı bulunmaktadır. Alacaklıların dava açabilmesi, iflas idaresinin dava açmamasına bağlıdır. Şirketi iflasa götüren bir süreçte iflas idaresinin dava açmaması, şirket alacaklılarının alacağını alamaması sonucunu doğurabilir. İşte bu durumun önüne geçmek amacıyla şirket alacaklılarına da tazminat davası açma hakkı verilmiştir¹³⁶.

Bu tip istisnanın öngörülmesinin sebepleri arasında, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının korunmasının yanında, şirketin dava hakkını kullanmaktan kaçınmasının beraberinde getireceği riskleri ortadan kaldırma amacı da sayılabilir. Hüküm incelendiğinde, borç ilişkisinin taraflarından biri olan şirketin dava açma hakkının doğal olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak bu hakkın tanınması, istenilen sonuca ulaşmada her zaman elverişli olmayabilir. Nitekim çoğu durumda davayı açacak şirketin yönetiminde, davranışlarıyla söz konusu zarara sebep olan kişiler bulunmaktadır. Bu kişiler, kendi sorumluluklarını doğurabilecek bir davayı açma konusunda isteksiz davranabilirler. İşte bu riski bertaraf etmek adına, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına da dava açma hakkı tanınmıştır¹³⁷.

ff. Alt Kira ve Kullanım Hakkının Devrinde Kiraya Veren Doğrudan Talepte Bulunma Hakkı (TBK m. 322/f. III).

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bıraktığı, kiracının da bunun karşılığında kira bedelini ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir (TBK m. 299). Kullandırma borcu doğuran kira

¹³⁵ ÇAMOĞLU, s. 128; AKDAĞ GÜNEY, s. 298; YÜCE/KÖROĞLU, s. 550-551.

¹³⁶ ÇAMOĞLU, s. 128; AKDAĞ GÜNEY, s. 298-299; YÜCE/KÖROĞLU, s. 551.

¹³⁷ ÇAMOĞLU, s. 128 vd.; YÜCE/KÖROĞLU, s. 551.

sözleşmesi; bir şeyin kullanılmasının devri, kira bedelinin ödenmesi ve anlaşma unsurlarından oluşmaktadır¹³⁸.

Alt kira ve kullanım hakkının devri hususu, kiralananın kim tarafından kullanılacağına ilişkin bir meseledir. Adi kira sözleşmeleri bakımından temel kural, alt kira ve kullanım hakkının devri serbestisidir¹³⁹. Ancak bu serbesti, niteliği itibarıyla sınırlı bir serbestidir¹⁴⁰. Nitekim TBK m. 322/f. I hükmünde, kiracının, kiraya verene zarar verecek bir değişiklik yapmamak kaydıyla, alt kira sözleşmesi yapabileceği veya kullanım hakkını devredebileceği düzenlenmiştir.

Konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından ise temel kural, şahsen kullanma borcudur. Bu tip kira sözleşmelerinde kiracının alt kira sözleşmesi yapabilmesi veya kullanım hakkını devredebilmesi için kiraya verenin yazılı rızası aranmaktadır (TBK m. 322/f. II).

Benzer bir durum ürün kiralari bakımından da söz konusudur. Nitekim TBK m. 366/f. I hükmü uyarınca, ürün kiralalarında kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği gibi kullanma ve işletme hakkını da başkasına devredemez. Ancak kiralanda bulunan bazı yerler (özellikle ürün getirmeyen), kiraya

¹³⁸ **TANDOĞAN**, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, C. I/2, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 11 vd.; **EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 323 vd., N. 1057 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 237; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 318 vd.; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 195 vd.; **DOĞAN**, Murat; Kira Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ**, M. Turgut (ed.), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 196; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 377 vd.; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 234; **HONSELL**, Heinrich; Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 230; **GIGER**, Hans; Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR iç. Berner Kommentar, **MÜLLER**, Regina Aebi/**MÜLLER**, Christoph (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2020, OR Art. 253, s. 203 vd., N. 21 vd.; **HIGI**, Peter/**BÜHLMANN**, Anton/**WILDISSEN**, Christoph; Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253- 273c OR), Art. 253- 265 OR iç. Zürcher Kommentar, **SCHMID**, Jörg (ed.), 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019, s. 77 vd., N. 10 vd.

¹³⁹ **EREN**, Özel Hükümler, s. 373, N. 1224; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 282; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 514; **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 246; **GIGER**, OR Art. 262, s. 138, N. 6; **HIGI/BÜHLMANN/WILDISSEN**, OR Art. 262, s. 662, N. 4.

¹⁴⁰ **EREN**, Özel Hükümler, s. 373, N. 1224.

veren için zarar doğuracak bir değişikliği getirmemek şartıyla kiraya verenin rızası olmaksızın kiracı tarafından kiraya verilebilir.

Sonuç itibarıyla konut ve çatılı işyeri kiralari ile ürün kirası sözleşmelerinde, kiracının borçlarından biri de kiralananı şahsen kullanma borcudur¹⁴¹. Kiraya veren, kiracının kişiliğini, maddi durumunu veya işletme yeteneklerini dikkate alarak kira sözleşmesini akdetmekte, kiracıya duyduğu bu güven sebebiyle kiralananın kullanımının üçüncü bir kişiye devredilmesini istememektedir¹⁴². Ne var ki bu kural, istisnası bulunmayan katı bir kural değildir. Nitekim yukarıda bahsedilen şartların sağlanması kaydıyla, alt kira sözleşmesi yapılabileceği gibi kullanım hakkı da devredilebilir.

Alt kira sözleşmesi, asıl kira sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olup, kiraya veren bu sözleşmenin tarafı hâline gelmemektedir¹⁴³. Kullanım hakkının devri de yalnızca alacak hakkının devri niteliğinde olduğundan, kira sözleşmesinin tarafları değişmemektedir¹⁴⁴. Dolayısıyla alt kira veya kullanım hakkının devredildiği durumlarda, kiraya veren üçüncü bir kişidir. Borçlar hukukunun temel ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda, kiraya verenin yalnızca sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu kiracıya karşı bir talep hakkının bulunduğu söylenebilir. Ancak kanun koyucu, alt kira ve kullanım hakkının devri bakımından TBK m. 322/f. III hükmünde bir istisna öngörmüştür. Söz konusu hükme göre, alt kiracı veya kullanım hakkını devralan, kiralananı kiracıya tanınandan başka bir şekilde kullanırsa, kiracı kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu ihtimalde kiraya veren, kiracıya karşı sahip olduğu hakları doğrudan alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana da ileri sürebilir.

Hükmün ilk kısmı incelendiğinde, düzenlemenin borçlar hukukunun temel ilkeleri ile uyumlu olduğu görülmektedir. Alt kiracının veya kullanım hakkını devralan kişinin, kiralananı asıl kira sözleşmesine uygun olarak kullanmadığı durumlarda kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olacaktır. Kiraya veren sözleşmeye aykırı kullanım sonucunda zarar

¹⁴¹ DOĞAN, Kira, s. 232; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 504.

¹⁴² DOĞAN, Kira, s. 232.

¹⁴³ EREN, Özel Hükümler, s. 375, N. 1233; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 282; ARAL/AYRANCI, s. 388-389; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 328; DOĞAN, Kira, s. 233; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 505-506; GÜMÜŞ, C. I, s. 301; GIGER, OR Art. 262, s. 172, N. 101; HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, OR Art. 262, s. 665, N. 8.

¹⁴⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, s. 157; EREN, Özel Hükümler, s. 376, N. 1237; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 284; ARAL/AYRANCI, s. 388-389; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 328; DOĞAN, s. 235; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 506; GÜMÜŞ, C. I, s. 302.

görmüşse, bu zararını kiracıdan tazmin edebilecektir. Kiraya verenin zararını tazmin eden kiracı da bu tazmin sebebiyle uğradığı zararın tazminini, sorumluluk menfaatini ileri sürerek alt kiracıdan isteyecektir. Temel kurala ilişkin asıl istisna, hükmün diğer kısmında yer almaktadır. Buna göre, kiraya veren kendi kiracısına başvurabileceği gibi doğrudan alt kiracı veya kullanım hakkını devralan kişiden de talepte bulunabilecektir. Bu talep, yalnızca kira sözleşmesinin feshiyle ilgili olmayıp, uğranılan zararların tazmin edilmesini de kapsamaktadır¹⁴⁵.

Normal şartlarda söz konusu hukuki ilişkilerde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi çok fazla ortaya çıkmayacaktır. Zira kiraya veren, kendi kiracısından talepte bulunabilecektir¹⁴⁶. Ancak özellikle kiracının mali durumunun kötü olduğu hâllerde, kiraya veren doğrudan talep hakkının faydalarından istifade edecektir¹⁴⁷.

Burada tartışılması gereken son husus ise kiracının asıl kira sözleşmesinde, kendi hafif kusurundan veya alt kiracının ya da kullanım hakkını devralan kişinin tüm kusurlarından dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasının, alt kiracı veya kullanım hakkını devralan kişi lehine etki doğurup doğurmayacağıdır. Sorumsuzluk anlaşmasında ilgili kişilerin de sorumlu olmayacağına dair bir hüküm bulunmadıkça, alt kiracının ve kullanım hakkını devralan kişinin sorumluluğunun devam edeceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸. Dolayısıyla bu ihtimalde de kiraya

¹⁴⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 121; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 281, N. 495.

¹⁴⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, alt kiracıyı asıl kira sözleşmesinin ifası bakımından asıl kiracının ifa yardımcısı olarak görmektedir. Bu görüş çerçevesinde özel bir hüküm öngörülmeseydi bile, genel hükümlere göre (TBK m. 116) asıl kiracının sorumluluğu gündeme gelecekti. İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu kararları için bkz. BGE 123 III 124, s. 127, <https://relevancy.bger.ch/>, E.T. 08.02.2024. Aynı yönde bkz. **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 248; **GIGER**, OR Art. 264, s. 173, N. 102.

¹⁴⁷ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 121.

¹⁴⁸ Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 121-122. Sorumsuzluk anlaşmalarının üçüncü kişilere olumlu etkisi meselesi, öğretide tartışma konusu olan bir husustur. Bu mesele özellikle sözleşme tarafları arasında yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasının, ifa yardımcısının haksız fiil sorumluluğuna etki edip etmeyeceği bağlamında ele alınmaktadır. Öğretideki hâkim görüşe göre, sorumsuzluk anlaşmasının ifa yardımcısının haksız fiil sorumluluğuna olumlu (sorumluluğu ortadan kaldıran) bir etkisi bulunmamaktadır. Sorumsuzluk anlaşmasının olumlu etkisini kabul eden görüşler ise ifa yardımcısının bağımlı olduğu durumlarla sınırlı bir değerlendirme yapmaktadır. Ne var ki alt kirada haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır. Zira birbirinden farklı iki kira sözleşmesi bulunmaktadır. Bunun yanında alt kiracı veya kullanım hakkını devralan kişinin, kiracıya bağımlılık ilişkisi de bulunmamaktadır. Bu sebeple sorumsuzluk anlaşmasının olumlu etkisi söz konusu

veren TBK m. 322/f. III hükmüne dayanarak, zararının tazmini için talepte bulunabilecektir.

gg. Vekâlet Verenin Alt Vekile Başvurma İmkânı (TBK m. 507/f. III)

TBK m. 502/f. I uyarınca, vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği bir sözleşmedir. İş görme borcu doğuran vekâlet sözleşmesi; bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması, işin vekâlet veren yararına görülmesi ve anlaşma unsurlarından oluşmaktadır¹⁴⁹. Ücret ise vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir¹⁵⁰.

Vekil, kural olarak iş görme borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür¹⁵¹. Bu yükümlülük Kanun’da da açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 506/f. I hükmüne göre, vekil, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Hâlbuki Türk borçlar hukukunda, “*ifanın gayri şahsiliği*” ilkesi benimsenmiştir. Nitekim TBK m. 83 hükmü uyarınca, borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadığı sürece, borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Bu yönüyle

kişiler bakımından ortaya çıkmayacaktır. Sorumsuzluk anlaşmalarının olumlu etkisi hakkında bkz. **BAŞALP**, Nilgün; Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 164 vd.

¹⁴⁹ **TANDOĞAN**, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 356 vd.; **EREN**, Özel Hükümler, s. 720 vd., N. 2416 vd.; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 639 vd.; **ARAL/AYRANCI**, s. 531 vd.; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 640 vd.; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 809 vd.; **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem; Vekâlet İlişkileri iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ**, M. Turgut (ed.), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 700 vd.; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 124 vd.

¹⁵⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 364; **EREN**, Özel Hükümler, s. 729, N. 2447; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 643; **ARAL/AYRANCI**, s. 534; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 642-643; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 811; **AKİPEK ÖCAL**, s. 706; **GÜMÜŞ**, C. II, s. 129.

¹⁵¹ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 456; **EREN**, Özel Hükümler, s. 736, N. 2478; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 664; **ARAL/AYRANCI**, s. 548; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 660; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 818; **AKİPEK ÖCAL**, s. 709; **GÜMÜŞ**, C. II, s. 148; **FELLMANN**, Walter; Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse iç. Berner Kommentar, **HAUSHEER**, Heinz (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1992, OR Art. 398, s. 514, N. 527; **BÜHLER**, Roland; Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell Füssli Kommentar, **KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta/**WOLF**, Stephan/**AMSTUTZ**, Marc/**FANKHAUSER**, Roland (ed.), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2023, OR Art. 398, s. 1312, N. 9.

TBK m. 506/f. I hükmü, genel kuralın bir istisnasıdır¹⁵². Aynı hükümde istisnanın istisnasına da yer verilmiştir. Buna göre, vekâlet sözleşmesinde kural şahsen ifa olsa da vekile yetki verilmişse veya durum ya da teamül zorunlu kılmışsa, işin başkasına gördürülmesi mümkündür.

Vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarını kendi adına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bıraktığı hâllerde, “*alt vekâlet*” (*Unterauftrag*) söz konusu olur¹⁵³. TBK m. 506/f. I hükmü uyarınca, vekilin alt vekâlet sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu hâllerde, caiz olan alt vekâletten bahsedilir¹⁵⁴. Vekil, hükümde yer alan istisnalar gerçekleşmemesine rağmen alt vekâlet sözleşmesi yapmışsa, alt vekâletin caiz olmadığı kabul edilir¹⁵⁵. Vekil alt vekâlet dışında, vekâlet veren adına yaptığı sözleşme ile bir işin görülmesini ya da bir işlemin yapılmasını üçüncü bir kişiye bırakabilir. Bu ihtimalde gündeme gelen vekâlet türü ise “*ikame vekâlettir*” (*Ersatzauftrag*)¹⁵⁶.

Üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi bakımından incelenmesi anlamlı olan vekâlet türü, alt vekâlettir. Zira ikame vekâlette, vekâlet veren adına bir sözleşme yapıldığı için vekâlet veren ilgili sözleşmenin tarafı hâline gelmektedir¹⁵⁷. Bu ihtimalde

¹⁵² EREN, Özel Hükümler, s. 737, N. 2480; ARAL/AYRANCI, s. 548; AKİPEK ÖCAL, s. 709; FELLMANN, OR Art. 398, s. 513, N. 525 vd.; BÜHLER, OR Art. 398, s. 1312, N. 9.

¹⁵³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 459; EREN, Özel Hükümler, s. 737, N. 2481; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 550; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 661; AKİPEK ÖCAL, s. 709; GÜMÜŞ, C. II, s. 149; FELLMANN, OR Art. 398, s. 532, N. 592; BÜHLER, OR Art. 398, s. 1312, N. 10.

¹⁵⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 460; EREN, Özel Hükümler, s. 738, N. 2483; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 551; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 818; GÜMÜŞ, C. II, s. 149; FELLMANN, OR Art. 398, s. 529, N. 580; BÜHLER, OR Art. 398, s. 1312, N. 10.

¹⁵⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 465; EREN, Özel Hükümler, s. 738, N. 2483; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 551; GÜMÜŞ, C. II, s. 149; FELLMANN, OR Art. 398, s. 542, N. 627; BÜHLER, OR Art. 398, s. 1312, N. 10.

¹⁵⁶ Buradaki ikame vekâlet, dar anlamda ikame vekâlettir. Bunun dışında alt vekâleti de içeren geniş anlamda ikame (*Substitution*) kurumu da bulunmaktadır. Geniş anlamda ikame, alt vekâlet ile ikame vekâleti kapsayan üst bir başlıktır. Bu hususta bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 462. Ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 550; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 662; AKİPEK ÖCAL, s. 709; GÜMÜŞ, C. II, s. 149; FELLMANN, OR Art. 398, s. 520, N. 547.

¹⁵⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 462; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 550; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 662; AKİPEK ÖCAL, s. 709; GÜMÜŞ, C. II, s. 149; FELLMANN, OR Art. 398, s. 520, N. 547.

vekâlet verenin kendi talep hakkı bulunduğundan, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi de ortaya çıkmamaktadır¹⁵⁸. Alt vekâlette ise vekâlet sözleşmesinin tarafları, vekil ile alt vekildir¹⁵⁹. Vekâlet veren bu ilişkinin dışında kaldığından üçüncü kişi konumundadır ve zarar görmesi hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelebilir.

Kanun koyucu, taraf olunmayan sözleşmelerden hak elde edilemeyeceği kuralına ilişkin bir istisnayı, TBK m. 507/f. III hükmünde düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre gerek caiz olan alt vekâlette gerekse de caiz olmayan alt vekâlette, vekâlet veren, vekilin alt vekile karşı sahip olduğu hakları doğrudan alt vekile karşı ileri sürebilir. Hüküm ilk bakışta, alt vekâlet sözleşmesi bakımından üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözebilecek niteliktedir. Ne var ki hükmün kaleme alınışı, bazı problemleri de beraberinde getirmektedir.

Hükümde vekâlet verenin, vekilin alt vekile karşı olan haklarını ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Bu, vekâlet verenin haklarının içerik ve kapsam itibarıyla alt vekâlet sözleşmesine göre belirleneceği anlamına gelir¹⁶⁰. Vekilin, alt vekile karşı olan ifa alacağı, tazminat alacağına dönüşmüşse, bu kuralın bir sonucu olarak tazminatin hesaplanmasında, alt vekilin menfaatinin dikkate alınması gerekir. Alt vekilin menfaati, vekâlet sözleşmesindeki borca aykırılık sebebiyle vekile karşı ödemekle yükümlü olduğu tazminat ve varsa kaybettiği ücrete ilişkindir. Ne var ki her durumda alt vekâlet sebebiyle vekilin borca aykırı davrandığı ileri sürülemez. Nitekim caiz olan alt vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğu, sadece alt vekili seçme ve talimat vermede gerekli özenin gösterilmesiyle sınırlanmıştır (TBK m. 507/f. II). Vekil, ilgili hususlarda gerekli özeni göstermişse, alt vekâlet dolayısıyla herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır¹⁶¹. Bu

¹⁵⁸ TANDOĞAN, Tazmin, s. 91.

¹⁵⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 459; EREN, Özel Hükümler, s. 737, N. 2481; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 550; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 662; AKİPEK ÖCAL, s. 709-710; GÜMÜŞ, C. II, s. 149; FELLMANN, OR Art. 398, s. 532, N. 592.

¹⁶⁰ FELLMANN, OR Art. 398, s. 535, N. 602; TANDOĞAN, Tazmin, s. 96; MARTI-SCHREIER, N. 173; VON GRAFFENRIED, s. 307, N. 662.

¹⁶¹ Daha önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, alt vekil, vekilin yardımcı kişisidir. Yardımcı kişinin davranışlarından ötürü sorumluluğun bulunduğu hâllerde, vekilin (alacaklının) kendi zararı bulunduğu için üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmaz. Ancak caiz olan alt vekâlet bakımından vekilin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Alt vekâlet bakımından özel bir hüküm öngörüldüğü için TBK m. 116'nın değil, TBK m. 507 hükmünün uygulanması gerekir. Dolayısıyla burada her ne kadar

durumda vekil tazminat ödemekle yükümlü olmayacağı gibi kararlaştırılmış olan ücret hakkını da kaybetmez. İşte bu hâllerde vekilin menfaatinin içi boş olacağından, tazminata esas olan bir zarardan da bahsedilemez¹⁶². Zararın meydana gelmemesi, tazminat hakkının da bulunmaması sonucunu doğurur. Bu ihtimalde vekilin alt vekile karşı tazminat hakkının olmaması, vekâlet verenin de tazminat hakkının bulunmaması anlamına gelir¹⁶³. Zira hükümde, vekâlet verenin doğrudan talep hakkı bakımından vekilin haklarına bir yollama yapılmıştır. Bu da hükmün her durumda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin üstesinden gelemeyeceğini göstermektedir¹⁶⁴.

Sonuç itibarıyla, TBK m. 507/f. III hükmü, alt vekâlet ilişkisinin bulunduğu durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmini problemini kısmen çözebilecek niteliktedir. Çözumsuz kaldığı durumlar bakımından ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Buna ilişkin ayrıntılı değerlendirme, ilerleyen başlıklarda yapılacağı için bu açıklamalarla yetinilecektir.

hh. Vekâlet Sözleşmesinde Yasal Devir (TBK m. 509/f. I, II)

TBK m. 509 hükmünde, edinilen hakların vekâlet verene geçişi düzenlenmektedir. İlgili hüküm, vekilin, vekâlet verenin dolaylı temsilcisi olarak hareket ettiği durumlar için getirilmiş bir hükümdür¹⁶⁵. İlk iki fıkra, vekilin kendi adına vekâlet veren hesabına yaptığı iş veya işlemlerden elde ettiği hakların, vekâlet verene yasal olarak devri (*Legalzession*) düzenlenmiştir. Son fıkra ise vekilin iflası durumunda vekâlet verenin ayırma hakkı (*Aussonderungsrecht*) hüküm altına alınmıştır. Üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından incelenmesi gereken husus, ilk iki fıkra düzenlenen yasal devir hâlidir. Ayırma hakkının değerlendirilmesi ise çalışma konusunun dışında kalmaktadır.

yardımcı kişinin davranışlarından ötürü bir sorumluluk söz konusu olsa da sınırlı sorumluluk hâllerinde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelmektedir.

¹⁶² FELLMANN, OR Art. 398, s. 535, N. 602; TANDOĞAN, Tazmin, s. 96; MARTI-SCHREIER, N. 173; VON GRAFFENRIED, s. 307, N. 662; BÄRTSCHI, s. 437; PERREN, s. 70.

¹⁶³ FELLMANN, OR Art. 398, s. 535, N. 602; TANDOĞAN, Tazmin, s. 96; MARTI-SCHREIER, N. 173; VON GRAFFENRIED, s. 307, N. 662; BÄRTSCHI, s. 437; PERREN, s. 70.

¹⁶⁴ FELLMANN, OR Art. 398, s. 535, N. 602; MARTI-SCHREIER, N. 173; VON GRAFFENRIED, s. 307, N. 662; BÄRTSCHI, s. 437; PERREN, s. 70.

¹⁶⁵ FELLMANN, OR Art. 401, s. 653, N. 26; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 512-513; EREN, Özel Hükümler, s. 749, N. 2525; GÜMÜŞ, C. II, s. 188; HONSELL, Besonderer Teil, s. 357; BÜHLER, OR Art. 401, s. 1318, N. 1.

Daha önce de ifade edildiği üzere, dolaylı temsilci, kendi adına, başkası hesabına hareket eden bir kişidir¹⁶⁶. Dolaylı temsilci işlemi kendi adına yaptığından, girmiş olduğu hukuki ilişkideki haklar ve borçlar da ona ait olmaktadır¹⁶⁷. Bu durumun bir sonucu olarak dolaylı temsilcinin elde ettiklerini ayrı bir hukuki işlemle temsil olunan kişiye devretmesi gerekir¹⁶⁸. Ne var ki söz konusu devir işlemi gerçekleşinceye kadar temsil olunan bakımından bazı riskler mevcuttur. Temsilcinin devre yanaşmaması, borçlarından dolayı haciz ihtimalinin bulunması veya bu süreçte iflas etmesi, elde edilenlerin devredil(e)memesi sonucunu doğurabilir¹⁶⁹. Bu tehlikeyi bertaraf etmek adına, vekâlet sözleşmeleri bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir.

Söz konusu hükmün ilk fıkrası uyarınca, vekilin, kendi adına, vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden kaynaklanan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekile karşı olan bütün borçlarını ifa ettiği anda kendiliğinden vekâlet verene geçer. İkinci fıkrafta, vekilin iflası hâlinde vekâlet verenin, yasal devrin gerçekleştiğini iflas masasına karşı da ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Vekâlet verene ilgi düzenlemeler ile tarafı olmadığı borç ilişkisinden doğan bir talep hakkı verilmiş, böylelikle dolaylı temsil, doğrudan temsile yaklaştırılmıştır¹⁷⁰.

Dolaylı temsilin söz konusu olduğu vekâlet sözleşmelerinde yasal devrin öngörülmesi, üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini de yakından ilgilendirmektedir. Zira vekâlet veren kişi, vekilin girdiği hukuki ilişkinin bir tarafı olmadığından üçüncü kişi konumundadır. Söz konusu hükümle birlikte, üçüncü kişinin zararının tazminine imkân tanınmaktadır. Vekâlet veren, geçerli bir vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını yerine getirir getirmez yasal devir yoluyla üçüncü kişideki alacağı kazanır. Bu durum aynı

¹⁶⁶ FELLMANN, OR Art. 401, s. 653, N. 26; YAVUZ, s. 23; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 512; EREN, Özel Hükümler, s. 749, N. 2524; GÜMÜŞ, C. II, s. 188; HONSELL, Besonderer Teil, s. 357.

¹⁶⁷ FELLMANN, OR Art. 401, s. 653, N. 27; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 632, N. 14; YAVUZ, s. 157 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 512; EREN, Özel Hükümler, s. 749, N. 2524; GÜMÜŞ, C. II, s. 188.

¹⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 632, N. 14; YAVUZ, s. 157 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 512; EREN, Özel Hükümler, s. 749, N. 2524; GÜMÜŞ, C. II, s. 188.

¹⁶⁹ FELLMANN, OR Art. 401, s. 648, N. 10; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 512-513; GÜMÜŞ, C. II, s. 188.

¹⁷⁰ FELLMANN, OR Art. 401, s. 655, N. 33; EREN, Özel Hükümler, s. 750, N. 2527; GÜMÜŞ, C. II, s. 188.

zamanda üçüncü kişi konumundaki vekâlet verenin zararlarının tazmini anlamına da gelmektedir. Ancak bir önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, bu hüküm de kısmi bir çözüm öngörmektedir. Zira yasal devirde de vekilin haklarına vurgu yapılmıştır. Hâl böyle iken vekâlet verenin, alt vekile karşı doğrudan talep hakkı bakımından ortaya çıkan problemler yine gündeme gelmektedir. Vekilin sözleşme yaptığı kişi, yasal devirden önce sözleşmeye aykırı davranırsa, tazminata esas olarak vekilin menfaati (zararı) dikkate alınacaktır¹⁷¹. Ancak vekilin sorumluluk menfaatinin eksik olması, zararın ortaya çıkmaması ve tazminat talep edilememesi sonucunu doğuracaktır¹⁷². Vekilin tazminat talep etme hakkının bulunmaması, yasal devir yoluyla bu hakkı kazanabilecek vekâlet vereni de etkilemekte ve zararın tazmin edilememesi problemini beraberinde getirmektedir¹⁷³. Zira vekilin sahip olmadığı bir hakkın, vekâlet verene devredilmesi mümkün değildir¹⁷⁴.

Sonuç olarak alt vekâlet sözleşmesi için yapılan açıklamalar, yasal devir bakımından da geçerlidir. Hüküm, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini kısmen çözse de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin devam ettiği durumlar da mevcuttur.

c. Taraf İradelerinin Üçüncü Kişinin Zararının Tazminine İmkân Sağladığı Hâller (Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Vertrag zugunsten Dritter)

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıkmadığı bir diğer hâl de taraf iradelerinin üçüncü kişinin zararının tazminine imkân sağladığı durumlardır. Bu ihtimalde üçüncü kişinin zararı, alacaklı ile borçlu arasında akdedilen üçüncü kişi yararına sözleşmeden faydalanılarak tazmin edilmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmeye taraf olmayan, temsilci sıfatı da bulunmayan üçüncü bir kişinin, edimden yararlanmasını sağlamak amacıyla alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşmedir¹⁷⁵. Üçüncü kişi yararına sözleşme TBK m. 129

¹⁷¹ TANDOĞAN, Tazmin, s. 127; PERREN, s. 72-73.

¹⁷² FELLMANN, OR Art. 398, s. 535, N. 603; TANDOĞAN, Tazmin, s. 127; MARTI-SCHREIER, N. 55; VON GRAFFENRIED, s. 310, N. 667; BÄRTSCHL, s. 439; PERREN, s. 72.

¹⁷³ FELLMANN, OR Art. 398, s. 535, N. 603; TANDOĞAN, Tazmin, s. 127; MARTI-SCHREIER, N. 55; VON GRAFFENRIED, s. 310, N. 667; BÄRTSCHL, s. 439; PERREN, s. 72.

¹⁷⁴ TANDOĞAN, Tazmin, s. 127.

¹⁷⁵ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 131, N. 4; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 599, N. 86.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 387, N. 3876; KRAUSKOPF, Patrick; Der Vertrag zugunsten Dritter, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg

ve m. 130 hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 129/f. I, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen temel norm iken, aynı hükmün ikinci fıkrası tam-eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ayırımına ilişkindir. TBK m. 130'da ise üçüncü kişi yararına sözleşmenin sorumluluk sigortalarındaki özel bir türü düzenlenmiştir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede borçlu, sözleşmenin diğer tarafında yer alan alacaklıya karşı üçüncü bir kişi yararına edim taahhüdünde bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmede, edim taahhüdünde bulunan borçlu, “*vaat eden*” (*Versprechender*), alacaklı ise “*vaat ettiren*” (*Versprechensempfänger*) olarak adlandırılır¹⁷⁶. Edimden yararlandırılan ancak sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi ise “*lehtar*” (*Begünstigter*) dir¹⁷⁷.

Üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği itibarıyla üç köşeli (*Dreieckverhältnis*) bir hukuki ilişkidir. Vaat eden ile vaat ettiren arasındaki ilişki, “*karşılık ilişkisi*” (*Deckungsverhältnis*) olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁸. Karşılık ilişkisi, üçüncü kişi yararına

2000, s. 5, N. 12; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 218; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1289, N. 3555; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 451, N. 1249; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 711, N. 1744; **AKYOL**, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 10; **ÇİLENTİ KONURALP**, Ayşen; Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 5; **KARTAL**, Dilşah Buşra; Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 5.

¹⁷⁶ **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 131, N. 4; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 600, N. 86.05; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 387, N. 3878; **KRAUSKOPF**, s. 6, N. 14,15; **GOTTWALD**, Peter; Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022, BGB § 328, N. 25; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1289, N. 3555; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 452, N. 1251; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 711, N. 1744; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 10, dpn. 31; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 21; **KARTAL**, s. 37.

¹⁷⁷ **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 131, N. 7; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 600, N. 86.05; **KRAUSKOPF**, s. 6, N. 16; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1289, N. 3555; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 452, N. 1251; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 711, N. 1744; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 10, dpn. 31; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 21; **KARTAL**, s. 37.

¹⁷⁸ **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 135, N. 18; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 600, N. 86.05; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 387, N. 3879; **KRAUSKOPF**, s. 7, N. 20; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1298, N. 3579; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 452, N. 1253; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 712, N. 1747; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 26; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 21; **KARTAL**, s. 18. Öğretide *Akyol*, karşılık ilişkisini, “*kapama ilişkisi*” olarak adlandırmaktadır (**AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 85).

sözleşmeye esas karakterini veren temel borç ilişkisidir¹⁷⁹. Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye, “*değer ilişkisi*” (*Valutaverhältnis*) adı verilir¹⁸⁰. Alacaklının bu tip bir sözleşme yapmasındaki kazandırma sebebi, değer ilişkisi içinde yer almaktadır¹⁸¹. Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye ise “*edim ilişkisi*” (*Leistungsverhältnis veya Vollzugsverhältnis*) denir¹⁸².

Üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişinin sahip olduğu yetkiye göre ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, tam üçüncü kişi yararına sözleşme (*echter Vertrag zugunsten Dritter*) ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşmedir (*unechter Vertrag zugunsten Dritter*)¹⁸³.

¹⁷⁹ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 135, N. 18; KRAUSKOPF, s. 7, N. 20; GOTTWALD, BGB § 328, N. 26; ÇİLENTİ KONURALP, s. 21; KARTAL, s. 18.

¹⁸⁰ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 136, N. 20; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 600, N. 86.05; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 387, N. 3879; KRAUSKOPF, s. 8, N. 21; GOTTWALD, BGB § 328, N. 29; EREN, Genel Hükümler, s. 1299, N. 3581; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 452-453, N. 1254; ÇİLENTİ KONURALP, s. 21; KARTAL, s. 18. Değer ilişkisi, “*kazandırma ilişkisi*” (*Zuwendungsverhältnis*) olarak da adlandırılmaktadır. AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 86; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 712, N. 1748.

¹⁸¹ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 136, N. 20; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 600-601, N. 86.05; KRAUSKOPF, s. 8, N. 21; GOTTWALD, BGB § 328, N. 29; EREN, Genel Hükümler, s. 1299, N. 3581; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 452-453, N. 1254; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 712, N. 1748; ÇİLENTİ KONURALP, s. 21; KARTAL, s. 18.

¹⁸² KRAUSKOPF, s. 8, N. 22; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 387, N. 3879; GOTTWALD, BGB § 328, N. 30; EREN, Genel Hükümler, s. 1300, N. 3583; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 453, N. 1256; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 713, N. 1749; ÇİLENTİ KONURALP, s. 21; KARTAL, s. 18. Öğretide *Akyol*, edim ilişkisini, “*dış ilişki*” (*Ausserverhältnis*) olarak adlandırmaktadır (AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 85).

¹⁸³ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 5, 6; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.06; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 387, N. 3880; KRAUSKOPF, s. 12, N. 36,37; GOTTWALD, BGB § 328, N. 1, 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 219-220; EREN, Genel Hükümler, s. 1293 vd., N. 3565 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1762; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 11; ÇİLENTİ KONURALP, s. 35 vd.; KARTAL, s. 50; KOCAMAN, Arif B.; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Üçlü Borç İlişkileri Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi (Temsil-Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme -Alacağın Devri -Havale)”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı III, 26-27 Mayıs 2012, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 257.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede taraflar, üçüncü kişinin bağımsız bir alacak hakkının bulunması hususunda anlaşılır¹⁸⁴. Üçüncü kişi, bu anlaşmanın bir sonucu olarak edimin ifasını alacaklıya bağlı kalmaksızın talep edebilir¹⁸⁵. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise vaat eden ve vaat ettiren, üçüncü bir kişi lehine sözleşme akdetmelerine rağmen ona bağımsız bir alacak hakkı bahsetmezler¹⁸⁶. Bu ihtimalde üçüncü kişi, yalnızca edimin ifasını kabul etmeye yetkili olup sözleşmenin alacaklısı, vaat ettiren kişidir¹⁸⁷.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği, TBK m. 129/f. II hükmü dikkate alınarak belirlenir. İlgili hükme göre, tarafların amacına veya örf ve âdete¹⁸⁸ uygun düştüğü takdirde, üçüncü kişi veya bu kişinin

¹⁸⁴ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 6; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.07; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 389, N. 3887; KRAUSKOPF, s. 223, N. 884; GOTTWALD, BGB § 328, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1295, N. 3570; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1765; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 23 vd.; ÇİLENTİ KONURALP, s. 35; KARTAL, s. 50.

¹⁸⁵ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 6; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.07; KRAUSKOPF, s. 223, N. 884; GOTTWALD, BGB § 328, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1295, N. 3570; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 720, N. 1766; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 23 vd.; ÇİLENTİ KONURALP, s. 35; KARTAL, s. 50.

¹⁸⁶ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 7; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.08; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 388, N. 3884; KRAUSKOPF, s. 113, N. 437; GOTTWALD, BGB § 328, N. 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1294, N. 3567; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1763; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 11; ÇİLENTİ KONURALP, s. 36; KARTAL, s. 50.

¹⁸⁷ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 7; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.08; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 388, N. 3884; KRAUSKOPF, s. 113, N. 437; GOTTWALD, BGB § 328, N. 9; EREN, Genel Hükümler, s. 1294, N. 3567; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1763; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 11; ÇİLENTİ KONURALP, s. 36; KARTAL, s. 50.

¹⁸⁸ Her ne kadar ilgili hükümde “*örf ve âdet*” terimi kullanılsa da burada kastedilen “*teamül*”dür. İsviçre Borçlar Kanunu’nun üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen 112’nci maddesinde “*Übung*” terimi kullanılmıştır. “*Übung*” kelime anlamı itibarıyla, teamüle karşılık gelmektedir. Örf ve âdet hukuku bakımından ise “*Gewohnheitsrecht*” terimi kullanılmaktadır. İlgili hükümdeki ifadenin teamül olarak

haleflerinin bağımsız bir alacak hakkı mevcuttur. Bu tip bir durum olmadıkça temel kural, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığıdır¹⁸⁹. Tarafların amacı, iradeleri dikkate alınarak belirlenir. İrade, açık veya örtülü bir şekilde ortaya koyulabilir¹⁹⁰. Taraf iradeleri veya örf ve âdet kuralları dışında, kanun hükmüne dayanan tam üçüncü kişi yararına sözleşme de söz konusu olabilir. İşçiler lehine yapılan sorumluluk sigortası sözleşmesi, kaza ve hayat sigortası, karayolları mali sorumluluk sigortası, başkasına ait mal sigortası, kanunda düzenlenen tam üçüncü kişi yararına sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir¹⁹¹.

Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini ortaya çıkaran ilkelerden biri, borç ilişkilerinin nispileğidir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme, niteliği itibarıyla borç ilişkilerinin nispileği ilkesinin bir istisnasıdır¹⁹². Her ne kadar üçüncü kişinin alacak hakkını reddetme¹⁹³

anlaşılması hakkında bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 221; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1296, N. 3573; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 23, dpn. 1.

¹⁸⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 220; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1295, N. 3571; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 721, N. 1770; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 23.

¹⁹⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1296, N. 3572; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 721, N. 1770.

¹⁹¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 222 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1296, N. 3574; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 711, N. 1746; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 44 vd.

¹⁹² **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 134, N. 14; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 220; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 454, N. 1260; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 9; **KARTAL**, s. 7.

¹⁹³ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, alacak hakkını doğrudan ve aslen kazanmaktadır. Ancak o bu hakkı hiçbir işlem yapmadan kazandığı için, kendisine ret hakkının verilmesi gerekir. Ne var ki İsviçre-Türk hukukunda ret hakkına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlar hukukunun genel ilkelerine göre, bir alacak hakkından tek taraflı olarak vazgeçilemez. Bunun için ibra sözleşmesi yapılması gerekir. Burada ise üçüncü kişinin aslen ve doğrudan kazandığı alacak hakkından tek taraflı vazgeçmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu tip bir istisna için yasal bir dayanağın bulunması gerekir. BGB § 333 hükmünde, üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından üçüncü kişinin ret hakkı (*Zurückweisungsrecht*) açıkça düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm Avusturya Medeni Kanunu'nun (ABGB) § 882 hükmünde de yer almaktadır. İsviçre-Türk hukukunda bu konuda bir boşluğun bulunduğu ve söz konusu boşluğun doldurulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktada, hiç kimseye iradesi dışında bir kazandırma yapılamayacağı kuralı ile TMK m. 616'da düzenlenen vasiyet alacaklısının vasiyet alacağını reddetme hakkının kıyasen uygulanmasından faydalanılmakta ve üçüncü kişinin ret hakkının bulunduğu ifade edilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCABAŞ**, Gediz; "Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2021, s. 179 vd.; **KRAUSKOPF**,

imkânı olsa da söz konusu hak üçüncü kişinin malvarlığına, içinde yer almadığı bir borç ilişkisi vasıtasıyla dâhil edilmektedir¹⁹⁴. Ayrıca üçüncü kişi alacak hakkını reddetmedikçe, bu hak varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin, borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir. Bu durumun bir sonucu olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunduğu hâllerde, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminden bahsedilemez¹⁹⁵. Zira bu ihtimalde üçüncü kişinin bağımsız bir alacak hakkı mevcuttur. Üçüncü kişi alacak hakkına dayanarak edimin ifa edilmesini borçludan talep edebileceği gibi ifa etmeme durumunda uğradığı zararların tazmin edilmesini de isteyebilecektir¹⁹⁶.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ise borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesine bir istisna teşkil etmez¹⁹⁷. Zira bu tip bir sözleşmede üçüncü kişinin bağımsız bir alacak hakkı bulunmamaktadır¹⁹⁸. Bu yönüyle eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, “*ifa modalitesi anlaşması*” olarak da adlandırılmaktadır¹⁹⁹. Bu sözleşmenin borç ilişkilerini nispiyeti

s. 294 vd., N. 1157 vd.; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 196 vd.; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 153 vd.; **KARTAL**, s. 194 vd.

¹⁹⁴ **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 131, N. 4; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 454, N. 1261; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 9.

¹⁹⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 67.

¹⁹⁶ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 69-70; **KRAUSKOPF**, s. 262, N. 1024; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1299-1300, N. 3582. Gerek vaat ettiren gerekse de üçüncü kişi bu zararın tazminini talep edebilir. Ancak vaat ettiren üçüncü kişinin uğradığı müspet zarara ilişkin tazminatın kendisine ödenmesini talep edemez. Bu hususta bkz. **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 719, N. 1765.

¹⁹⁷ **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 9. *Oğuzman/Öz’e göre*, her ne kadar eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede borç ilişkilerinin nispiyetine istisna oluşturan bir durum yok gibi görünse de bu tip bir sözleşmede de ifanın sözleşme ilişkisine taraf olmayan bir kişiye yapılması üzerine borcun sona erme hâli bulunmaktadır. Oysa normal bir borç ilişkisinde üçüncü kişiye yapılan ifa yalnızca bu kişinin alacaklıyı temsil etmesi durumunda borcu sona erdirir. Yazarlara göre, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede borç ilişkilerinin nispiyetine getirilen istisna çok daha belirgindir (**OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 454, N. 1260).

¹⁹⁸ **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 132, N. 7; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 601, N. 86.08; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 388, N. 3884; **KRAUSKOPF**, s. 113, N. 437; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 9; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 220; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1294, N. 3567; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 454, N. 1258; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 719, N. 1763; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs, s. 11; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 36; **KARTAL**, s. 50.

¹⁹⁹ **WEBER/VON GRAFFENRIED**, OR Art. 112, s. 132, N. 7; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 601, N. 86.08; **ÇİLENTİ KONURALP**, s. 9.

ilkesine bir istisna oluşturmaması, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin devam edip etmediği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Ancak eksik üçüncü kişi yararına sözleşme de üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözebilecek bir müessesedir. Söz konusu sözleşmede, alacak hakkına sahip olan kişi vaat ettiren olsa da karşılık ilişkisinde üçüncü kişinin zararının tazmininin mümkün olduğu kabul edilmelidir²⁰⁰. Bu ihtimalde alacaklı, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini borçludan isteyebilecektir. Alacaklı söz konusu durumda tazminata ilişkin ödemenin yalnızca üçüncü kişiye yapılmasını talep edebilir²⁰¹. Alacaklı herhangi bir zarara uğramasa veya uğradığı zarar üçüncü kişinin zararından az olsa da tazminata esas alınacak zarar, üçüncü kişinin zararı olacaktır²⁰². Vaat eden borçlu, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme akdederek, üçüncü kişinin zararını tazmin etmeyi de göze almıştır²⁰³. Borçlu, bu durumun bir sonucu olarak üçüncü kişinin zararı dikkate alınarak belirlenen tazminatı da ödemekle yükümlüdür.

Sonuç itibarıyla gerek tam üçüncü kişi yararına sözleşme gerekse de eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözebilecek müesseselerdir. Bu yönüyle her iki sözleşme de geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında değerlendirilir²⁰⁴.

B. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Dar Anlamı

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi, mevcut kanun hükümlerine ve taraf iradelerine başvurarak üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin mümkün olmadığı hâlleri ihtiva eder²⁰⁵. Kanundaki düzenlemeler ve taraf iradeleri çerçevesinde, üçüncü kişinin zararının tazmininin mümkün olmadığı bazı hâller bakımından mevcut

²⁰⁰ **VON TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Bd., 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1974, s. 237; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 68; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 719, N. 1764.

²⁰¹ **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 719, N. 764. *Von Tuhr/Escher'e göre*, tazminatın bizzat alacaklıya ödenmesi, “*ifa yerine edim*” (*datio in solutum*) teşkil eder. Bu sebeple ödemenin doğrudan alacaklıya yapılabilmesi için her iki tarafın da onayı gerekmektedir (**VON TUHR/ESCHER**, s. 236-237). Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 68.

²⁰² Vaat ettiren alacaklının da zarara uğradığı durumlarda tazmin edilecek zararın kapsamına hem vaat ettirenin hem de üçüncü kişinin zararı girer (**FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 719, N. 1764). Ayrıca bkz. **VON TUHR/ESCHER**, s. 237; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 68.

²⁰³ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 68.

²⁰⁴ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 67 vd.

²⁰⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 33.

hukuki kurumların kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı, bu kurumlardan bağımsız olarak genel bir çözüm önerisinin getirilip getirilemeyeceği ve bu problemin çözülmesi için bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı soruları, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında değerlendirilmektedir²⁰⁶.

Türk hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini ele alan *Tandoğan*²⁰⁷, “*üçüncü şahsın zararının mevcut kanun hükümlerine müsteniden tazmini imkânının şüpheli olduğu hâller*” başlığı altında, üçüncü kişinin zararının tazmininin dar anlamını ortaya koymuştur. Yazarın sınıflandırması incelendiğinde, bu başlık altında ele aldığı kurumların, “*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*” ve “*Drittschadensliquidation*” olduğu görülmektedir²⁰⁸. Her iki kurum da Alman öğreti ve içtihatlarının bir ürünü olup, Türk hukukunda “*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*”²⁰⁹ ve “*üçüncü kişinin zararını tazmin*”²¹⁰ olarak adlandırılmaktadır.

Bu çalışmada Türk hukukunda “*üçüncü kişinin zararını tazmin*” adıyla bilinen “*Drittschadensliquidation*” kurumu, “*dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu*” şeklinde adlandırılarak incelenecektir. *Tandoğan*’ın dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini içerisinde değerlendirdiği, “*üçüncü kişinin edaya yakın olduğu hâller*”, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna karşılık gelmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan farklı ve bağımsız bir kurumdur. Dolayısıyla bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazmininin dar anlamı başlığı altında, temel olarak “*Drittschadensliquidation*” kurumu ele alınacak ve kurumu karşılamak adına “*dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini*” ifadesi kullanılacaktır.

²⁰⁶ TANDOĞAN, Tazmin, s. 33.

²⁰⁷ TANDOĞAN, Tazmin, s. 128 vd.

²⁰⁸ TANDOĞAN, Tazmin, s. 128 vd.

²⁰⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 1198, N. 3312; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 455, N. 1423; SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 349-350, N. 1; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 715, N. 1754; AKÜNAL, s. 226; ATAMER, Yeşim M.; “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996, s. 108-109; KARABAĞ BULUT, Nil; Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 1; KIRCA, Bilgi Verme, s. 70; ÇAKIRCA, s. 97.

²¹⁰ SEROZAN, Borçlar, § 16, s. 282, N. 7; KARABAĞ BULUT, s. 20; ÇAKIRCA, s. 97.

VI. DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMU (ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARINI TAZMİN- DRITTSCHADENSLIQUIDATION)

A. Terminoloji

Önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, çalışma konusu oluşturan “dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini” kurumu, Alman ve İsviçre hukuklarında “Drittschadensliquidation” olarak bilinen kuruma karşılık gelmektedir. Söz konusu kavramda yer alan “liquidation” ifadesi, Türkçede “tasfiye”, “yok olma/etme”, “iş-i kapatma”, “hesaplaşma” anlamlarına gelmektedir²¹¹. Bu hâliyle kurumun Türkçe karşılığının “üçüncü kişinin zararının tasfiyesi” olması gerekir. Ancak Türk hukukunda yayımlanan eserlerde kurum, “üçüncü kişinin zararını tazmin²¹²”, “üçüncü kişinin zararının tazmini²¹³”, “dar anlamda üçüncü kişinin zararını tazmin²¹⁴” ve “dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmin ettirilmesi²¹⁵” şeklinde adlandırılmaktadır.

Türk hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini şu ana dek en kapsamlı şekilde ele alan Tandoğan, Alman hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini yerine, “üçüncü kişi menfaatine zararın tasfiyesi” (Schadensliquidation aus fremdem Interesse veya Schadensliquidation im Drittinteresse) kavramının kullanıldığını belirtmiştir²¹⁶. Yazarın eserdeki kavram kullanımı incelendiğinde, “üçüncü kişinin zararının tasfiye edilmesi²¹⁷”, “üçüncü kişinin menfaatinin alacaklı tarafından tasfiye edilmesi²¹⁸” ve “üçüncü kişinin menfaatinin tasfiyesi için tazminat talep etme²¹⁹”,

²¹¹ Bu hususta bkz. **ÖNEN**, Yaşar/**ŞANBEY**, Cemil Ziya; Almanca-Türkçe Sözlük, C. I, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu Yayınları, No: 546, Ankara 1993, s. 648; **STEUERWALD**, Karl; Almanca Türkçe Sözlük, Otto Harrassowitz Verlag-ABC Kitabevi, Wiesbaden-İstanbul 1990, s. 363; **HELVACI**, İlhan; Türkçe-Fransızca-Almanca-İngilizce Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Terimleri ve Kullanım Örnekleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 328; **ÇAKAR**, M. Sait; Türkçe-Almanca, Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 416.

²¹² **SEROZAN**, Borçlar, § 16, s. 282, N. 7; **KARABAĞ BULUT**, s. 20; **ÇAKIRCA**, s. 97.

²¹³ **OK**, Orcan; Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 7 vd.

²¹⁴ **KIRCA**, Bilgi Verme, s. 75.

²¹⁵ **ATAMER**, s.120.

²¹⁶ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 36.

²¹⁷ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 363.

²¹⁸ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 219.

²¹⁹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 227.

ifadelerini kullandığı görülmektedir. *Tandoğan*, “*tasfiye etmek*” ifadesini yalnızca zararın alacaklı aracıyla tazmin edildiği durumlar bakımından kullanmamakta, zararın tazmin edildiği hâllerde menfaatin tasfiye edildiğine vurgu yapmaktadır.

Kurumun kökenlerinin bulunduğu Alman hukukunda, alacaklının, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini borçludan talep ettiği durumları karşılamak üzere, “*Drittschadensliquidation*” terimi kullanılmıştır²²⁰. Kurumun alacaklının menfaati dogmasının bir istisnası olduğu, bunun sonucu olarak da alacaklının belirli hâllerde borçludan üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini isteyebileceği ifade edilmiştir²²¹.

İsviçre hukukunda *Armbrüster*²²², “*Üçüncü Kişinin Zararı ve Sözleşmesel Sorumluluk-Drittschäden und vertragliche Haftung*” başlıklı makalesinde, “*Üçüncü kişinin zararının sözleşmeye dayalı olarak tazmin edilmesinin onaylandığı ilk olay grubu, zararın kaydığı/yer değiştirdiği hâllerdir: Sözleşmenin tarafı yerine üçüncü bir kişi zarar görürse, borçluyu bu üçüncü kişinin zararını tazmin etmeye mecbur etmek uygun görünmektedir. (Üçüncü kişinin zararının tazmini veya tasfiyesi olarak adlandırılan)*” ifadesine yer vermiş, “*üçüncü kişinin zararının tasfiyesi*” terimini kullanmakla, talep

²²⁰ **GOMILLE**, Christian; “Die Drittschadensliquidation im System des Haftungsrechts”, *Juristische Ausbildung (JURA)*, (6), 2017, s. 627; **FLUME**, Johannes W.; *Recht der Schuldverhältnisse* iç. Beck’scher Online Kommentar, **HAU**, Wolfgang/**POSECK**, Roman (ed.), 68. Edition, 2023, BGB § 249, N. 367; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 733; **PETERSEN**, Jens; *Der Dritte im Zivilrecht*, De Gruyter Verlag, Berlin-Boston 2018, s. 89, N. 9; **HÜBNER**, Leonhard/**SAGAN**, Adam; “Die Abgrenzung von Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2013, s. 744; **ESSER**, Josef/**SCHMIDT**, Eike; *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, s. 268; **NEUNER**, Dritter, s. 130; **STAMM**, Jürgen; “Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 884 Abs. 1 BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, Bd. 203, H. 3, 2003, s. 371; **BROX**, Hans/**WALKER**, Wolf-Dietrich; *Allgemeines Schuldrecht*, 47. Auflage, München 2023, N. 14, **HENN**, s. 40; **PUHLE**, Winfried; *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main-Bern 1982, s. 118; **BRÖMMELMEYER**, Christoph; *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020, s. 348, N. 26; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 345; **MEDICUS/LORENZ**, N. 29; **TÄGERT**, s. 53.

²²¹ **GOMILLE**, s. 627; **FLUME**, BGB § 249, N. 367; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 733; **PETERSEN**, s. 89, N. 9; **HÜBNER/SAGAN**, s. 744; **ESSER/SCHMIDT**, Bd. I, s. 268; **NEUNER**, Dritter, s. 130; **STAMM**, s. 371; **BROX/WALKER**, N. 14; **HENN**, s. 40; **PUHLE**, s. 118; **BRÖMMELMEYER**, s. 348, N. 26; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 345; **MEDICUS/LORENZ**, N. 29; **TÄGERT**, s. 53.

²²² **ARMBRÜSTER**, s. 86.

hakkı sahibinin kimliğine ilişkin henüz bir karara varmadığını vurgulamıştır²²³. Nitekim yazar çalışmasının ilerleyen başlıklarında, üçüncü kişinin doğrudan borçludan talepte bulunabileceğini kabul etmiştir²²⁴. Yazarın söz konusu yorumlarından, üçüncü kişinin zararının alacaklı aracılığıyla tazmin edildiği durumlarda, “*Drittschadensliquidation*” kurumunun bulunduğu sonucuna varılabilir.

Bärtschi ise²²⁵, “Üçüncü kişinin zararının tasfiyesine göre, kendisi zarar görmeyen alacaklı, üçüncü kişinin zararını veya üçüncü kişi için tazminatı borçludan tasfiye edebilir, yani zararı kendi adına borçluya karşı ileri sürebilir.” ifadesini kullanmış, üçüncü kişinin zararının tasfiye edildiği durumlarda, bu kişinin uğradığı zararın alacaklı tarafından borçluya karşı ileri sürüldüğünü vurgulamıştır.

İsviçre hukukundaki diğer görüşler de *Armbrüster* ve *Bärtschi*’nin görüşlerine paraleldir. Buna göre²²⁶, borçluya karşı talep hakkı olan alacaklı, istisnai bazı hâllerde üçüncü kişinin zararının tazminini talep edebilecektir (*Drittschadensliquidation* vasıtasıyla).

Sonuç itibarıyla, borçlu ile hukuki ilişkisi bulunmayan üçüncü kişinin zararının, alacaklı aracılığıyla ileri sürüldüğü durumlar bakımından, “*üçüncü kişinin zararının tasfiyesi*” ifadesinin kullanıldığı söylenebilir. Ancak bu noktada tasfiyenin, zararın tazmininden farklı bir anlam taşıyıp taşımadığı sorusuna da cevap vermek gerekir. Türk hukukunda “*üçüncü kişinin zararını tazmin*” ifadesini kullanan yazarların, tasfiye ile tazmini aynı anlamda kullandıkları gözlemlenmektedir²²⁷. “*Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmin ettirilmesi*” ifadesini kullanan görüşün²²⁸ ise, “*tazmin ettirilme*” kavramı ile zararın alacaklı aracılığıyla tazmin edilmesine vurgu yaptığı ancak tazmin ve tasfiye kavramlarını aynı anlamda kullandığı görülmektedir. *Tandoğan* ise çalışmasının birçok bölümünde “*üçüncü kişinin menfaatinin tasfiyesini*” vurgulamakta, bu hâlde ele

²²³ **ARMBRÜSTER**, s. 86, dpn. 19.

²²⁴ **ARMBRÜSTER**, s. 91.

²²⁵ **BÄRTSCHI**, s. 409.

²²⁶ **MARTI-SCHREIER**, N. 62 vd.; **PERREN**, s. 62; **VON GRAFFENRIED**, s. 259, N. 557; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 286, N. 504; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 99, N. 14.25.

²²⁷ **SEROZAN**, Borçlar, § 16, s. 282, N. 7; **KIRCA**, Bilgi Verme, s. 75; **KARABAĞ BULUT**, s. 20; **ÇAKIRCA**, s. 97.

²²⁸ **ATAMER**, s. 120.

alınan olay gruplarını, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi içinde değerlendirilen durumlar olarak sınıflandırmaktadır²²⁹.

Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki görüşler değerlendirildiğinde, üçüncü kişinin zararının tasfiye edildiği durumlardan, üçüncü kişinin zararının alacaklı aracılığıyla tazmin edildiği hâllerin kastedildiği, tasfiye ile tazminin farklı anlamlarda kullanılmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Bu düşüncenin benimsenmesindeki bir diğer sebep de tazminat hukukunun temel kavramlarından olan “*menfaat*” ve “*zarar*” kavramlarıdır. Menfaat, zarar görmeme arzusunu ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Eğer bir zarar gerçekleşmişse, menfaat ihlal edildiği için zararın tazmini de gerekir. *Topuz’un* ifadesine göre²³⁰, “*zedelenen menfaatin giderilmesi ancak ortaya çıkan zararın tazmini ile olur*”. Modern hukukta zarar belirlenirken, öncelikle zararın gerçekleşmediği varsayılır ve zarar görenin farazi malvarlığı değeri bulunur. İkinci adımda bu farazi değerden hâli hazırdaki malvarlığı değeri çıkarılır ve zarar hesaplanır²³¹. *Mommsen*’den beri bu fark, “*menfaat*” olarak adlandırılır²³². Her ne kadar menfaat, zarardan daha geniş bir kavramı ifade etse de menfaat ile zararın özdeş olarak kullanılabileceği, tazmin edilecek şeye, zarar veya menfaat demenin yanlış olmayacağı kabul edilmektedir²³³. Daha önce de belirtildiği üzere, zararın tazmini ihlal edilen menfaatin giderilmesidir. Gidermek, “*yok etmek*”,

²²⁹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 358 vd.

²³⁰ **TOPUZ**, Murat; İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 174.

²³¹ **MOMMSEN**, Friedrich; Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, s. 3.

²³² **MOMMSEN**, s. 3; **KARAKAŞ**, Fatma Tülay/**SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Özlem; “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 3, 2006, s. 175-176; **TOPUZ**, Zarar, s. 256-257.

²³³ *Mommsen*, Roma hukukundaki “*quod interest*” kavramından yola çıkmış, bu kavramın “*arada kalan şey*” anlamına geldiğinden hareketle fark teorisini inşa etmiştir. Bu hususta bkz. **MOMMSEN**, s. 3 vd.; Ayrıca bkz. **TOPUZ**, Zarar, s. 188; **GÜNDÜZ**, Ş. Deren; Olumlu Zarar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 17. Öğretide bazı yazarlara göre, menfaat ile zarar aynı anlama gelmemektedir. Bu yazarlardan *Honsell*, *Mommsen*’in “*quod interest*” ifadesini yanlış çevirdiğini, Roma hukuku metinlerinde bu terimin arada kalan şey gibi bir anlamının bulunmadığını vurgular. Yazara göre, bu ifade “*dâhilinde olan şey*”, “*önemli olarak görülen şey*” anlamına gelmektedir (**HONSELL**, Heinrich; “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 259).

“ortadan kaldırmak” anlamına gelir ki bu da “tasfiye etmek” ile özdeştir. Bu sebeple menfaatin giderilmesi veya menfaatin tasfiye edilmesi, zararın tazmin edilmesini ifade eder. Bu çalışmada zararın alacaklı aracılığıyla tazmin edilmesini vurgulamak üzere, “tazmin ettirilme” ifadesinin kullanılması düşünülse de üçüncü kişilerin doğrudan talep hakkına izin veren görüşleri dışlamamak adına, “dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

B. Tarihsel Gelişim

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, ilk kez 1855 yılında Lübeck Temyiz Mahkemesi’nin (*Oberappellationsgericht Lübeck*) vermiş olduğu “Tahta Mantar Kararında” (*Korkholzfall*) uygulanmıştır²³⁴. Mahkemenin önüne gelen olayda, Bremen yakınlarındaki Delmenhorst’da bulunan bir Alman mantar tıpa üreticisi, satın aldığı tahta mantarların Porto limanından taşınması için bir nakliye şirketi ile anlaşmıştır. Yapılan anlaşmaya göre, nakliye şirketi ayrı bir sözleşme yaparak taşıma işini başka bir kişiye bırakabilecektir. Bunun üzerine nakliye şirketi, bir kaptanla tahta mantarların taşınmasını konu edinen bir sözleşmeyi kendi adına, mantar tıpa üreticisi hesabına olacak şekilde akdetmiştir. Yapılan sözleşmede diğer hususların yanında, “geminin Cuxhaven limanına ulaştığında boşaltılacağına” dair bir hüküm de koyulmuştur. Ne var ki gemi Cuxhaven limanına ulaştığında kaptan, tahta mantarların altında yer alan Porto şaraplarının soğuktan zarar görebileceği gerekçesiyle gemiyi boşaltmaktan kaçınmıştır. Mantarlar bir sonraki liman olan Hamburg’da boşaltılmış ancak mantar üreticisi yükün geç boşaltılması (2-3 ay) sebebiyle önemli ölçüde zarara uğramıştır. Bunun üzerine nakliye şirketi, mantar üreticisinin zararlarının tazmin edilmesi için kaptana dava açmıştır. Kaptan bu davada, nakliye şirketinin dolaylı temsilci olduğunu, temsilcinin işi görmekle yükümlü bulunduğunu, şirketin işi görerek yükümlülüğünü yerine getirdiğini dolayısıyla bu şirketin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını, sorumluluk yoksa zararının oluşmayacağını ileri sürmüştür. Ayrıca mantar üreticisinin taşıma sözleşmesine taraf olmadığını, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişinin zararlarının taşıma sözleşmesi uyarınca tazmin edilemeyeceğini belirtmiştir. Bunun üzerine Lübeck Temyiz Mahkemesi, nakliye şirketi zarara uğramasa da sözleşmeye taraf olan şirketin, dolaylı bir şekilde temsil olunan üçüncü kişinin zararlarını tazmin (tasfiye) ettirebileceğine hükmetmiştir.

²³⁴ Kararın detayları için bkz. MARTI-SCHREIER, N. 2 vd.; PERREN, s. 59; VON GRAFFENRIED, s. 304, N. 652; HENN, s. 28; PUHLE, s. 77; LANGE/SCHIEMANN, s. 466; VON SCHROETER, Haftung, s. 345; LEE, s. 93; TANDOĞAN, Tazmin, s. 129-130; ÇAKIRCA, s. 105-106.

Bu karar, yeni bir hukuk düşüncesi için problemi keşfeden bir karar olarak nitelendirilmektedir²³⁵. Zira bu kararla, borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü bir kişinin zararının tazmin edilmesine izin verilerek borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirilmiştir.

Bu karardan sonra Alman İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi (*Reichsoberhandelsgericht*), komisyon sözleşmeleri bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına onay vermiştir. Mahkemenin önüne gelen bir olayda²³⁶, komisyoncu, bir tüccar ile satış sözleşmesi akdetmiştir. Söz konusu sözleşmede satım konusu malların, *Danzig'den Liebau'ya* tüccar tarafından taşınacağı kararlaştırılmış ancak bu taşıma tüccara yüklenebilen bir kusur sebebiyle mümkün olmamıştır. Bunun üzerine komisyoncu, nakliye için ek bir ücret ödeyerek başka bir gemi vasıtasıyla yaptırmak zorunda kalmış ancak masrafları nihai olarak vekâlet veren kişi üstlenmiştir. Bunun üzerine komisyoncu, zararların tazmini için tüccara dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, komisyoncunun sorumluluğu bulunmadığı için zarara uğramadığını belirterek davanın reddi kararı vermiştir. Ancak Alman İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi, komisyoncunun, vekâlet veren kişinin zararını ileri sürmeye “*şüphesiz*” yetkili olduğunu vurgulamıştır²³⁷.

Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*) de birçok kararında dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu uygulamaya devam etmiştir²³⁸. Mahkeme bu doğrultuda taşıma komisyoncusunun taşıyıcı ile yaptığı taşıma sözleşmesinin, taşıyıcı tarafından ihlal edilmesi olayını incelemiş, komisyoncunun vekâlet veren kişinin zararını tasfiye edebileceğine hükmetmiştir.

Yargı yetkisinin Alman Federal Mahkemesi'ne (*Bundesgerichtshof*) devredilmesiyle, üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin içtihatlarda herhangi bir değişiklik olmamıştır. Talep hakkına sahip olan kişinin zarar görmediği, zarar gören kişinin de talep hakkının bulunmadığı durumlarda, talep hakkı sahibinin, üçüncü kişinin

²³⁵ VON CAEMMERER, s. 341-342.

²³⁶ Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, XI. Bd., Ferdinand Enke Verlag, 1874, s. 256 vd., <https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb11323315?page=282,283>, E.T.17.02.2024.

²³⁷ Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, XI. Bd., Ferdinand Enke Verlag, 1874, s. 256 vd., <https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb11323315?page=282,283>, E.T.17.02.2024.

²³⁸ Bu hususta bkz. HENN, s. 73 vd.

zararının tazminini borçludan isteyebilmesi yönündeki uygulama, istikrarlı bir şekilde devam etmiştir²³⁹.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin istikrarlı uygulama, öğretide de karşılık bulmuş, Alman öğretisindeki hâkim görüş tarafından benimsenmiştir²⁴⁰. Özellikle *Täbert'in*²⁴¹ içtihatlarına konu olan olayların ortak özelliklerini belirleyerek kurumun uygulanabileceği olay gruplarını belirlemesi ile kurum şimdiki görünümüne kavuşmuştur.

C. Zarar ve Talep Hakkının Birbirinden Ayrılması Meselesi

Borçlar hukuku sistemimizde, zarar ile tazminata hak kazanacak kişi arasında bir bağlantı kurulmuştur²⁴². Buna göre, tazminata hak kazanan kişi, sözleşmeye veya hukuka aykırı davranış sebebiyle zarar gören kişidir. Bu kişi, aynı zamanda tazminat sorumluluğunun doğmasına yol açan fiil ile ihlal edilen hakkın sahibidir²⁴³. Söz konusu kişi, sözleşme ilişkilerinde sözleşmeye taraf olan alacaklı iken, haksız fiilde mutlak hakkı veya özel koruma normları ile korunan bir hakkı ihlal edilen kişidir. Alacaklının menfaati doğması, söz konusu hakka sahip olan kişi ile zarar gören kişinin aynı olması gerekliliğinden yola çıkarak, ilişkinin dışında kalan üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilemeyeceği kuralını koymaktadır. Başka bir deyişle, tazminat hukuku kuralları, zarar ve talep hakkının bir arada bulunduğu (birbirinden ayrılmaması gerektiği) varsayımından hareket etmektedir.

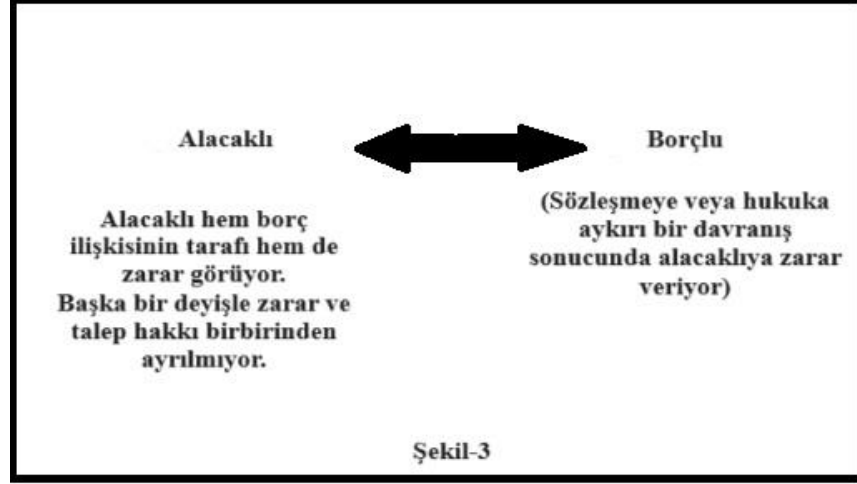
²³⁹ BGH, Urteil vom 23. 11. 1954- I ZR 78/53 (KG); BGH, Urteil vom 09.02.1995 – III ZR 174/93 –, BGHZ 128, 371-379; BGH, Urteil vom 08/12/1286– II ZR 2/86. Kararlar için bkz. beck-online.beck.de, www.juris.de, E.T. 27.01.2024. Ayrıca bkz. HENN, s. 75-76.

²⁴⁰ GOMILLE, s. 627; FLUME, BGB § 249, N. 367; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; PETERSEN, s. 89, N. 9; HÜBNER/SAGAN, s. 744; ESSER/SCHMIDT, Bd. I, s. 268; NEUNER, Dritter, s. 130; BROX/WALKER, N. 14; PUHLE, s. 118; BRÖMMELMEYER, s. 348, N. 26; VON SCHROETER, Haftung, s. 345; MEDICUS/LORENZ, N. 29; TÄGERT, s. 53.

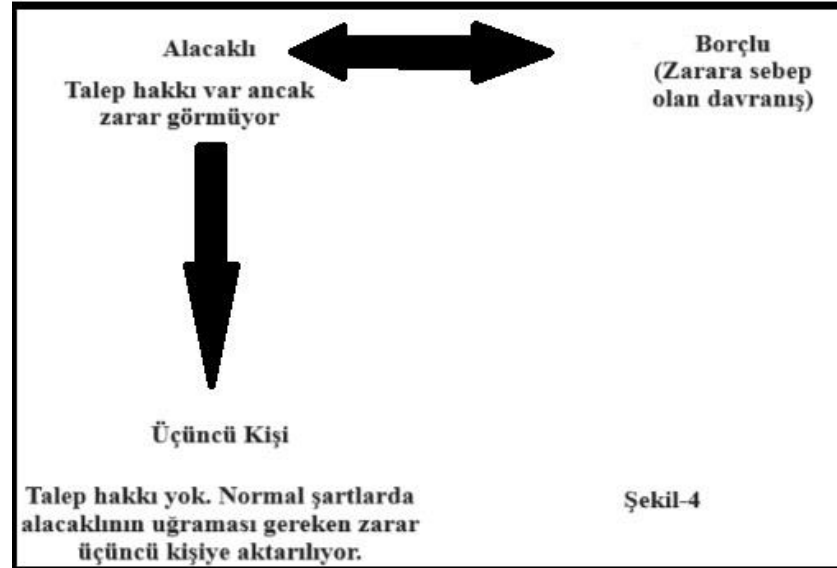
²⁴¹ TÄGERT, s. 37 vd.

²⁴² LANGE/SCHIEMANN, s. 455-456.

²⁴³ LANGE/SCHIEMANN, s. 455.



Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde ise, zarar ve talep hakkı birbirinden ayrılmaktadır. Borç ilişkisine taraf olan alacaklının, zarara sebep olan borçluya karşı talep hakkı mevcut iken, sözleşmeye ve hukuka aykırı davranış sebebiyle ortaya çıkan bir zararı bulunmamaktadır. Üçüncü kişi ise zarara uğramasına rağmen borç ilişkisine taraf değildir. Zararın bu şekilde alacaklıdan üçüncü kişiye kayması/yer değiştirmesi (*Schadensverlagerung*), borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu beraberinde getirmektedir. Nitekim borçlu, alacaklının açtığı davada zararın bulunmadığı, üçüncü kişinin açtığı davada ise bu kişinin ilişkiye taraf olmadığı itirazını ileri sürebilmektedir.



Daha önce bahsi geçen Alman içtihatları, söz konusu sonucun hakkaniyetsizliğinden yola çıkmış, bu gibi istisnai hâllerde üçüncü kişinin zararının da tazmin edilebileceğini kabul etmiştir. Alacaklının, üçüncü kişinin zararının tazmin

edilmesini isteyebileceği vurgulanarak, üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilmiştir. Böylelikle alacaklının içi boş olan talep hakkı (zararı bulunmadığından), üçüncü kişinin zararı ile doldurulmuştur²⁴⁴.



D. Kurumu Olan İhtiyacı Ortadan Kaldırmaya Yönelik Yaklaşımlar

1. Genel Olarak

Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde, borçlunun sorumluluktan kurtulma ihtimali, Alman içtihatları ve öğretisinde tahammül edilemez bir durum olarak görülmüş, bu problemi çözmek adına dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu geliştirilmiştir. Üçüncü kişinin zararının, alacaklı vasıtasıyla tasfiye edilip edilmeyeceği sorusu, BGB’den daha eski bir sorudur. Alman hukuk düşüncesi yüz yılı aşkın bir süredir bu sorunun cevabını aramakla meşgul olmuştur. Kurum, geçen zaman içerisinde büyük taraftar toplamış, hâkim görüş tarafından benimsenmiştir. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna karşı yükselen sesler, azımsanacak düzeyde değildir. Öğretide *Hagen*²⁴⁵, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun kendi içerisinde paradokslar barındırdığını, bu yönüyle “*dairenin kareleştirmesi*”²⁴⁶ metaforuyla çok fazla benzerlik gösterdiğini ifade etmektedir.

²⁴⁴ Öğretide bu durum iki yarım talepten bir tam talep çıkarmak şeklinde de ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **BÜDENBENDER**, Ulrich; “Wechselwirkungen zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 50. Jahrg., Nr. 19, 1995, s. 988.

²⁴⁵ **HAGEN**, s. 1.

²⁴⁶ “*Dairenin kareleştirilmesi*”, sofist *Antiphon*’un dairenin yaklaşık alanını bulmak için kullandığı tüketme yönteminin bir yansıması olarak 19. yüzyıla kadar Avrupa’da süren bir saplantıdır. Tüketme

Kurumun zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı durumlarda gündeme gelmesi, dikkatleri bu ayrışmaya çekmiştir. Bu ayrışmadan yola çıkılarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir ihtiyacın bulunmadığı, alternatif yaklaşımlarla söz konusu problemin üstesinden gelinebileceği ileri sürülmüştür. Kuruma getirilen bu alternatiflerin temel olarak üç merkezde toplandığı söylenebilir.

İlk yaklaşım, zararın alacaklıdan üçüncü kişiye aktarılmadığı savından hareket etmektedir. Bu yaklaşıma göre, alacaklı bir şekilde zarara uğramış olup, talep hakkının da sahibi konumundadır. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin çözüm bulmaya çalıştığı sorun, hiç ortaya çıkmamıştır. Alacaklının menfaati dogmasına bağlı kalmaya çalışan bu görüş, alacaklının talep hakkını, yine alacaklının zararı ile doldurma eğilimi göstermektedir.

İkinci yaklaşım ise daha radikal bir yolda ilerlemektedir. Bu yaklaşıma göre, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı durumlarda, zarara uğrayan üçüncü kişiye talep hakkı verilirse, problem ortadan kalkacaktır. Bu çözüm, borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişiye talep hakkı verdiği için borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesine bir istisna getirmektedir. Bu yönüyle daha radikal bir çözüm önerisi olduğu söylenebilir.

Üçüncü ve son yaklaşım ise alacaklının menfaati dogmasını tamamen reddeden görüştür. Bu görüş, alacaklının menfaati dogması kuralına istisna getirmenin, bu kuralın sınırlı bir reddi anlamına geldiğini, dolayısıyla bu kuralın hiç uygulanmayacağını ileri sürmektedir.

Çalışmanın bundan sonraki başlıklarında dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmaya çalışan yaklaşımlar ele alınacaktır. Öncelikle alacaklıya zarar atfeden görüşler incelenecek, ardından da üçüncü kişiye

yöntemine göre, dairenin yaklaşık alanını bulmak için dairenin içine bir kare çizilir. Daha sonra çizilen çokgenin kenar sayıları iki kat artırılarak dairenin gerçek alanına en yakın alana sahip olan bir çokgen elde edilmeye çalışılır. Bu yöntemdeki temel varsayım, kenar sayılarının artırılması ile en sonunda dairenin alanına eşit bir çokgen elde edileceğidir. Böylelikle dairenin alanı da hesaplanmış olur. 1882 yılında *Ferdinand von Lindemann*’ın (π) sayısının aşkın bir sayı olduğunu kanıtlamasıyla birlikte bu görevin imkânsız bir görev olduğu kanıtlanmıştır. İmkânsız olduğunun kanıtlanmasından sonra “dairenin kareleştirilmesi” kavramı, imkânsız görünen bir şeye teşebbüs etmeyi mecazi olarak ifade etmek için kullanılan bir metafor hâline gelmiştir. **KARAMAN**, Yasin; *Ontolojinin Sınırları: Platon’un Khôra Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 71.

bağımsız bir talep hakkı vermeye çalışan yaklaşımlar değerlendirilecektir. Son olarak da alacaklının menfaati dogmasını tamamen reddeden görüş ele alınacaktır.

2. Alacaklıya Zarar Atfeden Görüşler

a. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmaya yönelik yaklaşımlardan ilki, alacaklıya zarar atfetme yaklaşımıdır. Bu yaklaşım, içerisinde farklı görüşleri barındırmaktadır. Söz konusu görüşlerin ortak noktası, alacaklının menfaati dogmasından vazgeçilmemesi hususundaki güçlü tutumdur.

b. Sorumluluk Menfaatini Geniş Tutan Görüşler

Alacaklının menfaati dogmasından vazgeçilemeyeceğinden hareket eden bu görüş, alacaklının, borçlunun zarara sebep olan davranışlarından ötürü her durumda sorumlu olacağını kabul etmektedir. Daha önce de vurgulandığı üzere, alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumlu olması durumunda, sorumluluk menfaati olarak adlandırılan kendi zararı mevcuttur. Bu ihtimalde olağan talep zincirine geri dönülecek ve üçüncü kişi, alacaklıdan, alacaklı ise borçludan talepte bulunacaktır. Bu sayede alacaklının menfaati dogması ve borç ilişkilerinin nispiliği ilkelerinden de vazgeçilmeyecektir.

Temsilcinin, kendi adına temsil olunan hesabına hareket ettiği durumları ele alan *Kluckhohn*²⁴⁷, temsilcinin borçlu ile akdettiği sözleşmede, üçüncü kişinin de tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin bir hükmün koyulması gerektiğini, bunun temsilcinin yükümlülüklerinden biri olduğunu ileri sürmektedir. Gerçekten de *Kluckhohn*'un görüşü benimsendiğinde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmayacaktır. Zira temsil olunan lehine bir hüküm koyulduğu takdirde, üçüncü kişi yararına sözleşme başlığında da vurgulandığı üzere, üçüncü kişinin zararı kendisi veya alacaklı (dolaylı temsilci) vasıtasıyla ileri sürülebilecektir. Bu tip bir hüküm koyulmadığı takdirde ise dolaylı temsilci yükümlülüğünü ihlal edecek ve üçüncü kişiye (temsil olunana) karşı sorumlu olacaktır. Sorumluluk menfaatinin ortaya çıktığı durumlarda da olağan talep zincirine geri dönülecek ve üçüncü kişi, zararının tazminini alacaklıdan (dolaylı temsilciden) isteyebilecektir.

²⁴⁷ KLUCKHOHN, Wilhelm; "Zwei Fragen des Schadenersatzrechts", Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 111, 1914, s. 436.

Benzer bir yaklaşımı *Zimmermann*'da da görmek mümkündür. *Zimmermann*'a göre²⁴⁸, dolaylı temsilcinin temsil olunan karşı olan yükümlülüğü, vekâletin veya işin yürütülmesidir. İşin gerektiği gibi yürütülmediği, özellikle sözleşmenin karşı tarafının (temsilcinin işlem yaptığı kişi) davranışları sonucunda, temsil olunanın zarar gördüğü durumlarda, temsilciye karşı menfaat davasının (*Interesseklage*) açılma koşulları oluşmuş demektir²⁴⁹. Bu durum sebebiyle sorumluluk menfaati ortaya çıkan temsilci, zararların tazmin edilmesini sözleşme yaptığı kişiden isteyebilecektir. Temsil olunan üçüncü bir kişi olduğu için sözleşmeye dayalı bir talebi de bulunmamaktadır. Bu sebeple, temsilcinin sözleşme ortağının davranışlarının riskini, temsil olunanın değil temsilcinin taşıması gerekir²⁵⁰. Temsilci, sözleşme ortağına karşı olan alacağını, temsil olunana devredebilir²⁵¹. Bu ihtimalde borçlu, temsilcinin sorumluluğunun bulunmadığını ileri süremez. *Zimmermann*, temsilcinin sorumluluğunu, borçlunun aczi durumu ile sınırlandırmıştır. Buna göre, temsilcinin sözleşme ortağı ödeme kabiliyetine sahip değilse, bu riski temsilci değil temsil olunan taşıyacaktır²⁵². Dolayısıyla bu ihtimalde temsilciye karşı menfaat davası da açılmayacaktır.

Bu iki yaklaşımın yanı sıra, yardımcı kişilerin davranışlarından ötürü sorumluluğu çok geniş bir şekilde yorumlayan görüşler de bulunmaktadır²⁵³. Daha önce de ifade edildiği üzere, borçlu, alacaklı olarak adlandırılan kişinin yardımcı kişisi olarak nitelendirilebilirse, alacaklının sorumluluğu gündeme gelecektir. Alacaklının sorumlu olması, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini de ortadan kaldırmaktadır. Buradan hareket eden bazı yazarlar, yardımcı kişilerin davranışlarından ötürü sorumluluğun şartlarını oldukça esnetmiş ve alacaklıya bir zarar atfetmeye çalışmıştır.

Söz konusu yaklaşımlar derinlemesine incelendiğinde, bu yaklaşımların bünyesinde çeşitli problemleri barındırdığı söylenebilir.

²⁴⁸ **ZIMMERMANN**; “Ueber die Verbindlichkeit Desjenigen, der mit einem Commissionair, ohne dass dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens, Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. 1, 1858, s. 71.

²⁴⁹ **ZIMMERMANN**, s. 71.

²⁵⁰ **ZIMMERMANN**, s. 72.

²⁵¹ **ZIMMERMANN**, s. 72.

²⁵² **ZIMMERMANN**, s. 72.

²⁵³ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 215; **VON GRAFFENRIED**, s. 318, N. 685; **PERREN**, s. 75.

Öncelikle dolaylı temsilcinin, temsil olunan lehine bir hükmün koyulmasını sağlama gibi genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁵⁴. Böyle bir yükümlülük yok iken, tazminat sorumluluğunun olduğunu kabul etmek uygun düşmeyecektir.

Zimmermann’ın yaklaşımındaki problem ise borçlunun ödeme kapasitesine göre bir ayırım yapılmasıdır. Temsilcinin sorumluluğuna ilişkin genel bir kabul öngörülebilecekse, aynı yaklaşımın borçlunun aczi hâlinde de geçerli olması gerekir. Borçlunun aczi durumunda sorumluluğun bulunmadığını kabul etmek, geri kalan hâllerde temsilcinin sorumluluğunun inşasının yapay olduğunu göstermektedir²⁵⁵.

Benzer bir yapaylık, yardımcı kişinin davranışlarından ötürü sorumluluğun inşası bakımından da söz konusudur. Nitekim yardımcı kişinin davranışlarından kaynaklanan sorumluluğun şartları belirlenmiştir. Bu şartların geniş yorumlanması, yardımcı kişi kullanma iradesinin bulunmadığı durumlar bakımından da bu sorumluluğun doğmasına yol açacaktır. Yalnızca alacaklının sorumluluğunu meydana getirmek için tarafların hiç düşünmediği bir kurumu uygulamak, uygun bir yöntem olarak görünmemektedir²⁵⁶.

c. Alacaklının Sorumluluk Menfaati Dışında Mameleki Bir Menfaatinin Bulunduğu Görüşü

Komisyon sözleşmesindeki dolaylı temsil ilişkisini ele alan bu görüş, alacaklının (dolaylı temsilci) sorumluluk menfaati bulunmasa da kendi yaptığı sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü, mameleki bir menfaatinin bulunduğunu kabul etmektedir²⁵⁷. Bu görüşe göre, üçüncü kişinin uğradığı zararın tamamen tazmin edilmesinde temsilcinin belirli bir menfaati bulunmaktadır²⁵⁸. Bu menfaat, başkasına ait işleri ciddi olarak takip

²⁵⁴ Aynı yönde bkz. **REINHARDT**, s. 15; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 190.

²⁵⁵ *Zimmermann*, temsilcinin sorumluluk menfaatini, elde ettiklerini teslim etme borcu ile açıklamaktadır. Ancak dolaylı temsilcinin elde ettiği tazminatı devretme yükümlülüğünün olabilmesi için öncelikle tazminat isteyebilecek bir durumunun bulunması gerekir. Tazminat sorumluluğunun doğmadığı durumlardan devir yükümlülüğü çıkarmak, fasit daire içinde kalmak anlamına gelir. Bu eleştiriler için bkz. **REINHARDT**, s. 21; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 193.

²⁵⁶ Aynı yönde bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 215; **VON GRAFFENRIED**, s. 318, N. 685

²⁵⁷ Bu yazarlar için bkz. **REINHARDT**, s. 22-23.

²⁵⁸ Temsilcinin, kendisiyle iş yapan kişilere kolaylık göstermekle yükümlü olduğu, bu sebeple mameleki bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir. Temsilcinin iş hayatında müşterilerini elde tutabilmek adına mevcut olduğu düşünülen bu yükümlülük, “kolaylık gösterme yükümlülüğü” (*Kulanzpflicht*) olarak adlandırılmaktadır. Bu hususta bkz. **REINHARDT**, s. 22-23; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 195.

ettiğini, sona erdirdiğini ve temsil olunan kişinin menfaatlerini gereği gibi koruduğunu göstermek, ayrıca temsil olunandan ve başka kişilerden yeni işler alabilmektir²⁵⁹.

Bunun yanında mameleki bir zararın meydana gelmesi için her durumda malvarlığında bir eksilme olması gerekmez. Buna göre, malvarlığında meydana gelen ve malvarlığının sahibinin amacını gerçekleştirmesini engelleyen her değişiklik, zarar anlamına gelir.

Alacaklının menfaati dogmasını ihlal etmek istemeyen bu görüş, alacaklının sorumluluk menfaati olmasa da mameleki bir menfaatinin olduğunu ileri sürmektedir. Bu sayede ona bir zarar atfetmekte ve olağan talep zincirine dönülmesi gerektiğini savunmaktadır.

Ancak bu görüş de haklı olarak eleştirilmektedir. *Reinhardt*'a göre, mameleki menfaat olarak adlandırılan bu menfaatler, niteliği itibarıyla manevi menfaatlerdir. Manevi menfaat dikkate alınarak maddi tazminat talebinin mevcudiyeti kabul edilemez²⁶⁰.

Bu görüş ile bağlantılı bir diğer husus da Alman hukukunda²⁶¹ geliştirilen “*normatif zarar*” (*normative Schaden*) kavramıdır. Klasik zarar kavramı ve fark teorisi, malvarlığında meydana gelen azalmayı veya gerçekleşmemiş bir artışı ölçen doğal bir zarar anlayışına dayanmaktadır²⁶². Bu anlayışın belirli durumlarda tatmin edici olmayan sonuçlara yol açacağını ileri süren bazı yazarlar, fark teorisinden ayrılarak, klasik zarar kavramını genişletmiş, normatif zarar olarak adlandırılan bir zarar türü inşa etmiştir²⁶³. Normatif zarar, özel bir zarar türüne işaret etmeyen, fark teorisinin uygulanmadığı tüm durumları içine alan kolektif bir terimdir²⁶⁴. Normatif zarar kavramında zararın varlığı,

²⁵⁹ TANDOĞAN, Tazmin, s. 195.

²⁶⁰ *Reinhardt*, temsilcinin mameleki menfaatinin bulunabileceği durumların da düşünülebileceğini, söz konusu ifa engeli sebebiyle yeni işler alamama hâlinin ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir. Ancak yazara göre, burada alacaklının menfaati ile üçüncü kişinin menfaati özdeş olmayacaktır. Bundan ötürü üçüncü kişinin zararının tazmini problemi varlığını sürdürecektir (REINHARDT, s. 24).

²⁶¹ NEUNER, Robert; “Interesse und Vermögensschaden”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 133(3), 1931, s. 277 vd.

²⁶² WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 162, N. 206.

²⁶³ WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 162, N. 206; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 87, N. 14.05; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 548.

²⁶⁴ WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 163, N. 207; OETKER, Hartmut; Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022, BGB § 249, N. 23.

malvarlığında bir fark olup olmadığına bakılmaksızın, normatif değer yargıları temelinde değerlendirilmektedir²⁶⁵. Bu anlayışa göre, kişinin malvarlığında bir azalma meydana gelmemiş olsa bile bazı hususlar zarar kalemi olarak değerlendirilmelidir²⁶⁶. Tamamen normatif olan bir zarar kavramı ne Almanya’da ne de İsviçre’de kendini kabul ettirebilmiştir²⁶⁷. Aynı durum Türk hukuku bakımından da geçerlidir²⁶⁸.

Alacaklının sorumluluk menfaati dışında mameleki bir menfaatinin bulunduğunu veya zararın ortaya çıkması için malvarlığında bir azalmanın meydana gelmesinin gerekmediğini savunan söz konusu görüşün zarar anlayışı, normatif zarara tekabül etmektedir. Ne var ki normatif zarar, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında tamamıyla kabul edilen bir zarar değildir. Belirli durumlar bakımından normatif zarar kavramına başvurulsa²⁶⁹ da ana eksen hâlen doğal zarar anlayışı üzerindedir. Elbette ki dar anlamda

²⁶⁵ **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 163, N. 206; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 87, N. 14.05; **HUGUENIN**, Claire; *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019, s. 572, N. 1876.

²⁶⁶ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 87, N. 14.05; **HUGUENIN**, s. 572, N. 1876.

²⁶⁷ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 87, N. 1405; **EREN**, Genel Hükümler, s. 599 vd., N. 1628.

²⁶⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 548 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 599 vd., N. 1628; **TOPUZ**, Zarar, s. 58-59.

²⁶⁹ Alman hukukunda boşa geçen tatil zamanı zararlarının tazmini imkânı kabul edilmektedir. Normatif zararların tazmini olarak nitelendirilebilecek bu durum, BGB § 651f hükmünden kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda ev işlerini yürüten eşin vücut bütünlüğünün ihlal edildiği durumlarda, çalışma gücünün kaybı sebebiyle tazminat istenebileceği kabul edilmektedir. Burada malvarlığında herhangi bir zarar olmasa da sarf edilen çaba ve güç, ekonomik bir değer olarak görülmektedir. Çalışma gücünün kaybı, ev işlerinin diğer aile bireyleri veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu durumda ortaya çıkan zarar niteliği itibarıyla normatif zarardır. Yargı kararları incelendiğinde bu zarar bakımından normatif zarar ifadesinin kullanılmadığı görülmektedir. Ancak bu durum zararın normatif niteliğini değiştirmemektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞU**, Hakkı Mert; “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 2, 2022, s. 1138 vd. Ayrıca bkz. Yarg.11 HD.’nin, 18.01.1979 tarih ve E.1978/5550, K.1979/93 sayılı kararı, www.legalbank.net, E.T.19.02.2024. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 29/09/2022 tarih ve E. 2021/26777, K. 2022/11236 sayılı kararında, zarar gören kişinin aracında oluşan hasarın niteliğine göre makul tamir süresinin belirlenmesi, ihtiyaçları için aracı kullanamamaktan doğan ve bu süre içinde davacının (ikame araç) ödemesi gereken bedelin ne olacağı konularında alınan bilirkişi raporuna göre davacının araç mahrumiyet bedeli talebinin kabul edilmesi gerektiğine ve bu hususta fatura sunulup sunulmadığının önemli olmadığına hükmetmiştir. Burada tazmini mümkün görülen zararlar, niteliği itibarıyla normatif zararlardır. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr, E.T.08.05.2024.

üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu da tartışmasız değildir. Bu noktada iki tartışmalı mesele arasında normatif zarar anlayışını tercih eden yaklaşımlar olabilir. Ancak bu, normatif zararı, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan daha az tartışmasız yapmamaktadır. Bu itibarla, alacaklının herhangi bir zarara uğramadığı durumlarda, normatif zarara dayanarak inşa edilen bir zarara öncelik vermenin gerekli olmadığı kanaatini taşımaktayız²⁷⁰.

d. Alacaklının Geçici Menfaati Olduğu Görüşü

Alacaklının geçici bir menfaatinin bulunduğu görüşü, ilk kez *Andreas Von Tuhr* tarafından ortaya atılmıştır. Bu görüşe göre²⁷¹, kendisine teslim edilen şeyi bir başkasına devretmekle yükümlü olan kişinin, bu şeyin objektif değeri oranında geçici bir menfaati (*transitorisches Interesse*) bulunmaktadır. Bu doğrultuda borçlunun davranışları ile ifa engeline sebep olduğu durumlarda, alacaklı, malın objektif değerinin tazmin edilmesini borçludan talep edebilecektir. Yazar, teorisini dolaylı temsil örneği üzerinden inşa etmiştir²⁷². Buna göre, dolaylı temsilci, temsil olunan üçüncü kişi hesabına bir sözleşme akdettiğinde, söz konusu sözleşme uyarınca yapılacak olan edim, objektif değeri miktarınca temsilcinin malvarlığını artıracaktır²⁷³. Ancak bu artış, kesin bir artış değildir. Zira temsilcinin elde ettiklerini, temsil olunana devretme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sebeple söz konusu edim, temsilcinin malvarlığı bakımından geçici bir kalem (*Durchgangsposten*) teşkil etmektedir²⁷⁴. Bu noktada temsilcinin (alacaklı), malvarlığındaki geçici kalem (edimin objektif değeri) kadar geçici bir menfaati bulunmaktadır²⁷⁵. Dolayısıyla alacaklı söz konusu geçici menfaati ileri sürerek zararın

²⁷⁰ Aynı yönde bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 45; **BÄRTSCHI**, s. 419; **VON GRAFFENRIED**, s. 269, N. 577; **HENN**, s. 110. *Weiss'a* göre, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu, zarar hukukundan değil sorumluluk hukukundan kaynaklanmaktadır. Zarar kavramını değiştirerek sorumluluk hukukunun eksikliklerini gidermek uygun bir yöntem değildir. Yazar, sorumluluk hukukundaki eksikliği, zarar kavramını değiştirerek giderme çabasını, “*şanzımandaki arızayı gidermek için motoru değiştirmek*” olarak nitelendirmektedir (**WEISS**, Alexander; “Die Drittschadensliquidation – alte und neue Herausforderungen”, *Juristische Schulungen (JuS)*, 2015, s. 14).

²⁷¹ **VON TUHR**, Andreas; “Eigenes und Fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen”, *Grünhuts Z.* 25, 1898, s. 536.

²⁷² **VON TUHR**, s. 536.

²⁷³ **VON TUHR**, s. 536.

²⁷⁴ **VON TUHR**, s. 536.

²⁷⁵ **VON TUHR**, s. 536. Her ne kadar *Von Tuhr* 1898 yılında yayımladığı eserde, geçici menfaatin edimin objektif değeri ile sınırlanacağını belirtse de daha sonra kaleme aldığı bir eserde, üçüncü kişinin

tazminini borçludan talep edebilecektir. Temsilcinin yapmış olduğu sözleşmedeki edime ilişkin kesin menfaat (*definitive interesse*) ise temsil olunan üçüncü kişiye aittir²⁷⁶. Temsil olunan kişinin kesin menfaati, geçici menfaatten az veya fazla olabilir. Bu iki menfaatin miktar olarak eşit olduğu hâllerde, birbirine uygun iki menfaatin (*Coincidenteninteressen*) varlığından bahsedilir²⁷⁷.

Von Tuhr'un yaklaşımı çeşitli açılardan haklı olarak eleştirilmiştir. Öncelikle, geçici menfaat kavramının ne olduğu konusunda çeşitli şüpheler bulunmaktadır²⁷⁸. Zira ya kesin ve gerçek bir menfaat söz konusudur ya da böyle bir menfaat hiç yoktur. İlk durumda özel bir menfaat tanımlamasına gerek yok iken, ikinci durumda yapılan tanımlama hiçbir anlama gelmemektedir²⁷⁹. Bunun yanında geçici menfaat, edimin objektif değeri ile sınırlandırılmıştır. Bu da üçüncü kişinin sübjektif koşullarının dikkate alınmamasını gerektirir. Dolayısıyla kesin menfaatin, geçici menfaatten fazla olduğu durumlarda, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi varlığını devam ettirmektedir²⁸⁰.

Son olarak *Von Tuhr*'un geçici menfaat teorisinin, normatif zarar anlayışına tekabül ettiğini vurgulamak gerekir²⁸¹. Bir önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, normatif zararın kabulü noktasında ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Bu sebeple geçici menfaat teorisi, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yerine geçebilecek bir teori değildir.

e. Objektif Asgari Zarar Görüşü

Objektif asgari zarar görüşü, *Robert Neuner* tarafından geliştirilmiştir. *Neuner*, fark teorisine getirdiği eleştirilerle, normatif zararın kurucuları arasında sayılmaktadır. *Neuner*'in temel çabası, doğası gereği hiçbir özneye bağlı olmaması gereken objektif bir zarar değerlendirmesi yapmaktır²⁸². *Neuner* zararı, ihlal edilen varlığın veya edimin

menfaatinin alacaklının menfaatinden oldukça yüksek olduğu durumlarda, alacaklının bu konuda borçluyu uyarmamasının, TBK m. 52/f. I (OR Art. 44) hükmü uyarınca tazminatta indirim sebebi olacağını kabul etmektedir. Bu noktada yazarın, sonraki eserlerinde zararı belirlerken üçüncü kişinin şahsını dikkate aldığı söylenebilir. Bu hususta bkz. **VON TUHR/ESCHER**, s. 112, dpn. 116.

²⁷⁶ **VON TUHR**, s. 536.

²⁷⁷ **VON TUHR**, s. 537.

²⁷⁸ **REINHARDT**, s. 29-30; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 205.

²⁷⁹ **REINHARDT**, s. 29-60; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 205.

²⁸⁰ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 205.

²⁸¹ Aynı yönde bkz. **HENN**, s. 61, dpn. 181.

²⁸² Bu hususta bkz. **REINHARDT**, s. 39.

objektif kıymetini, piyasa değerini dikkate alarak hesaplamaktadır²⁸³. Bu yöntemde alacaklının zarara uğramaması diye bir durum söz konusu değildir. Zira alacaklı, ihlal edilen varlığın veya edimin objektif değeri ölçüsünde zarar görecektir. Bunun yanında alacaklının veya üçüncü kişinin subjektif durumları, zararın hesaplanmasında dikkate alınmaz. *Neuner*, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun iştiğal alanı olan zarar ve talep hakkının ayrıldığı durumlara ilişkin bir çözüm önerisi getirmiş, talep hakkı bulunan alacaklıya objektif asgari bir zarar atfetmiştir. Böylelikle talep hakkı ile zararın birbirinden ayrılmasının da önüne geçmiştir. Yazar, objektif zararı esas almakla birlikte, subjektif zararın daha yüksek olduğu durumlarda talep hâlinde buna ilişkin bir değerlendirmenin de yapılabileceğini kabul etmektedir²⁸⁴.

Objektif asgari zarar görüşü de çeşitli yönleri itibarıyla eleştiriye maruz kalmıştır. İlk eleştiri, tazminat hukukunun subjektif değerlendirmeye dayalı olduğudur. Yürürlükteki hukuk sisteminin tek bir menfaat talebini kabul ettiği, onun da subjektif menfaat olduğu ileri sürülmektedir²⁸⁵. Bunun yanında bazı durumlarda objektif asgari zararın belirlenmesi çok da kolay olmayacaktır. Nitekim borçlunun temerrüde düştüğü hâllerde, gecikme sebebiyle uğranılan zararların objektif olarak belirlenmesi mümkün değildir²⁸⁶. *Reinhardt*'a göre²⁸⁷, objektif asgari zarar görüşü, bir yönüyle üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini de onaylamaktadır. Bu görüşün tek farkı, üçüncü kişinin zararının ihlal edilen değerin veya edimin objektif değeriyle sınırlandırmasıdır.

Objektif asgari zarar görüşüne getirilen eleştiriler yerindedir²⁸⁸. Zira zarar hesaplaması, zarar görenin subjektif durumu dikkate alınarak yapılan bir hesaplamadır. Özellikle yoksun kalınan kârın hesabında, zarar gören kişinin subjektif menfaati dikkate alınmaktadır. Bunun yanında objektif asgari zarar görüşü de normatif zarar anlayışına karşılık gelmektedir. Normatif zarar anlayışına ilişkin çekinceler, daha önce dile getirildiği için ilgili açıklamalara atıf yapmakla yetinilecektir.

²⁸³ NEUNER, Interesse, s. 293.

²⁸⁴ NEUNER, Interesse, s. 302, 307.

²⁸⁵ REINHARDT, s. 41.

²⁸⁶ TÄGERT, s. 9; TANDOĞAN, Tazmin, s. 209-210.

²⁸⁷ REINHARDT, s. 41-42.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. MARTI-SCHREIER, N. 45; WEISS, s. 14; VON GRAFFENRIED, s. 269, N. 577; BÄRTSCHL, s. 419; HENN, s. 92; TANDOĞAN, Tazmin, s. 209-210.

f. Denkleştirmenin Reddedilmesi Kuralını Kıyasen Uygulayan Görüş

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna getirilen alternatiflerden biri de denkleştirmenin reddedilmesi (*versagte Vorteilsausgleichung*) kuralını kıyasen uygulayan görüştür²⁸⁹. Daha önce de ifade edildiği üzere, talep hakkı ile zararın birbirinden ayrılması, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini yaratmıştır. Buradan yola çıkan bazı yazarlar, alacaklı olarak adlandırılan kişinin zararı bulunduğunu, dolayısıyla zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmadığını kabul etmektedir. Bu yaklaşım da önceki başlıklarda ele alınan görüşlere benzemektedir. Ancak bu görüşü benimseyen yazarlar, yararın denkleştirilmesine ilişkin ilkelerden faydalananarak söz konusu sonuca ulaşmaktadır. Bu noktada öncelikle denkleştirmeye ilişkin genel ilkelerden bahsetmek gerekir.

Zarar verici olay sebebiyle zarar gören kişi, bu olaydan ötürü çeşitli yararlar da elde etmiş olabilir. Gerçekten de bir olay bazı hâllerde zarar görenin malvarlığının azalmasına sebep olabileceği gibi malvarlığını artıran etkilere de sahip olabilir. Ortak hukuktan bu yana geçerli olan “*yararların denkleştirilmesi ilkesine*” (*Vorteilsausgleichung-compensatio lucri cum damno*) göre²⁹⁰, zarar verici olay sebebiyle zarar görenin elde ettiği ekonomik menfaatler, brüt zarardan düşülür. Bunun sonucunda zarar görenin uğramış olduğu net zarar hesaplanır. Denkleştirme, tazminatın belirlenmesine ilişkin bir kural olmayıp, net zararın tespit edilmesinde kullanılan bir ilkedir²⁹¹. Denkleştirme hem

²⁸⁹ **WILLBURG**, Walter; “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, Jhering. Jb. Bd. 82, 1932, s. 95 vd.; **PETERS**, Frank; “Zum Problem der Drittschadensliquidation”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 180, H. 4, 1980, s. 335 vd.; **BÜDENBENDER**, JZ, s. 920 vd.; **BÜDENBENDER**, Ulrich; “Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung-eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), H. 14, 2000, s. 986 vd.; **URBAN**, Werner; Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Vergleichende Untersuchung zur Integration in ein System des vertraglichen Drittschutzes, Josef Eul Verlag, Köln 1989, s. 69-70.

²⁹⁰ **KELLER/GABI**, s. 74-75; **BREHM**, OR Art. 42, s. 228, N. 27; **LANGE/SCHIEHMANN**, s. 486; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 267; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 586; **EREN**, Genel Hükümler, s. 837, N. 2291; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 93-94, N. 265; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 483, N. 1244; **TOPUZ**, Zarar, s. 341.

²⁹¹ **KELLER/GABI**, s. 75; **BREHM**, OR Art. 42, s. 228, N. 27; **LANGE/SCHIEHMANN**, s. 486; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 272; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 589-590; **EREN**, Genel Hükümler, s. 838, N. 2294; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 483, N. 1245; **TOPUZ**, Zarar, s. 351 vd.

sözleşmeden doğan sorumlulukta hem de sözleşme dışı sorumlulukta geçerli olan bir kural olup, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır²⁹².

Zararın hesaplanmasında yararların denkleştirilmesi ilkesinin uygulanabilmesi için belirli şartların sağlanması gerekir. Bu doğrultuda öncelikle zarar görenin, zarar verici olay sebebiyle bir yarar sağlamış olması gerekir²⁹³. Bunun yanında malvarlığında meydana gelen yarar, zarar verici olayın uygun bir sonucu olmalıdır²⁹⁴. Bir başka deyişle, yarar ile zarar verici olay, uygun illiyet bağı içinde bulunmalıdır. Son olarak, bir kanun hükmü veya taraf iradeleri yararların denkleştirilmesine karşı olmamalıdır²⁹⁵. Nitekim bedensel zararların belirlenmesini düzenleyen TBK m. 55/f. I hükmünde, birtakım yararların zarardan düşülmemesi gerektiği ifade edilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, “... *Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz*” Bu düzenleme ile üçüncü kişilerin zarar görene yaptığı ifa amacı taşımayan karşılıksız kazandırmaların, zarardan mahsup edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İlgili durumlar bakımından fark teorisi mutlak bir şekilde uygulanmış olsa, zarar verici fiil dolayısıyla elde edilen karşılıksız kazandırmaların, zarardan mahsup edilmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu bu düşünce biçimini kabul etmemiştir. Zira üçüncü kişinin yardım etmedeki amacı, zarar verenin

²⁹² TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 273; EREN, Genel Hükümler, s. 838-839, N. 2295, 2296; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 97, N. 276; TOPUZ, Zarar, s. 353-354.

²⁹³ KELLER/GABI, s. 75; BREHM, OR Art. 42, s. 231, N. 38 vd.; LANGE/SCHIEHMANN, s. 486; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 268; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 587; EREN, Genel Hükümler, s. 840, N. 2300; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 94, N. 266; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 483, N. 1245; TOPUZ, Zarar, s. 351.

²⁹⁴ KELLER/GABI, s. 77; BREHM, OR Art. 42, s. 228-229, N. 31; LANGE/SCHIEHMANN, s. 493; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 268; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 587; EREN, Genel Hükümler, s. 841, N. 2303; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 94, N. 267; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 483, N. 1245; TOPUZ, Zarar, s. 351.

²⁹⁵ KELLER/GABI, s. 78; BREHM, OR Art. 42, s. 231, N. 38 vd.; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 269; EREN, Genel Hükümler, s. 842, N. 2304; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 483, N. 1245; TOPUZ, Zarar, s. 351-352.

sorumluluğunu azaltmak değil, zarar gören kişiye iyilik yapmaktır²⁹⁶. Buradan hareketle, üçüncü kişi tarafından yapılan karşılıksız kazandırmaların, zararı azaltmayacağı kuralı benimsenmiştir.

Öğretide bazı yazarlar²⁹⁷, denkleştirmeye ilişkin söz konusu kurallardan yola çıkarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmaması gerektiğini savunmuşlardır. Bu noktada ele alınan olay grubu ise hasar riskinin geçtiği durumlardır²⁹⁸. Bu görüşü savunan yazarlar, satış sözleşmesi üzerinden bir örnek vermiştir. Buna göre, gönderme yoluyla satışlarda edim imkânsız hâle gelmiş ve hasar da alıcıya geçmişse, satıcı edim yükümlülüğünden kurtulacak ancak bedel hasarını alıcı taşıdığı için bedele ilişkin alacağını elinde tutacaktır. Edimi imkânsız hâle getiren kişi, alıcının (üçüncü kişi) borç ilişkisi içinde olmadığı bir kişi ise (örneğin taşıyıcı), zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu ortaya çıkacaktır. Zira satıcı, edimi imkânsız hâle getiren kişiye başvurabilecek durumda olsa da hasar riskinin taşınmasına ilişkin kurallar sebebiyle herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Nitekim satıcı edim yükümlülüğünden kurtulduğu gibi bedele ilişkin alacağa da sahip olmaya devam etmektedir. Fark teorisi çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, talep hakkına sahip olan satıcının (alacaklı) herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Hasar riskini taşıyan alıcı ise zarara uğramasına rağmen herhangi bir talep hakkına sahip değildir.

Denkleştirmenin reddedilmesi kuralının kıyasen uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, bu ihtimalde zarar ve talep hakkı ayrışması sorununun ortaya çıkmayacağını ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre²⁹⁹, söz konusu kuralların amacından yola çıkarak normatif bir değerlendirme yapılmalı, bu değerlendirme sonucunda alacaklıya bir zarar atfedilmelidir.

²⁹⁶ **KELLER/GABI**, s. 78; **BREHM**, OR Art. 42, s. 231, N. 40; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 267; **EREN**, Genel Hükümler, s. 842, N. 2304; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 96, N. 273, dpn. 271; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 483-484, N. 1245.

²⁹⁷ Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Peters*, temel amacının, teorik olarak sarsıcı olan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu hafifletmek ve mümkünse onun yerine geçebilecek olan hukuki kurumları tespit etmek olduğunu belirtmektedir (**PETERS**, s. 335). Ayrıca bkz. **BÜDENBENDER**, JZ, s. 920 vd.; **BÜDENBENDER**, NJW, s. 986 vd.

²⁹⁸ **PETERS**, s. 335; **BÜDENBENDER**, JZ, s. 921; **BÜDENBENDER**, NJW, s. 987. Öğretide *Urban*, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı tüm olay grupları bakımından yararların denkleştirilmemesi kuralının uygulanabileceğini kabul etmektedir (**URBAN**, s. 70.).

²⁹⁹ **PETERS**, s. 380; **BÜDENBENDER**, JZ, s. 928; **BÜDENBENDER**, NJW, s. 991-992; **URBAN**, s. 70.

Bu görüşe göre³⁰⁰, hasar riskinin taşınmasına ilişkin kurallar, taraflar arasındaki riskin adil bir şekilde dağıtılmasına yönelik olup, zarar veren kişinin sorumluluktan kurtulmasını amaçlamamaktadır. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde alacaklının zararının bulunmadığını ileri sürmek, zarar veren kişinin sorumluluktan kurtulması anlamını taşımaktadır³⁰¹. Hasar riskinin taşınmasına ilişkin kuralların temel amacı bu olmadığından, alacaklının zararının bulunduğunu varsaymak, amaca uygun bir çözüm yöntemi olacaktır. Bunun yanında alacaklının, teminat, müşterinin problemlerini çözme ve piyasada iyi anılma gibi menfaatleri de bulunmaktadır³⁰². Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, hasarın alıcıya (üçüncü kişiye) geçmesi görmezden gelinmeli, alacaklıya bir zarar atfedilmelidir. Hasara ilişkin kuralların görmezden gelinmesi, yararların denkleştirilmediği durumlar ile paralellik göstermektedir. Nitekim orada da fark teorisi yumuşatılmakta ve üçüncü kişinin yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalar görmezden gelinmektedir. Aynı felsefe burada da geçerli olmalı ve hasarın geçişi dikkate alınmamalıdır.

Bu görüşün savunucuları burada gerçek anlamda bir denkleştirme ilişkisinin bulunmadığını kabul etmektedir³⁰³. Nitekim satım bedelini güvence altına alan hasar riskinin geçişi kuralı, zarar verici davranışın bir sonucu değildir. Ancak önemli olan denkleştirmede yapılan normatif değerlendirmenin, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bakımından da geçerli olmasıdır.

Yararların denkleştirilmediği durumlara ilişkin temel düşüncüyü, üçüncü kişinin zararının tazmini problemine kıyasen uygulayan bu görüş de öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir. Öncelikle, bu görüşü benimseyen yazarların da vurguladığı üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, gerçek anlamda bir denkleştirme ilişkisi söz konusu değildir. Nitekim onların da belirttiği üzere, hasar riskinin dağılımına ilişkin kurallar, zarar verici olayın bir sonucu değildir³⁰⁴. Hâl böyle iken yararların denkleştirilmemesi kuralının kıyasen uygulanması, teorik açıdan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna nazaran daha ikna edici

³⁰⁰ BÜDENBENDER, JZ, s. 926; BÜDENBENDER, NJW, s. 989; URBAN, s. 183.

³⁰¹ PETERS, s. 343; BÜDENBENDER, JZ, s. 927; BÜDENBENDER, NJW, s. 990.

³⁰² BÜDENBENDER, NJW, s. 988-989.

³⁰³ PETERS, s. 343.

³⁰⁴ PETERS, s. 343.

olmayacaktır³⁰⁵. Bunun yanında, söz konusu görüş benimsendiği takdirde, zarar ve tazminatın kapsamı alacaklının koşullarına göre belirlenecek ve alacaklının subjektif durumu göz önünde bulundurulacaktır³⁰⁶. Ne var ki söz konusu hâllerde alacaklı bir zarara uğramış değildir. Yararların denkleştirilmemesi yaklaşımı kıyasen uygulansa bile hesaplanacak zarar, varsayımsal bir zarar olacaktır. Söz konusu zarar, normatif bir değerlendirme sonucunda hesaplanacağı için diğer normatif zararlar bakımından geçerli olan çekinceler burada da varlığını sürdürecektir.

g. Farazi İlliyet (Önüne Geçen İlliyet) Görüşü

Bir önceki başlıkta görüşleri değerlendirilen *Peters*³⁰⁷, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı diğer bazı hâllerde, “*farazi illiyet (önüne geçen illiyet)*” (*hypotetische Kausalität veya überholte Kausalität*)³⁰⁸ kavramından faydalanılabileceğini düşünmektedir. *Peters*’in görüşlerini incelemeden önce, farazi illiyet hakkında bazı açıklamaların yapılmasında fayda bulunmaktadır.

³⁰⁵ Aynı yönde bkz. **TRAUGOTT**, s. 52; **LUTHER**, Christoph; “Kompensationschadensersatz statt Drittschadensliquidation”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 213, 2013, s. 602; **PUHLE**, s. 97. Öğretide, *Henn*’e göre, yararların denkleştirilip denkleştirilemeyeceğine karar verebilmek için öncelikle bir zararın ortaya çıkması gerekir. Bahse konu durumlarda zarar hiç ortaya çıkmayacağı için, yararların denkleştirilmesinin ilkelerinden faydalanılarak, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözmek pek mümkün gözükmemektedir (**HENN**, s. 107).

³⁰⁶ *Peters*’e göre, bu durumda zararın kapsamı, malın objektif değeri ve satıcı için ticaret marjı dikkate alınarak belirlenir (**PETERS**, s. 342-234).

³⁰⁷ **PETERS**, s. 346 vd.

³⁰⁸ Öğretide bazı yazarlar, farazi illiyet ve önüne geçen illiyetin birbirinden farklı olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Brehm*’e göre, (A) kişisi zararlı sonucu doğuran bir davranış gerçekleştirmektedir. Ancak beklenen zarar meydana gelmeden önce (B) kişisi zararlı sonucu doğuracak bir davranışta bulunmaktadır. Bu durumda önüne geçen illiyetin varlığından bahsedilir. Ancak zararın birincil nedenini ortadan kaldıran önüne geçen illiyetin aksine, farazi illiyette durum genellikle böyle değildir: Bu illiyet, zararın gerçekten birincil hukuka aykırı fiilden kaynaklandığı, ancak daha sonraki (ikincil) bir “*yedek sebep*” tarafından da meydana getirilebileceği durumlarda söz konusudur. Bu hususta bkz. **BREHM**, OR Art. 41, s. 141, N. 149. Bu iki kavramın birbiriyle ilişkili olduğu ve bazı durumlarda aynı anlama geldiği hakkında bkz. **HUGUENIN**, s. 588, N. 1934; **EREN**, Fikret; Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 166.

Farazi illiyette, zararı meydana getirmeye elverişli birden fazla sebep bulunmakla birlikte, bunlardan yalnızca biri zararlı sonucu ortaya çıkarmaktadır³⁰⁹. Bununla birlikte, eğer söz konusu sebep, somut olay bakımından gerçekleşen zararı fiilen meydana getirmeseydi bile, diğer sebep, aynı zararı kesin olarak ortaya çıkaracaktı. Bu gibi hâllerde, somut olayda zararlı sonucu ortaya çıkaran sebebe “*gerçek sebep*” denirken, gerçek sebep mevcut olmasaydı da aynı zararı meydana getirmeye elverişli olan sebebe “*farazi sebep*” adı verilir³¹⁰. Gerçek sebep, farazi sebebin önüne geçerek, farazi sebebin zararlı sonucun gerçekleşmesine fiilen katkıda bulunmasını engellemektedir³¹¹.

Farazi illiyetin gündeme geldiği hâllerde, gerçek sebebin faili, kural olarak farazi sebebi öne sürüp sorumluluktan kurtulamaz³¹². Nitekim gerçek sebep, zararlı sonucu meydana getirmiş ve zarar ile sebep arasında uygun illiyet bağı kurulmuştur. Ancak farazi sebep önemsiz de değildir. Zira farazi sebebin yol açması muhtemel olan zarar miktarının, zararın hesaplanması aşamasında zarardan düşülmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir³¹³. Söz konusu hesaplamanın yapılması için farazi sebebin sorumluluğu doğuran olaydan önce veya sonra ortaya çıkmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır³¹⁴.

Öğretide *Peters*, farazi illiyet kavramından yola çıkarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir ihtiyacın bulunmadığını kanıtlamaya çalışmaktadır³¹⁵. Yararların denkleştirilmesini reddettiği durumlarda, satış sözleşmesi örneğini ele alan yazar, farazi illiyet bakımından da vasiyet örneğinden yola

³⁰⁹ **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 82; **EREN**, İlliyet Bağı, s. 164; **EREN**, Genel Hükümler, s. 631, N. 1717; **NOMER**, Halûk N.; “Farazi İlliyet Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 413; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 155, N. 21.04; **BREHM**, OR Art. 41, s. 141, N. 149.

³¹⁰ **EREN**, İlliyet Bağı, s. 164; **EREN**, Genel Hükümler, s. 631, N. 1717; **NOMER**, İlliyet, s. 413.

³¹¹ **EREN**, İlliyet Bağı, s. 164; **EREN**, Genel Hükümler, s. 631, N. 1717.

³¹² **EREN**, İlliyet Bağı, s. 167; **EREN**, Genel Hükümler, s. 632-633, N. 1721; **NOMER**, İlliyet, s. 417; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 156, N. 21.05; **BREHM**, OR Art. 41, s. 143, N. 149f, 149g.

³¹³ **NOMER**, İlliyet, s. 419; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 156, N. 21.05; **BREHM**, OR Art. 41, s. 143. Öğretide bazı yazarlar, farazi illiyetin tazminatın hesaplanması bakımından dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu hususta bkz. **HUGUENIN**, s. 589, N. 1936; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 82.

³¹⁴ **NOMER**, İlliyet, s. 419.

³¹⁵ **PETERS**, s. 347-348.

çıkılmaktadır³¹⁶. Örnek olaylarda da gösterildiği üzere, vasiyete konu olan malın üçüncü bir kişinin davranışıyla yok olduğu hâllerde, vasiyet alacaklısının bu kişiye karşı herhangi bir talebi bulunmamaktadır. Zira vasiyet alacaklısı, vasiyet konusu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı gibi zarar veren kişi ile akdi bir ilişkisi içerisinde de değildir. Vasiyet borçlusu, mülkiyet hakkına sahip olsa da vasiyet konusunu devretme yükümlülüğünden kurtulduğu için fark teorisi anlamında herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Zarar ve talep hakkının bu şekilde ayrışması, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını gündeme getirmektedir. Bu kurumu teorik olarak oldukça sarsıcı bulan *Peters*, vasiyet olayı bakımından farazi illiyet kavramına başvurulabileceğini, bu sayede vasiyet borçlusunun (çalışmadaki terminolojide alacaklı olarak adlandırılan kişi) zarara uğradığının kanıtlanabileceğini ifade etmektedir³¹⁷.

Peters'e göre³¹⁸, ele alınan olayda zararlı sonucu ortaya çıkarabilecek iki sebep bulunmaktadır. Bu noktada, zarar veren kişinin vasiyet konusunu yok eden davranışı gerçek sebeptir³¹⁹. Buna karşılık, vasiyet konusunun devredilmesi de farazi sebeptir³²⁰. Zira bu devir, er ya da geç vasiyet konusu malın vasiyet borçlusunun malvarlığından çıkmasına sebep olacaktır³²¹. Buna karşılık burada zarar veren kişinin davranışı, söz konusu sebebin önüne geçmektedir³²². Ele aldığı olay bakımından farazi illiyet benzetmesi kuran *Peters*, farazi sebebin sorumluluğa bir etkisinin bulunmadığını, dolayısıyla alacaklının zararının meydana geldiğini kabul etmektedir³²³.

Peters'in bu görüşü de öğretilerde haklı olarak eleştirilmektedir³²⁴. Zira bu ihtimalde, gerçek anlamda farazi illiyetin varlığından söz edilemez³²⁵. Çünkü farazi illiyette, er ya da geç aynı zararı doğuracak olan, müdahil olan kişilerin herhangi bir etkisinin bulunmadığı, bağımsız bir nedensel süreç söz konusudur. Ancak somut olayda söz

³¹⁶ **PETERS**, s. 346.

³¹⁷ **PETERS**, s. 347-348.

³¹⁸ **PETERS**, s. 348.

³¹⁹ **PETERS**, s. 348.

³²⁰ **PETERS**, s. 348.

³²¹ **PETERS**, s. 348.

³²² **PETERS**, s. 348.

³²³ **PETERS**, s. 349-350.

³²⁴ Bu hususta bkz. **TRAUGOTT**, s. 43 vd.

³²⁵ *Peters* de burada gerçek anlamda bir farazi illiyetin bulunmadığını kabul etmektedir (**PETERS**, s. 348).

konusu nedensel süreci harekete geçiren kişi, *Peters'in* zarar gören kişi olarak kabul ettiği vasiyet borçlusunun külli halefi olduğu miras bırakandır (vasiyet eden). Dolayısıyla burada gerçek anlamda farazi illiyet söz konusu değildir.

Peters'in yaklaşımındaki diğer sorun ise, zarar gören ve zarar veren kişinin aynı olmasıdır³²⁶. Zira *Peters*, alacaklının zarar gördüğünü kabul etmektedir. Ancak zararlı sonucu harekete geçiren kişi, vasiyet edendir. Vasiyet borçlusu (alacaklı), vasiyet eden kişinin külli halefi olduğu için zarar gören ve zarar veren! kişinin aynı olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu da söz konusu görüşe ilişkin şüpheleri artırmaktadır.

Görüşe ilişkin son endişe ise vasiyet borçlusunun devir yükümlülüğünü görmezden gelmesidir. Nitekim farazi illiyette, farazi sebep, sorumluluğu ortadan kaldırmaya bile zararın hesaplanması anında hakkaniyet gereği dikkate alınmaktadır. Söz konusu devir farazi sebep olarak nitelendirilecekse, devir yükümlülüğünden kurtulmanın da zararın hesaplanması bakımından göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak bu da bizi problemin başlangıcına götürmekte, alacaklının (vasiyet borçlusu) herhangi bir zararının bulunmadığı sonucuna yaklaştırmaktadır.

h. Aynen Tazmin Görüşü

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldıracabilecek görüşlerden biri de aynen tazmin görüşüdür³²⁷. Aynen tazmin görüşü, somut zarar teorisi kapsamında, alacaklının zarara uğradığını ispat ederek zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorununa çözüm bulma arayışı içerisindedir.

Tazminat, zararın tamamen yahut kısmen, nakden veya aynen tazmin yoluyla giderilmesidir³²⁸. Böylelikle zarar verici fiilden önceki ekonomik durum yeniden yaratılmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, tazminatın iki türü bulunmaktadır: Nakden tazmin (*Geldersatz*) ve aynen tazmin (*Naturalrestitution*)³²⁹.

³²⁶ Traugott, farazi sebepte zarar veren ve zarar gören kişinin aynı olmasının ilginç bir durum olduğunu ileri sürmektedir (TRAUGOTT, s. 44).

³²⁷ REINHARDT, s. 10 vd.; TANDOĞAN, Tazmin, s. 183 vd.

³²⁸ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 105, N. 15.01; BREHM, OR Art. 43, s. 255, N. 4 vd.; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 252; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 465, N. 1203; TOPUZ, Zarar, s. 317.

³²⁹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 105, N. 15.01; BREHM, OR Art. 43, s. 255, N. vd.; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 253; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 119, N. 351; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 465, N. 1204; TOPUZ, Zarar, s. 318.

Nakden tazmin, zarar görene, zararın değerine uygun bir miktarda para verilmesidir³³⁰. Bu türden bir tazmin kolayca uygulanabilir olması sebebiyle uygulamada sık tercih edilen bir tazmin çeşididir. Zararın aynen tazmin edildiği durumlarda ise söz konusu zarar bir mal ile telafi edilmektedir³³¹. Bu kapsamda; haksız olarak alınan şeyin semereleriyle birlikte iadesi, aynı cinsten başka bir şeyin verilmesi, zarara uğrayan şeyin masrafları zarar verene ait olmak üzere tamir edilmesi aynen tazmin şekilleri arasında kabul edilmektedir³³².

Alman hukukunda tazminatın türü bakımından temel kural, aynen tazmindir³³³. Eski durumun aynen tesisi mümkün olmazsa veya aynen tazmin, zarar gören kişinin zararlarının telafi edilmesine yetmezse ya da eski durumun iadesi zarar veren kişi bakımından orantısız bir masrafa yol açacaksa, zarar nakden tazmin edilecektir³³⁴.

İsviçre-Türk hukukunda ise tazmin türleri arasında bir öncelik söz konusu değildir³³⁵. TBK m. 51 (OR Art. 43) uyarınca, hâkim yalnızca tazminatın miktarını değil, türünü de belirleyecektir. Dolayısıyla tazminat davası sonucunda aynen tazmine hükmedilebileceği gibi nakden tazmine de hükmedilebilir³³⁶.

³³⁰ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 105, N. 15.01; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 255; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 119, N. 351; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 465, N. 1204; TOPUZ, Zarar, s. 325.

³³¹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 105, N. 15.01; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 253; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 121, N. 360; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 466, N. 1204; TOPUZ, Zarar, s. 319.

³³² Aynen tazmin şekilleri hakkında bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 253 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; EREN, Genel Hükümler, s. 886-887, N. 2421; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 122, N. 361; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 466, N. 1204; TOPUZ, Zarar, s. 321.

³³³ Alman hukukunda kural aynen tazmin olsa da uygulamada istisnai olarak uygulanmaktadır. Bu hususta bkz. OETKER, BGB § 249, N. 320. Ayrıca bkz. BGB § 249.

³³⁴ OETKER, BGB § 249, N. 321, 322. Ayrıca bkz. BGB § 251.

³³⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 105, N. 15.01; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 466, N. 1205; TOPUZ, Zarar, s. 321; GÜNDÜZ, s. 19. Ancak uygulamadaki durumda nakden tazmin kural, aynen tazmin istisna hâline gelmiştir. TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 255; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 176, N. 2911; BREHM, OR Art. 43, s. 255, N. 5.

³³⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 176, N. 2911; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 105, N. 15.01;

Aynen tazminin, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ile olan ilişkisi, “*somut zarar teorisi*” (*konkrete Schadenstheorie*) bağlamında ortaya çıkmaktadır. Somut zarar teorisine göre³³⁷, zararın belirlenmesinde tüm malvarlığı hesaba katılmamakta, yalnızca somut hukuki yarar ve değerler dikkate alınmaktadır. Bu teorinin fark teorisinden (*Differenztheorie*) temel farkı ise malvarlığındaki tüm değişimleri incelememesidir. Somut zarar teorisi bakımından önemli olan, hukuk süjesinin, malvarlığına dâhil olan bir değerden yoksun bırakılmasından veya bu tip bir değer tahrip edilmesinden ötürü ortaya çıkan somut kayıptır³³⁸. Alman, İsviçre ve Türk hukukunda, zararın hesaplanmasında fark teorisinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir³³⁹. Ne var ki bu teorilerden birinin kabul edilmesi, diğer teorinin dışlanması anlamına gelmemektedir. Bu doğrultuda zararın nakden tazmin edildiği durumlarda, fark teorisi, aynen tazmin edildiği durumlarda ise somut zarar teorisi uygulanabilir³⁴⁰.

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı, dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı durumlardaki temel problem, alacaklı olarak adlandırılan kişinin fark teorisi anlamında herhangi bir zararının bulunmamasıdır. Bu noktada fark teorisi yerine somut zarar teorisi uygulanabilirse, malvarlığının genel durumuna bakılmayacağı için alacaklının zarara uğradığı kabul edilebilecektir³⁴¹. Somut zarar teorisi ise yukarıda da ifade edildiği üzere aynen tazminin mümkün olduğu durumlarda gündeme gelen bir teoridir. Bu da aynen tazmine hükmedilebileceği durumlarda, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 466, N. 1205; **TOPUZ**, Zarar, s. 321.

³³⁷ Somut zarar teorisinin öncülerinden biri olarak kabul edilen *Oertmann*, Roma-Ortak Hukuk ve BGB § 249 düzenlemeleri dikkate alındığında, somut zarar teorisinin benimsenmesi gerektiğini kabul etmektedir (**OERTMANN**, Paul; *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Rechte*, De Gruyter Verlag, 1901, s. 7). Ayrıca bkz. **LANGE/SCHIEMANN**, s. 29; **TOPUZ**, Zarar, s. 273.

³³⁸ **TOPUZ**, Zarar, s. 271.

³³⁹ **LANGE/SCHIEMANN**, s. 27-28; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 160, N. 2849; **BREHM**, OR Art. 41, s. 73, N. 70b; **HUGUENIN**, s. 286, N. 902; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 548; **EREN**, Genel Hükümler, s. 599, N. 1628; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, s. 42-43, N. 113; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 476, N. 1229; **TOPUZ**, Zarar, s. 274; **GÜNDÜZ**, s. 19.

³⁴⁰ **MOMMSEN**, s. 13; **TOPUZ**, Zarar, s. 276; **GÜNDÜZ**, s. 23-24.

³⁴¹ Bu hususta bkz. **REINHARDT**, s. 14; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 186.

çıkmayacağı anlamına gelmektedir. Sonuç itibarıyla, borçlunun davranışı sonucunda ortaya çıkan zarar aynen tazmin yöntemi ile tazmin edilebilecekse, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyaç da ortadan kalkacaktır³⁴².

Kanaatimizce, aynen tazmin görüşünün yaklaşımı isabetlidir. Zira üçüncü kişinin zararının tazmini problemini yaratan husus, alacaklının fark teorisi uyarınca herhangi bir zarara uğramamasıdır. Aynen tazminin mümkün olduğu hâllerde, somut zarar teorisi kapsamında yalnızca somut hukuki yarar dikkate alınacağı için alacaklının kendi zararını ileri sürmesi mümkün olacaktır. Ancak aynen tazmin yönteminin her olay bakımından uygulanması mümkün değildir. Nitekim yoksun kalınan kâr, gecikme dolayısıyla ortaya çıkan zarar veya şahıs varlığı zararlarının aynen tazmin edilmesi mümkün değildir³⁴³. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini problemi, aynen tazmin görüşü çerçevesinde kısmen çözüme kavuşturulabilir. Ancak problem aynen tazminin mümkün olmadığı durumlar bakımından varlığını sürdürmeye devam edecektir.

Sonuç itibarıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu uygulamadan önce, aynen tazmin imkânının bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, söz konusu tazmin şeklinin mümkün olduğu hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ihtiyaç duyulmamalıdır³⁴⁴.

3. Üçüncü Kişiyi Bağımsız Bir Talep Hakkı Veren Görüşler

a. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmine kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmaya çalışan yaklaşımların diğer ucunda, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkının verilmesi yer almaktadır. Bu görüşü benimseyen yazarlar, temel problemin talep hakkı ve zararın birbirinden ayrılması olduğu belirledikten sonra, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı vererek bu problemin çözüme kavuşturulmasını amaçlamışlardır. Borç ilişkisine dâhil olmayan üçüncü bir kişiye doğrudan bir talep hakkı verilmesi, ilk çözüme nazaran oldukça radikal bir yaklaşımdır.

b. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Bulunduğu Görüşü

Daha önce de vurgulandığı üzere, üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunduğu hâllerde, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmayacak, dolayısıyla dar

³⁴² REINHARDT, s. 14; TANDOĞAN, Tazmin, s. 186.

³⁴³ LANGE/SCHIEMANN, s. 29; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 255-256; TOPUZ, Zarar, s. 326-327.

³⁴⁴ Aynı yönde bkz. REINHARDT, s. 10 vd.; TANDOĞAN, Tazmin, s. 183 vd.

anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir ihtiyaç da bulunmayacaktır. Buradan yola çıkılarak, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin (varsa) üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir³⁴⁵.

Bu yaklaşım, Alman içtihat hukukundaki eski bir tutumun yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Zira Alman içtihatlarında taraf iradelerinden faydalanma metodu, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözmek adına oldukça sık kullanılmıştır³⁴⁶. Bu yöntem sadece dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna alternatif oluşturmak için değil, kurumu gerekçelendirmek için de tercih edilmiştir³⁴⁷. Benzer bir yaklaşımı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu bakımından da görmek mümkündür. Nitekim üçüncü kişinin edime yakınlığı sebebiyle zarar gördüğü hâllerde, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla, söz konusu kişiye dâhil olmadığı sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir talep hakkı verilmesi yönünde eğilimler bulunmaktadır³⁴⁸.

Bu görüş inşa edilirken, sözleşmenin yorumu ve sözleşmenin tamamlanması kavramlarından yararlanılmaktadır. Sözleşmenin yorumlanması, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin, uyumsuzluk konusu olan içeriğinin, tarafların birbirine uygun sözleşme iradelerine göre hâkim tarafından belirlenmesidir³⁴⁹. Sözleşmenin yorumlanabilmesi için öncelikle, TBK m. 1 hükmü uyarınca geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı

³⁴⁵ Üçüncü kişi yararına sözleşme, tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olabilir. Ama üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkı olabilmesi için tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunması gerekir. Elbette ki eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede de üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmayacaktır. Ancak Alman hukukundaki tartışmalar bağımsız bir talep hakkının verilmesi üzerinden yapıldığı için üçüncü kişi yararına sözleşme inşa etme yaklaşımı, tam üçüncü kişi yararına sözleşme üzerinden incelenmiştir.

³⁴⁶ Bu hususta bkz. **REINHARDT**, s. 61.

³⁴⁷ **MARTI-SCHREIER**, N. 105 vd.

³⁴⁸ Bu hususta bkz. **PUHLE**, s. 35 vd.

³⁴⁹ **JÄGGI**, Peter/**GAUCH**, Peter/**HARTMANN**, Stephan; Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation iç. Zürcher Kommentar, **SCHMID**, Jörg (ed.), 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2014, s. 93, N. 309; **GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter R./**SCHMID**, Jörg/**EMMENEGGER**, Susan; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2020, s. 307, N. 1196; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 291, N. 33.01; **HUGUENIN**, s. 83, N. 273; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 32, s. 333, N. 1; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 148; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. I, s. 200, N. 594; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 116, N. 303; **AKYOL**, Şener; Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 4 vd.

gerekir³⁵⁰. Sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışması, “*uygunluk uyumsuzluğuna*” (*Konsensstreit*) ilişkin bir mesele olup, “*yorum uyumsuzluğu*” (*reiner Auslegungstreit*) kapsamında değerlendirilmez³⁵¹. Sözleşmenin yorumlanabilmesi için bir diğer şart, tarafların sözleşmenin içeriğini birbirlerinden farklı anlamalarıdır³⁵².

Sözleşmenin yorumunda hareket noktası, tarafların gerçek iradeleridir (*wirkliche Wille*)³⁵³. Nitekim TBK m. 19/f. I hükmünde, bir sözleşmenin yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını düzenlenmiştir³⁵⁴. Gerçek

³⁵⁰ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 100, N. 335; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 291, N. 33.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 308, N. 1197; HUGUENIN, s. 83, N. 273; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 333, N. 1; EREN, Genel Hükümler, s. 536, N. 1450; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 201, N. 596; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 116, N. 303; AKYOL, Yorum, s. 9-10; DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan; “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 36.

³⁵¹ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 101, N. 336; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 291, N. 33.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 308, N. 1197; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 333, N. 1; EREN, Genel Hükümler, s. 536, N. 1450; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 200-201, N. 595; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 115, N. 300; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 36.

³⁵² JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 100, N. 334; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 291, N. 33.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 309, N. 1200, 1201; HUGUENIN, s. 83, N. 273; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 333, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 148; EREN, Genel Hükümler, s. 537, N. 1453; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 200-201, N. 595; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 34.

³⁵³ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 94, N. 314; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 291, N. 33.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 309, N. 1200; HUGUENIN, s. 85, N. 278; STEHLE, Bernhard; “Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Recht 2014, s. 258; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 333-334, N. 2; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 150; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 201, N. 597; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 117, N. 306; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 37.

³⁵⁴ TBK m. 19/f. I hükmünün gerçek bir yorum hükmü olmadığı kabul edilmektedir. Zira yorumun temel amacı, bilinmeyen gerçek iradelerinin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak söz konusu hüküm, tarafların gerçek iradelerinin ne olduğunun bilindiği varsayımından hareket etmekte, bilinmeyen iradenin nasıl araştırılacağına ilişkin herhangi bir kural içermemektedir. Söz konusu hükümde, “*falsa demonstratio non nocet*” yani “*yanlış belirtme zarar vermez*” kuralı düzenlenmiştir. Bu hususta bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 334, N. 4; HUGUENIN, s. 83, N. 274.

iradeden anlaşılması gerekenin, iç irade (*innere Wille*) olduğu kabul edilmektedir³⁵⁵. Ancak buradaki iç irade, yalnızca sözleşmenin taraflarının iç dünyasında kalan ve dış dünyaya yansımaya bir irade anlamına gelmemektedir. Söz konusu irade, açık veya örtülü bir şekilde dış dünyaya yansımış olan bir iradedir³⁵⁶.

Yorum yapılırken öncelikle sübjektif yorumla (*subjektive Auslegung*) tarafların iç iradesi tespit edilmeye çalışılır³⁵⁷. Burada başarıya ulaşılamazsa³⁵⁸, objektif yorum (*objektive Auslegung*) yapılarak güven teorisi (TMK m. 2/f. I) çerçevesinde tarafların farazi iradeleri tespit edilecektir³⁵⁹. Bu aşamada, makul ve dürüst üçüncü bir kişinin bakış açısından yorum yapılacaktır³⁶⁰.

Uyuşmazlığın yorum yoluyla giderilemediği hâllerde, sözleşme boşluğu söz konusu olmaktadır³⁶¹. Sözleşme içeriğini oluşturan yan noktaların düzenlenmemiş

³⁵⁵ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 95, N. 315; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 334, N. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 150; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 38.

³⁵⁶ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 10, N. 26; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, s. 334, N. 3; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 38.

³⁵⁷ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 110, N. 361; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 291, N. 33.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 309, N. 1200; HUGUENIN, s. 85, N. 278; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 37.

³⁵⁸ Tarafların fiilen birbirini fiilen doğru olarak anladığı hâllerde yoruma gerek yoktur. Bunun yanında taraflar birbirlerini fiilen doğru anlamamalarına rağmen muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini biliyorsa veya somut durumun koşulları göz önünde bulundurulduğunda gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumdaysa, güven teorisi uyarınca objektif bir yorum yapılmaz. Ancak bu bir ispat meselesidir. Nitekim beyan sahibi bu hususları ispat edemezse, güven teorisi çerçevesinde objektif yorum yapılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 33 vd. Sübjektif ve objektif yorum arasındaki ayrımın ortadan kaldırılması hakkında bkz. STEHLE, s. 261.

³⁵⁹ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 110, N. 360; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 292, N. 33.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 309, N. 1201; HUGUENIN, s. 86-87 N. 282; EREN, Genel Hükümler, s. 539, N. 1456; AKYOL, Yorum, s. 91 vd.; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 41.

³⁶⁰ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 108, N. 356; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 292, N. 33.02; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 309, N. 1201; HUGUENIN, s. 86-87 N. 282; DALCI ÖZDOĞAN, Yorum, s. 41.

³⁶¹ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 171, N. 539; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 296, N. 34.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 321, N. 1201; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 33, s. 340, N. 1; EREN, Genel Hükümler, s. 545, N. 1474; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 203, N. 599; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 125, N. 329.

olması, sözleşme boşluğunu gündeme getirir. Bu ihtimalde hâkim, sözleşmenin tamamlanması yoluyla sözleşme boşluğunu dolduracaktır³⁶².

Üçüncü kişi yararına sözleşme inşa etmeye çalışan görüş, sözleşmedeki boşlukların tamamlanmasına atıfta bulunmaktadır. Bu görüş, borcun gereği gibi ifa edilmesinde üçüncü kişinin menfaatinin bulunduğu borçlu tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği hâllerde, borçlunun üçüncü kişinin zararından sorumlu olacağını kabul etmektedir³⁶³. Bu görüşü benimseyen yazarlar³⁶⁴, borçlunun üçüncü kişinin zararından sorumlu olmayı istemediği takdirde bunu belirtmesi gerektiğini, aksi hâlde bu hususta zımnen bir anlaşma bulunduğu ilişkin bir tamamlama yapılacağını ifade etmektedir.

Ancak bu görüş de kendi içerisinde bölünmüş durumdadır. Nitekim bazı yazarlar³⁶⁵, üçüncü kişinin zararı meselesinin hiç konuşulmadığı durumlarda zımni bir anlaşmanın bulunduğu ilişkin bir tamamlamanın, varsayımdan ibaret olacağını ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre³⁶⁶, tamamlama zımni anlaşma esas alınmaksızın sözleşmenin amacı ve dürüstlük kuralı çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.

Bu görüş de öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Öncelikle bu görüşü benimseyen bazı yazarların da ifade ettiği üzere³⁶⁷, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin bir hususun hiç konuşulmadığı bir sözleşmede, zımni bir anlaşmanın yapıldığını kabul etmek, varsayıma dayalı bir yöntem olacaktır.

Bunun dışında sözleşmenin tamamlanabilmesi için öncelikle sözleşmede bir boşluğun bulunması gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı birçok hâlde, alacaklı ile borçlu sözleşme akdederken yalnızca kendi

³⁶² JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 171, N. 539; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 296, N. 34.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 321, N. 1201; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 33, s. 340, N. 1; EREN, Genel Hükümler, s. 545, N. 1474; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 203, N. 599; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 125, N. 329.

³⁶³ HELLWIG, Konrad; Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, Neudruck der Ausgabe, Leipzig 1899, s. 88; SCHOTT, Gottlob; Die Schadensliquidation aus dem Interesse eines Dritten, Inaugural Dissertation, Göttingen 1931, s. 41.

³⁶⁴ HELLWIG, s. 89.

³⁶⁵ SCHOTT, s. 46.

³⁶⁶ SCHOTT, s. 46.

³⁶⁷ SCHOTT, s. 46.

aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenlemek isterler³⁶⁸. Bu doğrultuda, üçüncü bir kişiyi dikkate alarak yapılmayan ve onun hukuki durumu hakkında hiçbir şey söylemeyen sözleşmeler, eksik (boşluk bulunan) bir sözleşme olarak nitelendirilemez³⁶⁹. Sözleşmede boşluk yoksa tamamlamadan da bahsedilemez.

Tüm bu eleştirilerin yanında, alacaklı ile borçlu arasında akdi bir ilişki bulunmadığı takdirde, sözleşmenin tamamlanmasından bahsedilemez³⁷⁰. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı bazı hâllerde, alacaklı ile borçlu arasından herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin teorik eleştiriler göz ardı edilse bile, her durumda söz konusu görüşe dayanarak bir çözüm üretmek mümkün değildir.

c. Özel Bağlantı Bulunduğu Görüşü

aa. Genel Olarak

Üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı bahşeden yaklaşımlardan bir diğeri, BGB § 311/Abs. III uyarınca borçlu ile üçüncü kişi arasında özel bir bağlantı bulunduğunu kabul eden görüştür. Özel bağlantı (*Sonderverbindung*), *culpa in contrahendo* ve güven sorumluluğu bakımından ele alınan bir kavramdır³⁷¹. BGB § 311/Abs. III bakımından gündeme gelen özel bağlantının, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ile olan ilişkisini incelemekten önce, söz konusu kurumlara ilişkin genel bir açıklama yapmak gerekir.

Culpa in contrahendo sorumluluk (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk) genel hatlarıyla, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada, görüşenlerden birinin veya yardımcılarının diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında kurulan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu

³⁶⁸ REINHARDT, s. 62; PUHLE, s. 37; BÄRTSCHL, s. 448; TRAUGOTT, s. 83; VON GRAFFENRIED, s. 284, N. 61; TANDOĞAN, Tazmin, s. 279 vd.

³⁶⁹ REINHARDT, s. 62; PUHLE, s. 37; BÄRTSCHL, s. 448; TRAUGOTT, s. 83; VON GRAFFENRIED, s. 284, N. 614; TANDOĞAN, Tazmin, s. 279 vd.

³⁷⁰ REINHARDT, s. 64; TANDOĞAN, Tazmin, s. 282.

³⁷¹ Sonraki açıklamalarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin de bu kurumlara paralel olarak geliştiği ifade edilmiştir. Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuyla yakından ilişkilidir. Hatta bu iki kurum “*aynı madalyonun iki ayrı yüzü*” olarak nitelendirilmektedir. Bu doğrultuda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ilişkisi, ikinci bölümde ayrı bir başlık altında incelenecektir.

zararlardan ötürü sorumlu olma hâlini ifade eder³⁷². Sözleşme görüşmeleri; içeriği, kapsamı, hak ve yükümlülükleri itibarıyla uzun veya kısa bir süreçten oluşur. Bu süreçte taraflar, birbirlerine karşı özen göstermek, gerekli bilgileri vermek ve birbirlerinin mal veya şahıs varlıklarına zarar vermemekle yükümlüdür³⁷³. Borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve malvarlığı değerlerine zarar verilmemesine ilişkin yükümlülükler, “*koruma yükümlülükleri*” (*schutzpflichten*) olarak adlandırılmaktadır³⁷⁴. Normal şartlarda henüz ortada bir sözleşme yok iken koruma yükümlülükleri ihlal edildiğinde, haksız fiil sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekirdi. Ancak taraflar arasında işlemsel temasın başlaması ile koruma

³⁷² **ESSER/SCHMIDT**, Bd. I, s. 110-111; **EMMERICH**, Volker; Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022, BGB § 311, N. 37; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 224, N. 963; **MÜLLER**, Christoph; Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht iç. Berner Kommentar, **MÜLLER**, Regina Aebi/**MÜLLER**, Christoph (ed.), Stämpfli Verlag AG, Bern 2018, s. 87, N. 288; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 379, N. 47.01; **GONZENBACH**, Rainer; Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1987, s. 6-7; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 976; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 403; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1276-1277, N. 3529; **İNAN**, Ali Naim; “<<Culpa in Contrahendo>>-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma”, Adalet Dergisi, Y. 45, S. 7, 1954, s. 878; **SEROZAN**, Rona; “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, s. 110; **KUTLU SUNGURBEY**, Ayfer; Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, Yasa Yayınları, İstanbul 1988, s. 99; **BAYGIN**, Cem; “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 345-346; **GEZDER**, Ümit; Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 13; **KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu; Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 94.

³⁷³ Bu yükümlülükler doğrudan sözleşme görüşmeleri ile bağlantılı yükümlülükler, görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlülükler ve bütünlük menfaatinin korunmasına ilişkin yükümlülükler olarak sınıflandırılmaktadır. Bu hususta bkz. **EREN**, Genel Hükümler, s. 1275 vd., N. 3528 vd.

³⁷⁴ **KRAMER**, Ernst A./**SCHMIDLIN**, Bruno; Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht iç. Berner Kommentar, **MEIER-HAYOZ**, Arthur (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1986, s. 56, N. 98; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 382, N. 47.10; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 12, N. 15; **EREN**, Genel Hükümler, s. 39, N. 105.

yükümlülüklerinin korumayı amaçladığı “bütünlük menfaatinin” (*Integritätsinteresse*)³⁷⁵ ihlal edilme olasılığı artmaktadır. İşte bu noktada, bütünlük menfaati ihlal edilen kişilerin söz konusu ihlal sebebiyle ortaya çıkan zararlarını daha elverişli olan sözleşme hükümlerine göre koruyabilmek adına, *culpa in contrahendo* kurumu geliştirilmiştir³⁷⁶. Söz konusu kurum, öncelikle Alman hukukunda kabul görmüş³⁷⁷, ardından İsviçre ve Türk hukukunda da kendisine bir yer edinmiştir³⁷⁸.

Kurumun temelleri *Rudolf von Jhering*’in, 1861 yılında yazdığı bir makale ile atılmıştır³⁷⁹. *Jhering* söz konusu makalede, kendi kusuruyla yanılmaya düşen tarafın, muhatabının yanılma sebebiyle ortaya çıkan zararlarından sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesini incelemiş ve kendi kusuruyla yanılmaya düşen tarafın bu zararlardan sorumlu olmamasının hakkaniyete aykırı olacağı sonucuna ulaşmıştır³⁸⁰. *Jhering* bu sorumluluğu tesis ederken, *culpa in contrahendo* olarak adlandırdığı bir sorumluluk sebebinden bahsetmiştir³⁸¹.

³⁷⁵ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Einleitung, s. 56, N. 98; **SCHWENZER/FOUNTOLAKIS**, s. 103, N. 14.32.

³⁷⁶ *Culpa in contrahendodan* doğan sorumluluğun hukuki niteliği hakkında tartışmalar bulunmaktadır. Bu konuda öğretilde temel olarak üç görüş bulunmaktadır. Bunlar, haksız fiil görüşü, sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü ve kendine özgü sorumluluk görüşüdür. Öğretilde hâkim olan görüşe göre, *culpa in contrahendo* sorumluluk, sözleşme sorumluluğu veya sözleşme benzeri bir sorumluluktur. Kendine özgü sorumluluk görüşü de sonuç itibarıyla sözleşmeye ilişkin hükümleri uygulamaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 978 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1277 vd., N. 3531 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 383 vd., N. 48.01 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 227 vd., N. 975 vd.

³⁷⁷ **ESSER/SCHMIDT**, Bd. I, s. 110-111; **EMMERICH**, BGB § 311, N. 37.

³⁷⁸ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 225, N. 963; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 379-380, N. 47.02; **MÜLLER**, s. 87, N. 288; **SEROZAN**, 0 Edim, s. 110; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 975 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1277, N. 3529; **GEZDER**, s. 13-14; **KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 93-94.

³⁷⁹ Bu hususta bkz. **EMMERICH**, BGB § 311, N. 38; **MÜLLER**, s. 88, N. 299; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 224, N. 963; **GONZENBACH**, s. 3; **FRITZ**, Karina Nunes; Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht, Ein Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik, De Gruyter Verlag, Berlin-Boston 2018, s. 12; **SEROZAN**, Edim, s. 110; **GEZDER**, s. 1; **KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 87.

³⁸⁰ **FRITZ**, s. 12.

³⁸¹ **EMMERICH**, BGB § 311, N. 37; **FRITZ**, s. 10.

Jhering'in attığı temel, Alman İmparatorluk Mahkemesinin kararlarıyla bir adım öteye taşınmıştır. İlgili mahkeme, 1911 yılında önüne gelen “*muşamba topu olayı*”nda (*Linoleumrollenfall*), sözleşme görüşmeleri sırasında vücut bütünlüğüne verilen zararlar bakımından sözleşmesel sorumluluğun gündeme geleceğini ifade etmiştir³⁸².

Yargı yetkisinin Alman Federal Mahkemesi'ne geçmesi, *culpa in contrahendo*nun uygulanması bakımından bir değişikliğe sebep olmamıştır. Nitekim Mahkeme, 1966 yılında ele aldığı “*sebze yaprağı olayı*”nda (*Gemüseblatt*), annesi alışveriş yaparken onun yanında bulunan ve yerdeki sebze yaprağına basıp yaralanan kız çocuğuna, *culpa in contrahendo*dan doğan bir talep hakkı vermiştir³⁸³. Bu karar ile koruma yükümlülükleri yalnızca sözleşmenin (somut olayda henüz sözleşme de yoktur) tarafı olan kişi lehine değil, o kişinin koruma alanında bulunan kişilere doğru da genişletilmiştir. Söz konusu karar, *culpa in contrahendo* ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramlarının birleşmesi ihtimaline işaret etmiş, sözleşmenin koruyucu alanında yer alan üçüncü bir kişiye, *culpa in contrahendo* kaynaklı bir talep hakkı verilmiştir. Aynı kararda, *Karl Larenz*'in “işlemsel temas” (*geschäftlicher Kontakte*) görüşüne de atıfta bulunulmuştur. *Larenz* 1954 yılında kaleme aldığı makalede, muşamba topu olayındaki yoğun koruma yükümlülüklerinin sözleşme görüşmelerinin başlamasından itibaren değil, işyerine girilmesini takiben işlemsel temasın ortaya çıkmasıyla birlikte söz konusu olacağını vurgulamıştır³⁸⁴.

Bu karardan sonra, “sözleşme görüşmelerinden veya diğer işlemsel temastan doğan yasal borç ilişkisi” kavramına ulaşılmış ve söz konusu kavram gerek öğretide gerekse de içtihatlarda kabul görmüştür³⁸⁵. Bu borç ilişkisi öğretide “*edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi*” (*Schuldverhältnisse ohne Leistungspflicht*) olarak da adlandırılmıştır³⁸⁶.

Görüldüğü üzere, *culpa in contrahendo*, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramları birbirine paralel olarak

³⁸² RG v. 7.12.1911, RGZ 78, 239, <https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/rgz78.htm>, E.T. 29.02.2024.

³⁸³ BGHZ 66, 51, https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz66_51.htm, E.T. 29.02.2024.

³⁸⁴ **LARENZ**, Karl; “Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und Sozialer Kontakt”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, H. 9, 1954, s. 515-516.

³⁸⁵ **LARENZ**, Culpa in Contrahendo, s. 518.

³⁸⁶ **SEROZAN**, Edim, s. 108 vd; **EREN**, Genel Hükümler, s. 42, N. 111; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 42, N. 107.

gelişen kavramlardır³⁸⁷. Ancak gelişmeler bununla da sınırlı kalmamıştır. Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun getirdiği temel prensiplerden hareketle, genel bir “güven sorumluluğunun” (*Vertrauenshaftung*) gündeme gelip gelmeyeceği tartışılmıştır³⁸⁸. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında meydana gelen özel güven ilişkisi, güven sorumluluğu kavramının önünü açmıştır. Bu noktada herhangi bir sözleşme görüşmesi olmasa da karşı tarafta uyandırılan korunmaya değer güvenin ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan zararların, güven sorumluluğu çerçevesinde tazmininin mümkün olduğu kabul edilmiştir³⁸⁹. Güven sorumluluğu her ne kadar *culpa in contrahendo* kurumuyla başlayan bir sürecin sonunda ortaya çıksa da bugün gelinen noktada *culpa in contrahendo*’yu da içine alan çatı bir kavram hâline gelmiştir³⁹⁰.

Güven sorumluluğunu bağımsız bir sorumluluk türü olarak ele alan ilk kişi, bütünsel yasal borç ilişkisi kavramını da geliştiren Alman hukukçu *Claus Wilhelm Canaris*’tir. Dürüstlük kuralından yola çıkan *Canaris*³⁹¹, başkasının haklı olarak

³⁸⁷ *Serozan*, *culpa in contrahendo* ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin yanında sözleşmenin müspet ihlali kurumunu da incelemiştir. *Serozan*’a göre, boşluk doldurma eyleminin ürünleri olan bu üç kurum birbirinden bağımsız gelişmiş olduğundan, aralarındaki sistematik bağlantı gözden kaçırılmıştır. Bu sebeple mahkemeler her birinin uygulanmasında ayrı bir içtihat rotası belirlemiştir. Ancak söz konusu kurumlar arasında sistematik bir bağlantı bulunduğu her zaman göz önünde bulundurulmalıdır (**SEROZAN**, Edim, s. 109).

³⁸⁸ Alman hukukundaki gelişmeler, İsviçre-Türk hukukuna da yansımıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin *Swissair* (BGE 120 II 331) ve *Grossen* (BGE 121 III 350) kararlarında, güven sorumluluğu kabul edilmiştir. Türk hukukunda da gerek öğretide gerekse de içtihatlarda güven sorumluluğu onaylanmıştır. Hatta Türk hukukunda bir adım daha ileri gidilerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) güven sorumluluğunun önemli bir uygulaması hüküm altına alınmıştır. “Güvenden Doğan Sorumluluk” kenar başlıklı TTK m. 209 hükmüne göre, “Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.” Bu hüküm *Swissair* kararındaki uyuşmazlığın konusuyla ilişkili bir düzenlemedir. Güven sorumluluğuna ilişkin YHGK’nın 30.01.2013 tarih ve E. 2012/19-670, K. 3013/171 kararı için bkz. www.kazanci.com.tr, E.T. 02.03.2024.

³⁸⁹ **SEROZAN**, Borçlar, § 19, s. 351 vd., N. 3; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 590, N. 1461.

³⁹⁰ **GEZDER**, s. 87-88; **DURAK**, Yasemin; “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2017, s. 259; Öğretide *Kalkan Oğuztürk*, “dar anlamda güven sorumluluğu” hâllerini belirleyerek, dar anlamda güven sorumluluğunun *culpa in contrahendonun* bir alt başlığı olduğunu kabul etmektedir (**KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 112).

³⁹¹ **CANARIS**, Claus Wilhelm; *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München 1971, s. 1 vd.

güvendiği bir durumu yaratan kişinin, söz konusu güven oluşturma davranışının sonuçlarına katlanması gerektiğini ifade etmiştir. *Canaris* güven sorumluluğunu incelerken, bu sorumluluğun iki yönünün bulunduğunu vurgulamıştır. Bunlar, güvenin pozitif ve negatif anlamda korunmasıdır³⁹².

Güvenin pozitif anlamda korunması, hukuki görünüşe güvenmenin korunmasının bir sonucu olarak mevcut hukuki durumun gerçekmiş gibi kabul edilmesi anlamına gelmektedir³⁹³. Başkasının davranışlarına güven duyan kişi için ilgili hukuki işlemin sonuçları gerçekleşecekse, güven pozitif anlamda korunur³⁹⁴.

Güvenin negatif anlamda korunması ise bir kişinin belirli bir duruma güvenmesinden ötürü zararın ortaya çıktığı hâller bakımından gündeme gelir³⁹⁵. Bu durumda, güvenen kişinin güveninin boşa çıkması sebebiyle uğradığı zarar, güven sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilir³⁹⁶.

Canaris, her iki durumu da güven sorumluluğu içerisinde değerlendirmiştir. Bu da güven sorumluluğunun içeriğinin çok genişlemesine ve kavram karmaşasının yaşanmasına sebep olmuştur³⁹⁷. Hâlbuki dar anlamda güven sorumluluğu, negatif anlamda güvenin korunmasını ifade etmekte olup, her durumda üç köşeli ilişkilerde gündeme gelen bir sorumluluktur³⁹⁸. *Serozan*'ın deyimiyle dar ve teknik anlamda güven sorumluluğu³⁹⁹, “sözleşmenin tarafı olmayan ancak sözleşmeyi dışarıdan etkileyen üçüncü kişinin sorumluluğudur.” Yazara göre, iki kişinin bulunduğu ilişkiler bakımından önceden olduğu gibi *culpa in contrahendo* kurumu uygulanmaya devam edecektir⁴⁰⁰.

³⁹² CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 5.

³⁹³ *Canaris*, “hukuki görünüşe güvenin korunması” (*Rechtsscheinhaftung*) ve “hukuk etiği bakımından gerekli olan güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit*) hâllerini, güvenin pozitif anlamda korunması başlığı altında ele almıştır (CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 5, 526).

³⁹⁴ CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 5.

³⁹⁵ *Canaris*, “açıklama sorumluluğu” (*Erklärungshaftung*) ile “emanet sorumluluğunu” (*Anvertrauenshaftung*), güvenin negatif anlamda korunması başlığı altında incelemiştir (CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 526).

³⁹⁶ CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 5.

³⁹⁷ Bu hususta bkz. KALKAN OĞUZHÜRK, s. 125.

³⁹⁸ Bu hususta bkz. SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 352, N. 3. Ayrıca bkz. KALKAN OĞUZHÜRK, s. 161.

³⁹⁹ SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 352, N. 3.

⁴⁰⁰ SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 352, N. 3.

Culpa in contrahendo ile başlayıp güven sorumluluğuna doğru evrilen gelişim süreci, Alman hukukunda yapılan yasal düzenlemeler ile desteklenmiştir. Bu doğrultuda Almanya’da 2002 yılında yapılan Borçlar Hukuku Reformu ile güvenden kaynaklanan hukuki işlem benzeri borç ilişkilerindeki durum ele alınmış ve ortaya çıkabilecek sorunlara çeşitli çözüm önerileri getirilmiştir⁴⁰¹.

Bu konuyla ilgili temel düzenlemelerden ilki, BGB § 241/Abs. II hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca⁴⁰², “*Borç ilişkisi, içeriğine uygun olarak, bir tarafa diğer tarafın haklarını, hukuken korunan değerlerini ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğü getirir.*” Bu hükümle birlikte, borç ilişkisinde yer alan koruma yükümlülükleri yasal olarak düzenlenmiştir.

Borçlar Hukuku Reformunun getirdiği önemli yeniliklerden biri de *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk) düzenlemesidir. Söz konusu düzenleme ile bazı hâllerde BGB § 241/Abs. II uyarınca yükümlülük doğuran bir borç ilişkisinin ortaya çıkacağı düzenlenmiştir. BGB § 311/Abs. II hükmünde⁴⁰³ ele alınan durumlar şunlardır:

- Sözleşme görüşmelerinin kabulü,
- Tarafların, bir tarafın diğer tarafın haklarına, hukuken korunan değerlerine ve menfaatlerine müdahale edebilme imkânını oluşturacak şekilde sözleşme ilişkisi başlatabilecek nitelikte hukuki işlem ilişkisine girmesi,
- Benzeri işlemsel temaslara girişilmesi.

Bu düzenleme ile BGB § 241/Abs. II’den kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin sözleşme görüşmelerinin başlangıcında da söz konusu olacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴⁰¹ Türk hukukunda *culpa in contrahendo* ve güven sorumluluğuna ilişkin olarak genel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada TBK m. 35, m. 44, m. 47 hükümleri *culpa in contrahendo* sorumluluğuna, TTK m. 209, TBK m. 39/f. II (üçüncü kişinin aldatması ve korkutması hâli) güven sorumluluğuna örnek olarak verilebilir. Kanunda özel bir hüküm öngörülmediği durumlarda söz konusu kurumları uygulamak için TMK m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına başvurulur.

⁴⁰² BGB § 241/Abs. II: “....*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*”

⁴⁰³ BGB § 311/Abs. II: “....*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch*
1. *die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,*
2. *die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder*
3. *ähnliche geschäftliche Kontakte.*”

Böylelikle *culpa in contrahendo* kavramı Alman hukukunda yasal bir zemine oturtulmuştur.

Benzer bir düzenleme dar anlamda güven sorumluluğu bakımından da söz konusudur. Bu kapsamda BGB § 311/Abs. III hükmünde, BGB § 241/Abs. II’de düzenlenen koruma yükümlülüklerinin, sadece sözleşme ilişkisinin tarafları arasında değil, sözleşmenin tarafı olmayan kişiler bakımından da gündeme gelebileceği düzenlenmiştir⁴⁰⁴. İlgili hükümde üçüncü kişinin, karşı tarafa güven vererek, sözleşme müzakerelerini ve sözleşmenin meydana gelmesini önemli derecede etkilediği hâllerde, koruma yükümlülüklerini içeren bir borç ilişkisinin meydana geleceği ifade edilmiştir. Öğretide, BGB § 311/Abs. III hükmünün ilk cümlesinde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin⁴⁰⁵, ikinci cümlesinde ise dar anlamda güven sorumluluğunun düzenlendiği ileri sürülmektedir⁴⁰⁶.

Güven sorumluluğunun gelişmesi, üçüncü kişinin zararının tazmini tartışmalarına da yansımıştır. Dar anlamda güven sorumluluğu hâllerinde üç köşeli hukuki ilişkilerin söz konusu olması, bu kurumun üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu beraberinde getirmiştir.

Öğretide bazı yazarlar, BGB § 311/Abs. III hükmünün üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bakımından da uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Bu görüş, zarar veren kişi ile üçüncü kişi arasında herhangi bir borç ilişkisinin bulunmamasından yola çıkarak, dar anlamda güven sorumluluğunun şartlarından biri olan özel bağlantı unsurunu mercek altına almıştır. Bu kapsamda zarar veren kişi ile zarar gören üçüncü kişi arasında özel bir bağlantı kurulmuş, üçüncü kişinin zararlarının BGB § 311/Abs. III uyarınca tazmin edilebileceği fikri ileri sürülmüştür.

BGB § 311/Abs. III hükmüne dayanan diğer bazı yazarlar ise güven sorumluluğunun bir unsuru olan özel bağlantıyı, doğrudan temsil vasıtasıyla kurmuştur. “*Güvende temsil*” (*Vertretung im Vertrauen*) olarak adlandırılan bu durum, dar anlamda

⁴⁰⁴ BGB § 311/Abs. III: “...Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.”

⁴⁰⁵ HÜBNER/SAGAN, s. 743; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 188, N. 305; PETERSEN, s. 63-64, N. 5; SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 356, N. 3. Aksi yönde bkz. GOTTWALD, BGB § 328, N. 172.

⁴⁰⁶ SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 356, N. 3.

üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmak adına geliştirilmiştir.

Devam eden başlıklarda üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı veren söz konusu görüşler değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle BGB 311/Abs. III uyarınca üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı veren görüş incelenecektir. Ardından güven sorumluluğunun farklılaşmış bir hâlini ifade eden güvende temsil kurumu ele alınacaktır.

bb. BGB 311/III Hükmünü Uygulayan Görüş

Bu görüş Alman hukukçu *Thomas Henn* tarafından ileri sürülmüştür. *Henn*, 2011 yılında kaleme aldığı eserde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, bugün öğretildiği ve uygulandığı şekliyle ne yürürlükteki tazminat hukukuyla örtüştüğünü ne de ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verdiğini ifade etmiştir⁴⁰⁷. Yazara göre, alacaklının menfaati dogmasının ihlali tam olarak gerekçelendirilememiştir⁴⁰⁸. Bunun yanında üçüncü kişinin zararının alacaklı vasıtasıyla ileri sürülmesi, birçok durumda üçüncü kişinin menfaatine olmayacağı gibi tazmin çabasının karmaşıklaşmasına da yol açmaktadır⁴⁰⁹. Yazar, öğretide ifade edilenin aksine, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından örf ve âdet hukuku düzeyine gelen yeknesak bir uygulamanın da oluşmadığını vurgulamaktadır⁴¹⁰.

Henn'in eleştirileri yalnızca dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna yönelmez. Yazar, bu kurumun yanında normatif bir değerlendirme ile alacaklıya zarar atfetmeye çalışan görüşleri de eleştirmiştir. Yazara göre, normatif değerlendirme ile objektif asgari zarar tespiti, BGB § 249 vd. hükümlerinin öngördüğü tazminat sistemi ile uyumlu değildir⁴¹¹. Dolayısıyla söz konusu yaklaşımlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna alternatif oluşturamazlar⁴¹².

Henn, zararın kaydığı durumlar bakımından borçlar hukuku sistemi ile uyumlu çözümlerin bulunması gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹³. Bu noktada yararlandığı temel hüküm ise BGB § 311/Abs. III ve onunla ilişkili olan özel bağlantı kavramıdır. *Henn'in* başlangıç noktası, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun da hareket

⁴⁰⁷ HENN, s. 86, 312.

⁴⁰⁸ HENN, s. 312.

⁴⁰⁹ HENN, s. 312.

⁴¹⁰ HENN, s. 85-86.

⁴¹¹ HENN, s. 110, 312.

⁴¹² HENN, s. 110, 312.

⁴¹³ HENN, s. 312.

noktasını oluşturan zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması hususudur. Yazara göre temel mesele, borçlunun üçüncü kişiyle akdi bir bağlantısının olmaması veya haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunan bir hakkının bulunmaması sebebiyle sorumluluğunun doğup doğmayacağını tespit etmektir. Bu noktada sorumluluğun yalnızca akdi bir ilişki veya söz konusu hakların ihlali durumunda mı meşrulaştığı sorusu gündeme gelmektedir⁴¹⁴.

Henn'e göre, sorumluluğun tesis edilmesindeki temel gerekçe “*neminem laedere*” (kimseye zarar verme)⁴¹⁵ ilkesidir⁴¹⁶. Bu ilke uyarınca, kişi başkalarına zarar verici tüm davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bununla bağlantılı olarak kişinin davranışı sonucunda bir zarar ortaya çıkmışsa, tazminat ödeme yükümlülüğü de gündeme gelecektir. Dolayısıyla tazminat sorumluluğunun inşasında ilk olarak *neminem laedere* ilkesi dikkate alınmalıdır. Ne var ki hukuk düzenleri ortaya çıkan her türlü zararın tazminini kabul etmemiştir. Bu yaklaşımın altında yatan sebep ise *neminem laedere* ilkesinden sonra dikkate alınan, kişiye mümkün olan en geniş eylem özgürlüğünün (*Handlungsfreiheit*) tanınması düşüncesidir⁴¹⁷.

Kişiye en yüksek derecede eylem özgürlüğü sağlanmak isteniyorsa, sorumluluğun, dolayısıyla her türlü zarardan sorumlu olma kuralının sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sınırlama, alacak hakkına sahip olan kişilerin, faaliyette bulunan kişi için zarar verici olaydan önce (*ex ante*) en azından soyut olarak öngörülebilir olması⁴¹⁸ ve alacaklı çemberinin sınırsız bir şekilde genişleme tehdidinin bulunmaması ile sağlanır⁴¹⁹. Bu iki şart sağlandığı takdirde, *neminem laedere* ilkesinin bir sonucu olarak zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunda bu şartlar sağlandığı için bu iki kavram borç ilişkisinin bir kaynağı olarak görülmektedir. Kişi, haksız fiil sorumluluğunda herkesle kurduğu temastan ötürü korunan hukuki değerlerin

⁴¹⁴ HENN, s. 312.

⁴¹⁵ Ünlü Roma hukukçusu *Ulpian*'ın meşhur formülüne göre, hukukun en yüce ilkesi adalet şu anlama gelir: “Adalet, herkese hakkını vermek için sürekli ve kalıcı bir iradedir. Adaletin emirleri şunlardır: onurlu yaşamak, başkalarına zarar vermemek, herkese hakkını vermek.” (HONSELL, Heinrich; Römisches Recht, Springer Verlag, 8. Auflage, Salzburg 2015, s. 19).

⁴¹⁶ HENN, s. 219.

⁴¹⁷ HENN, s. 313

⁴¹⁸ *Henn*'e göre sorumluluğun doğabilmesi için zarar verici olaydan önce ilgili menfaatlerin sosyal olarak öngörülebilir (*sozialtypisch erkennbares Interesse*) olması gerekmektedir (HENN, s. 228).

⁴¹⁹ HENN, s. 313.

farkındadır ve bu değerlere zarar vermenin sorumluluk doğuracağını öngörebilir. Söz konusu öngörülebilirlik akdi ilişkilerde de söz konusudur. Nitekim kişi bir sözleşme yapmakla özel bir ilişkinin içine gireceğinin farkındadır. Bu da onun sözleşmeye aykırı davranışlarından sorumlu olmasını gerektirir.

Henn, temel kuralın zarar vermeden ötürü sorumluluk olduğunu, haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunabilecek haklar ile sözleşme bağının, sorumluluğun nerede başlayacağını belirleyen teknik bir araç olduğunu kabul etmiştir. İncelemeye konu olan olaylarda her iki sorumluluğa da gidilemediğinden, üçüncü bir sorumluluk sınırlaması olarak özel bağlantı kavramından faydalanmıştır.

Yazara göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, borçlu ile üçüncü kişi arasında maddi bir temas (*Sachkontakt*) bulunmaktadır⁴²⁰. Söz konusu hâllerde edimin üçüncü kişiye doğru yönelmesi, maddi teması sağlamakta, bu sayede sorumluluğun tesis edilebilmesi için gerekli olan özel bağlantı kurulmuş olmaktadır⁴²¹. Özel bağlantı kurulduktan sonra, bunun karşılığının kanunda bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Henn, bu noktada BGB § 311/Abs. III hükmünden faydalanılabileceğini düşünmektedir⁴²². Yazara göre⁴²³ ilgili hüküm, sözleşmeye taraf olması amaçlanmayan bir kişiyle de özel bir bağlantının var olabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Hükmün lafzı oldukça geniş olduğu için hüküm dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâller bakımından da uygulanabilecek niteliktedir. Edimin üçüncü kişiye yönelmesi, üçüncü kişinin borçlu ile eşit derecede korunması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır⁴²⁴. Zira maddi temas sebebiyle üçüncü kişinin zarar görme ihtimali artmaktadır. Bu da özel bağlantının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Borçlu ile üçüncü kişi arasında özel bağlantı tesis edildikten sonra, BGB § 311/Abs. III hükmü uyarınca üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilecektir. Dar anlamda üçüncü kişinin

⁴²⁰ HENN, s. 241.

⁴²¹ HENN, s. 241.

⁴²² *Henn*, BGB § 311/Abs. III hükmünü uygulayan yaklaşımını, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden kaynaklandığı durumlara hasretmiştir. Yazara göre, sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiile ilişkin sorumluluktan farklı olarak bir şekilde hukuki işlem ile bağlantılıdır. Dolayısıyla alacaklı ile borçlu arasında bir hukuki işlem yoksa BGB § 823/Abs. I uyarınca bir çözüm aranmalıdır. Bu hususta bkz. HENN, s. 232, 259.

⁴²³ HENN, s. 242.

⁴²⁴ HENN, s. 241.

zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kayan menfaatler, borçlu için hâlen sosyal tipiklik anlamında öngörülebilir niteliktedir⁴²⁵. Bu da alacaklı çemberinin sınırlı olmasını ve *neminem laedere* ilkesi uyarınca üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. *Henn'in* tüm çabası, üçüncü kişinin zararının tazmini problemine borçlar hukuku sistemiyle uyumlu bir çözüm getirmektir. Bu noktada yazar, BGB § 311/Abs. III hükmünün geniş çerçeveli olmasından faydalanmaktadır.

Kanaatimizce *Henn'in* yaklaşımı Alman öğretisindeki yaklaşımlara nazaran daha tutarlıdır. Yazar, kanunda yer alan ve geniş yorumlanmaya müsait olan bir hükümden yola çıkarak teorisine yasal bir dayanak bulmaktadır. Ne var ki BGB § 311/Abs. III hükmünün anlamı oldukça tartışmalıdır. Daha önce de vurgulandığı üzere, ilgili hükmün ilk cümlesinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, ikinci cümlesinde ise dar anlamda güven sorumluluğunun düzenlendiği genel olarak kabul görmektedir. BGB § 311/Abs. III hükmünün ilk cümlesi uyarınca özel bağlantının kurulabilmesi için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tüm şartlarının sağlanması gerekir. Ne var ki dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı bulduğu hâllerde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tüm şartları sağlanamamaktadır. Bu şartlar sağlanmadan özel bağlantının bulunduğunu kabul edip üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı vermek mümkün değildir. Hükümde düzenlenen diğer durum ise dar anlamda güven sorumluluğudur. Bu sorumluluğun gündeme gelebilmesi için⁴²⁶ borçlu ile üçüncü kişi arasında özel bir hukuki bağlantının bulunması, borçlunun sözleşmenin akdedilmesinde bir menfaatinin bulunması, borçlunun üçüncü kişiyle alacaklı arasındaki sözleşmenin oluşmasını etkilemesi ve üçüncü kişinin borçluya karşı özel yoğunlukta bir güven duyması şartlarının sağlanması gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, bu şartların sağlanmadığı görülmektedir. Özellikle üçüncü kişinin, borçluya karşı özel yoğunlukta bir güven duyması söz konusu değildir. Hâl böyle iken üçüncü kişinin zarar gördüğü her durumda söz konusu hükmün uygulanması mümkün değildir. Her ne kadar *Henn*, özel bağlantıyı güven unsuru vasıtasıyla tesis etmese de BGB § 311/Abs. III hükmü uyarınca doğrudan bir talep hakkı verilecekse, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme veya dar anlamda güven

⁴²⁵ HENN, s. 313.

⁴²⁶ Söz konusu şartlar için bkz. SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 355, N. 3; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 592, N. 1463.

sorumluluğun şartları sağlanmalıdır. Bu şartlar sağlanmadığı takdirde özel bağlantı bulunduğu gerekçesiyle üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı verilmemelidir.

cc. Güvende Temsil Görüşü (*Vertretung im Vertrauen*)

Bu görüşün mimarı Alman hukukçu *Michael Junker*'dir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna alternatif getirme çabası içinde bulunan *Junker*, güven sorumluluğu ve doğrudan temsil kurumunu aynı potada eritmiştir⁴²⁷. *Junker*'in temel motivasyonu, borçlu ile üçüncü kişi arasında güven sorumluluğu kapsamında bir ilişki kurmaktır⁴²⁸.

Yazara göre, üçüncü kişi, borçluya karşı özel bir güven duygusuna sahiptir⁴²⁹. Bir başka deyişle üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkide borçlunun yükümlülüklerini yerine getireceğine ve herhangi bir zarara sebebiyet vermeyeceğine ilişkin güven duymaktadır⁴³⁰. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Borçlunun da bu güveni üçüncü kişiye vermesi gerekir. Ne var ki dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, borçlu ile üçüncü kişi arasında güveni koruyacak ve üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verecek bir temas bulunmamaktadır⁴³¹.

Junker bu teması, BGB § 164 vd. (TBK m. 40 vd., OR Art. 32 vd.) hükümlerinde düzenlenen doğrudan temsil kurumunun kıyasen uygulanmasıyla kurmaktadır⁴³². Yazara göre, borçlunun güven vermesi ve üçüncü kişinin güven duyması, alacaklı vasıtasıyla gerçekleşmektedir⁴³³. Birbiriyle temas etmeyen iki kişi arasındaki doğrudan bağlantı, doğrudan temsil ile kurulabilir. Bu noktada güven ilişkisinin kurulması bakımından alacaklı, üçüncü kişinin temsilcisi olarak kabul edilmelidir. Teorisini “*güvende temsil*”

⁴²⁷ JUNKER, Michael; *Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht*, C. H. Beck Verlag, München 2001, s. 23 vd.

⁴²⁸ *Junker* de *Henn* gibi alacaklı ile borçlu arasında sözleşme bulunmadığı durumlarda güvende temsil kurumunu uygulamamaktadır. Bu noktada *Junker* de BGB § 823/Abs. I uyarınca bir çözüm arayışı içerisine girmektedir. Bu hususta bkz. JUNKER, Michael; “Das wirtschaftliche Eigentum als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, Bd. 193, H. 4, 1993, s. 348 vd.

⁴²⁹ JUNKER, *Vertretung im Vertrauen*, s. 23.

⁴³⁰ JUNKER, *Vertretung im Vertrauen*, s. 28.

⁴³¹ JUNKER, *Vertretung im Vertrauen*, s. 23.

⁴³² JUNKER, *Vertretung im Vertrauen*, s. 23.

⁴³³ JUNKER, *Vertretung im Vertrauen*, s. 24.

(*Vertretung im Vertrauen*) olarak adlandıran *Junker*, bu şekilde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna gerek olmayacağına vurgu yapmaktadır⁴³⁴.

Ne var ki bu görüş de öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu eleştiriyi yapan yazarların haklı olarak vurguladığı üzere, söz konusu hâllerde herhangi bir temsil ilişkisinin varlığından bahsedilemez⁴³⁵. Doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için temsilcinin, temsil olunan adına ve hesabına hukuki işlem yapma iradesinin bulunması gerekir. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, güvenin aktarılmasına ilişkin alacaklı iradesinin bulunduğu yaklaşımı yalnızca bir varsayıma dayanmaktadır⁴³⁶. Bunun yanında temsilcinin yaptığı işlem onun irade beyanına dayanmaktadır. Ancak *Junker*'in yaklaşımında temsil olunan kişinin dolaylı davranışları, temsilci aracılığıyla yerine getirilmektedir⁴³⁷. Bu da söz konusu hâllerde temsilin mevcut olmadığı göstermektedir.

Sonuç itibarıyla güvende temsil kurumu, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna nazaran teorik olarak daha ikna edici gözükmemektedir⁴³⁸. Güven ilişkisinin kurulması bakımından doğrudan temsile muhtaç olunması ancak temsile ilişkin hükümlerin problemleri alanlara uygulanamaması, bu görüşün zayıf noktasını oluşturmaktadır.

d. İçi Boş Bir Talep Hakkının Devredilmesi Görüşü

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna alternatif olarak görülen bir diğer yaklaşım ise, içi boş bir talep hakkının (*inhaltloser Anspruch*) devredilmesi görüşüdür. Bu görüşe göre⁴³⁹, alacaklının talep hakkına sahip olduğu ancak zarar görmediği, üçüncü kişinin ise zarar gördüğü ancak talep hakkına sahip olmadığı durumlarda, alacaklı içeriği olmayan boş bir talep hakkına sahiptir. Alacaklı bu hakkını üçüncü kişiye devrettiğinde, talebin içeriği üçüncü kişinin zararı ile doldurulmaktadır⁴⁴⁰. Böylece talep hakkı ile zararın birbirinden ayrılması sorunu da ortadan kalkmaktadır.

⁴³⁴ JUNKER, Vertretung im Vertrauen, s. 23.

⁴³⁵ Henn'e göre, temsile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilmesi için ilgili taraflar arasındaki durum ve menfaatler, gerçek bir temsilcininkiyle karşılaştırılabilir olmalıdır (HENN, s. 123).

⁴³⁶ TRAUGOTT, s. 47.

⁴³⁷ HENN, s. 125.

⁴³⁸ Aynı yönde bkz. HENN, s. 127; TRAUGOTT, s. 47.

⁴³⁹ Bu görüşü benimseyen yazarlar hakkında bkz. REINHARDT, s. 45 vd.; TÄGERT, s. 7 vd.; TANDOĞAN, Tazmin, s. 216 vd.; HENN, s. 55; PUHLE, s. 89-90.

⁴⁴⁰ Bu hususta bkz. REINHARDT, s. 45; TANDOĞAN, Tazmin, s. 216.

İçi boş bir talep hakkının devredilmesi görüşü, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun adeta ters yüz edilmiş bir hâlidir. Ne var ki bu yaklaşımda temel bir problem bulunmaktadır. Zira borçlunun tazminat talep etme hakkını devredebilmesi için öncelikle bu hakkının mevcut olması gerekir. Zararın bulunmadığı hâllerde tazminat talep etme hakkı da olmayacağı için devir de yapılamayacaktır. Aksi bir kabul “*kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği*” kuralına aykırılık teşkil edecektir⁴⁴¹.

e. Ekonomik Mülkiyet Görüşü

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ihtiyaç bulunmadığını vurgulayarak üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı veren diğer bir görüş de ekonomik mülkiyet görüşüdür. Bu görüşe göre⁴⁴², ekonomik mülkiyete sahip olan kişi, eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkına sahip olmaksızın şeyin zarar görme riskini tek başına taşıyan kişidir. Bu görüş üçüncü kişinin ekonomik mülkiyete sahip olduğunu tespit ettikten sonra, bu kişiye haksız fiile ilişkin bir talep hakkı vermektedir. Bu noktada başvurdukları hüküm ise BGB § 823/Abs. I’dır⁴⁴³. Söz konusu hüküm uyarınca⁴⁴⁴, “*ister kasten ister ihmal sonucu olsun, bir başkasının yaşamına, bedenine, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine veya diğer herhangi bir hakkına hukuka aykırı olarak zarar veren herkes, ortaya çıkan zararı diğer kişiye tazmin etmekle yükümlüdür.*”

Bu görüşü benimseyen yazarlar ilgili hükümde yer alan “*diğer herhangi bir hak*” ifadesinden yola çıkarak, ekonomik mülkiyet hakkının diğer haklar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁴⁵. Öğretide Henn⁴⁴⁶ de alacaklı ile borçlu

⁴⁴¹ Aynı yönde bkz. REINHARDT, s. 47; TANDOĞAN, Tazmin, s. 221-222.

⁴⁴² JUNKER, Wirtschaftliche Eigentum, s. 352.

⁴⁴³ JUNKER, Wirtschaftliche Eigentum, s. 352 vd.

⁴⁴⁴ BGB § 823/Abs. I: “*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*”

⁴⁴⁵ JUNKER, Wirtschaftliche Eigentum, s. 358.

⁴⁴⁶ HENN, s. 314. Öğretide Canaris de üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bakımından § 823/Abs. I hükmünden faydalanılabileceğini düşünmektedir. Canaris, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, alacaklının menfaati dogmasına teleolojik redüksiyon yoluyla getirilen bir istisna olduğunu vurgulamaktadır. Ancak yazara göre, alacaklı vasıtasıyla üçüncü kişinin zararının tazminini sağlamak yerine, BGB § 823/Abs. I uyarınca bağımsız bir haksız fiil talebi de verilebilir. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, zararın kayması sebebiyle sorumluluk riskinde bir artış meydana gelmemektedir. Haksız fiilde kabul edilen sınırlamalar, hesaplanamaz sorumluluk risklerini engellemek adına getirildiğinden, sorumluluk riskinde bir artışın

arasında sözleşme bulunmadığı durumlarda, üçüncü kişinin haksız fiile ilişkin taleplerinin BGB § 823/Abs. I ile gerekçelendirilebileceğini ifade etmektedir.

Bu görüşün savunucuları⁴⁴⁷, haksız fiil sorumluluğuna getirilen sınırlamaların öngörülemeyen sorumluluk risklerini önleme amacı güttüğünü, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun iştiğal sahasında bu tip bir riskin bulunmadığını, dolayısıyla BGB § 823/Abs. I hükmünde düzenlenen “*diğer herhangi bir hak*” ifadesinin geniş yorumlanabileceğini kabul etmektedir.

Diğer görüşlere olduğu gibi bu görüşe de çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Öncelikle Alman hukukunda ekonomik mülkiyet kavramı, genel olarak kabul görmüş bir kavram değildir⁴⁴⁸. Aynı durum İsviçre-Türk hukuku bakımından da geçerlidir. BGB § 823/Abs. I hükmünde her ne kadar “*diğer herhangi hak*” ifadesi yer alsada söz konusu hakkın da mutlak bir hak olması gerekir⁴⁴⁹. Bu da ekonomik mülkiyet kavramıyla çelişen bir husustur. Zira söz konusu mülkiyet, gerçek bir mülkiyeti ifade etmemektedir. Dolayısıyla bu kavram dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna bir alternatif de oluşturamaz.

f. Telafi Zararlarının Tazmini Görüşü (*Kompensationschadensersatz*)

Üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı verilmesini savunan bu görüş, Alman hukukçu *Christoph Luther* tarafından ileri sürülmüştür⁴⁵⁰. *Luther*’e göre, gerek dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu savunan yazarların gerekse de bu kurumu ortadan kaldırmaya çalışan yazarların ortak hareket noktası, zarar hukukunda bir değişiklik yapmaktır⁴⁵¹. Ne var ki söz konusu problemin ortaya çıktığı hâllerde sorun, sorumluluk hukukundaki boşluktan kaynaklanmaktadır⁴⁵². Bu sebeple sorumluluk hukukundaki boşlukları doldurmaya yönelik bir tavır sergilenmelidir.

olmadığı hâllerde, haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde tazmin mümkün olmalıdır. Bu noktada *Neminem laedere* (kimseye zarar verme) ilkesi belirleyici olacaktır. (CANARIS, Claus-Wilhelm; Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983, s. 156 vd.)

⁴⁴⁷ JUNKER, Wirtschaftliche Eigentum, s. 361 vd.; CANARIS, Lücken, s. 157.

⁴⁴⁸ TRAUGOTT, s. 48.

⁴⁴⁹ TRAUGOTT, s. 48.

⁴⁵⁰ Bu hususta bkz. LUTHER, s. 572 vd.

⁴⁵¹ LUTHER, s. 575.

⁴⁵² LUTHER, 575.

Hasar riskinin geçtiği durumlar ve dolaylı temsili inceleyen *Luther*, ilk durumda haksız fiil sorumluluğunda, ikinci durumda ise akdi sorumlulukta bir boşluk olduğunu kabul etmektedir⁴⁵³. İlgili hâllerde, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişki dolayısıyla alacaklı zarar görmemektedir. Zira üçüncü kişi, iç ilişkideki durum sebebiyle borçlunun davranışlarının alacaklı üzerindeki olumsuz sonuçlarını telafi edip üzerine almaktadır. Bu ihtimalde alacaklının zarara uğramaması, üçüncü kişinin ise talep hakkının olmaması sebebiyle borçlunun sorumluluktan kurtulması demek, sorumluluk hukukunda bir boşluk olduğunu göstermektedir. Bu boşluk, *telaflı zararlarının tazmininin (Kompensationschadensersatz)*⁴⁵⁴ kabulü ile doldurulabilir. Zira üçüncü kişi alacaklının zararını telafi ederek kendi zarar görmektedir. Bu durumdan borçlunun faydalanmaması adına üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmeli ve hukuk yaratma yoluyla telafi zararlarının tazmini imkânı sağlanmalıdır⁴⁵⁵. *Luther*, üçüncü kişinin talep hakkının, hasarın geçtiği durumlarda haksız fiile, dolaylı temsil hâllerinde ise sözleşmeye dayandığını belirtmektedir⁴⁵⁶.

Luther'in görüşü de çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır. Zira yazarın görüşünün çekirdeğini oluşturan telafi zarar kavramının çerçevesi oldukça belirsizdir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ise yüz yılı aşkın bir birikimin ürünüdür. Bunun yanında telafi zararlarının tazmini yaklaşımı, bu kuruma nazaran daha ikna edici bir teorik temel de sunmamaktadır. Yazar yalnızca tartışılan bir kurumu, içeriği ve kapsamı henüz belirlenmeyen bir kavram ile değiştirme yoluna gitmiştir.

g. BGB § 844/Abs. I Hükmünü (Cenaze Giderlerinin Tazmini) Kıyasen Uygulayan Görüş

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, içerisinde sayısız teorik ve pratik çelişki barındırdığını düşünen *Jürgen Stamm*, bu çelişkilerden kaçınmak için kanunda yer alan bir hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. İncelemesini hasarın geçtiği durumlara hasreden *Stamm*, dar anlamda üçüncü kişinin

⁴⁵³ LUTHER, s. 580-582, 589-590.

⁴⁵⁴ “Kompensation” ifadesi Türkçede, “tazmin”, “telaflı”, “taviz”, “karşılama”, “dengeleme” anlamlarına gelmektedir. Yazarın yaklaşımında üçüncü kişi, alacaklının zararını üzerine almakta adeta o zararı telafi etmektedir. Bu sebeple yazarın tercih ettiği “Kompensationschadensersatz” kavramına karşılık gelmek üzere, “telaflı zararlarının tazmini” ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁵⁵ LUTHER, s. 580 vd.

⁴⁵⁶ LUTHER, s. 580, 592.

zararının tazmini kurumunun getirdiği çelişkileri, BGB § 844/Abs. I (TBK m. 53/b. 1, OR Art. 45/Abs. I) hükmünü kıyasen uygulayarak aşmak istemektedir⁴⁵⁷.

BGB § 844/Abs. I hükmü uyarınca⁴⁵⁸, “*Ölüm hâlinde, tazminat ödemekle yükümlü olan kişi cenaze giderlerini bu giderleri üstlenmekle yükümlü olan kişiye geri ödemek zorundadır.*” Bu hükümden yola çıkan *Stamm*, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini ile bağlantı kurmaktadır. Yazara göre⁴⁵⁹, hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sonucunda, borçluya karşı talep hakkına sahip olan alacaklıdan, böyle bir imkânı bulunmayan üçüncü kişiye zarar kayması söz konusu olmaktadır. Cenaze giderleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur⁴⁶⁰. Nitekim ölüm sonucu doğuran haksız fiil hâllerinde, zarar verici sonuç mağdur üzerinde ortaya çıkmaktadır. Ancak mağdur hayatını kaybettiği için cenaze giderlerine, bu giderleri karşılamakla yükümlü olan kişiler katlanmak zorunda kalmaktadır. Bir başka deyişle, talep hakkına sahip olan kişinin zararı bulunmamakta, zarar gören kişinin ise talep hakkı bulunmamaktadır. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından gündeme gelen zararın kayması hâline tekabül etmektedir. İşte bu noktada benzer durumlar bakımından kıyas yapılmalı ve üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı söz konusu hâllerde BGB § 844/Abs. I hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁴⁶¹. *Stamm*, incelemesini yalnızca hasar riskinin geçtiği durumlara hasretmiş ve haksız fiile ilişkin bir çözüm önerisi geliştirmiştir.

Stamm’ın yaklaşımında bazı sorunlu alanlar bulunmaktadır. Öncelikle BGB § 844/Abs. I hükmü kıyasa elverişli bir hüküm değildir. Zira söz konusu hüküm, genele teşmil edilmemesi gereken istisnai bir nitelik taşımaktadır⁴⁶².

Bunun yanında zararın kaymasına ilişkin bir benzerliğin olduğu da şüphelidir. Bu noktada *Henn*, ilgili hükmün amacından yola çıkarak bir değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre⁴⁶³, ilgili hükmün amacı öncelikle, cenaze giderleri bakımından bu giderleri yapmakla yükümlü olan kişilerin zararının bulunduğunu kabul etmektir. Zira bu hâllerde gerçek anlamda bir zararın bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Nitekim cenaze giderlerini

⁴⁵⁷ STAMM, s. 367 vd.

⁴⁵⁸ BGB § 844/Abs. I: “*Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.*”

⁴⁵⁹ STAMM, s. 383.

⁴⁶⁰ STAMM, s. 383.

⁴⁶¹ STAMM, s. 389.

⁴⁶² Aynı yönde bkz. HENN, s. 132.

⁴⁶³ HENN, s. 133-134.

yapmakla yükümlü olan kişiler, olayların normal seyrinde söz konusu giderleri zaten yapacaktı. İşte bu hükümle, zararın bulunup bulunmadığı tartışması ortadan kaldırılmış ve ilgili kişilere tazminat talep etme hakkı verilmiştir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin ortaya çıktığı hâllerde ise zararın varlığı tartışmasıdır. Dolayısıyla iki durumun başlangıç noktaları arasında temel bir fark bulunmaktadır. Bu da kıyasen uygulamayı zorlaştıran bir sebeptir.

Sonuç itibarıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâller bakımından, BGB § 844/Abs. I hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla bir çözüm üretmek mümkün değildir.

4. Alacaklının Menfaati Dogmasını Reddeden Görüş

Alacaklının menfaati dogmasını reddeden bu görüş, Alman hukukçu *Rudolf Reinhardt* tarafından geliştirilmiştir. *Reinhardt*'ın görüşü, yukarıda iki ana başlık hâlinde verilen görüşlerden ayrı bir eksen üzerinde ilerlemektedir. *Reinhardt*, üçüncü bir kişinin zarar gördüğü hâllerde, bu zararın tazmin edilebileceğini ileri sürmektedir⁴⁶⁴. Ancak yazar bu zararın tazmininin alacaklı tarafından talep edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁶⁵. İlk bakışta bu görüşün, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna tekabül ettiği düşünülebilir. Ne var ki daha yakından incelendiğinde, *Reinhardt*'ın görüşlerinin söz konusu kurumun getirdiği esaslardan farklılaştığı görülmektedir. Nitekim *Reinhardt*, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan alacaklının menfaati dogmasını reddeden bir anlayış içerisinde⁴⁶⁶. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını savunan görüş ise, alacaklının menfaati dogmasını tamamen reddetmemektedir. Aksine bu kuralın borçlar hukukunun temel bir prensibi olduğu ancak bazı hâllerde söz konusu kurala istisnalar getirilebileceği kabul edilmektedir.

Reinhardt'a göre menfaat kavramının sübjektif olması, menfaatin bir süjesinin bulunması gerektiğini ifade etse de bu süjenin mutlaka alacaklı olması şart değildir⁴⁶⁷. Buna göre, tazminat talebinin kapsamı, alacaklının şahsına bağlı değildir. Yazar bu noktada ihlal edilen yükümlülüğün içeriğine bakılması gerektiğini vurgular. Her hukuki yükümlülük, bir kişinin hâkimiyet gücüne (*Herrschaftsmacht*) göre, belirli imkânlar

⁴⁶⁴ REINHARDT, s. 129.

⁴⁶⁵ REINHARDT, s. 118.

⁴⁶⁶ REINHARDT, s. 67 vd.

⁴⁶⁷ REINHARDT, s. 71.

sağlamaya hazır bir varlığın elde edilmesine veya korunmasına yönelmektedir⁴⁶⁸. Söz konusu hâkimiyet gücü, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin kira sözleşmesinde, kiracının hâkimiyet gücü, kira sözleşmesi boyunca kiralananı kullanmaktır⁴⁶⁹. Satış sözleşmesinde ise söz konusu güç, süreyle sınırlı olmaksızın kullanma, yararlanma ve tasarruf etme şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁰.

Sözleşmeye konu olan edim, ilgili kişinin hâkimiyet kudretine bağlı olarak bu kişiye amaca uygun şekilde yararlanma imkânı (*Genussmöglichkeiten*) bahşeder⁴⁷¹. Söz konusu yararlanma imkânı, ait olduğu kişi lehine mameleki bir menfaat yaratır. Bu noktada tazminatın tek bir amacının olduğu kabul edilmelidir. O da söz konusu yararlanma imkânının bozulmadan var olması hâlinde, bu imkâna karşılık gelen parasal değeri belirlemektir.

Yararlanma imkânı, kural olarak, edimin alacaklısı olan kişi lehine mameleki bir menfaat tesis eder. Ancak bazı hâllerde üçüncü kişiyle alakalı hukuki ilişkiler sebebiyle, edimin sonuçlarından yararlanma imkânı üçüncü bir kişiye de ait olabilir⁴⁷². İşte bu gibi hâllerde hukuki yükümlülüğün amacı da dikkate alınarak üçüncü bir kişinin zararının tazmin edilmesine imkân sağlamak gerekir. Bir başka deyişle, zarar ve ona bağlı olarak tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak husus, kimin edimden yararlanma hakkının ihlal edildiğidir. Bu kişi kural olarak alacaklı olsa da üçüncü bir kişi de olabilir. Dolayısıyla bir borç ilişkisinde yalnızca alacaklının zararının tazmin edilebileceğine ilişkin genel bir ilke bulunmamaktadır⁴⁷³.

Reinhardt, alacaklının menfaati dogmasını reddederek, üçüncü kişinin zararının tamamının tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmiştir⁴⁷⁴. Ancak yazara göre, üçüncü kişinin zararının tazmini talebi, borç ilişkisine taraf olan alacaklı vasıtasıyla ileri sürülmelidir. Bu sayede alacaklı tazminatı borçludan elde etse bile, üçüncü kişiye karşı bir hapis hakkı varsa onu kullanabilecektir. Üçüncü kişinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme veya destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi bağımsız bir talep hakkı varsa, alacaklının yardımına ihtiyaç duymaksızın tazminat talep edebilir.

⁴⁶⁸ REINHARDT, s. 75-76.

⁴⁶⁹ REINHARDT, s. 76.

⁴⁷⁰ REINHARDT, s. 76.

⁴⁷¹ REINHARDT, s. 76.

⁴⁷² REINHARDT, s. 78.

⁴⁷³ REINHARDT, s. 67 vd.

⁴⁷⁴ REINHARDT, s. 84.

Reinhardt'a göre, alacaklının menfaati dogması ya tamamen kabul edilmeli ya da tamamen reddedilmelidir⁴⁷⁵. Alacaklının menfaati dogmasını kabul ettikten sonra ona bazı istisnaların getirilmesi, temel kuralın sınırlı bir reddi anlamına gelir. Kuralın sınırlı bir reddi demek, tam reddin dışlanamayacağını ifade eder. Bu noktada tazmin edilebilir menfaatle, ilgili süje arasındaki bağ koparılmalı, yararlanma imkânı kriteri dikkate alınarak menfaat, konu itibarıyla sabitlenmelidir⁴⁷⁶.

Kanaatimizce, *Reinhardt'ın* görüşü çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır. Öncelikle alacaklının menfaati dogması kuralının tamamen ortadan kaldırılması, radikal bir çözüm önerisidir. Özellikle kanunda (BGB ve TBK) buna ilişkin bir düzenleme yer almışken, bu kuralın hiç bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bunun yanında bir kuralın istisnalarının olması, o kuralın hiç mevcut olmaması anlamına gelmez. Önemli olan istisnaların çerçevesinin uygun bir şekilde belirlenmesidir.

Reinhardt'ın görüşünün bir diğer sakıncası da zincirleme sözleşmeler bağlamında ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁷. Birden fazla kişinin devam eden zincirler hâlinde, aynı edim konusu hakkında, birbirleriyle sözleşme yaptıkları hâllerde zincirleme sözleşmelerin varlığından bahsedilir⁴⁷⁸. *Reinhardt'ın* yaklaşımı tercih edilirse, uzayıp giden tüm zincirlerde, zincirin son halkasında yer alan kişinin tüm zararının tazmin edilmesi gerekecektir. Ne var ki bu kabul, borçlar hukuku sistemimizle uyumlu değildir. Zira borçlar hukuku sistemimiz liberal bir ekonomi anlayışı (bireycilik) üzerine inşa edilmiştir. *Reinhardt'ın* öğretisi ise kolektivist bir ekonomik düzenin izlerini taşımaktadır⁴⁷⁹.

Tüm bu sebeplerle *Reinhardt'ın* görüşünün, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna alternatif olabilmesi mümkün değildir.

VII. DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNA OLAN İHTİYACIN DEVAM ETMESİ

Buraya kadar yapılan incelemelerden de anlaşılacağı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu hakkında oldukça zengin tartışmalar bulunmaktadır. Kurumun borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirmesi ve borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı vasıtasıyla bir tazmin imkânı

⁴⁷⁵ REINHARDT, s. 68.

⁴⁷⁶ REINHARDT, s. 84.

⁴⁷⁷ Aynı yönde bkz. TÄGERT, s. 34-35.

⁴⁷⁸ TÄGERT, s. 3; PERREN, s. 80; VON GRAFFENRIED, s. 327, N. 713.

⁴⁷⁹ TÄGERT, s. 35.

sağlaması gibi sebepler, kuruma karşı eleştirel tavırların gelişimine yol açmıştır. Öyle ki kökenlerinin bulunduğu Alman hukukunda bile bu kurumun uygulanması hususunda bir fikir birliğinin bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir.

İsviçre-Türk hukukunda ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna karşı mesafeli bir tutum söz konusudur. İsviçre'deki yaklaşımı en iyi özetleyen açıklamayı, Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin 2001 yılında verdiği bir kararda bulmak mümkündür. Söz konusu kararda şu ifadeler yer almaktadır⁴⁸⁰: “Üçüncü kişinin zararının tasfiyesi (dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini) kurumu şu ana dek herhangi bir teorik çalışmada neredeyse hiç bahsedilmeyen hukuki bir kurumdur. Bu durum gerçek olaylarla çarpıcı bir tezat oluşturmaktadır. Zira davalarda talebin bu yönde olduğu çok sayıda olay bulunmaktadır. Ancak özellikle İsviçre pratiği bu bakımdan bir çöl gibidir. Çiçek açan öğreti bu noktada açıkça sert bir zemine çarpmaktadır.”

Türk hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, uygulamada kendisine hiç yer bulamadığı gibi öğretilerde de Alman hukukunun zenginliğinin yanından bile geçememektedir. Türk hukukunda bu konuyu 1963 yılında ilk kez kapsamlı bir şekilde ele alan *Tandoğan*, Alman hukukundaki tartışmaları hukukumuza taşımıştır.

Gerek kurumun uygulanmasını savunan görüşler gerekse de söz konusu kuruma ihtiyaç bulunmadığını düşünen yaklaşımlar, belirli hâller bakımından üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığını kabul etmekte, bu gibi hâllerde borçlunun sorumluluktan kurtulmasının hakkaniyete aykırı bir durum yaratacağına vurgu yapmaktadır. Bu durumu ortadan kaldırmaya yönelik yaklaşımlar ise daha önce gösterildiği üzere oldukça farklılaşmaktadır. Ancak bu bölümde yapılan incelemeler sonucunda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna getirilen eleştirilerin, teorik anlamda bu kuruma nazaran daha ikna edici bir noktada olmadığı görülmektedir. Bu da örnek olaylarda gösterilen bazı hâller bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacın devam ettiğinin bir kanıtıdır. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temel özellikleri, hukuki temeli, kurumun uygulandığı olay grupları ve üçüncü kişi koruyucu etkili sözleşme gibi benzer kurumlar ile olan ilişkisi incelemeye değer hususlardır.

⁴⁸⁰ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18.06.2001 iç. ZR 101 (2002), N. 83, s. 253, E.T.06.03.2024.

Bu kanaate ulaşılmadaki bir diğer sebep ise kanunda yer alan bazı hükümlerin, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun bir görünümü olmasıdır. Her ne kadar kurumun, üçüncü kişinin zararının tazmini problemine ilişkin bir çözümün kanunda öngörülmediği hâller bakımından uygulanacağı ifade edilse de bazı hükümlerde söz konusu kurumun özelliklerinin izini bulmak mümkündür. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir görünümü olduğu rahatlıkla söylenebilir.

İlgili hükümlerden ilki, TBK m. 576'da düzenlenen konaklama yeri işletenlerin sorumluluğudur. Bu hükmün ilk fıkrasında, otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenlerin, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Hüküm incelendiğinde konaklayan kişinin yanında getirdiği eşyanın kendisine ait olması gibi bir zorunluluğun bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla eşya üçüncü bir kişiye de ait olsa konaklayan kişi ortaya çıkan zararın tazminini, konaklama sözleşmesine dayanarak talep edebilecektir. Bu da talep hakkı ile zararın birbirinden ayrıldığı hâllerde, sözleşmeye taraf olan alacaklının üçüncü bir kişinin zararının tazminini talep etmesine karşılık gelmektedir.

Bunun dışında TTK m. 871/f. I hükmünde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir görünümü mevcuttur. Söz konusu hükümde, *“Eşyanın teslim yerine varmasından sonra gönderilen, taşıyıcıdan, taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi karşılığında, eşyanın kendisine teslim edilmesini isteyebilir. Eşya zayi olmuş veya hasara uğramış yahut geç teslim edilmişse, gönderilen, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan istem haklarını taşıyıcıya karşı ileri sürebilir. Gönderen, bu hakların ileri sürülmesinde yetkili kalmaya devam eder. Gönderilenin veya gönderenin kendilerinin veya başkasının menfaatine hareket etmeleri farklılık yaratmaz.”* ifadelerine yer verilmiştir. Hükümde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun geleneksel uygulama alanlarından biri olan gönderme yoluyla satışlara ilişkin problemin giderildiği görülmektedir. Zira üçüncü kişi konumunda olan gönderilene, üçüncü kişi yararına sözleşme ile bağımsız bir talep hakkı verilmiştir. Ancak hükmün son cümlesinde yer alan bir ifade, dikkate değer hususlar içermektedir. Nitekim burada, gönderen veya gönderilenin başkasının menfaatine hareket etmesinin farklılık yaratmayacağı düzenlenmiştir. Bu da üçüncü kişilerin menfaatlerinin de ileri sürülebileceği anlamını taşımakta olup, bu yönüyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna işaret etmektedir. Alman hukukundaki gelişmelerin hukukumuzda yansması olan bu hükmü daha iyi anlayabilmek adına, dar anlamda üçüncü kişinin

zararının tazmini kurumunun tüm özellikleri ile araştırılması gerekmektedir. Bu araştırma menfaat durumunun benzer olduğu diğer hâller bakımından da yol gösterici olacaktır.

Tüm bu sebeplerle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun incelenmesinin ve uygulanmasının, hukukumuz bakımından da bir gereklilik olduğunu düşünmekteyiz.



İKİNCİ BÖLÜM

DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNUN TEMEL ÖZELLİKLERİ, OLAY GRUPLARI VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

I. GENEL OLARAK

Önceki bölümde de vurgulandığı üzere, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı durumlarda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmaktadır. Bu problemi çözmek adına, Alman hukukunda geliştirilen “*dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini*” (*Drittschadensliquidation*) kurumundan faydalanılmaktadır. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu uygulamadan önce, problemin geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin araçlar ile çözülüp çözülemeyeceği kontrol edilmelidir. Nitekim alacaklının kendi zararı bulunuyorsa veya üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkı varsa, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu da çözüme kavuşmuş olacaktır. Ancak her durumda böyle bir imkân söz konusu değildir. Bu imkânın bulunmadığı hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması hususunda bir araştırma yapılmalıdır.

İlk bölümde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceği hâllerin genel çerçevesi çizilmişti. Ne var ki bu çerçeve, kurumun uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Bu noktada, kurumun türlerinin, hukuki temelini, uygulanma şartlarının ve ilgili olduğu olay gruplarının tespiti de gerekmektedir. Bu tespit, kuruma ilişkin genel resmin ortaya koyulmasını sağlayacak ve benzer hâller bakımından da kılavuz olacaktır.

Bu doğrultuda çalışmanın bu bölümünde, öncelikle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun türleri incelenecektir. Ardından içtihat ve öğretinin bir ürünü olan bu kurumun, hukuki temeli üzerinde durulacaktır. Kurumun hukuki temeline ilişkin tartışmalar değerlendirildikten sonra, uygulanma şartları ve ilgili olduğu olay grupları ele alınacaktır. Son olarak da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun benzer hukuki kurumlar ile olan ilişkisi incelenecektir.

II. TÜRLERİ

Dar anlamda c kişinin zararının tazmini kurumu, sözleşmenin ihlalinden veya haksız fiilden doğan zararlar bakımından gündeme gelebilir¹.

Sözleşmeye dayalı dar anlamda c kişinin zararının tazmini hâlinde, borçlu ile talep hakkına sahip olan alacaklı arasında sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu ihtimalde borçlu, alacaklıya karşı olan akdi yükümlülüklerine aykırı davranmaktadır. Ne var ki sözleşmeye aykırı bu davranış sonucunda alacaklı değil, c bir kişi zarar görmektedir. Alacaklı, bu durumda c kişinin zararının tazmin edilmesini sözleşme ortağı olan borçludan talep edecektir. Böylelikle c kişinin zararı, alacaklının sözleşmeden doğan talebinin yanına çekilecektir. c kişinin zararının bu şekilde tazmin edildiğı hâllerde, “sözleşmeye dayalı dar anlamda c kişinin zararının tazmininin” (*vertragliche Drittschadenliquidation*) varlığından bahsedilir².

Zararın alacaklıdan c kişiye doğru kayması, sözleşme dışı sorumluluk bakımından da gündeme gelebilir³. Bu ihtimalde, alacaklı ile zarar veren (borçlu) arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır. Zarar verici fiil sebebiyle meydana gelen zarar, haksız fiilin muhatabı olan kişide değil, özel durumlar sebebiyle c bir kişide ortaya çıkmaktadır. Ancak c kişinin uğramış olduğı zarar, haksız fiil sorumluluğı kapsamında korunmamaktadır. Nitekim c kişi çoğunlukla saf malvarlığı zararına uğramaktadır. Saf malvarlığı zararları bakımından hukuka aykırılık şartı sağlanamadığından, bu türden zararların haksız fiil sorumluluğı kapsamında tazmin edilmesi de mümkün değildir. Haksız fiil sorumluluğı kapsamında korunan bir hakkı ihlal edilen alacaklının ise herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Bu gibi hâllerde, c kişinin zararının tazmin edilemeyeceğine ilişkin genel kuralın uygulanmaması gerektiğı kabul edilmiş, “haksız fiile dayalı dar anlamda c kişinin zararının tazmini” (*deliktische Drittschadensliquidation*) ile çözüm bulunmaya çalışılmıştır⁴.

Sonuç itibarıyla, dar anlamda c kişinin zararının tazmini kurumunun iki görünümü mevcuttur. Bunlar, sözleşmeye dayalı dar anlamda c kişinin zararının tazmini ve haksız fiile dayalı dar anlamda c kişinin zararının tazminidir. Ancak uygulamada, haksız fiile dayalı dar anlamda c kişinin zararının tazmini kurumu,

¹ MARTI-SCHREIER, N. 289; VON GRAFFENRIED, s. 261, N. 561.

² MARTI-SCHREIER, N. 289; VON GRAFFENRIED, s. 261, N. 562.

³ MARTI-SCHREIER, N. 289; VON GRAFFENRIED, s. 261, N. 563.

⁴ MARTI-SCHREIER, N. 289; VON GRAFFENRIED, s. 261, N. 563.

sözleşmeye dayalı dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazminine nazaran arka planda kalmaktadır⁵.

III. HUKUKİ TEMELİ

A. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin hukuki temeli hususunda, kurumun uzun yıllardan beri kabul gördüğü Alman hukukunda bile birlik bulunmamaktadır⁶. Kurumun teorik temellerine ilişkin belirsizliğin asıl sebebi, gelişiminin hakkaniyet düşüncesinden kaynaklanmasıdır⁷. Borçlunun hakkaniyete aykırı bir şekilde sorumluluktan kurtulmasını önleme çabası, hukuki temel arayışlarının arka plana itilmesine yol açmıştır. Ayrıca kurumun Alman hukukunda sağlam bir sorumluluk temeli olarak kabul edilmesi, hukuki temelinin derinlemesine araştırılmasının önünde bir engel teşkil etmiştir⁸. İçtihat ve öğretideki söz konusu güçlü tavır, bu yöndeki araştırmalara da yansımış, hukuki temele ilişkin araştırmaların ihmal edilmesine sebep olmuştur.

Ancak İsviçre-Türk hukukunda böyle bir tavırdan bahsetmek mümkün değildir. Zira daha önce de vurgulandığı üzere, bu iki hukuk sisteminde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin yaygın bir uygulama bulunmamaktadır. Bu sebeple kurumun hukuki temeline ilişkin çeşitli değerlendirmelerin yapılması zorunluluk arz eder. Dolayısıyla çalışmanın bu başlığında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temeline ilişkin çeşitli görüşlere yer verilecektir.

B. Taraf İradeleri

İlk bölümde de vurgulandığı üzere gerek dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gerekse de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun gerekçelendirilmesinde, taraf iradelerinden faydalanılmıştır⁹. Bu düşüncenin altında yatan sebep ise, söz konusu iki kurumun oluşumunda rol oynayan içtihatların etkisidir. Zira Alman mahkemeleri, taraf iradelerini üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözmek adına merkeze koymuştur. Üçüncü kişinin zararının tazmin edilemeyeceği

⁵ VON GRAFFENRIED, s. 262, N. 564.

⁶ Bu hususta bkz. BÄRTSCHI, s. 420; VON GRAFFENRIED, s. 283, N. 612.

⁷ VON GRAFFENRIED, s. 283, N. 612.

⁸ VON GRAFFENRIED, s. 283, N. 612.

⁹ Bu hususta bkz. Birinci Bölüm, VI, D, 3, b.

kuralından ayrılmanın ancak taraf iradeleri ile mümkün olabileceği düşüncesiyle böyle bir yöntem geliştirilmiştir. Bu kapsamda, ilk dönemlerde alacaklı ile borçlu arasında üçüncü bir kişinin de zararının tazmin edilebileceğine ilişkin zımni bir anlaşmanın bulunduğu ileri sürülmüştür. Ancak geçen zaman içerisinde bu tip bir anlaşmanın yapıldığı varsayımının kurgudan ibaret olduğu kabul edilmiş ve sözleşmede boşluk olduğu düşüncesine doğru bir yönelim gerçekleşmiştir. Ancak bu görüş de en az zımni anlaşma görüşü kadar eleştirilmiştir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, sözleşme boşluğunun varlığından bahsedilemez. Boşluğun olmadığı durumlarda, sözleşmenin tamamlanması yoluyla kurumun gerekçelendirilmesi de mümkün değildir.

Sonuç olarak, kurumun hukuki temelini taraf iradelerinde arayan bu görüş, zaman içerisinde haklı olarak terk edilmiştir¹⁰.

C. Örf ve Âdet Hukuku

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temeli hakkındaki bir diğer yaklaşım da kurumun uygulanması bakımından örf ve âdet hukukunun (*Gewohnheitsrecht*) oluştuğu görüşüdür¹¹. Uyuşmazlığa örf ve âdet hukukunun uygulanabilmesi için öncelikle kanunda bir boşluğun bulunması gerekmektedir. Üçüncü kişinin zararlarının tazmini bakımından kanunda genel bir hüküm yer almadığı için kanun boşluğunun olduğu kabul edilmiş ve bu boşluğu doldurmak için örf ve âdet hukukundan faydalanılmıştır. Almanya’da kuruma ilişkin yüz yılı aşkın bir birikimin olması, bu hususta örf ve âdet hukukunun geliştiği düşüncesinin yerleşmesine yol açmıştır. Kurumun hukuki temelinin örf ve âdet hukuku olup olmadığını değerlendirebilmek için öncelikle örf ve âdet hukukunun anlamının tespit edilmesi gerekir.

Bir davranışın sürekli şekilde tekrarlanması sonucunda, toplumda söz konusu davranış tarzına uyulmasının zorunlu olduğu kanaati yerleşirse, ilgili davranış biçiminin

¹⁰ BÄRTSCHL, s. 420; VON GRAFFENRIED, s. 284, N. 613; PUHLE, s. 93-94.

¹¹ TRAUGOTT, s. 47; BREDEMEYER, Dierk; “Das Prinzip Drittschadensliquidation”, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2019, s. 107; EBERT, Ina; Inhalt der Schuldverhältnisse iç. Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, WESTERMANN, Harm Peter/GRUNEWALD, Barbara/MAIER-REIMER, Georg (ed.), 16. Auflage, Ottoschmidt Verlag, Köln 2020, vor § 249, s. 928, N. 124; LANGE/SCHIEMANN, s. 467; VON CAEMMERER, s. 357; VON SCHROETER, Haftung, s. 346; TÄGERT, s. 37.

bir örf ve âdet hukuku kuralı hâline geldiği kabul edilir¹². Kanun koyucunun yazılı şekilde açıklanmış iradesine dayanmayan bu kurallar, toplumun vicdani kanaatinin bir ürünü olarak değerlendirilmektedir¹³. Belirli bir hususta örf ve âdet hukuku kuralının doğabilmesi için sürekli uygulama¹⁴ ve geleneğe uymanın zorunlu olduğu kanısının (*opinio necessitatis*) yerleşmesi¹⁵ şartlarının sağlanması gerekir. Örf ve âdet hukuku, ikinci derecede hukuk kaynağı olarak kanun boşluğunu doldurmaktadır¹⁶. Örf ve âdet hukuku, temel olarak açık boşlukların doldurulmasında kullanılmaktadır¹⁷. Ancak örtülü boşluklar bakımından da örf ve âdet hukuku katına çıkmış yargısal içtihatlardan faydalanılabileceği kabul edilmektedir¹⁸.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması noktasında örf ve âdet hukukunun oluşup oluşmadığını araştıran *Henn*, bazı Alman içtihatlarını incelemiş ve bu hususta sürekli ve herkes tarafından kabul gören bir uygulamanın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁹. Kuruma getirilen eleştiriler, *Henn*'in bu yaklaşımını destekler niteliktedir. Zira hâkim öğreti kurumun uygulanması gerektiğini kabul etse de karşıt görüşler de dikkate değerdir. Bu sebeple kurumun uygulanması hususunda örf ve âdet hukuku düzeyine ulaşmış bir yeknesaklığın varlığından bahsedilemez.

İsviçre-Türk hukukunda ise durum çok daha berraktır. Zira kurumun uygulanması hakkında oldukça çekingen bir tavır bulunmaktadır. Dolayısıyla süreklilik ve geleneğe uyma konusunda genel bir kanının oluşması şartlarının varlığından da bahsedilemez.

Tüm bu sebeplerle, kurumun hukuki temeline ilişkin teorik açıklamayı, örf ve âdet hukuku kurallarında bulmak mümkün değildir.

¹² OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 29. Bası On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 103, N. 346.

¹³ OĞUZMAN/BARLAS, s. 103, N. 347.

¹⁴ DÜRR, David; Einleitung, Art. 1-7 ZGB-Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht iç. Zürcher Kommentar, GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg (ed.), 3. Auflage, Zürich 1998, ZGB Art. 1, s. 370, N. 430; OĞUZMAN/BARLAS, s. 104-105, N. 351; SEROZAN, Rona/ENGİN, B. İlkay/ATAMER, Yeşim M.; Serozan Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, I § 4, s. 107, N. 17.

¹⁵ DÜRR, ZGB Art. 1, s. 370, N. 431; OĞUZMAN/BARLAS, s. 105, N. 353; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, I § 4, s. 107, N. 17.

¹⁶ DÜRR, ZGB, Art. 1, s. 380, N. 469; OĞUZMAN/BARLAS, s. 107, N. 357.

¹⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 107, N. 357; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, I § 4, s. 108, N. 17a.

¹⁸ SEROZAN/ENGİN/ATAMER, I § 4, s. 108, N. 17b.

¹⁹ Bu hususta bkz. HENN, s. 85-86.

D. Hâkimin Hukuk Yaratması

Öğretide hâkim olan görüşe göre²⁰, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temeli, hâkimin hukuk yaratmasıdır. Bu görüşe göre, BGB’de üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır. Kanun koyucu bu meseleyi ele alan bir düzenleme yapmaktan bilinçli bir şekilde kaçınmıştır. Bu noktada BGB’nin hazırlanma sürecindeki komisyon tutanaklarından da faydalanılmaktadır. Nitekim “*İkinci Okumaya İlişkin Komisyon Tutanaklarında*” (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*) şu ifadelerle yer verilmiştir²¹: “*Komisyon üyelerinin çoğunluğu, önergelerde ele alınan soruların özel bir hükümle karara bağlanmasına gerek olduğuna inanmamış ve böyle bir hüküm için uygun bir ifade bulunup bulunamayacağından şüphe duymuştur. Daha yeni yasama çalışmaları böyle bir hukuki ilke içermiyordu; açık bir hüküm olmasa bile içtihadın eskisi gibi doğru sonuca ulaşacağı varsayılabilirdi ve henüz kesin bir sonuca ulaşmamış böylesine şüpheli bir konuda bilimsel gelişmelerin öngörülmesi tavsiye edilemezdi.*”

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi hakkında genel bir düzenleme yapmanın oldukça zor olduğu, henüz karara bağlanmamış bir meselede mahkemelerin uygulamalarına güvenilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu düşünceden hareketle, üçüncü kişinin zararının tazmini hususunda bilinçli bir boşluk bulunduğu ve söz konusu boşlukların hukuk yaratma yoluyla hâkim tarafından doldurulacağı genel olarak kabul edilmektedir²².

E. Kanun Hükmüne Dayanan Görüşler

1. Alman Hukuku’ndaki Görüşler

Bir önceki başlıkta da ifade edildiği üzere, hâkim öğreti, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temelini, hâkimin hukuk yaratmasında bulmaktadır. Kurumun kökenleri Alman hukukunda olduğu için, Almanya’daki temel yaklaşımın da bu yönde olduğu söylenebilir.

²⁰ KOLLER, Haftung, s. 307; GOMILLE, s. 619; TRAUGOTT, s. 83; OETKER, Drittschadensliquidation, s. 834; PLATE, Jürgen/GEIER, Anton; Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 7. Auflage, Springer Verlag, Berlin 2021, s. 1779; PUHLE, s. 462.

²¹ GEBHART, Albert/SPAHN, Peter/ACHILLES, Alexander; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, J Guttentag Verlag, Berlin 1897, s. 299.

²² KOLLER, Haftung, s. 307; GOMILLE, s. 619; TRAUGOTT, s. 83; OETKER, Drittschadensliquidation, s. 834; PLATE/GEIER, s. 1779; PUHLE, s. 462.

Ancak öğretide bazı yazarlar, kurumun hukuki temelini BGB’de aramaktadır²³. Bu noktada dayandıkları temel hüküm ise, BGB § 242’dır²⁴. İlgili hükme göre²⁵, “*borçlu edimi, işlem teamülü çerçevesinde dürüstlük kuralı nasıl gerektiriyorsa, o şekilde yerine getirmekle yükümlüdür*”. Söz konusu hüküm, Türk hukukunda dürüstlük kuralının düzenlendiği (*Treu und Glauben*) TMK m. 2 (ZGB Art. 2) hükmüne karşılık gelmektedir. Nitekim TMK m. 2/f. I’de, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin 2’nci fıkrasında ise, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını, hukuk düzeninin korumayacağını ifade eden, hakkın kötüye kullanılması yasağı (*Rechtsmissbrauch*) düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümlerden yola çıkan bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temeli olarak BGB § 242 hükmünü göstermektedir. Aslında bu yazarlar da öncelikle taraf iradelerine dayanan bir hukuki temel bulma arayışı içerisine girmişlerdir. Ancak daha sonra bu türden bir temellendirme arayışının, palyatif bir yöntem olacağı çekincesiyle daha kalıcı bir dayanağın bulunması gerektiğini vurgulamışlardır²⁶. Bu doğrultuda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde, borçlunun sorumluluktan kurtulmasının hakkaniyete aykırı olacağı ifade edilmiş, söz konusu hakkaniyete aykırı durumun ancak dürüstlük kuralı vasıtasıyla ortadan kaldırılabilceği ileri sürülmüştür²⁷.

Bu görüşe göre²⁸, borçlu haklarını kullanırken veya edimini yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket etmelidir. Zararın alacaklıdan talep hakkına sahip olmayan üçüncü bir kişiye kaydığı hâllerde, borçlunun bu durumdan faydalanması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada kurumu temellendirmek için başka bir arayışa girmenin lüzumu ise bulunmamaktadır. Söz konusu görüşü benimseyen

²³ NEUNER, Dritter, s. 133; GOERTH, Andreas; “Die Drittschadensliquidation”, Juristische Arbeitsblätter (JA), H. 1, 2005, s. 28; STÜRNER, Michael; “Zur Anwendung der Drittschadensliquidation bei von Drittem vertraglich übernommener Haftung”, JURA, Aktuelle Rechtsprechung in der JURA-Kartei (JK), Bd. 38, H. 7, 2016, s. 825; HÜBNER/SAGAN, s. 744.

²⁴ NEUNER, Dritter, s. 133; GOERTH, s. 28; STÜRNER, s. 825; HÜBNER/SAGAN, s. 744.

²⁵ BGB § 242: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”

²⁶ NEUNER, Dritter, s. 133.

²⁷ NEUNER, Dritter, s. 133.

²⁸ NEUNER, Dritter, s. 133; GOERTH, s. 28; STÜRNER, s. 825; HÜBNER/SAGAN, s. 744.

yazarlar, dürüstlük kuralı ve bu kuralın düzenlendiği BGB § 242 hükmünün, kurum bakımından yeterli hukuki temeli sağladığını düşünmektedir.

2. İsviçre Hukuku'ndaki Görüşler

İsviçre'deki hâkim görüş, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temelini kanunda bulmaktadır²⁹. Bu görüşü benimseyen yazarların dayandığı hüküm ise, OR Art. 97/Abs. I hükmüdür³⁰. Söz konusu hükümde, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, kusurlu olmadığını kanıtlayamadığı sürece borçlunun ortaya çıkan zarar için tazminat ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden yola çıkan bazı yazarlar³¹, hükümde açıkça alacaklının zararından bahsedilmediğini, dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmin edilmemesine ilişkin bir sınırlamanın da söz konusu olmadığını kabul etmektedir.

Bu yazarlara göre³², hüküm üçüncü kişinin zararının tazminine açık bir gerekçe sağlamasa da kasıtlı olarak bu tazmini de dışlamamaktadır. Bunun yanında *Munzinger*'in ilk Borçlar Kanunu taslağının 149. maddesinde³³, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hâllerde, borçlunun alacaklıya tazminat ödemekle yükümlü olacağının düzenlendiği ancak Kanun'un kendisinde bu ifadeye yer verilmediğine vurgu yapılmaktadır³⁴. Bu görüşe göre³⁵, *Munzinger*'in taslağında alacaklıya tazminat ödenmesinden bahsedilirken, daha sonra söz konusu ifadenin metinden çıkarılması, üçüncü kişinin olası zararlarının tazmin edilme ihtimalinin yolunu açan bir yaklaşım olarak nitelendirilmelidir.

Öğretide *Marti-Schreier* ise OR Art. 97/Abs. I hükmünün amacından yola çıkmaktadır. Yazara göre³⁶, söz konusu hüküm farklı amaçlara hizmet etmektedir. Buna

²⁹ BÄRTSCHI, s. 421; MARTI-SCHREIER, N. 149; VON GRAFFENRIED, s. 287, N. 620; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 287, N. 506.

³⁰ BÄRTSCHI, s. 421; MARTI-SCHREIER, N. 149; VON GRAFFENRIED, s. 287, N. 620; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 287, N. 506.

³¹ BÄRTSCHI, s. 421; MARTI-SCHREIER, N. 149; VON GRAFFENRIED, s. 287, N. 620; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 287, N. 506.

³² MARTI-SCHREIER, N. 149; VON GRAFFENRIED, s. 287, N. 620.

³³ Schweizerisches Obligationenrecht: erster Entwurf Art. 149: "Der Schuldner, der wegen Nichterfüllung oder wegen nicht gehöriger Erfüllung einer Obligation haftbar ist, hat dem Gläubiger Schadensersatz zu leisten." (MUNZINGER, Walther; Schweizerisches Obligationenrecht: erster Entwurf, 1871, s. 56).

³⁴ MARTI-SCHREIER, N. 112; VON GRAFFENRIED, s. 287-288, N. 620.

³⁵ VON GRAFFENRIED, s. 287-288, N. 620.

³⁶ Söz konusu işlevler hakkında bkz. MARTI-SCHREIER, N. 126 vd.

göre ilgili hükmün ilk işlevi, telafi etme işlevidir. Kanun koyucu sözleşmeler bakımından böyle bir hüküm öngörerek, zarar verici olay olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durumun geri getirilmesini amaçlamıştır³⁷. Zararı telafi etme dışında, yaptırım ve önleme de söz konusu hükmün amaçları arasındadır³⁸. Ancak bu iki amaç, telafi etme amacına göre tali niteliktedir³⁹. *Marti-Schreier*, bu işlevlerin düzgün şekilde çalışabilmesi için belirli hâllerde üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmesi gerektiğini düşünmektedir⁴⁰.

Yazarın temel olarak üzerinde durduğu nokta ise, sorumluluğun sınırlandırılması meselesidir. Buna göre, alacaklının menfaati dogmasının temel amacı, borçlunun öngörülemez sorumluluk risklerini sınırlandırmaktır. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, böyle bir riskin varlığından bahsedilemez. Zira bu hâllerde zarar, alacaklıda değil üçüncü bir kişide ortaya çıkmaktadır. Bu da ilgili hâllerde yine tek bir kişinin zararından sorumlu olunacağı anlamına gelir⁴¹. Söz konusu ihtimalde, borçlunun sorumluluk riskinde bir artış olmadığından, alacaklının menfaati dogmasının uygulanması bakımından korunmaya değer bir menfaat de bulunmamaktadır⁴². Öngörülemez sorumluluk riskinin bulunmaması, borçlunun zarar verici davranışlarının sonucuna katlanmasını gerektirir. Dolayısıyla tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmeli, hukuki dayanak olarak da OR Art. 97/Abs. I hükmünden faydalanılmalıdır.

3. Türk Hukukundaki Görüşler

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temelini kanunda bulan yaklaşımlara, Türk hukukunda da rastlamak mümkündür. Nitekim *Tandoğan*, 818 sayılı eBK döneminde kaleme aldığı eserde, “*borçlunun mes’uliyetini*” düzenleyen m. 96 hükmünde, tazmin edilecek zararın yalnızca alacaklıya ait olduğuna ilişkin bir belirlemenin yapılmadığını vurgulamıştır⁴³. Gerçekten de söz konusu hükümde, “*Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir*

³⁷ MARTI-SCHREIER, N. 122.

³⁸ MARTI-SCHREIER, N. 145.

³⁹ MARTI-SCHREIER, N. 145.

⁴⁰ MARTI-SCHREIER, N. 130.

⁴¹ MARTI-SCHREIER, N. 130.

⁴² MARTI-SCHREIER, N. 130.

⁴³ TANDOĞAN, Tazmin, s. 360.

kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.” ifadesine yer verilmiş, “*bundan mütevellit zarar*” denilerek zararın kime ait olduğuna noktasında bir belirleme yapılmamıştır. Bir önceki başlıkta da gösterildiği üzere, İsviçre hukukunda da benzer bir düzenlemenin bulunması, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temelini kanunda bulunabileceği görüşünün oluşmasına yol açmıştır.

Ne var ki *Tandoğan*’ın söz konusu değerlendirmeleri, yalnızca eBK dönemi bakımından geçerli olan değerlendirmelerdir. Zira TBK m. 112’de, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumlarda, borçlunun kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmediği sürece, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. TBK’da yapılan söz konusu değişiklik, eBK dönemindeki yaklaşımın sürdürülmesi mümkün değildir. Zira Kanun’da açıkça alacaklının zararından bahsedilmiş ve alacaklının menfaati dogmasının uygulanacağına işaret edilmiştir. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin hukuki temelin, TBK’da bulunamayacağı anlamına gelmektedir.

F. Örtülü Boşluğun Varlığı ve Teleolojik Redüksiyon Yoluyla Temellendirme

1. Genel Olarak

Yukarıda yapılan değerlendirmeler, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temeli bakımından farklı bir değerlendirme yapma gerekliliğini ortaya koymuştur. Zira kurumun taraf iradeleri ile açıklanamayacağı ortadadır. Bunun yanında Türk hukuku bakımından örf ve âdet hukuku düzeyine gelen sürekli bir uygulamadan bahsetmek de mümkün değildir. eBK döneminde olduğu gibi kanunda yer alan bir hükme dayanarak hukuki temel de oluşturulamamaktadır. Alman hukukunda kabul gören ve yalnızca dürüstlük kuralına dayandırılan bir temellendirme de metodolojik olarak eksiktir. Kanun’da açık bir boşluk olduğunu kolaylıkla kabul etmek ise şüpheli görünmektedir. Zira TBK m. 112 hükmü ile yalnızca alacaklının zararının tazmin edilmesi, üçüncü kişinin zararları bakımından ise Kanun’da bir istisna düzenlenmediği sürece tazmin imkânının öngörülmemesi gerektiği yaklaşımının benimsendiği sonucuna ulaşılabilir.

Hâl böyle iken söz konusu kurum, farklı bir değerlendirme ile hukuki olarak temellendirilmelidir. Bu noktada örtülü boşluk ve bu boşlukların doldurulmasında

kullanılan bir yöntem olan “*teleolojik redüksiyondan*” (*Teleologische Reduktion-Amaca Uygun Sınırlama*) faydalanılabilir⁴⁴.

2. Teleolojik Redüksiyon Kavramı

Teleolojik redüksiyon, örtülü boşluk ile bağlantılı bir kavramdır. Somut olayda çözüme kavuşturulması gereken probleme ilişkin kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen hükmün çok geniş kapsamlı ve gerekli istisnalara yer verilmemiş olan kelime anlamının, “*negatif eşitlik*” (*negativen Gleichheitssatz-eşit olmayan eşit davranmama*) ve kanunun amacı (*ratio legis*) dikkate alındığında, bir sınırlandırmayı gerektirdiği durumlarda, örtülü boşluğun (*verdeckte Lücke*) varlığından söz edilmektedir⁴⁵. Örtülü boşluğun bulunduğu hâllerde, uyuşmazlığa ilişkin bir kural bulunmasına rağmen gerekli istisnaların öngörülmemesi sebebiyle, hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Bu yönüyle örtülü boşluk, istisna boşluğu (*Ausnahmelücke*) olarak da adlandırılır⁴⁷. Örtülü boşlukta boşluk, kuralda değil, kuralın istisnasında bulunmaktadır⁴⁸.

Örtülü boşluğun gerçek bir boşluk olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide gerçek olmayan boşluk; kuralın içeriğinin, kanun koyma politikası, hâkim toplumsal anlayış ve gerçek hukuk açısından yeterli olmaması şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁹. Gerçek olmayan boşluğun, örtülü boşluğu da kapsayan üst bir başlık olduğu da ifade edilmektedir⁵⁰. Ancak bu görüş, herkes tarafından kabul gören bir görüş değildir. Nitekim öğretide, gerçek

⁴⁴ Öğretide *Ok*, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hallerde örtülü bir boşluk olduğunu ifade etmekte ve TBK m. 509/f. I hükmünün kıyasen uygulanması ile üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilebileceğini vurgulamaktadır. Bu hususta bkz. **OK**, s. 120 vd.

⁴⁵ **LARENZ**, Karl/**CANARIS**, Claus-Wilhelm; *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 1995, s. 211; **CANARIS**, Lücken, s. 151; **DÜRR**, ZGB Art. 1, s. 347-348, N. 340; **KRAMER**, Ernst A.; *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, 2019, s. 223-224; **EDİS**, Seyfullah; *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 134; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I § 5, s. 159, N. 38; **KIRCA**, Çiğdem; “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001, s. 96.

⁴⁶ **DÜRR**, ZGB Art. 1, s. 348, N. 341; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I § 5, s. 159, N. 38; **KIRCA**, Boşluk, s. 96.

⁴⁷ **KRAMER**, s. 223; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I, § 5, s. 159, N. 38; **KIRCA**, Boşluk, s. 96.

⁴⁸ **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I § 5, s. 159, N. 38.

⁴⁹ **DÜRR**, ZGB Art. 1, s. 342, N. 319.

⁵⁰ **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 101, N. 341.

olmayan boşluk kavramının kullanılmaması gerektiği, bu kavramın kafa karışıklığına yol açtığı ileri sürülmektedir⁵¹. Bu görüşe göre⁵², gerçek olmayan boşluklar ya gerçek bir boşluktur ya da yalnızca hukuk politikasının bir sonucudur, dolayısıyla herhangi bir boşluk da yoktur. Bizce de bu yaklaşım isabetlidir. Örtülü boşluklar da açık boşluklar gibi gerçek boşluklardır. Bunun bir sonucu olarak, bu boşluklar bakımından hâkimin hukuk yaratma yetkisi de bulunmaktadır⁵³.

Öğretide, örtülü boşluğun yalnızca “*tikel*” yasal kurallarda değil, hukukun genel ilkelerinde de bulunabileceği, haklı olarak vurgulanmaktadır⁵⁴. Bu görüşe göre⁵⁵, tüzel kişilik perdesinin aralanması ve güven sorumluluğu, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı durumlarda, tüzel kişinin ayrı bir kişiliği olduğu ilkesine bir istisna getirilmektedir. Aynı durum güven sorumluluğu için de geçerlidir. Zira güven sorumluluğunda da sözleşme serbestisi ve bir sözleşmenin ancak öneri ve kabul beyanlarıyla meydana gelebileceği ilkelerine istisna getirilmiştir.

Hâkim, örtülü boşluğun bulunduğu hâllerde, genel kurala bir istisna getirerek hükmü daraltmaktadır. Böylelikle atipik olaya uygulanması adaletsiz olacak kural, söz konusu olaya özgü bir istisna ile sınırlanmaktadır. Örtülü boşluğun doldurulmasında kullanılan bu teknik araç, “*teleolojik redüksiyon*” (*amaca uygun sınırlama*) olarak adlandırılmaktadır⁵⁶.

Örtülü boşluğun doldurulması ve bu boşluğun doldurulmasında kullanılan bir yöntem olan teleolojik redüksiyon yönteminin yasal dayanağı olarak, TMK m. 2/f. II hükmünde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gösterilmektedir⁵⁷. Nitekim

⁵¹ Bu hususta bkz. **KRAMER**, s. 219-220; **KIRCA**, Boşluk, s. 95-96.

⁵² **KRAMER**, s. 219-220; **KIRCA**, Boşluk, s. 95-96.

⁵³ Bu hususta bkz. **KIRCA**, Boşluk, s. 98.

⁵⁴ **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I, § 5, s. 164, N. 41j.

⁵⁵ **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I, § 5, s. 164, N. 41j.

⁵⁶ **LARENZ/CANARIS**, s. 210; **KRAMER**, s. 251; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I, § 5, s. 166, N. 42; **KIRCA**, Boşluk, s. 98.

⁵⁷ **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, I, § 5, s. 166, N. 42. Öğretide *Kırca*’ya göre, teleolojik redüksiyon yapılabilmesi için somut olay bakımından uygulanacak istisnanın, kanunun amaçlarından çıkarılabilmesi gerekir. Buna karşın hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurabilmek için teleolojik redüksiyon yapılmasının mümkün olmaması ancak adalet duygusunu zedeleyen bir sonucun engellenmesi amacının bulunması gerekir. Ancak yazar, uygulamada öncelikle tümevarım yöntemiyle hakkın kötüye kullanılması yasağına gidildiğine, ardından da tündengelim yöntemi ile teleolojik redüksiyon yöntemine başvurulduğuna vurgu yapmaktadır (**KIRCA**, Boşluk, s. 113-114).

ilgili normun gerekli istisnaya yer vermediği durumlarda, bu norma dayanma, normun kötüye kullanılması anlamına gelir. Bu ihtimalde, normun kötüye kullanılması ile hakkın kötüye kullanılması örtüşmektedir. Hâkim, söz konusu örtüşmenin meydana geldiği durumlarda, hakkın kötüye kullanılmasına elverişli bir hukuk normunu daraltıp gerekli istisnaları yaratmalıdır.

Örtülü boşlukların teleolojik redüksiyon yoluyla doldurulabilmesi için bazı şartların sağlanması gerekir. Öncelikle bu yöntemle kanun hükmünün düzeltilebilmesi için, söz konusu düzeltmenin pozitif hukukun değerleriyle uyum içerisinde olması şarttır⁵⁸. Amaca uygun sınırlama yapılırken, kanunun amacına yani “*ratio legis*” bakılır⁵⁹. Söz konusu amaç tespit edilirken ise pozitif hukukun değerlerinden faydalanılmaktadır⁶⁰. Bunun yanında düzenlemenin niteliği, amaca uygun sınırlama yapmaya izin vermelidir⁶¹. Nitekim hukuk güvenliği ilkesi hükme bağlı kalınmasını gerektiriyorsa, amaca uygun sınırlama da yapılamayacaktır⁶².

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, borçlar hukukunun temel bir ilkesi olan alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirilmektedir. Burada yapılan şey, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, hakkaniyetsiz bir sonucu önlemek amacıyla temel kuralın sınırlandırılmasıdır. Bu da örtülü boşlukların doldurulmasında teknik bir araç olarak kullanılan teleolojik redüksiyona karşılık gelir⁶³. Bu noktada, teleolojik redüksiyonun uygulanabilmesi için gerekli olan şartların, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi gerekir. Çalışmanın devam eden başlıklarında, öncelikle sınırlandırılmaya çalışılan alacaklının menfaati dogmasının temel amacı üzerinde durulacaktır. Burada yapılan tespitlerden hareketle, alacaklının menfaati dogmasının amaca uygun olarak sınırlanması meselesi ele alınacaktır.

3. Alacaklının Menfaati Dogmasının Temel Amacı

Önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, bir kuralı teleolojik redüksiyon yoluyla sınırlayabilmek için bu sınırlamanın kuralın amacına ters düşmemesi gerekir. O hâlde

⁵⁸ KIRCA, Boşluk, s. 109.

⁵⁹ KRAMER, s. 51; KIRCA, Boşluk, s. 109.

⁶⁰ KIRCA, Boşluk, s. 109.

⁶¹ KIRCA, Boşluk, s. 111.

⁶² KIRCA, Boşluk, s. 111.

⁶³ Aynı yönde bkz. CANARIS, Lücken, s. 156 vd.

yapılması gereken, alacaklının menfaati dogmasının temel amacını belirleyerek teleolojik redüksiyona elverişli olup olmadığını tespit etmektir.

İlk bölümde de değinildiği üzere, liberal bir ekonomi anlayışının üzerine inşa edilen hukuk sistemlerinde, faaliyet özgürlüğü ile sorumluluk arasında bir denge kurulmaktadır. Bu doğrultuda, davranışlarıyla zarara sebep olan kişilerin, ortaya çıkan her türlü zarardan sorumlu olması reddedilmiştir. Alacaklının menfaati dogması da bu amaçla kabul edilmiş olan bir ilkedir. Bu ilke ile borçlunun (zarar veren) kendisi için makul olmayan, sayısız taleple karşılaşmasının önüne geçilmek istenmiştir⁶⁴. Buradaki temel motivasyon, borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünün sonsuz bir şekilde artmasını önleyerek, sorumluluk riskleri tarafından engellenebilecek faaliyet özgürlüğünü korumaktır⁶⁵.

4. Alacaklının Menfaati Dogmasının Teleolojik Redüksiyonu

Daha önce de vurgulandığı üzere, borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünün sonsuz bir şekilde genişlemesini önlemek amacıyla sorumluluk sınırlaması getirmek, oldukça mantıklı ve gereklidir. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, tazminat ödeme yükümlülüğünün sonsuz bir şekilde genişleyip genişlemediği şüphelidir. Zira bu kurumun karakteristik özelliği, meydana gelecek zarar olasılığının alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kaymasıdır. Bir başka deyişle sözleşmeye veya hukuka aykırı bir davranış sonucunda alacaklı “yerine”, üçüncü bir kişi zarar görmektedir⁶⁶. Bu da borçlunun sorumluluğunun sistematik olarak genişlememesi anlamına gelir⁶⁷. Bu kurum vasıtasıyla yapılmaya çalışılan şey, borçlunun sebepsiz yere sorumluluktan kurtulmasının engellenmesidir⁶⁸. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının

⁶⁴ MARTI-SCHREIER, N. 123; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 385; LEE, s. 120; TRAUGOTT, s. 16.

⁶⁵ MARTI-SCHREIER, N. 123.

⁶⁶ BÄRTSCHI, s. 416; MARTI-SCHREIER, N. 130; VON GRAFFENRIED, s. 260, N. 558; GRUNDMANN, Stefan/RENNER, Moritz; “Vertrag und Dritter-Zwischen Privatrecht und Regulierung”, Juristen Zeitung, 68. Jahrg. N. 8, 2003, s. 386.

⁶⁷ BÄRTSCHI, s. 416; MARTI-SCHREIER, N. 130; VON GRAFFENRIED, s. 260, N. 558; GRUNDMANN/RENNER, s. 386; VIEWEG, Klaus; Schadenersatzrecht iç. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrecht, De Gruyter Verlag, Berlin 2008, s. 416.

⁶⁸ BÄRTSCHI, s. 409; MARTI-SCHREIER, N. 133; GOMILLE, s. 620; OETKER, BGB § 249, N. 289; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; PETERSEN, s. 89, N. 8; NEUNER, Dritter, s. 130; TRAUGOTT, s. 26; VON CAEMMERER, s. 351; GSELL, Beate/KRÜGER, Wolfgang/LORENZ,

tazmini kurumu bakımından bu tip bir risk söz konusu olmadığından, alacaklının menfaati dogmasının sınırlandırılması da kuralın amacına ters düşmeyecektir⁶⁹.

Elbette ki bazı hâllerde borçlunun sorumluluğun arttığı düşüncesi akıllara gelebilir. Nitekim üçüncü kişinin zararının alacaklının uğrayacağı zarardan daha fazla olduğu hâllerde, borçlu bakımından sorumluluk genişlemesi olduğu şüphesi doğar⁷⁰. Ancak bu tehlikeye karşı da çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Nitekim öğretide, üçüncü kişinin zararının alacaklının zararından oldukça yüksek olduğu hâllerde, TBK m. 52/f. I hükmü uyarınca tazminattan indirim yapılabileceği kabul edilmektedir⁷¹. Bunun yanında üçüncü kişinin zararının, alacaklının zararından daha az olma ihtimali de bulunmaktadır⁷². Borçlu bu ihtimalde, üçüncü kişinin daha az bir zararı olmasından faydalanacaktır. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının menfaati dogmasının temel sebebi olan sınırsız bir sorumluluk genişlemesinden de bahsedilemez. Bu da teleolojik redüksiyonun, kuralın amacına ters düşmeyeceğini göstermektedir.

Teleolojik redüksiyon yapılmasının bir diğer şartı da sınırlamanın hukuk güvenliği ilkesini zedelememesidir⁷³. Yukarıda da gösterildiği üzere, sorumluluk riskinin sınırsız bir şekilde genişlememesi, hukuk güvenliği ilkesinin tehlikeye atılmasının da önüne geçmektedir. Hukuk güvenliği ilkesi, belirlilik ilkesi ile yakından bağlantılı bir meseledir. Belirlilik ilkesi, hukuk kurallarının önceden belirli olmasını, kişilerin haklı beklentilerini zedeleyecek düzenleme ve uygulamaların hayata geçirilmemesini gerektirir⁷⁴. Bu

Stephan/REYMAN, Christoph; Recht der Schuldverhältnisse iç. Gross Kommentar, GSELL, Beate (ed.), C. H. Beck Verlag, München 2022, BGB § 249, N. 342; LEE, s. 88.

⁶⁹ MARTI-SCHREIER, N. 145.

⁷⁰ MARTI-SCHREIER, N. 131; VON GRAFFENRIED, s. 270, N. 579; PUHLE, s. 94-95; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 359.

⁷¹ MARTI-SCHREIER, N. 424; TANDOĞAN, Tazmin, s. 306.

⁷² MARTI-SCHREIER, N. 131.

⁷³ KIRCA, Boşluk, s. 111.

⁷⁴ Bireylerin hukuki güvenliklerini temin etmeyi amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını gerektirir. Bu kapsamda, kişilerin eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi, devletin de yaptığı yasal düzenlemelerde söz konusu güven duygusunu sarsacak eylem ve işlemlerden kaçınması gerekir. Belirlilikten kasıt yalnızca yasal bir belirlilik olmayıp, geniş anlamda hukuki belirlilik anlamına gelmektedir. Bu ilkede asıl olan, herhangi bir hukuk normunun uygulanmasında ortaya çıkabilecek sonuçların, bireyler bakımından öngörülebilir olmasıdır. Bu hususta

noktada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından, alacaklının menfaati dogmasının mutlak bir şekilde uygulanmasında, borçlunun korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt vermek gerekir. Zira ele alınan olaylarda, söz konusu kurum uygulanmasaydı, borçlunun hiçbir sorumluluğu ortaya çıkmayacaktı. Alacaklının menfaati dogmasının sınırlandırılması, borçlunun sorumluluğun tesis edilmesine yol açmaktadır. Bu da borçlunun korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koyan bir durumdur.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hareket noktası, hakkaniyete aykırı bir sonucun bertaraf edilmesidir. Zira zararın kaydığı durumlarda, borçlu kendi davranışlarıyla ortaya çıkan zarardan sorumlu olmamakta, diğer yandan da bu davranışın sonuçlarına üçüncü bir kişi katlanmaktadır. Hâlbuki borçlu bir sözleşmeye taraf olarak, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tam ve doğru şekilde ifa etmeyi üstlenmektedir. Haksız fiil sorumluluğunda ise hukuk kuralları ile kişiye belirli bir şekilde davranma ödevi yüklenmektedir. Hakkaniyet düşüncesi, borçlunun söz konusu yükümlülüklerine (ödevlerine) aykırı davrandığı hâllerde, davranışlarından ötürü sorumlu olmasını gerektirir⁷⁵. Zararın yalnızca alacaklıdan borçluya kayması, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından borçlunun korunmaya değer bir menfaatinin bulunmamasına işaret eder⁷⁶. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirmenin, hukuk güvenliği ilkesinin ihlaline yol açmayacağı anlamına gelir.

Öğreti de *Lee* de alacaklının menfaati dogmasının teleolojik redüksiyon yoluyla sınırlandırabileceğini düşünmektedir⁷⁷. Ancak yazar görüşünü inşa ederken farklı bir noktadan hareket etmektedir. Buna göre⁷⁸, kanun hükmünün içeriğinden ne anlaşılması gerektiği, metinde harfî harfine yazılı olan anlam ile gerçekte kastedilen anlam arasındaki gerilimli ilişki tarafından belirlenir. Hükmün gerçek içeriğini anlayabilmek için hukuk etiğine dayalı bir yorum yöntemi kullanılmalıdır. Hukuk etiğine dayalı yorumda, hükmün örtük içeriği asgari hukuk etiğine ilişkin değerler kapsamında belirlenmektedir⁷⁹. Hukuk

bkz. Yarg. 9. HD.'nin 01.02.2021 tarih ve E. 2019/8244, K. 2021/2932 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, E.T.18.03.2024.

⁷⁵ MARTI-SCHREIER, N. 136; VON GRAFFENRIED, s. 269, N. 579.

⁷⁶ MARTI-SCHREIER, N. 136; VON GRAFFENRIED, s. 269, N. 579.

⁷⁷ Bu hususta bkz. LEE, s. 87 vd.

⁷⁸ LEE, s. 87.

⁷⁹ LEE, s. 153.

etiğine dayalı bir yorumla kanun hükmünde bir boşluk olduğu tespit edilirse, bu boşluğun doldurulması gerekir. Teleolojik redüksiyon da bu boşluğun doldurulmasında kullanılan temel bir araç konumundadır. Zira bu yöntemle hükmün amacı ve negatif eşitlik ilkeleri vasıtasıyla boşluk doldurulmaktadır.

Lee, hukuk etiğine dayalı yorumun bir örneği olarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu incelemiştir. Yazar, alacaklının menfaati dogması ile sözleşmeye veya hukuka aykırı bir davranış sonucunda üçüncü kişiler üzerinde ortaya çıkan ekonomik etkiler arasındaki gerilimi ele almıştır. *Lee*'ye göre, söz konusu gerilim bir sorumluluk boşluğu yaratmaktadır⁸⁰. Ancak asgari hukuk etiği ilkeleri düşünüldüğünde, bu boşluğun doldurulması ve alacaklının menfaati dogmasının sınırlandırılması gerekir. Zira bu kurumun uygulandığı durumlarda, zarar birikmediği için sorumluluk riski de hakkaniyete aykırı bir şekilde genişlememektedir. Ancak *Lee* hakkaniyete aykırı bir sonucun, tek başına alacaklının menfaati dogmasına istisna getirmek için yeterli olmayacağını düşünmektedir. Yazar bu doğrultuda üç farklı ilkeden daha yararlanmaktadır.

Bunlardan ilki, “zararın özdeşliği”dir (*Identität des Schadens*)⁸¹. Yazara göre, zararın alacaklıdan üçüncü bir kişiye kayması, zararın özdeşliğine karşılık gelmektedir. Nitekim dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının zararı ile üçüncü kişinin zararı arasında “ya-ya da” (*Entweder-oder-Verhältnis*) ilişkisi bulunmaktadır⁸². Potansiyel olarak zarar görebilecek iki süje arasındaki söz konusu koşullu alternatif ilişki, borçlunun sorumluluk riskinin önemli ölçüde artmadığının bir kanıtı niteliğindedir. Bu da zararın özdeş olduğu durumlarda, alacaklının menfaati dogmasının sınırlandırılmasında herhangi bir sakınca bulunmadığı anlamına gelir.

Lee'nin yararlandığı diğer ilke, “simetri” (*Symmetrie*) ilkesidir⁸³. Bu ilke, zararın özdeşliği ilkesiyle de bağlantılıdır. Zira simetri ilkesi uyarınca, zarar veren kişinin sorumluluğu ile tazmin edilecek üçüncü kişinin zararı arasında bir simetri ilişkisi bulunmaktadır. Simetri, parçaların birbirleriyle ve bütünle olan denklik ilişkisini ifade eder. Menfaatler dengesinin simetrisi, tazmin edilecek zarar ile zarar veren kişinin

⁸⁰ LEE, s. 159.

⁸¹ LEE, s. 160.

⁸² LEE, s. 120.

⁸³ LEE, s. 125 vd.

sorumluluğu arasındaki denklik anlamına gelmektedir⁸⁴. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde de söz konusu denklik sağlanmaktadır.

Lee'nin yararlandığı son ilke ise, hiç kimsenin hukuka aykırı davranışlarıyla başkasının zararına zenginleşemeyeceği kuralıdır⁸⁵. Yazara göre⁸⁶, borçlunun davranışları sonucunda zararın tipik manada alacaklı olan kişinin malvarlığında değil de üçüncü bir kişinin malvarlığında ortaya çıktığı hâllerde, borçluya sorumluluktan muafiyet imkânı tanınırsa, söz konusu muafiyet zarar veren kişiyi uygun olmayan bir şekilde zenginleştirmek anlamına gelir. Zarar veren kişinin zenginleşmesinden kasıt, zarar verici davranışın sonuçlarının onun malvarlığından karşılanmamasıdır⁸⁷. Bu da zarar veren kişinin malvarlığında haksız bir maddi artışa sebebiyet vermektedir. Ancak yazara göre, burada bir noktanın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira sebepsiz zenginleşmeye ilişkin dava, kişisel nitelikte bir davadır⁸⁸. Bu da söz konusu davanın yalnızca zenginleşen borçlu ve onun külli halefleri aleyhine açılabileceği anlamına gelir⁸⁹. Bir başka deyişle, sebepsiz zenginleşme hukuku, iki kişi arasındaki ilişkide menfaatlerin dengelenmesi amacını gütmektedir⁹⁰.

Bu noktada *Lee*, BGB'de sebepsiz zenginleşmeye ilişkin taleplerin, üçüncü kişilere de sirayet etmesini sağlayan bazı hükümlerden faydalanmaktadır. Bu hükümlerden ilki,

⁸⁴ LEE, s. 154.

⁸⁵ LEE, s. 160.

⁸⁶ LEE, s. 160.

⁸⁷ LEE, s. 123-124.

⁸⁸ BECKER, Hermann; Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 ORSchweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht iç. Berner Kommentar, BECKER, Hermann (ed.), 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1945, Vorbemerkungen OR Art. 62-67, s. 331, N. 3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 481, N. 59. 01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 386, N. 1497; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 748; EREN, Genel Hükümler, s. 961, N. 2624; SEROZAN, Borçlar, § 24, s. 422, N. 5.

⁸⁹ BECKER, Vorbemerkungen OR Art. 62-67, s. 331, N. 3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 481, N. 59. 01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 386, N. 1497; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 748; EREN, Genel Hükümler, s. 961, N. 2624; SEROZAN, Borçlar, § 24, s. 422, N. 5.

⁹⁰ BECKER, Vorbemerkungen OR Art. 62-67, s. 331, N. 3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 481, N. 59. 01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 386, N. 1497; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 748; EREN, Genel Hükümler, s. 961, N. 2624; SEROZAN, Borçlar, § 24, s. 422, N. 5.

BGB § 816/Abs. I hükmüdür. Söz konusu hükme göre⁹¹, “*yetkili olmayan bir kişi, yetkili kişiye karşı etkili olan bir nesne üzerinde tasarrufta bulunursa, tasarruf yoluyla elde ettiği şeyi yetkili kişiye teslim etmekle yükümlüdür. Tasarrufun bedelsiz olarak yapılması hâlinde, aynı yükümlülük tasarrufa dayanarak doğrudan hukuki bir avantaj elde eden kişi için de geçerlidir.*” Serozan’ın deyişiyle⁹², bu hükümde el kesesinden (başkasının malvarlığından) yapılan karşılıksız kazandırmanın, üstün hak sahibi kişinin taleplerine karşı dayanıksız olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle hak sahibi, karşılıksız kazandırma yapandan alamadığını lehtardan (üçüncü bir kişi) almaktadır.

Lee’nin başvurduğu diğer hüküm ise BGB § 822’dir. İlgili hükümde⁹³, “*alıcının (başkasının malvarlığından sebepsiz yere yararlanan) menfaati bedelsiz olarak üçüncü bir kişiye devrettiği durumlarda, üçüncü kişinin menfaati alacaklıdan hukuki bir neden olmaksızın almış gibi teslim etmekle yükümlü olacağı, alıcının zenginleşmeyi teslim etme yükümlülüğünün ancak bunun sonucunda ortadan kalkacağı*” düzenlenmiştir.

Bu iki hükümden hareket eden *Lee*, sebepsiz zenginleşmenin dayandığı temel düşüncenin, yalnızca iki kişilik hukuki ilişkilerde geçerli olmadığını, üç köşeli ilişkilerde de aynı yaklaşımın benimsenebileceğini ifade etmektedir⁹⁴. Yazara göre⁹⁵, pekâlâ dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde de hiç kimsenin hukuka aykırı davranışlarıyla bir başkası aleyhine zenginleşemeyeceği kuralı uygulanabilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temeli, alacaklının menfaati dogmasının teleolojik redüksiyonunda bulunabilir. Zira negatif eşitlik ilkesi uyarınca, eşit olmayan

⁹¹ BGB § 816/Abs. I: “*Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.*”

⁹² **SEROZAN**, Rona; Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 154, N. 607.

⁹³ BGB § 822: “*Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.*” Öğretide Serozan, BGB § 816/Abs. I ve § 822 hükümlerinde düzenlenen bu ilkelerin, İsviçre-Türk hukukunda da uygulanabileceğini düşünmektedir (**SEROZAN**, Eşya, s. 154, N. 607).

⁹⁴ **LEE**, s. 130.

⁹⁵ **LEE**, s. 130.

durumlara eşit şekilde davranılmamalıdır. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, borçlunun sorumluluktan kurtulma ihtimali, alacaklının menfaati dogmasına istisna getirme zorunluluğunu yaratmaktadır. Hükümün amacı ve hukuk güvenliği ilkesi de bu istisnanın yaratılmasının önünde bir engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla söz konusu hâllerde alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirilmeli, üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekliliği kabul edilmelidir.

Son olarak kafa karıştırabilecek bir hususun açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, özü itibarıyla borç ilişkisinin dışında kalan bir kişinin zararlarının tazminine imkân sağlamaktadır. Bu da söz konusu kurumun uygulandığı hâllerde, temel kuralda nasıl bir sınırlama yapıldığı sorusunu akıllara getirmektedir. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması, borçlunun bu yönde özel bir taahhüdü olmaksızın üçüncü bir kişinin zararını da tazmin etmekle yükümlü olması anlamına gelir. Buradan hareketle, temel kuralı sınırlamaktan ziyade, bir genişletmenin yapıldığı şüphesi uyanabilir. Ancak durum böyle değildir. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulandığında sınırlama, alacaklının menfaati dogmasında yapılmaktadır. Burada temel kurala bir istisna getirilmekte, ilgili kuralın bazı hâllerde uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu sınırlamanın bir sonucu olarak da alacaklının dışında üçüncü bir kişinin zararlarının tazminine olanak sağlanmaktadır. Bu itibarla kullanılan yöntemin, tipik anlamda amaca uygun bir sınırlama (teleolojik redüksiyon) olduğu söylenebilir.

IV. KURUMUN UYGULANMA ŞARTLARI

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, içtihatların gölgesinde geliştiği için söz konusu kurumun yalnızca belirli olay grupları bakımından uygulanması gerektiği anlayışı hâkim olmuştur⁹⁶. Bu anlayışın bir yansıması olarak, kurumun uygulanması için gerekli olan genel şartlar, sistematik bir şekilde inşa edilememiştir⁹⁷.

⁹⁶ TÄGERT, s. 37 vd.; ARMBRÜSTER, s. 86 vd.; PERREN, s. 67; GOMILLE, s. 629; PETERSEN, s. 88, N. 8; HÜBNER/SAGAN, s. 747; MEDICUS/LORENZ, N. 37; GOERTH, s. 29; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 507; BROX/WALKER, N. 17; VIEWEG, s. 416; IDEN, Daniel; "Einführung: Einbeziehung Dritter in Schulverhältnisse und Drittschadensliquidation", Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 6, 2012, s. 770; HÄRTNER, Stefan; Referenzwertmanipulationen aus zivilrechtlicher Perspektive, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Bd/Nr. 139, WEBER, Rolf H./SETHE, Rolf/EMMENEGGER, Susan (ed.), Schulthess Verlag, Zürich 2022, s. 193-194, N. 503; LEE, s. 92.

⁹⁷ VON GRAFFENRIED, s. 262, N. 565.

Zira bu kurumun uygulanması noktasında varlığı kontrol edilen tek şey, uyuşmazlığa konu olayın, öğretide kabul edilen olay gruplarından birine girip girmediğinin tespiti olmuştur⁹⁸. Bu tutumun en önemli sebebi ise, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan alacaklının menfaati dogmasını, çok fazla ihlal etmeme düşüncesidir⁹⁹. Ne var ki söz konusu düşünce, öğretide herkes tarafından kabul gören bir anlayışı ifade etmez. Nitekim dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazminin kurumunun, klasik olay grupları dışında da uygulanabileceğini ifade eden yaklaşımlar bulunmaktadır¹⁰⁰.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, menfaatlerin benzer olduğu hâller bakımından uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirebilmek için bu tip bir sorumluluğun ortaya çıkması için sağlanması zorunlu olan genel şartların tespiti gerekir. Elbette ki söz konusu şartların tespitinde bazı zorluklar mevcuttur. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, birbiriyle çok da benzemeyen uyuşmazlıkları bünyesinde barındırmaktadır. Bu da kurumun uygulanması için gerekli olan genel şartların, soyut bir biçimde tespit edilmesini zorlaştırır. Ancak uyuşmazlığa konu olayların, yalnızca aralarında bir benzerlik varsa gruplandırılabilmesi de su götürmez bir gerçektir. Bu doğrultuda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerin ortak özellikleri belirlenmeli, bu belirleme ışığında, kurumun uygulanması için gerekli olan şartlar sistematik bir biçimde ortaya koyulmalıdır.

Öğretide bazı yazarlar bahsedilen bu gerekliliğin bir sonucu olarak, kurumun uygulandığı olay gruplarının ortak özelliklerini belirlemişlerdir¹⁰¹. Bu noktada dar

⁹⁸ VON GRAFFENRIED, s. 262, N. 565.

⁹⁹ VON GRAFFENRIED, s. 262-263, N. 565.

¹⁰⁰ BÄRTSCH, s. 434; KOLLER, Haftung, s. 307; OETKER, BGB § 249, N. 290; WEISS, s. 12; BREDEMEYER, s. 107; TRAUGOTT, s. 75; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 611; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 566; LANGE/SCHIEMANN, s. 476; BRÖMMELMEYER, s. 351, N. 31.

¹⁰¹ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 23; GOMILLE, s. 620; TRAUGOTT, s. 76 vd.; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 567; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 94; BRÖMMELMEYER, s. 359, N. 30; VON CAEMMERER, s. 378; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 342; LEE, s. 99; MEDICUS/LORENZ, N. 27; OETKER, BGB § 249, N. 292; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; HARKE, s. 434, N. 439; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; TÄGERT, s. 53; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 308; PERREN, s. 64; FLUME, BGB § 249, N. 367;

anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için, zararın kayması (*Schadensverlagerung*)¹⁰², özel durumların varlığı (*Besondere umstände*)¹⁰³, tesadüfîlik (*Zufälligkeit*)¹⁰⁴ ve üçüncü kişinin korunması gerekliliği (*Schutzbedürftigkeit des Dritten*)¹⁰⁵ şartlarının sağlanması gerekir. Bunun yanında öğretide alacaklı ile borçlu arasında dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını dışlayan bir anlaşma yapılabileceği de kabul edilmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla kurumun uygulama alanı bulabilmesi için bu içerikte bir sözleşme ile dışlanmaması da gerekmektedir.

Çalışmanın bu başlığında dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması için varlığı gerekli olan söz konusu şartlar incelenecektir¹⁰⁷.

HÜBNER/SAGAN, s. 747; NEUNER, Dritter, s. 130; BROX/WALKER, N. 15; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211.

¹⁰² MARTI-SCHREIER, N. 23; GOMILLE, s. 620; TRAUGOTT, s. 76 vd.; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 567; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 94; BRÖMMELMEYER, s. 359, N. 30; VON CAEMMERER, s. 378; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 342; LEE, s. 99; MEDICUS/LORENZ, N. 27; OETKER, BGB § 249, N. 292; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; HARKE, s. 434, N. 439; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; TÄGERT, s. 53; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 308; PERREN, s. 64; FLUME, BGB § 249, N. 367; HÜBNER/SAGAN, s. 747; NEUNER, Dritter, s. 130; BROX/WALKER, N. 15; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211.

¹⁰³ MARTI-SCHREIER, N. 23; BÄRTSCHI, s. 408; PERREN, s. 62; GOERTH, s. 28; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 567; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 121; MEDICUS/LORENZ, N. 27.

¹⁰⁴ BÄRTSCHI, s. 412-413; ARMBRÜSTER, s. 86; PERREN, s. 65; GOMILLE, s. 619; WEISS, s. 10; BREDEMEYER, s. 103; FLUME, BGB § 249, N. 367; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; PETERSEN, s. 89, N. 8; HÜBNER/SAGAN, s. 744; NEUNER, Dritter, s. 130-131; GOERTH, s. 28; TRAUGOTT, s. 18; HARKE, s. 434, N. 439; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 386; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 286, N. 504; BROX/WALKER, N. 15; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; IDEN, s. 769; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211; BRÖMMELMEYER, s. 349, N. 27; LEE, s. 87; MEDICUS/LORENZ, N. 27.

¹⁰⁵ MARTI-SCHREIER, N. 265 vd.; VON GRAFFENRIED, s. 280, N. 601.

¹⁰⁶ MARTI-SCHREIER, N. 502; VON GRAFFENRIED, s. 282, N. 608.

¹⁰⁷ İlgili başlıklarda da gösterildiği üzere, söz konusu şartlar birbiriyle oldukça yakından ilişkilidir. Bu noktada zararın kayması dışındaki şartların, zararın kayması olgusunun bir sonucu olduğu da ileri

A. Zararın Kayması (*Schadensverlagerung*)

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını haklı gösteren durumların temel özelliği, zararda bir kaymanın (yer değiştirme/aktarıma) söz konusu olmasıdır¹⁰⁸. Sözleşmeye veya hukuka aykırı bir davranış sonucunda alacaklıda meydana gelmesi gereken zararın, üçüncü bir kişide ortaya çıktığı hâllerde, zararda bir kaymanın meydana geldiği kabul edilir¹⁰⁹.

Zararın kayması, sadece dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temel bir özelliği olmayıp, aynı zamanda kurumun gerekçesini de oluşturmaktadır¹¹⁰. Zira bu durum, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmasına¹¹¹ yol açtığından, borçlunun bu ayrılmadan faydalanmaması gerektiği kabul edilmiştir. Bu amaçla dar anlamda üçüncü

sürülebilir. Ancak kurumu sistematik bir şekilde inşa edebilmek için diğer şartlar da ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir.

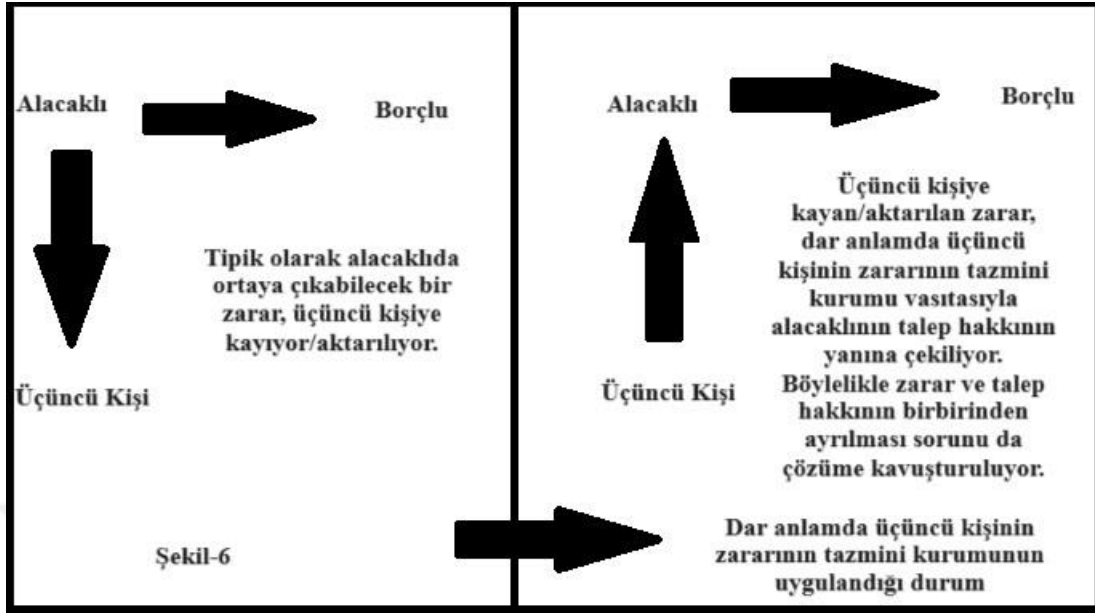
¹⁰⁸ MARTI-SCHREIER, N. 23 vd.; GOMILLE, s. 620; TRAUGOTT, s. 76 vd.; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; VON GRAFFENRIED, s. 262 vd., N. 565 vd.; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 94; BRÖMMELMEYER, s. 359, N. 30; VON CAEMMERER, s. 378; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 342; LEE, s. 99; MEDICUS/LORENZ, N. 27; OETKER, BGB § 249, N. 292; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; HARKE, s. 434, N. 439; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; TÄGERT, s. 53; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 308; PERREN, s. 64; FLUME, BGB § 249, N. 367; HÜBNER/SAGAN, s. 747; NEUNER, Dritter, s. 130; BROX/WALKER, N. 15; RUSCH, Arnold F.; “Schadenersatz für entgangenes Erbe?”, AJP, S. 672, Dike Verlag, 2012, s. 676; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211.

¹⁰⁹ MARTI-SCHREIER, N. 23; GOMILLE, s. 620; TRAUGOTT, s. 76 vd.; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 567; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 94; BRÖMMELMEYER, s. 359, N. 30; VON CAEMMERER, s. 378; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 342; LEE, s. 99; MEDICUS/LORENZ, N. 27; OETKER, BGB § 249, N. 292; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; HARKE, s. 434, N. 439; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; TÄGERT, s. 53; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 308; PERREN, s. 64; FLUME, BGB § 249, N. 367; HÜBNER/SAGAN, s. 747; NEUNER, Dritter, s. 130; BROX/WALKER, N. 15; RUSCH, s. 676; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211.

¹¹⁰ VON GRAFFENRIED, s. 264, N. 569.

¹¹¹ Öğretide Tägert bu durumu, “hak” ile “korunan menfaat” arasındaki uyumsuzluk olarak tanımlamaktadır (TÄGERT, s. 53).

kişinin zararının tazmini kurumu inşa edilmiş, böylelikle üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilmiştir.



Öğretideki hâkim görüş, kurumun söz konusu temel özelliğini vurgulamak üzere, “zararın kayması” (*Schadensverlagerung*) ifadesini kullanmaktadır¹¹². Ancak bu ifade çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır. Zira zararın kayması denildiğinde, zararlı sonucu ortaya çıkaran olayın meydana gelmesinden sonraki bir döneme atıfta bulunmaktadır¹¹³. Bu da zararın öncelikle alacaklıda ortaya çıktığı, daha sonra ise üçüncü bir kişiye aktarıldığına dair bir izlenim yaratmaktadır. Hâlbuki dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, zarar verici olaydan önceki durumu ele almaktadır¹¹⁴. Nitekim kurumun uygulama alanlarından biri olan dolaylı temsil ilişkileri düşünüldüğünde, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışlarından ötürü üçüncü bir kişinin zarar göreceği, sözleşmeye

¹¹² MARTI-SCHREIER, N. 23; GOMILLE, s. 620; TRAUGOTT, s. 76 vd.; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 567; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 94; BRÖMMELMEYER, s. 359, N. 30; VON CAEMMERER, s. 378; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 342; LEE, s. 99; MEDICUS/LORENZ, N. 27; OETKER, BGB § 249, N. 292; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; HARKE, s. 434, N. 439; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; TÄGERT, s. 53; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 308; PERREN, s. 64; FLUME, BGB § 249, N. 367; HÜBNER/SAGAN, s. 747; NEUNER, Dritter, s. 130; BROX/WALKER, N. 15; RUSCH, s. 676; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211.

¹¹³ TRAUGOTT, s. 76.

¹¹⁴ Bu hususta bkz. TRAUGOTT, s. 76.

aykırı davranıştan önce kendisini belli etmektedir. Bu da zararın kayması teriminin kullanılması bakımından çeşitli şüphelere işaret eder.

Öğretide bu şüpheleri ortadan kaldırmak adına, alternatif terim arayışı içerisine girilmiştir. Bu doğrultuda, zararın kayması yerine, “*menfaatin kayması*” (*Interessenverlagerung*)¹¹⁵, “*riskin (zarar görme riskinin) kayması*” (*Risikoverlagerung*)¹¹⁶ ve “*zararın ortaya çıkma ihtimalinin kayması*” (*Verlagerung der Möglichkeit der Schadensentstehung*)¹¹⁷ terimlerinin kullanılabileceği ifade edilmiştir. Gerçekten de söz konusu terimler yukarıda açıkladığımız sebeplerden ötürü kurumun temel özelliğini daha doğru şekilde ortaya koymaktadır. Zira bu kurumun uygulandığı hâllerde, alacaklı aracılığıyla bir zarar geçişi söz konusu olmadığından gerçek anlamda bir kaymanın varlığından da bahsedilemez¹¹⁸. Bu hâllerde menfaatin, başlangıçtan itibaren üçüncü kişiye ait olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹. Bu durumun bir sonucu olarak, zararın kayması yerine kullanılan söz konusu ifadelerin kurumu daha iyi yansıttığı söylenebilir.

Ne var ki bu çalışmada, öğretide hâkim olan terminolojinin kullanılması tercih edilmiştir. Bu tercihin altında yatan sebep ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile zararın kayması ifadesinin bütünleşmiş olmasıdır. Zira hem Alman hukukunda hem de İsviçre hukukunda, üç köşeli hukuki ilişkiler bakımından zararın kaymasından söz ediliyorsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu akıllara gelmektedir. Benzer bir biçimde Anglo-Sakson hukuk sisteminde de zararın kayması ifadesini karşılamak üzere, zararın nakli/kayması anlamına gelen “*Transferred Loss*” ibaresi kullanılmaktadır¹²⁰. Dolayısıyla bu çalışmada da söz konusu bütünleşmeyi

¹¹⁵ **BERG**, Hans; “Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, *Juristische Schulungen* (JuS), H. 6, 1977, s. 366; **URBAN**, s. 55; **VON GRAFFENRIED**, s. 274, N. 589; **HENN**, s. 28, dpn. 22; **MARTI-SCHREIER**, s. 13, N. 27, dpn. 49.

¹¹⁶ **VON GRAFFENRIED**, s. 274, N. 589; **HENN**, s. 28.

¹¹⁷ **VON SCHROETER**, Hans-Ulrich; *Die Drittschadensliquidation in europäischen Privatrechten und im deutschen Kollisionsrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1994, s. 23; **URBAN**, s. 55; **VON GRAFFENRIED**, s. 274, N. 589.

¹¹⁸ **HENN**, s. 49.

¹¹⁹ **HENN**, s. 49.

¹²⁰ **MARKESINIS**, Sir Basil/**UNBERATH**, Hannes/**JOHNSTON**, Angus; *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, **BINGHAM**, Lord/**HIRSCH**, Günter (ed.), 2. Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 217.

zedelememek adına, terimin aslına sadık kalınmış, kurumun temel özelliğini ifade etmek üzere zararın kayması teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

Sonuç olarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için tipik olarak alacaklıda ortaya çıkabilecek bir zararın, üçüncü bir kişiye kayması gerekmektedir. İlk bölümde de ifade edildiği üzere, alacaklının kendi zararının bulunduğu hâllerde, zararın kaymasından söz edilemeyeceği için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna başvurmaya da gerek kalmayacaktır. Bu ihtimalde alacaklı, üçüncü kişinin zararını tazmin edecek, bu tazmin sebebiyle uğradığı zararı da sorumluluk menfaati (*Haftungsinteresse*) kapsamında borçluya karşı ileri sürebilecektir.

B. Özel Durumların Varlığı (*Besondere Umstände*)

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, zararın özel durumlar sebebiyle alacaklıdan üçüncü bir kişiye doğru kaydığı hâller bakımından çözüm olarak önerilen bir kurumdur. Zarar ve talep hakkının ayrılmasının temel sebebi, özel durumlar olarak ifade edilen hâllerdir. Her bir olay grubu bakımından farklılık arz eden zararın kayma sebepleri, topluca “*özel durumlar*” olarak adlandırılmaktadır¹²¹.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması için aranan bu şartın, genel ifadelerle açıklanması oldukça zordur. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, zararın kaymasına yol açan sebepler her bir olay grubu bakımından farklılaşmaktadır. Buna rağmen ilgili sebeplerin ortak bir noktası da bulunmaktadır. Nitekim özel durumların kaynağı, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkidir¹²². Bu ilişki sebebiyle zarar, alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kaymaktadır.

Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin niteliği öğretide tartışmalıdır. Hâkim olan görüşe göre¹²³, alacaklı ile borçlu arasında mutlaka hukuki bir ilişki

¹²¹ MARTI-SCHREIER, N. 23; BÄRTSCHI, s. 408; PERREN, s. 62; GOERTH, s. 28; VON GRAFFENRIED, s. 263, N. 567; WEBER/EMMENGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 511; PUHLE, s. 121; MEDICUS/LORENZ, N. 27.

¹²² BÄRTSCHI, s. 412; MARTI-SCHREIER, N. 28; VON GRAFFENRIED, s. 276, N. 592.

¹²³ VON TUHR, Interesse, s. 567; REINHARDT, s. 128. Bu görüşü benimseyen diğer yazarlar hakkında bkz. MARTI-SCHREIER, N. 28, dpn. 53. *Mart-Schreier*’in ilgili yazarları kaynak gösterdiği dipnotta, Halûk Tandoğan’ın, “*La Réparation Du Dommage Causé A Un Tiers*” (Üçüncü Bir Kişiye Verilen Zararın Tazmin Edilmesi) başlıklı makalesine atıf yapıldığı gözlemlenmektedir. Söz konusu makale, büyük hukukçu Tandoğan’ın, “*Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*” başlıklı eserinin sonuç kısmından türettiği ve “Roger

(*Rechtsverhältnisse Natur*) bulunmalıdır. Söz konusu hukuki ilişki, genellikle taraflar arasında akdedilen bir sözleşmedir¹²⁴. Ancak alacaklı ile borçlu arasında mutlaka bir sözleşme ilişkisinin bulunması da gerekmez. Nitekim zararın kaymasına yol açan sözleşme dışındaki bir hukuki işlem veya kanuni bir ilişki de özel durumları yaratan bir sebep olabilir. Bu kapsamda, ölüme bağlı bir tasarruftan veya aile hukukundan doğan bir ilişki de zararın kaymasına yol açabilecek niteliktedir¹²⁵. Keza alacaklı ile üçüncü kişi arasında bulunan zilyetlik ilişkisi de bu kapsamda değerlendirilebilir¹²⁶.

Öğretide bir görüşe göre¹²⁷, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin mutlak surette hukuki bir ilişki olması gerekmez. Bu itibarla, ilgili kişiler arasında bulunan fiili bir ilişki (*tatsächlicher Natur*) bile kurumun uygulanması bakımından yeterli görülmelidir. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Marti-Schreier*, fiili ilişki bakımından şu örneği vermektedir¹²⁸: (A), akrabası olan (C)’den özel bir fiyatla birkaç kasa taze elma satın alacaktır. Elmaları almak için yola çıkan (A), komşusu (B) için de bir kasa alacağına dair nezaketen bir söz vermiştir. *Marti-Schreier*, söz konusu olayda (A) ile (B) arasında herhangi bir borç doğurmayan hatır ilişkisi bulunduğunu, bu ihtimalde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmamasının, çok da ikna edici olmayacağını ifade etmektedir¹²⁹.

Marti-Schreier’in izinden giden *Von Graffenried*, *Marti-Schreier*’in örneğini bir adım daha ileri taşımıştır. Bu yazarın verdiği örneğe göre¹³⁰, yukarıda verilen olayda elmalar, pestisitlerle zehirlenmiş ve bunun sonucunda da yalnızca (B) zarar görmüşse,

Secrétan’a Armağan” başlıklı kitapta yayımladığı bir eserdir. *Tandoğan*’ın her iki eserine de bakıldığında, alacaklı ile üçüncü kişi arasında, hukuki bir ilişkinin gerekli olduğu görüşünü benimsediği sonucuna ulaşılabilir. Ancak konuyu daha detaylı bir şekilde ele aldığı kitabın (**TANDOĞAN**, Tazmin olarak anılan), “Üçüncü şahsın alacaklı ile bir hukuki münasebette bulunması ve bu münasebetin hukuki mahiyeti meselesi” başlığı incelendiğinde, bazı durumlar bakımından ahlaki yükümlülükler doğuran bir ilişkinin bile, duruma göre yeterli olabileceğini vurguladığı görülmektedir. Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 311. Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, Halûk; “La Réparation Du Dommage Causé A Un Tiers” iç. *Mélanges Roger Secrétan*, Imprimerie Corbaz, Montreux 1964, s. 316.

¹²⁴ **MARTI-SCHREIER**, N. 28; **VON GRAFFENRIED**, s. 277, N. 592.

¹²⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 311; **VON GRAFFENRIED**, s. 277, N. 592, 593.

¹²⁶ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 311.

¹²⁷ **TÄGERT**, s. 45; **MARTI-SCHREIER**, N. 28; **VON GRAFFENRIED**, s. 278, N. 595.

¹²⁸ **MARTI-SCHREIER**, N. 29.

¹²⁹ **MARTI-SCHREIER**, N. 30.

¹³⁰ **VON GRAFFENRIED**, s. 278, N. 595.

zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkacaktır. Bu ihtimalde borçlunun sorumluluktan kurtulması, hakkaniyete aykırı olacağından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun kıyasen uygulanması kabul edilmelidir¹³¹. Bu noktada *Von Graffenried* de söz konusu ilişkileri dışarıda bırakmanın anlamsız olacağı fikrini taşımaktadır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini hâlleri içerisinde değerlendiren *Tandoğan*, bu kurumun uygulanabilmesi için alacaklı ile üçüncü kişi arasında bulunan ilişkinin, ahlaki borçlar içermesinin yeterli olacağını vurgulamıştır. Yazara göre¹³², bir kişinin, sözleşme ile kullanımına tahsis ettiği bir araca, hatır için bir arkadaşını da aldığı hâllerde, bu kişiler arasında hukuki ilişki değil yalnızca ahlaki bir ilişki bulunmaktadır. *Tandoğan*, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesinin gündeme geldiği hâllerde, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin mahiyetinin, her bir somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır¹³³.

Kanaatimizce, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yalnızca fiili bir ilişkinin bulunduğu, her durumda kolaylıkla kabul edilemez. Bu noktada *Marti-Schreier*'in verdiği örnekten yola çıkılabilir. Zira yazarın verdiği örnekte, hatır ilişkisi (*Gefälligkeitverhältnis*) ile ücretsiz vekâlet ilişkisini birbirinden ayırmak oldukça zordur. Öğretide geliştirilen kriterlere göre¹³⁴, edimi sağlayan kişi (*Leistungserbringer*) bakımından işin veya işlemin diğer taraf için olan önemi (hukuki olarak bağlanma iradesinin varlığı) açıksa, vekâlet sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Tersine edimi sağlayan kişinin hukuki anlamda bağlanma iradesinin olmadığı anlaşılabilirse, diğer taraf sözleşme hukuku kapsamında bir talepte bulunamayacaktır¹³⁵. Ancak bu olguların ispatı her zaman çok da kolay olmaz. Bu zorluğun bir yansıması olarak bazı hâllerde fiili ilişkinin yerine ücretsiz bir vekâlet sözleşmesinin bulunduğu, dolayısıyla alacaklı ile üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişkinin inşa edildiği söylenebilecektir. Elbette ki bu durumun tersi de mümkündür. Diğer bir anlatımla hukuki ilişki kapsamında değerlendirilebilecek bir ilişki, yalnızca fiili ilişki düzeyinde kalabilir. Bu noktada *Marti-*

¹³¹ VON GRAFFENRIED, s. 279, N. 596.

¹³² TANDOĞAN, Tazmin, s. 311.

¹³³ TANDOĞAN, Tazmin, s. 311.

¹³⁴ HUGUENIN, s. 24, N. 80.

¹³⁵ HUGUENIN, s. 24, N. 80.

Schreier ve *Von Graffenried*'in yaklaşımı makul görünmektedir. Zira kurumun temel amacı, hakkaniyete aykırı bir sonucun engellenmesi iken, birbirinden çok ince bir çizgiyle ayırt edilen iki duruma farklı şekilde muamele etmek, uygun olmayacaktır. Bu itibarla bizce de alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki fiili ilişki yeterli görülmeli, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı söz konusu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmalıdır.

İster hukuki ister fiili olsun alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin, en geç zarar verici olayın meydana geldiği anda mevcut olması gerekir¹³⁶. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazminin kurumunun hakkaniyete uygun sınırlar içerisinde tutulabilmesi için bu tip bir sınırlamanın yapılması zorunluluk arz eder¹³⁷. Ancak bu noktada zarar verici olay ile alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin birbirinden farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Zira alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin meydana gelmesinden sonra ortaya çıkması mümkündür. Bu durum dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını engellemez. Önemli olan zarar verici olayın meydana gelmesinden önce, alacaklı ile üçüncü kişi arasında bir ilişkinin bulunmasıdır¹³⁸.

Daha önce de vurgulandığı üzere, özel durumlar, her bir olay grubu bakımından farklılaşmaktadır. Örneğin dolaylı temsil ve inancılı işlem olay grubunda hukuki ilişkinin niteliği, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmasına sebep olmaktadır. Hasar riskinin geçtiği hâllerde ise risk transferini düzenleyen kanun hükümleri, zararın kaymasına yol açar. Bunun yanında alacaklı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmede kararlaştırılan bir sorumsuzluk kaydının da zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmasına sebep olabileceği kabul edilmektedir¹³⁹.

¹³⁶ KRÜCKMANN, s. 259; REINHARDT, s. 102; TANDOĞAN, Tazmin, s. 311. Aksi yönde bkz. MARTI-SCHREIER, N. 32.

¹³⁷ TANDOĞAN, Tazmin, s. 311.

¹³⁸ TANDOĞAN, Tazmin, s. 311-312.

¹³⁹ VON GRAFFENRIED, s. 277, N. 592.

C. Tesadüfilik (*Zufälligkeit*)

Öğretide özel durumlardan kaynaklanan zarar kaymasının, borçlu için tesadüfi olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰. Ne var ki tesadüfiliğin, kurumun uygulanma şartlarından biri olup olmadığı hususunda tartışma bulunmaktadır¹⁴¹.

Tesadüfilik kelimesinin Almanca karşılığı olan “*Zufälligkeit*” teriminin kökü, borçlar hukukunda “*Beklenmeyen Hâl*” kavramına karşılık gelen “*Zufall*” ifadesidir¹⁴². Bir durumun beklenmeyen hâl kapsamında değerlendirilebilmesi için, insan davranışlarından bağımsız bir olayın vuku bulması gerekir¹⁴³. Söz konusu insan davranışı sorumlu kişinin bir davranışı olabileceği gibi diğer şartlar sağlandığı sürece zarar gören kişinin bir davranışı da olabilir¹⁴⁴. Bir başka deyişle, sorumlu veya zarar gören kişinin davranışları sonucunda bir zarar ortaya çıkmışsa, beklenmeyen hâlin varlığından da

¹⁴⁰ BÄRTSCHLI, s. 412-413; ARMBRÜSTER, s. 86; PERREN, s. 65; GOMILLE, s. 619; WEISS, s. 10; BREDEMEYER, s. 103; FLUME, BGB § 249, N. 367; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; PETERSEN, s. 89, N. 8; HÜBNER/SAGAN, s. 744; NEUNER, Dritter, s. 130-131; GOERTH, s. 28; TRAUGOTT, s. 18; HARKE, s. 434, N. 439; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 386; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 286, N. 504; BROX/WALKER, N. 15; GRUNDMANN/RENNER, s. 381; IDEN, s. 769; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211; BRÖMMELMEYER, s. 349, N. 27; LEE, s. 87; MEDICUS/LORENZ, N. 27.

¹⁴¹ TRAUGOTT, s. 71 vd.; MARTI-SCHREIER, N. 254 vd.; HENN, s. 32 vd.

¹⁴² SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 120, N. 16.21; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 103, s. 677, N. 48; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 461; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1002 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 565, N. 1533; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 133 vd., N. 395 vd.; EREN, İlliyet Bağı, s. 139.

¹⁴³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 120, N. 16.21; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 103, s. 677, N. 48; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 461; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1002 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 565, N. 1533; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 133 vd., N. 395 vd.; EREN, İlliyet Bağı, s. 139.

¹⁴⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 120, N. 16.21; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 103, s. 677, N. 48; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 461; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1002 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 565, N. 1533; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 133 vd., N. 395 vd.; EREN, İlliyet Bağı, s. 139.

bahsedilemez. Bunun yanında, bir davranış normunun veya borcun ihlali¹⁴⁵, bu ihlalin kaçınılmaz olması¹⁴⁶ ve uygun illiyet bağı¹⁴⁷ şartlarının da sağlanması gerekir.

Tesadüfilik, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından teknik anlamıyla ele alınırsa, bazı problemler ortaya çıkacaktır. Zira kurumun önemli uygulama alanlarından biri olan dolaylı temsilde, bu anlamda bir tesadüfilikten bahsedilemez¹⁴⁸. Zira dolaylı temsilde, zararın alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kayması, dolaylı temsil ilişkisine istinaden yapılan sözleşmeye dayanmaktadır. Dolayısıyla burada ilgili kişilerin bir dahli olmadığını kabul etmek de zor görünmektedir.

Öğretide *Henn*, tesadüfilik unsuruna çeşitli eleştiriler getirmiş, bu şartın, alacaklı ile üçüncü kişinin ilişkisi hakkında, borçlunun zorlayıcı bir bilgisizliği olarak anlaşılmaması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁹. Yazara göre¹⁵⁰, tesadüfilikten anlaşılmaması gereken, borçlu ile alacaklı arasında, belirli bir durumun sonuçları hakkında herhangi bir anlaşmanın yapılmamış olmasıdır. Nitekim yazar, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorununun, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkide tasarlanmadığını, bu durumun heteronom (dışsal) etkenlerin bir sonucu olduğunu vurgulamaktadır¹⁵¹.

Marti-Schreier da tesadüfiliğin teknik bir anlamının olmadığını ifade etmektedir¹⁵². Yazar, tesadüfilikten en fazla, borçlunun bakış açısından zararın kimde ortaya çıktığının önemli olmamasının anlaşılabileceğini ancak üçüncü kişinin zararının, alacaklının muhtemel zararından fazla olduğu hâllerde, bunun da borçlu bakımından önemli olacağını vurgulamaktadır¹⁵³. Dolayısıyla yazara göre, zararın kaymasının tesadüfi olduğuna ilişkin ikna edici bir gerekçe mevcut değildir. Bu doğrultuda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için söz konusu şartın aranmasına da gerek yoktur¹⁵⁴.

¹⁴⁵ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 461; **EREN**, İlliyet Bağı, s. 142.

¹⁴⁶ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 462; **EREN**, İlliyet Bağı, s. 143; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 103, s. 677, N. 48.

¹⁴⁷ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 461; **EREN**, İlliyet Bağı, s. 143; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 103, s. 678, N. 49.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 255.

¹⁴⁹ **HENN**, s. 34.

¹⁵⁰ **HENN**, s. 34.

¹⁵¹ **HENN**, s. 34.

¹⁵² **MARTI-SCHREIER**, N. 255.

¹⁵³ **MARTI-SCHREIER**, N. 257.

¹⁵⁴ **MARTI-SCHREIER**, N. 259.

Kanaatimizce, tesadüfilik şartı, söz kurum bakımından teknik anlamda beklenmeyen hâl olarak anlaşılmamalıdır¹⁵⁵. Bu şart, yalnızca tanımlayıcı bir karaktere sahip olup, zararın kayma sebepleriyle ilişkili olarak kullanılır¹⁵⁶. Bir önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, zararın kaymasına yol açan özel durum, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Borçlu bu ilişkiye taraf olmadığı için zarar kaymasının onun bakımından tesadüfi bir durum olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla borçlu bu tesadüfilikten herhangi bir menfaat elde etmemeli, ortaya çıkabilecek hakkaniyetsiz sonuç, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla engellenmelidir.

D. Üçüncü Kişinin Korunması Gerekliliği (*Schutzbedürftigkeit des Dritten*)

Öğretide, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için üçüncü kişinin korunması gerekliliği şartı da aranmaktadır¹⁵⁷. Üçüncü kişinin korunması gerekliliği, temel olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından aranan bir şarttır¹⁵⁸. Ancak bazı yazarlar, bu şartın dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu için de geçerli olacağını kabul etmektedir¹⁵⁹.

Bu yaklaşımın altında yatan temel sebep ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun tali niteliğidir¹⁶⁰. Nitekim ilk bölümde de detaylı bir biçimde izah

¹⁵⁵ Aynı yönde bkz. **VON GRAFFENRIED**, s. 279-280, N. 599.

¹⁵⁶ Aynı yönde bkz. **VON GRAFFENRIED**, s. 279-280, N. 599.

¹⁵⁷ **BÄRTSCHL**, s. 433; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 288, N. 511; **MARTI-SCHREIER**, N. 265 vd.; **VON GRAFFENRIED**, s. 280, N. 601.

¹⁵⁸ **ARMRÜSTER**, s. 91; **LORENZ**, Stephan; “Grundwissen: Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, Juristische Schulung (JuS), 2021, s. 819; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 732; **HÜBNER/SAGAN**, s. 743; **NEUNER**, Dritter, s. 129; **BROX/WALKER**, N. 12; **KLEIN**, Karen; “Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im deutschen Recht”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD), C. 3, S. 1, 2021, s. 19; **PLATE/GEIER**, s. 1776; **TSCHUDI**, Markus Patrick; Der Direktanpruch des Berechtigten gegenüber Dritten, **DUBEY**, Jacques/**STOCKLI**, Hubert (ed.), Schulthess Verlag, Zürich 2020, s. 411, N. 816; **VIEWEG**, s. 418; **IDEN**, s. 767; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 218; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 184; **STADLER**, Astrid; Vertrag zugunsten Dritter iç. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021, BGB § 328, N. 27; **LEE**, s. 112; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, § 2, s. 23, N. 35; **KARABAĞ BULUT**, s. 115.

¹⁵⁹ **BÄRTSCHL**, s. 433; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 288, N. 511; **MARTI-SCHREIER**, N. 265 vd.; **VON GRAFFENRIED**, s. 280, N. 601.

¹⁶⁰ **BÄRTSCHL**, s. 433; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 288, N. 511; **MARTI-SCHREIER**, N. 265 vd.; **VON GRAFFENRIED**, s. 280, N. 601; **GRUNDMANN/RENNER**, s. 385.

edildiği üzere, söz konusu kuruma gidebilmek için uygulayıcının elinde başka bir imkânın bulunmaması gerekir. Bu doğrultuda somut olay bakımından geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kapsamında değerlendirilebilecek bir husus varsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, kural olarak uygulanamaz. Bir başka deyişle, geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin araçlara başvurulabildiği takdirde, üçüncü kişinin korunması gerekliliğinden de bahsedilemez. Dolayısıyla bu hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması mümkün değildir.

Geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesinde ele alındığı üzere, borçlunun, alacaklıya veya üçüncü kişiye karşı bir talep hakkı varsa, üçüncü kişinin korunmasının gerekli olduğundan bahsedilemez. Üçüncü kişinin alacaklıya karşı talebinin olduğu hâllerde, alacaklının sorumluluk menfaati şeklinde ifade edilen bir zararı olduğu için zarar ve talep hakkının ayrışması soruna da gündeme gelmeyecektir. Keza üçüncü kişi, zararının tazminini doğrudan borçludan isteyebilecekse, bu kişinin yine korunma ihtiyacı içinde olmadığı kabul edilir.

Ancak bu noktada sözleşmeden doğan talepler ile haksız fiile ilişkin talepler arasında bir ayrım yapılmaktadır. Nitekim üçüncü kişinin borçluya karşı haksız fiilden doğan bir talebi varsa, korunma ihtiyacının devam ettiği kabul edilir¹⁶¹. Zira haksız fiile ilişkin talepler, sözleşmesel taleplere göre kusur karinesi, zamanaşımı, çalışanların davranışlarından ötürü sorumluluk gibi hâller bakımından alacaklı için dezavantajlıdır. Bu durumun tipik örneğini oluşturan koruma ilişkilerinde, alacaklı ile borçlu arasında bir sözleşme bulunurken, üçüncü kişinin de borçluya karşı haksız fiile dayanan bir talep hakkı mevcuttur. Borçlu, zararın kaymadığı ihtimalde sözleşmesel hükümlere göre sorumlu olacak iken, zarar ve talep hakkı birbirinden ayrıldığı için haksız fiilin belirli açılardan kendisi için avantajlı olan hükümlerinden faydalanma imkânını elde etmektedir. Öğretide bu durum hakkaniyete aykırı bir hâl olarak nitelendirilmiş, üçüncü kişinin

¹⁶¹ **MARTI-SCHREIER**, N. 269; **VON GRAFFENRIED**, s. 280, N. 601. Koruma ilişkileri olay grubu bakımından bu görüşü destekleyen yazarlar için bkz. **KOLLER**, Haftung, s. 310; **PERREN**, s. 77; **GOMILLE**, s. 625; **TRAUGOTT**, s. 49; **HARKE**, s. 435, N. 439; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 171, N. 2890; **LOCHER**, Horst/**LÖFFELMANN**, Peter; “Drittschadensliquidation bei Verletzung bauvertraglicher Pflichten?”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1982, s. 970; **IDEN**, s. 771; **HÄRTNER**, s. 194, N. 503; **LORENZ**, Stephan; “Grundwissen – Zivilrecht: Drittschadensliquidation”, Juristische Schulung (JuS) 2022, s. 15; **VERWEYEN**, s. 572.

borçluya karşı haksız fiile ilişkin talep hakkının olduğu hâllerde de korunma ihtiyacı içinde bulunduğu kabul edilmiştir¹⁶². Ancak bu görüş öğretilerde herkes tarafından kabul edilen bir görüş değildir. Zira bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin son çare olarak kullanılması gerektiğini, haksız fiile ilişkin bir talebin mevcut olduğu hâllerde, kurumun uygulanmasına ilişkin bir ihtiyacın da bulunmadığını kabul etmektedir¹⁶³.

Kanaatimizce sonraki başlıklarda ele alınacak koruma ilişkileri olay grubu ile sınırlı olmak üzere, üçüncü kişinin haksız fiile ilişkin taleplerinin bulunduğu hâllerde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına izin verilmelidir. Zira bu hâllerde borçlu, alacaklı ile akdettiği sözleşmeye aykırı davranışlar sergilemektedir. Zararın kaymadığı bir durumda, sözleşme hukukuna göre sorumlu olacak bu kişiyi, yalnızca zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sebebiyle kendisi bakımından daha avantajlı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmak, kurumun korumaya çalıştığı menfaati zedeleyecektir. Bu sebeple ilgili hâllerde üçüncü kişinin borçluya karşı olan haksız fiil talebi sebebiyle korunma ihtiyacı içinde olmadığını kabul etmek, hakkaniyete uygun görünmemektedir. Bunun yanında haksız fiile ilişkin talebin bulunduğu durumlarda, saf malvarlığı zararlarının tazmini de mümkün değildir. Bu da üçüncü kişinin korunması gerekliliğinin devam ettiğini göstermektedir.

Üçüncü kişinin, borçluya karşı sözleşmeden veya sözleşme benzeri borç ilişkilerinden kaynaklanan bir talep hakkının bulunduğu hâllerde durum daha berraktır¹⁶⁴. Zira bu hâllerde, üçüncü kişinin korunması gerekliliğinden bahsedilemez. Üçüncü kişinin talep hakkı, özellikle kendisi lehine tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme yapıldığı hâllerde gündeme gelir. Bu ihtimalde taraf iradeleri, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine yönelik olduğundan bu iradelere öncelik verilmeli, tali kurumlar aracılığıyla bir çözüm arayışı içine girilmemelidir¹⁶⁵.

Benzer bir durum üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından da geçerlidir. Zira üçüncü kişinin alacaklı ile borçlunun akdettiği sözleşmenin koruma alanına girdiği hâllerde, bu kişinin kendisine ait bağımsız bir talep hakkı mevcuttur. Hâl böyle iken,

¹⁶² MARTI-SCHREIER, N. 265 vd.; VON GRAFFENRIED, s. 280, N. 601.

¹⁶³ WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 380; LUTHER, s. 593 vd.; PETERSEN, s. 93, N. 17; VON SCHROETER, Haftung, s. 348.

¹⁶⁴ MARTI-SCHREIER, N. 265 vd.; VON GRAFFENRIED, s. 282, N. 607.

¹⁶⁵ MARTI-SCHREIER, N. 268; VON GRAFFENRIED, s. 282, N. 607.

alacaklı aracılığıyla tazmin imkânı öngören dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına gerek yoktur¹⁶⁶. Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilmesi için aranan şartlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna nazaran daha ağırdır. Bu da her durumda söz konusu kuruma dayalı bir çözümün mümkün olmayacağını göstermektedir. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, her iki kurumun da şartlarının sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmeli, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması mümkünse, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı vermesi sebebiyle bu kuruma öncelik tanınmalıdır. İki kurum arasındaki ilişki ilerleyen başlıklarda daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacağından şimdilik bu açıklamalarla yetinilecektir¹⁶⁷.

E. Kurumun Sözleşme ile Dışlanmaması

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için alacaklı ile borçlu arasında, bu kurumu dışlayan bir sözleşmenin bulunmaması gerektiği, hâkim öğretisi tarafından kabul edilen bir şart değildir. Ne var ki bazı yazarlar, bu tip bir sözleşmenin yapılıp yapılamayacağı noktasında fikir yürütmüşlerdir. Bu yazarlara göre¹⁶⁸, alacaklı ile borçlunun, aralarında yapacakları bir sözleşme ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını dışlayıp dışlayamayacakları, cevap bulunması gereken bir sorudur.

Bu soruyu yanıtlamak isteyen söz konusu yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini ile çok yakından ilişkili olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumundan yola çıkmaktadır. Zira alacaklı ile borçlu arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının üçüncü kişi için de etkili olup olmayacağı meselesi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından da ele alınan bir husustur. Bu noktada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasının mümkün olduğu hâllerde, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasının, üçüncü kişi bakımından da etkili olacağı

¹⁶⁶ OETKER, BGB § 249, N. 293; MARTI-SCHREIER, N. 268; VON GRAFFENRIED, s. 281, N. 605; HÜBNER/SAGAN, s. 746; TRAUGOTT, s. 100; GRUNDMANN/RENNER, s. 385; PLATE/GEIER, s. 1784; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; LANGE/SCHIEHMANN, s. 485; VON SCHROETER, Haftung, s. 349; EKKENGA, Jens/KUNTZ, Thilo; Bearbeitet von §§ 249-254 iç. Soergel Kommentar, 13. Auflage, W. Kohlhammer Verlag, 2014, Vor BGB § 249, s. 139, N. 339.

¹⁶⁷ Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, VI, C, 4.

¹⁶⁸ MARTI-SCHREIER, N. 473; VON GRAFFENRIED, s. 282, N. 608; LANGE/SCHIEHMANN, s. 481.

hâkim öğreti tarafından kabul edilmektedir¹⁶⁹. Bu kabulün altında yatan temel düşünce, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyle verilen talep hakkının, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden kaynaklandığıdır. Zira bu tip bir sözleşme (üçüncü kişinin koruma alanına dâhil olduğu sözleşme) akdedilmese, üçüncü kişinin sözleşmeden (veya sözleşme benzeri ilişki) doğan bir talep hakkı da olmayacaktır¹⁷⁰. Dolayısıyla üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı olan kişilerden daha iyi bir konumda bulunmamalı, sözleşmenin avantajlarından faydalaniyorsa, dezavantajlarına da katlanmalıdır¹⁷¹.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından ileri sürülen bu görüşlerden yola çıkan bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının, alacaklı ile borçlu arasında akdedilecek bir sözleşme ile dışlanabileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁷². Bu yazarlara göre¹⁷³, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun dışlanmasına ilişkin bir kayıt, üçüncü kişiyi hâli hazırda sahip olduğu bir haktan mahrum bırakmaz. Aksine bu yöntemle, taraf olmadığı bir sözleşme ile kendisine böyle bir hakkın verilmesi engellenir.

Kanaatimizce, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin en çetrefilli meselelerden biri, alacaklı ile borçlunun yapacakları bir sözleşme ile kurumu dışlayıp dışlayamayacakları hususudur. Zira bir taraftan borç ilişkilerinin nispiliği ilkesi, diğer taraftan da kurumun temel yapısı, söz konusu mesele hakkında doğru bir kanaate ulaşmayı oldukça zorlaştırmaktadır.

Alacaklı ile borçlunun yapacakları bir sözleşme ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu dışlamaları, üçüncü bir kişinin hukuki durumuna müdahale

¹⁶⁹ **GERNHUBER**, Joachim; Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1989, s. 533; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 198; **LARENZ**, Karl; Lehrbuch Des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teils, 14. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 1987, s. 230; **SONNENSCHNEIN**, Jürgen; “Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte -und immer neue Fragen”, Juristische Arbeitsblätter (JA), H. 5, 1979, s. 230; **PUHLE**, s. 150-151; **URBAN**, s. 161-162; **BERG**, s. 367; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 168.

¹⁷⁰ Üçüncü kişinin haksız fiile ilişkin talep hakkının bulunduğu hâllerde, söz konusu talep üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden kaynaklanmadığı için sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiilden doğan talep hakkını etkilemesi mümkün değildir. Bu hususta bkz. **SONNENSCHNEIN**, s. 230; **URBAN**, s. 162; **PUHLE**, s. 151; **BERG**, s. 367.

¹⁷¹ **GERNHUBER**, Schuldverhältnis, s. 533; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 203; **LARENZ**, s. 230; **PUHLE**, s. 150-151; **URBAN**, s. 161-162; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 168.

¹⁷² **MARTI-SCHREIER**, N. 480; **VON GRAFFENRIED**, s. 282, N. 608; **URBAN**, s. 162.

¹⁷³ **MARTI-SCHREIER**, N. 480; **VON GRAFFENRIED**, s. 282, N. 608; **URBAN**, s. 162.

edildiğine ilişkin bir şüphenin oluşmasına yol açar. Nitekim borç ilişkilerinin nispiyeti prensibi uyarınca, sözleşme akdeden kişiler, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin durumunu kötüleştiremezler¹⁷⁴. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme çerçevesinde dışlandığı hâllerde ise üçüncü kişinin hukuki durumuna, taraf olmadığı bir sözleşme ile etki edilmektedir. Ne var ki öğretide bazı yazarlarca vurgulandığı üzere¹⁷⁵, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden bağımsız bir talep hakkı söz konusu değildir. Nitekim üçüncü kişinin zararı, bu kişiler arasındaki hukuki ilişkide ileri sürülmektedir. Dolayısıyla söz konusu ilişki sebebiyle verilen bir menfaatin, yine bu ilişki tarafından geri alınabileceği düşünülmektedir.

Görüldüğü üzere, bu mesele hakkında karar vermek çok da kolay değildir. Yukarıda da bahsedildiği gibi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedeki anlayışın, kıyasen burada da uygulanması akıllara gelse de bu kurum bakımından ileri sürülen tüm görüşler, aynı eksen üzerinde ilerlememektedir. Ancak bu meseleye ilişkin temel prensiplerin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede kabul edilen temel anlayıştan türetilmesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır.

Sorumsuzluk anlaşmalarının, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile olan ilişkisini inceleyebilmek için bazı hâller arasında bir ayrım yapmak gerekir. Bu noktada ele alınması gereken ilk durum, alacaklı ile borçlu arasında yapılacak sorumsuzluk anlaşmasıdır.

Taraflar, sözleşmenin ihlalden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına, tamamen veya kısmen engel olabilecek nitelikte bir sorumsuzluk anlaşması akdedebilir¹⁷⁶. Söz konusu anlaşma, bağımsız olabileceği gibi asıl sözleşmeye ek olarak da yapılabilir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ **VON TUHR/PETER**, s. 9; **EREN**, Genel Hükümler, s. 18, N. 52.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 22, N. 73; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 16, N. 90; **MARTI-SCHREIER**, N. 73; **NEUNER**, Dritter, s. 127.

¹⁷⁵ **MARTI-SCHREIER**, N. 480; **VON GRAFFENRIED**, s. 282, N. 608.

¹⁷⁶ **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 100, s. 495, N. 8; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 185, N. 24.09; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 132, N. 2825; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 878 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1228, N. 3387; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 431, N. 1349.

¹⁷⁷ **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 100, s. 495, N. 8; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 185, N. 24.09; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 132, N. 2825;

Sorumsuzluk anlaşması, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansımasıdır¹⁷⁸. Ancak bu özgürlük, sınırları olmayan bir özgürlük değildir. Nitekim TBK m. 115/f. I hükmünde, borçlunun borçlanmış olduğu edimi ağır kusuruyla yerine getirmediği hâllerde, önceden yapılan sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Borçlunun hafif kusurundan ötürü sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları ise, kural olarak geçerlidir¹⁷⁹. Ancak bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır. Nitekim anlaşmanın yapıldığı sırada alacaklı, hizmet sözleşmesi uyarınca borçlunun hizmetinde bulunuyorsa veya borçlunun sorumluluğunu doğuran faaliyet, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağını öngören anlaşmaların kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir (TBK m. 115/f. II-III).

Kanunda öngörülen söz konusu düzenlenmelerden hareketle, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bulunduğu hâllerde, alacaklı ile borçlu arasında kanundaki sınırlamalara uymak kaydıyla, sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği sonucuna ulaşılabilir. Söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye olan tesiri bakımından ise hâkim öğretinin yaklaşımı makul görünmektedir. Zira üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruyucu alanına dâhil olmaktadır. Nasıl ki bu alana dâhil olmaktan ötürü çeşitli menfaatler elde ediyorsa, dâhil olduğu alanın sınırlamalarına da katlanmak durumundadır.

Ancak bu görüş de öğretide çeşitli yönleriyle eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu yaklaşımı eleştiren yazarlara göre¹⁸⁰, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi olması itibarıyla, asıl sözleşme ile olan bağına koparmıştır. Bir başka deyişle, üçüncü kişinin talep hakkı, koruma alanına dâhil olduğu sözleşmeden belirli ölçüde bağımsızlaşmıştır. Dolayısıyla bu sözleşmede

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 878 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1228, N. 3387; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 431, N. 1349.

¹⁷⁸ **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 100, s. 495, N. 8; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 185, N. 24.09; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 132, N. 2825; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 878 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1228, N. 3387; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 431, N. 1349.

¹⁷⁹ **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 100, s. 495, N. 8; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 185, N. 24.09; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 132, N. 2825; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 878 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1228, N. 3387; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 431, N. 1349.

¹⁸⁰ **SEROZAN**, Edim, s. 120-121, dpn. 34.

kararlaştırılan bir sorumsuzluk anlaşmasının, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden kaynaklanan talep hakkını etkilemesi mümkün değildir.

Kanaatimizce bu görüşü benimsemek çok da kolay değildir. Zira gerçekten de üçüncü kişi, başka bir sözleşmenin koruma alanına dahil edilip talep hakkını kazanıyorsa, bu sözleşmedeki sınırlamalara tabi olmalıdır. Elbette ki bu sözleşmede kararlaştırılan sınırlamalar, TBK m. 115'te düzenlenen geçerlilik şartlarına uygun olarak düzenlenmelidir¹⁸¹. Aksi bir durumda, alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşması da geçerli olmayacaktır. Bu da söz konusu anlaşmanın üçüncü kişinin talebini etkilemeyeceği anlamına gelir.

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından ele alınması gereken diğer durum ise, alacaklı ile borçlunun yapacakları anlaşma vasıtasıyla, yalnızca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasını engelleyip engelleyemeyecekleri meselesidir.

Öğretide bir görüş¹⁸², diğer sorumsuzluk kayıtlarında olduğu gibi bu kaydın da üçüncü kişiye karşı etkili olabileceği fikrini taşımaktadır. Bu yazarların hareket noktası, yukarıda belirtilen hâllerle aynıdır. Nitekim burada da üçüncü kişinin, koruma alanına dâhil olduğu sözleşmenin sınırlamalarına katlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Bu görüşü eleştiren yazarlar ise¹⁸³, borçlunun yalnızca üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu sınırlayan bir anlaşmanın, dürüstlük kuralların aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını ifade etmektedir.

Kanaatimizce, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin dışlanmasını mümkün gören görüşlerin yaklaşımı daha tutarlı görünmektedir. Ancak karşıt görüşü inşa eden yazarların da haklı olduğu bazı hususlar da gözden kaçırılmamalıdır. Zira bu tip bir anlaşmanın üçüncü kişiye etki etmesi, kurumun amaçladığı şeyi ortadan kaldırma anlamına gelebilir. Bu noktada iki görüşün de belirli yönleri benimsenerek, makul bir yaklaşım geliştirilmelidir.

Öncelikle, alacaklı ile borçlunun bu tip bir anlaşma yapabileceği kabul edilmelidir. Her ne kadar borç ilişkilerinin nispiliği ilkesi, üçüncü kişilerin durumunun kötüleştirilmemesi gerektiğini ifade etse de üçüncü kişinin söz konusu sözleşmenin

¹⁸¹ Aynı yönde bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 168.

¹⁸² **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 168; **ERTEN**, Ali; Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, s. 191.

¹⁸³ **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 198; **PUHLE**, s. 151; **LARENZ**, s. 229; **URBAN**, s. 162; **KARABAĞ BULUT**, s. 128. Öğretide *Berg*, yapılan sorumsuzluk anlaşmasının ahlaka aykırı olup olmadığının her durumda kontrol edilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır (**BERG**, s. 367).

koruma alanına dahil olarak talep hakkı kazandığı düşünülürken, bu tip bir sözleşmenin yapılmasının da mümkün olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. İkinci bir nokta olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, niteliği itibarıyla istisnai bir kurum olup, bu kurumun emredici düzenlemeler getiren bir ilişki olarak değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁸⁴. Dolayısıyla alacaklı ile borçlunun, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi dışlaması mümkün olmalıdır. Bu nitelikteki bir anlaşmanın dürüstlük kuralın aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağını kabul etmek de kolay değildir. Zira Kanun'da hangi sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bunun dışında temel kural, sözleşme özgürlüğüdür. Nitekim TBK m. 27'de, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bahse konu ihtimalde, burada düzenlenen hususların kapsamına giren bir durum söz konusu değildir (en azından ilk görünüşte). Bu sebeple, ilgili hâllerde dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ancak bu noktada TBK m. 115'te düzenlenen geçerlilik şartlarının sağlanıp sağlanmadığından hareketle bir değerlendirme yapılabilir. Zira bu ihtimalde yapılacak olan sorumsuzluk anlaşması, borçlunun üçüncü kişilere karşı hiçbir sorumluluğu olmayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla borçlunun hafif kusuru ile ağır kusuru arasında bir ayırım yapılması söz konusu değildir. Bu itibarla böyle bir kayıt, yalnızca hafif kusurdan doğan sorumluluğun ortadan kaldırılması şeklinde anlaşılmalıdır¹⁸⁵. Dolayısıyla borçlunun ağır kusurunun olduğu hâllerde, sorumluluğa da devam edecektir¹⁸⁶. Bu ihtimalde ağır kusurunun bulunmadığını, TBK m. 112'de düzenlenen kusur karinesi uyarınca borçlu ispat etmelidir. Bir başka deyişle, borçlunun ağır kusurlu olduğuna ilişkin ispat yükü, üçüncü kişi üzerinde bırakılmamalıdır¹⁸⁷.

Buraya kadar yapılan açıklamalar dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile benzer durumları ele alan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu bakımından yapılmıştır. Burada belirlenen ilkelerin, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından da uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

¹⁸⁴ TANDOĞAN, Tazmin, s. 168.

¹⁸⁵ BECKER, OR Art. 100, s. 513, N. 3; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 456; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 432-433, N. 1351.

¹⁸⁶ BECKER, OR Art. 100, s. 513, N. 3; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 456; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 432-433, N. 1351.

¹⁸⁷ BECKER, OR Art. 100, s. 513, N. 3; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 456; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 432-433, N. 1351.

Hatta dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunda, alacaklı vasıtasıyla bir tazmin imkânı öngörüldüğünden, üçüncü kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye olan bağımlılığı çok daha fazladır¹⁸⁸. Dolayısıyla yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmayacağını öngören bir sözleşmenin, üçüncü kişiye de etki etmesi mümkündür. Bu etki, alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini talep edememesi şeklinde somutlaşacaktır. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının, TBK m. 115'te öngörülen şartları sağlaması gerekmektedir. Aksi takdirde sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacak ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının önünde bir engel de kalmayacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak *Marti-Schreier* tarafından ileri sürülen bir görüşe de dikkat çekmek gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, alacaklı ile borçlunun yapacağı bir sözleşme ile dışlanabileceğini düşünen *Marti Schreier*¹⁸⁹, bu durumun bir sonucu olarak her durumda zararın üçüncü kişi tarafından üstlenilmeyeceğine vurgu yapmaktadır. Nitekim yazara göre¹⁹⁰ alacaklı, kurumun uygulanmasını dışlayarak üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini engellemektedir. Bu noktada alacaklı, borçlu ile akdettiği sözleşmedeki menfaatin üçüncü kişiye ait olduğunun ve borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesinin bir sonucu olarak üçüncü kişinin zarar göreceğinin farkındaysa, üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olabilir. Dolayısıyla bu ihtimalde üçüncü kişi, zararlarının tazminini alacaklıdan talep edebilecektir.

Marti-Schreier'in bu yaklaşımı oldukça kıymetlidir. Zira sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişi üzerindeki olası olumsuz etkisi, bu tip bir yaklaşımla yumuşatılabilir. Bu kapsamda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile dışlandığı hâllerde, alacaklının üçüncü kişiye karşı olan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği kontrol edilmelidir. Alacaklının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılsa, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi de ortaya çıkmayacaktır.

¹⁸⁸ Aynı yönde bkz. **URBAN**, s. 162.

¹⁸⁹ **MARTI-SCHREIER**, N. 482.

¹⁹⁰ **MARTI-SCHREIER**, N. 482.

F. Öngörülebilirlik? (*Erkennbarkeit*)

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için borçlunun üçüncü kişinin zararını önceden öngörmesi gerektiği gibi bir şart aranmamaktadır¹⁹¹. Bunun sebebi, borçlunun sorumluluk riskinde bir artışın olmadığı düşüncesidir. Nitekim bu kurumun uygulandığı hâllerde, tipik olarak alacaklıda ortaya çıkması gereken zarar, üçüncü bir kişiye kaymaktadır. Eğer bu durumun öngörülebilir olmaması sebebiyle borçlunun sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınırsa, kurumun inşa etmeye çalıştığı temel düşünce boşa çıkarılacaktır. Tüm bu sebeplerle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin aksine, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından öngörülebilirlik şartı aranmamaktadır.

Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar, öngörülebilirliğin dikkate alınabileceği hâllerin de olduğunu düşünmektedir. Bu yazarlara göre¹⁹², öngörülebilirlik, tazminatın belirlenmesi aşamasında bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunda tazminatın belirlenmesi meselesi üçüncü bölümde ele alınacağı için şimdilik bu açıklamalarla yetinilecektir.

V. OLAY GRUPLARI

A. Kurumun Gelişiminde Olay Gruplarının Önemi

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, belirli olay grupları bakımından uygulama alanı bulan bir kurumdur. Borçlar hukukunun temel prensiplerinden biri olan alacaklının menfaati dogmasına istisna getirmesi, bu kurumun uygulanmasının belirli olay grupları ile sınırlandırılması gerektiği anlayışının yerleşmesine sebep olmuştur.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceği olay gruplarını sistematik bir şekilde ortaya koyan ilk kişi, *Hans Täger*'tir. *Täger* 1938 yılında kaleme aldığı "*Die Geltendmachung des Drittschadens*" (*Üçüncü Kişinin Zararının Talep Edilmesi*) başlıklı eserinde, olay gruplarını sistematik bir biçimde inşa etmiştir¹⁹³. Yazarın bunu yapmasındaki temel motivasyonu, olay grupları üzerinden

¹⁹¹ REINHARDT, s. 129; TÄGERT, s. 36; MARTI-SCHREIER, N. 260; OETKER, BGB § 249, N. 298; HÜBNER/SAGAN, s. 745; VON GRAFFENRIED, s. 283, N. 610; TANDOĞAN, Tazmin, s. 306; KOLLER, Haftung, s. 308.

¹⁹² VON GRAFFENRIED, s. 283, N. 610; KOLLER, Haftung, s. 308.

¹⁹³ TÄGERT, s. 36 vd.

zararın kaydığı durumların fotoğrafını çekmektir. *Tägers* bu amaçla, zararın alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kaydığı, bir başka deyişle zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı altı olay grubu belirlemiştir¹⁹⁴.

Söz konusu olay gruplarından ilki, *Tägers*'in “başkasının menfaatine hareket etme” şeklinde adlandırdığı¹⁹⁵, dolaylı temsil hâlleridir. Yazar ikinci olay grubu olarak hasar riskinin geçişini düzenleyen kurallardan ötürü, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâlleri incelemektedir. *Tägers*'in ele aldığı bir diğer olay grubu, başkasının malının ve şahsının korunması hâlleridir. *Tägers*'in olay grupları içinde değerlendirdiğı son hâl ise zincirleme sözleşmeleridir. Yazar, zincirleme sözleşmelerde imkânsızlık ve temerrüt ile ayıptan doğan sorumluluk hâlleri arasında ikili bir ayırım yapmış, bu hâlleri bağımsız olay grubu olarak değerlendirmiştir¹⁹⁶.

Hiç şüphesiz dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun bugünkü görünümüne kavuşmasında, *Tägers*'in olay gruplarını sistematize etmesinin katkısı çok büyüktür. Zira bu sayede zararın alacaklıdan üçüncü bir kişiye doğru kaydığı hâller, zararın alelade bir şekilde ortaya çıktığı diğer hâllerden (*gewöhnlichen Schadensfällen*)¹⁹⁷ ayırt edilmiştir. Ne var ki *Tägers*'in geliştirdiğı söz konusu yaklaşım, zaman içerisinde bazı değişimlere maruz kalmıştır. Öncelikle kurumun zincirleme sözleşmeler bakımından uygulanmayacağına yönelik bir anlayış gelişmiş ve zamanla bu anlayış hâkim konuma gelmiştir¹⁹⁸. Bunun yanında üçüncü kişinin şahsının korunması olarak adlandırılan durumlarda, bu kişinin uğradığı zararın şahıs varlığı zararı olması sebebiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanması gerektiğı kabul edilmiştir¹⁹⁹.

Söz konusu gelişmelerin ardından, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şu dört olay grubu bakımından uygulanabileceğı genel olarak kabul

¹⁹⁴ *Tägers*'in belirlediğı olay grupları hakkında bkz. **TÄGERT**, s. 38 vd.

¹⁹⁵ **TÄGERT**, s. 40 vd.

¹⁹⁶ **TÄGERT**, s. 47 vd.

¹⁹⁷ Bu kavram hakkında bkz. **HENN**, s. 28.

¹⁹⁸ **MARTI-SCHREIER**, N. 193; **BÄRTSCHI**, s. 446-447; **PERREN**, s. 80; **OETKER**, BGB § 249, N. 308; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 386.

¹⁹⁹ Ancak zamanla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin yalnızca şahıs varlığı zararları bakımından uygulanması gerektiğı anlayışı da terk edilmiştir. **OETKER**, BGB § 249, N. 291; **HÜBNER/SAGAN**, s. 744; **TRAUGOTT**, s. 95; **VON GRAFFENRIED**, s. 294, N. 634; **IDEN**, s. 767; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 217; **PUHLE**, s. 56; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 482.

edilmektedir²⁰⁰. Bunlar; dolaylı temsil (*Mittelbare Stellvertretung*), hasar riskinin geçtiği hâller (*Obligatorische Gefahrentlastung*), koruma ilişkileri (*Obhutsverhältnisse*) ve inançlı işlemlerdir (*Treuhandverhältnisse*).

Çalışmanın bu başlığında öğretilerde genel olarak kabul gören söz konusu dört olay grubu ele alınacaktır. Ardından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı olay gruplarının sınırla sayıda olup olmadığı meselesi değerlendirilecektir. Söz konusu değerlendirmeyi takiben, kurumun uygulanmasının tartışıldığı diğer olay grupları üzerinde durulacaktır.

B. Genel Olarak Kabul Gören Olay Grupları

1. Dolaylı Temsil (*Mittelbare Stellvertretung*)

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı olay gruplarından ilki, dolaylı temsil ilişkileridir²⁰¹. Borçlar hukuku sistemimizde temsil denilince akla ilk gelen temsil türü, TBK m. 40 vd. hükümlerinde düzenlenen “*doğrudan temsil*” (*unmittelbare stellvertretung*) kurumudur. Doğrudan temsilde, bir kişi, sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak başkasının ad ve hesabına hukuki işlem

²⁰⁰ ARMBRÜSTER, s. 86 vd.; PERREN, s. 67 vd.; FLUME, BGB § 249, N. 368 vd.; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733 vd.; TRAUGOTT, s. 19 vd.; PUHLE, s. 76 vd.; VON CAEMMERER, s. 356 vd.; BROX/WALKER, N. 26; FATZER, Peter Kurt; Sachgewährleistung beim Finanzierungsleasing von mobilen Investitionsgütern, Zürich 1999, s. 69; LEE, s. 92.

²⁰¹ MARTI-SCHREIER, N. 155; BÄRTSCHI, s. 435; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 208; PERREN, s. 68; GOMILLE, s. 624; OETKER, BGB § 249, N. 296; WEISS, s. 11; BREDEMAYER, s. 105; FLUME, BGB § 249, N. 369; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; PETERSEN, s. 92, N. 16; GOERTH, s. 29; TRAUGOTT, s. 21; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 612; VON GRAFFENRIED, s. 306, N. 657; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 287-288, N. 507; BROX/WALKER, N. 22; EBERT, BGB § 249, s. 929, N. 126; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 169, N. 2883; PLATE/GEIER, s. 1781; TSCHUDI, s. 428, N. 844; VIEWEG, s. 416; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.24; IDEN, s. 770; HÄRTNER, s. 194, N. 503; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 14; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 20; PUHLE, s. 77; LANGE/SCHIEHMANN, s. 466; BRÖMMELMEYER, s. 351, N. 33; VON CAEMMERER, s. 356; VON SCHROETER, Haftung, s. 346; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 141, N. 347; TÄGERT, s. 40; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 350; LEE, s. 92; FATZER, s. 69; MEDICUS/LORENZ, N. 32; TANDOĞAN, Tazmin, s. 129 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; SEROZAN, Borçlar, § 16, s. 281-282, N. 7; ATAMER, s. 121.

yapmaktadır²⁰². Bu ilişkide kendi ad ve hesabına işlemler yapılan kişi, “*temsil olunan*” (*der Vertretene*), başkası ad ve hesabına işlem yapan kişi de “*temsilci*” (*der Vertreter*) olarak adlandırılır²⁰³. Temsilin gündeme geldiği hâllerde, temsilci ve temsil olunan dışında bir kişi daha bulunmaktadır. Temsilcinin hukuki işlem yaptığı bu kişiye de “*üçüncü kişi*” (*Dritter*) adı verilir²⁰⁴.

Bir kimse herhangi bir hukuki işlem yaptığı hâllerde asıl olan, o kişinin söz konusu işlemi “*kendi adına*” yapmış olmasıdır²⁰⁵. Bu kuralın bir sonucu olarak yapılan hukuki işlemin sonuçları, işlemi yapan kişiye ait olur. Bir başka deyişle, yaptığı hukuk işleminden doğan haklar ve borçlar onun hukuki alanında doğar. Bu doğrultuda, bir kişinin yaptığı hukuki işlemin sonuçlarının, başka bir kişiye ait olabilmesi için işlemi yapan kişinin,

²⁰² JEAN-PHILIPPE, Klein; Stellvertretung iç. Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, OR Art. 32, s. 112, N. 46; ZÄCH, Roger/KÜNZLER, Adrian; Stellvertretung iç. Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2014, OR Art. 32, s. 52, N. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 342, N. 1307; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 338, N. 40.01; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 633, N. 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; EREN, Genel Hükümler, s. 491, N. 1323; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 234, N. 670; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 244, N. 640; AKYOL, Şener; Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 46.

²⁰³ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 95 vd., N. 1 vd.; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 52, N. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 342, N. 1309; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 338, N. 40.02; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 622, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; EREN, Genel Hükümler, s. 491, N. 1324; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 223, N. 666; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 244, N. 639; AKYOL, Temsil, s. 45.

²⁰⁴ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 95 vd., N. 1 vd.; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 52, N. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 342, N. 1309; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 338, N. 40.02; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 622, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; EREN, Genel Hükümler, s. 492, N. 1324; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 223, N. 666; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 244, N. 639; AKYOL, Temsil, s. 45.

²⁰⁵ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 54, N. 115.; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 60, N. 39; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 345, N. 1328; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 342, N. 41.03; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, s. 675-676, N. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 186; EREN, Genel Hükümler, s. 497, N. 1342; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 226-227, N. 679; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 251, N. 664; AKYOL, Temsil, s. 183.

başkası adına hareket ettiğini karşı tarafa bildirmesi gerekir²⁰⁶. Bu durum TBK m. 40/f. II’de de hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, temsilci, hukuki işlem yaparken bu sıfatını karşı tarafa bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olacaktır. Doğrudan temsilin var olabilmesi için gerekli olan bu ilkeye, “*açıklama ilkesi*” (*offenheitsprinzip*) adı verilir²⁰⁷. Temel kural bu olmakla birlikte, hükmün devamında bu kuralın istisnasına da yer verilmiştir. Buna göre, karşı taraf, bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyorsa ya da hukuki işlemin kim tarafından yapıldığı farksız ise hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur (TBK m. 40/f. II).

Doğrudan temsilde yapılan hukuki işlemin sonuçları, ikinci bir işlem yapmaya gerek olmaksızın temsil olunan kişinin hukuki alanında doğar²⁰⁸. Nitekim TBK m. 40/f. I hükmünde, yetkili bir temsilci tarafından başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçlarının, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlayacağı düzenlenmiştir.

Gerçek anlamda temsili ifade eden doğrudan temsilin dışında, TBK (m. 532 vd. düzenlenen komisyon sözleşmesi) ve TTK’nın (TTK m. 917 vd. taşıma işleri komisyonculuğu) farklı maddelerinde dağınık bir biçimde düzenlenen dolaylı temsil kurumu da bulunmaktadır. Doğrudan temsilden farklı olarak dolaylı temsilde, hukuki

²⁰⁶ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 54, N. 115.; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 60, N. 39; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 345, N. 1328; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 342, N. 41.03; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, s. 675-676, N. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 186; EREN, Genel Hükümler, s. 497, N. 1342; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 226-227, N. 679; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 251, N. 664; AKYOL, Temsil, s. 183.

²⁰⁷ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 54, N. 115.; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 60, N. 39; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 345, N. 1328; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 342, N. 41.03; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, s. 675-676, N. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 186; EREN, Genel Hükümler, s. 497, N. 1342; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 226-227, N. 679; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 251, N. 664; AKYOL, Temsil, s. 183.

²⁰⁸ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 90, N. 147.; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 53, N. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 342, N. 1307; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 344, N. 41.09; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 47, s. 675-676, N. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 186; EREN, Genel Hükümler, s. 497, N. 1342; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 226-227, N. 679; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 251, N. 664; AKYOL, Temsil, s. 183.

işlem temsilci adına, temsil olunan hesabına yapılmaktadır²⁰⁹. Bu yönüyle dolaylı temsilde açıklama ilkesinin varlığından da bahsedilemez²¹⁰. Temsilcinin başkası adına hareket ettiğini karşı tarafa bildirmediği bu hâllerde, yapılan hukuki işlemin sonuçları temsil olunan kişinin değil, temsilcinin hukuki alanında doğmaktadır (TBK m. 40/f. II). Bir başka deyişle, dolaylı temsilde temsilci, yaptığı hukuki işlemin tarafı hâline gelmektedir. Dolayısıyla nihai amaca ulaşabilmek için bu kişinin yaptığı hukuki işlemde doğan hak ve borçları, ayrı bir işlemle temsil olunan kişiye devretmesi gerekir²¹¹. Bu durum temsil kurumunun temel mantığı ile uyuşmadığı için dolaylı temsil, “*gerçek olmayan temsil*” (*unechte Stellvertretung*) olarak da adlandırılmaktadır²¹².

Dolaylı temsilde temsilci, sözleşmenin tarafı olmakla birlikte, söz konusu işlem üçüncü bir kişinin hesabına yapıldığı için sözleşmeye aykırı davranışların ekonomik sonuçları, temsil olunan kişiyi etkilemektedir. Temsil olunan kişi, sözleşmeye taraf olmadığından bu sözleşme bakımından üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılığın gündeme geldiği hâllerde, üçüncü kişinin zararı ortaya

²⁰⁹ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 145, N. 116; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 96, N. 165; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 366, N. 1426; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 339, N. 40.04; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 632, N. 14; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; EREN, Genel Hükümler, s. 494, N. 1332; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 223, N. 667; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 245, N. 642; YAVUZ, s. 16 vd.; AKYOL, Temsil, s. 46.

²¹⁰ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 145, N. 116; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 96, N. 167; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 366, N. 1426; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 339, N. 40.04; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 632, N. 14; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 245, N. 642; YAVUZ, s. 16 vd.; AKYOL, Temsil, s. 46.

²¹¹ JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 145, N. 116; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 101, N. 178; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 366, N. 1427; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 339, N. 40.04; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 632, N. 14; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167-168; EREN, Genel Hükümler, s. 494, N. 1332; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 224, N. 668; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 245, N. 642; YAVUZ, s. 16 vd.; AKYOL, Temsil, s. 46. Ayrıca bkz. TBK m. 40/f. III.

²¹² JEAN-PHILIPPE, OR Art. 32, s. 145, N. 116; ZÄCH/KÜNZLER, OR Art. 32, s. 96, N. 165; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 366, N. 1426; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 339, N. 40.04; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 45, s. 633, N. 15; EREN, Genel Hükümler, s. 494, N. 1332; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 245, N. 642; YAVUZ, s. 16 vd.

çıkılmaktadır. Temsilcinin zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurunun bulunmadığı durumlarda, sorumluluğu da bulunmayacağından, söz konusu ilişki sebebiyle üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelecektir.

Bu noktada birinci bölümde verilen örneği hatırlatmakta fayda vardır. Söz konusu örnek olaya göre, (A), (B) 'nin dolaylı temsilcisi olarak (C) ile kendi adına, (B) hesabına bir sözleşme akdetmiş, ancak (C) bu sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemiştir. (A), (C) 'ye karşı gereği gibi ifa etmeme sebebiyle tazminat davası açmıştır. (C), (A) 'nın dolaylı temsilci olduğunu öğrenmiş ve bu olayda sözleşmeyi başkası hesabına akdettiği için herhangi bir zararının bulunmadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), zararları için dava açmış, o da sözleşmeye taraf olunmadığı itirazıyla karşı karşıya gelmiştir.

Örnek olayda da gösterildiği üzere, talep hakkına sahip olan kişinin zararı bulunmazken, zararı bulunan kişinin ise borçluya karşı herhangi bir talep hakkı bulunmamaktadır. Bu da zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması anlamına gelir. Normal şartlarda sözleşmeye aykırılıktan ötürü doğan zararın, alacaklı olarak adlandırılan (A) kişisinde ortaya çıkması gerekirdi. Ancak bu zarar, dolaylı temsil ilişkisinin doğası itibarıyla üçüncü bir kişiye kaymış ve zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması problemi gündeme gelmiştir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ise tam da problemi çözmek adına geliştirilmiş ve söz konusu kurum vasıtasıyla üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilmiştir.

Bu noktada, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, dolaylı temsil hâlleri bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin detaylı bir şekilde ele alınması gerekir. Zira somut olay bakımından kurumun uygulanmasına ilişkin işaretlerin bulunması, hiçbir inceleme yapmaksızın söz konusu kurumun uygulanmasının kabulü anlamına gelmemektedir. Bu noktada Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki genel yaklaşımların incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Dolaylı temsil ilişkileri, Alman hukukunda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı ilk olay grubu olma özelliğini taşımaktadır²¹³. Kurumun

²¹³ GOMILLE, s. 624; OETKER, BGB § 249, N. 296; WEISS, s. 11; BREDEMEYER, s. 105; FLUME, BGB § 249, N. 369; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 733; PETERSEN, s. 92, N. 16; GOERTH, s. 29; TRAUGOTT, s. 21; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 612; BROX/WALKER, N. 22; EBERT, BGB § 249, s. 929, N. 126; PLATE/GEIER, s. 1781; TSCHUDI, s. 428, N. 844; VIEWEG, s. 416; IDEN, s. 770; HÄRTNER, s. 194, N. 503; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 14; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 20; PUHLE, s. 77; LANGE/SCHIEMANN, s. 466; BRÖMMELMEYER, s. 351, N. 33;

bu olay grubu bakımından yüz yılı aşkın bir süredir uygulama alanı bulması, bu hususta örf ve âdet hukukunun oluştuğuna ilişkin bir görüşün yerleşmesine sebep olmuştur²¹⁴. Bu anlayışın bir sonucu olarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun dolaylı temsil hâllerinde uygulanabileceği hususunda geniş tabanlı bir ittifak sağlanmıştır. Öyle ki kurumun uygulanması noktasında genel bir ihtiyacın bulunmadığını savunan bazı yazarlar bile, dolaylı temsil hâllerini istisna olarak kabul etmiş, bu türden ilişkilerin gündeme geldiği hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan faydalanılabileceğini vurgulamıştır²¹⁵.

Kurumun uygulanması noktasında çöl gibi olduğu söylenen İsviçre hukukunda da benzer bir anlayışın hâkim olduğu görülmektedir²¹⁶. Nitekim Alman hukukunda olduğu gibi kuruma mesafeli yaklaşan yazarlar dahi, dolaylı temsil hâllerinde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceği fikrini taşımaktadır²¹⁷.

Türk hukuku bakımından ise kurumu inceleyen eserlerin azlığı, dolaylı temsile ilişkin tartışmalara da yansımaktadır. Söz konusu yetersizliğe rağmen *Tandoğan*²¹⁸ ve *Yavuz'un*²¹⁹ bu husustaki değerlendirmelerinden yararlanmak mümkündür.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kavramının inşasında önemli bir rol oynayan *Tandoğan*, dolaylı temsilin, kurumun uygulama alanlarının başında geldiğini ifade etmektedir. Yazara göre²²⁰, borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığı hâllerde, dolaylı

EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 141, N. 347; **TÄGERT**, s. 40; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN**, BGB § 249, N. 350; **MEDICUS/LORENZ**, N. 32.

²¹⁴ **GOMILLE**, s. 624; **OETKER**, BGB § 249, N. 296; **FLUME**, BGB § 249, N. 375; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 733; **LOCHER/LÖFFELMANN**, s. 970; **LANGE/SCHIAMANN**, s. 467; **LEE**, s. 94.

²¹⁵ **HAGEN**, s. 285.

²¹⁶ **MARTI-SCHREIER**, N. 155; **BÄRTSCHL**, s. 435; **ARMBRÜSTER**, s. 86; **KOLLER**, Haftung, s. 208; **PERREN**, s. 68; **VON GRAFFENRIED**, s. 306, N. 657; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 287-288, N. 507; **EBERT**, BGB § 249, s. 929, N. 126; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 169, N. 2883; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 98, N. 14.24; **IDEN**, s. 770; **HÄRTNER**, s. 194, N. 503; **VON CAEMMERER**, s. 356; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 346.

²¹⁷ Bu yazarlar için bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 99, N. 14.26; **HUGUENIN**, s. 494, N. 1601; **PERREN**, s. 81.

²¹⁸ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 129 vd.

²¹⁹ **YAVUZ**, s. 212 vd.

²²⁰ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 132.

temsilci olan alacaklının herhangi bir zararı bulunmuyorsa, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkacaktır. Zira sözleşmeye taraf olduğu için talep hakkına sahip olan alacaklının (temsilcinin), herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Hesabına işlem yapılan üçüncü kişi de zarar görmesine karşın, ilişkiye taraf olmadığı için talep hakkına sahip değildir. Zarar ve talep hakkının bu şekilde birbirinden ayrılması, hakkaniyete aykırı bir sonuç olup, bu sonucun düzeltilmesi gerekmektedir. İşte bu noktada Alman hukukunda kabul gören dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan faydalanılmalı, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine imkân sağlanmalıdır.

Tandoğan bu çalışmada benimsenen sistematığe benzer şekilde, öncelikle alacaklının (temsilcinin) sorumluluk menfaatinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır²²¹. Yazarın incelediği bir diğer husus ise sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü, alacaklının ücrete ilişkin bir kayba uğrayıp uğramayacağı meselesidir. Nitekim dolaylı temsil hâllerinde, temsilcinin işlem yaptığı kişinin borcunu ifa etmemesi, temsilci bakımından ücret talep etme hakkının önünde bir engel teşkil edebilir. Bu hususta dolaylı temsilin bir türü olarak kabul edilen komisyon sözleşmesinden faydalanılabilir.

Alım veya satım komisyonculuğunda komisyoncunun ücret isteme hakkını düzenleyen TBK m. 539 hükmüne göre, komisyoncu, ücretinin ödenmesini kendisine verilen işi yapınca isteyebileceği gibi, işin yapılmaması vekâlet verene yükletilebilen bir sebepten kaynaklanması hâlinde de isteyebilir. Başka sebeplerle işin yapılamaması durumunda ise ancak emeğinin yerel âdete göre belirlenecek karşılığını isteyebilecektir. Söz konusu hükmün lafzından, komisyoncunun dolaylı temsilci olarak sözleşmenin kurulmasını sağladığı anda ücrete hak kazanacağı akıllara gelebilir. Ancak hâkim öğretinin isabetli bir şekilde vurguladığı üzere, ücret talep etme hakkının doğabilmesi için sözleşme yaptığı kişinin sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmesi gerekir²²². Üçüncü

²²¹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 131.

²²² **GAUTSCHI**, Georg; Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 iç. Berner Kommentar, **BECKER**, Hermann (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1962, Art. 432, s. 73, N. 3a; **HUGUENIN**, s. 1167, N. 3447; **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 399; **MOSKRICH**, Elisabeth; OR Kommentar iç. Orell Füssli Kommentar, **KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta/**WOLF**, Stephan/**AMSTUTZ**, Marc/**FANKHAUSER**, Roland (ed.), 4. Auflage, 2023, Art. 432, s. 1408, N. 3; **SEÇER**, Öz; Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 392; **DOĞAN**, Murat; Komisyon Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ**, M. Turgut (ed.),

kişinin zararının tazmini problemi bağlamında değerlendirildiğinde, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları, alacaklının (dolaylı temsilci) ücret talep etme hakkının önüne geçebilir. Bu da alacaklının kendi zararının ortaya çıktığı anlamına gelmektedir.

Tandoğan, bu hususta sorumluluk menfaatine ilişkin yaklaşımından ayrılmaktadır. Nitekim yazara göre, alacaklının ücrete ilişkin menfaati, çoğu durumda üçüncü kişinin zararından daha az olacaktır²²³. Alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla ücret hakkını kaybettiği hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmazsa, alacaklı yalnızca ücretinin kaybından ötürü borçludan talepte bulunabilecek, üçüncü kişinin zararı ise tazmin edilmeksizin varlığını sürdürecektir. Bazı hâllerde ise alacaklının ücretinin kaybedilmesine ilişkin bir menfaati de bulunmamaktadır. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, alacaklının ücretini kaybettiği gerekçesiyle kurumun uygulanmasından vazgeçilmemelidir.

Benzer bir yaklaşım, hapis hakkına ilişkin menfaatin (*Retentionsinteresse*) kaybı bakımından da geçerlidir²²⁴. Alım veya satım komisyonculuğunda komisyoncunun hapis hakkının düzenlendiği TBK m. 541'de, komisyoncunun sattığı malın bedeli ve satın aldığı mal üzerinde hapis hakkının bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Komisyoncunun sözleşme yaptığı kişinin söz konusu sözleşmeye aykırı davranması, alacaklının üçüncü kişiye karşı olan hapis hakkını kullanamaması sonucunu doğurabilir. Ancak ücret bakımından yapılan değerlendirmeler, hapis hakkına ilişkin menfaatler bakımından da geçerlidir. Nitekim bu menfaat de ya üçüncü kişinin zararından daha azdır ya da böyle bir menfaat hiç bulunmamaktadır. Hâl böyle iken üçüncü kişinin zararının tazmininden vazgeçilmemeli, kurum bu ihtimaller bakımından da uygulanmaya devam edilmelidir²²⁵.

Tandoğan, ilk bölümde incelenen bazı kanun hükümleri hakkında da değerlendirmelerde bulunmuş, söz konusu hükümlerin mevcut hâlleriyle üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin üstesinden gelemeyeceğini ifade etmiştir²²⁶. Hatırlanacağı üzere, TBK m. 507/f. III hükmünde düzenlenen vekâlet verenin, alt vekile doğrudan talepte bulunma hakkı ile TBK m. 509/f. I hükmünde düzenlenen dolaylı temsilin bulunduğu vekâlet ilişkilerinde, vekilin elde ettiği hakların vekâlet verene geçişini

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 765; **DENİZ ÇAKMAKLI**, Hande; Alım veya Satım Konusunda Komisyon Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 178.

²²³ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 131.

²²⁴ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 131.

²²⁵ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 131.

²²⁶ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 132.

düzenleyen yasal devir kurumu, geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini içerisinde ele alınmaktadır. Söz konusu hükümlerin ilişkiye taraf olmadığı için üçüncü kişi konumunda bulunan vekâlet verene, doğrudan talep hakkı sağlaması sebebiyle, bu hükümlerin uygulandığı hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıkmayacağı fikri akıllara gelmektedir. Hatta bazı yazarlar, dolaylı temsil hâllerinde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanamayacağını, söz konusu hükümler vasıtasıyla bir çözümün mümkün olacağını vurgulamaktadır²²⁷.

Söz konusu görüşü benimseyen yazarların iki temel hareket noktası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, TBK m. 507/f. III hükmünün, tüm dolaylı temsil hâllerine kıyasen uygulanabileceği düşüncesidir²²⁸. Bu düşüncenin altında yatan sebep ise vekilin, alt vekâlet sözleşmesi yapmasının caiz olduğu hâllerde, vekâlet verenin dolaylı temsilcisi olarak hareket ettiğinin düşünülmesidir. Zira vekil bu ihtimalde sözleşmeyi kendi adına yapsa da nihai olarak vekâlet veren hesabına hareket etmektedir. Dolayısıyla vekilin alt vekil karşısında dolaylı temsilci olduğu kabul edilerek, alt vekâlet bakımından geçerli olan söz konusu hükmün tüm dolaylı temsil hâlleri bakımından da çözüm sunabileceği düşünülmektedir. Diğer hareket noktası olan TBK m. 509 hükmü bakımından ise durumun daha net olduğu ileri sürülmektedir. Zira ilgili hüküm, vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiği hâlleri düzenlemektedir. Dolayısıyla kıyasen uygulamaya gerek olmaksızın, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözülebileceği kabul edilmektedir²²⁹.

Ancak *Tandoğan*, haklı olarak bu yaklaşımı eleştirmektedir²³⁰. Zira ilk bölümde de vurgulandığı üzere, hükmün kaleme alınışı bakımından bazı problemler mevcuttur. Nitekim her iki hükümde de vekilin sözleşme ortağına karşı olan haklarına atıfta bulunulmuş, vekâlet verenin de bu haklara sahip olacağı ifade edilmiştir. Ne var ki her durumda vekilin, alt vekile veya işlem yaptığı kişiye karşı tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Özellikle kendisinin sorumlu olmadığı hâllerde, herhangi bir zararı da bulunmadığı için sorumluluk menfaati eksiktir. Sorumluluk menfaatinin eksik olması, tazminatın şartlarından biri olan zararın eksikliğine işaret eder. Bu doğrultuda vekilin

²²⁷ PERREN, s. 81.

²²⁸ PERREN, s. 81.

²²⁹ PERREN, s. 81. Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 214-215.

²³⁰ Bu hususta bkz. TANDOĞAN, Tazmin, s. 132.

sahip olmadığı bir hakkın, vekâlet verene ait olması veya ona devredilmesi de mümkün değildir. *Tandoğan* da söz konusu hükümlerin bu eksikliğine vurgu yapmaktadır.

Yazar bu noktada Fransız Medeni Kanun’u (Code Civil-CC) Art. 1994 hükmü²³¹ ile bir karşılaştırma yapmaktadır. Nitekim ilgili hükümde, alt vekâlet ilişkileri bakımından, vekâlet verenin, alt vekile karşı doğrudan harekete geçme imkânının olduğu düzenlenmiş, vekâlet verenin hakları noktasında, vekilin haklarına ilişkin bir atıf yapılmamıştır. *Tandoğan*, söz konusu hükmün kaleme alınışı itibarıyla daha uygun olduğunu ifade etmiş, Türk hukukundaki hükümler bakımından ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacın devam ettiğini haklı olarak vurgulamıştır²³².

Ancak *Tandoğan*, bu iki hüküm bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu farklı bir şekilde uygulamaktadır. Daha önce de vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin zararı alacaklı tarafından ileri sürülmektedir. Ancak *Tandoğan*’a göre, TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509 hükmü bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir²³³. Zira söz konusu hükümlerde, üçüncü kişi konumundaki vekâlet verene doğrudan bir talep hakkı verilmiş ancak söz konusu talep hakkı bakımından vekilin (alacaklı) haklarına atıfta bulunulmuştur. Öyleyse burada yapılması gereken ilk şey, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile vekilin talep hakkını gerekçelendirmek (dolayısıyla vekâlet verenin de) olacaktır. Vekilin talep hakkına hukuki bir temel sağladıktan sonra, söz konusu hükümler uyarınca üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunduğu kabul edilecektir.

Öğretide *Yavuz* da dolaylı temsil hâlleri bakımından kurumun uygulanıp uygulanamayacağı hususunda değerlendirmelerde bulunmuştur²³⁴. *Yavuz*’a göre, dolaylı temsilecinin sözleşme yaptığı kişinin sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunduğu hâllerde, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkabilir²³⁵. Yazar, bu çalışmada

²³¹ CC Art. 1994: “An agent answers for the one whom he has substituted for himself in his management: 1° where he did not receive the authority to substitute someone; 2° where that authority was granted to him without designation of a person and the one whom he has chosen was notoriously incompetent or insolvent. In all cases, a principal may directly sue the person whom the agent has substituted for himself.”

²³² **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 96 vd.

²³³ Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 133 vd.

²³⁴ **YAVUZ**, s. 212 vd.

²³⁵ **YAVUZ**, s. 212.

benimsenen sistematığe benzer şekilde, öncelikle temsilcinin sorumluluk menfaatinin bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir²³⁶. Bu doğrultuda, borçlunun davranışları, alacaklı (dolaylı temsilci) bakımından üçüncü kişiye (temsil olunan) karşı bir sorumluluk doğuracaksa, herhangi bir problem ortaya çıkmayacaktır. Zira bu ihtimalde olağan talep zinciri olarak adlandırdığımız duruma geri dönülecek ve herkes kendi sözleşme ortağından zararlarının tazminini talep edecektir.

Yavuz da *Tandoğan* gibi ücret ve hapis hakkına ilişkin menfaatler hakkında değerlendirmelerde bulunmuş, bu hâller bakımından da üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin devam ettiğini vurgulamıştır²³⁷.

Ancak yazarın *Tandoğan*'dan ayrıldığı bir nokta bulunmaktadır. Buna göre, TBK m. 509 hükmünde, dolaylı temsilci vekilin, sözleşme yaptığı kişiden elde ettiği hakların vekâlet veren üçüncü kişiye devri düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, söz konusu hüküm uyarınca yasal devrin gerçekleştiği hâllerde, vekâlet verenin kendi talep hakkı olacağından üçüncü kişinin zararının tazmini problemi de ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla kurumun uygulanması, yalnızca yasal devrin gerçekleşmediği durumlara özgülenmeli, devrin gerçekleştiği hâller bakımından ise TBK m. 509 hükmü uyarınca bir çözüm öngörülmelidir²³⁸.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, Türk hukukunda dolaylı temsil hâlleri bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması hususunda bir ihtiyacın bulunduğu söylenebilir. Daha önce de vurgulandığı üzere, TBK m. 509 veya TBK m. 507/f. III hükümleri uyarınca bir çözüm, ilgili hükümlerin kaleme alınışı itibarıyla her durumda mümkün değildir. Bu sebeple dolaylı temsil hâllerinde zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı kabul edilmeli, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla bu problemin üstesinden gelinmelidir.

Ne var ki bu noktada bir hususun daha açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, *Tandoğan*, temsilcinin ücrete ilişkin menfaatinin bulunmasının, kurumun uygulanmasının önünde bir engel teşkil etmeyeceğini vurgulamaktadır. Alman ve İsviçre hukukundaki görüşler incelendiğinde, benzer bir yaklaşımın o hukuk sistemlerinde de bulunduğunu gözlemlemek

²³⁶ YAVUZ, s. 212.

²³⁷ YAVUZ, s. 213-214.

²³⁸ YAVUZ, s. 214-215.

mümkündür²³⁹. Ancak bu hâller bakımından zararda bir kaymanın mı bulunduğu yoksa kurumun uygulanmasını dışlayacak nitelikte bir zarar birikmesinin mi olduğu incelenmeye değer bir husustur. Zira birçok kez vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için alacaklının kendi zararının bulunmaması gerekmektedir. Bu ihtimalde ise alacaklı ücret hakkını kaybettiğinden ötürü zarara uğramaktadır. Dolayısıyla kuruma ilişkin prensipler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmadığı şüphesi uyanmaktadır.

Söz konusu şüpheyi ortadan kaldırmak adına öğretide farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Türk hukukunda *Tandoğan*'ın yapmış olduğu değerlendirmeler, yukarıda sunulmuştur. Benzer yaklaşımları Alman ve İsviçre hukuklarında da bulmak mümkündür.

Alman öğretisinin önemli temsilcilerinden *Lange/Schiemann*'a göre²⁴⁰, dolaylı temsilecinin ücret hakkını kaybettiği veya hapis hakkından mahrum kaldığı hâllerde, başka bir şekilde mevcut olan tatmin olasılığının bozulması sebebiyle kendisinin zarar görebileceği doğrudur. Ne var ki bu zararlar, sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan tipik zarara karşılık gelmeyip, sözleşmenin ihlalinin olağan sonucunun yan etkileridir²⁴¹. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması bakımından herhangi bir engel de söz konusu değildir.

İsviçre hukukunda ise, *Marti-Schreier*'in benzer bir yaklaşımı bulunmaktadır. Yazara göre²⁴², tipik olarak alacaklıda ortaya çıkacak zararın, alacaklı ile üçüncü kişi arasında dağılması (*Aufteilung auf mehrere Geschädigte*) mümkün olup, bu ihtimalin gerçekleşmesi, tek başına zararın kaymadığı anlamına gelmemektedir. Yazara göre²⁴³, kurumu, zararın %100'ünün üçüncü kişide ortaya çıktığı hâllerde uygulayıp, %99'unun üçüncü kişide, %1'inin ise alacaklıda ortaya çıktığı hâllerde uygulamamak, hakkaniyete aykırı bir yaklaşımdır. *Marti-Schreier* söz konusu hâllerde “çok azı da kapsar” (*a maiore ad minus*) prensibinin geçerli olacağını, aksi bir kabulün kurumun uygulanmasını tesadüfi hâle getireceğini ifade etmektedir²⁴⁴. Yazara göre, alacaklının az da olsa bir zarara uğraması hâlinde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan vazgeçmek,

²³⁹ LANGE/SCHIEMANN, s. 468; MARTI-SCHREIER, N. 248 vd.

²⁴⁰ LANGE/SCHIEMANN, s. 468.

²⁴¹ LANGE/SCHIEMANN, s. 468.

²⁴² MARTI-SCHREIER, N. 250.

²⁴³ MARTI-SCHREIER, N. 250.

²⁴⁴ MARTI-SCHREIER, N. 250.

zararın tamamı kendisinde ortaya çıkan üçüncü kişilere nazaran, haksız bir muamelenin yapılmasına sebep olacaktır. Bu noktada, zararın birden fazla kişi arasında dağıldığı hâllerde ortaya çıkan zararın, alacaklının uğrayabileceği zarardan fazla olması ile yalnızca üçüncü kişinin uğradığı zararın, alacaklının uğrayabileceği zarardan fazla olması, aynı duruma işaret etmektedir²⁴⁵. Dolayısıyla benzer hâller arasında bir ayırım yapılmamalı, her iki ihtimalde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulama alanı bulmalıdır.

Buraya kadar yapılan değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, dolaylı temsil hâllerinde zararın alacaklı ile üçüncü kişi arasında dağılması ihtimal dâhilindedir. Bu noktada özellikle *Lange/Schiemann*'ın vurguladığı husus dikkate değer bir meseledir. Zira sözleşmeye aykırılıktan ötürü ortaya çıkabilecek tipik zararın yan etkileri, alacaklının da zarar görmesine sebep olabilir. Ancak bu durum tek başına dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmamasına yol açmamalıdır.

Şunu da önemle belirtmek gerekir ki söz konusu ihtimal, kurumun uygulandığı diğer hâllerle tam olarak aynı da değildir. Dolayısıyla kurumun uygulanmasından vazgeçilmese de özellikle tazminatta indirim sebepleri değerlendirilirken diğer hâllere nazaran daha esnek davranılmalıdır. Böylelikle istisnai durumun yarattığı ilave yüklerin, adil bir şekilde dağıtılması da teminat altına alınmış olur.

Dolaylı temsile ilişkin açıklamalarımıza son vermeden önce, kurumun bu olay grubuna uygulanması noktasında gelebilecek bazı itirazlara ilişkin açıklama yapmakta fayda bulunmaktadır. Zira temsil olunanın kendi tercih ettiği ve zararının tazmin edilmemesi ihtimalini göz önünde bulundurduğu gibi hipotetik önermelerle kurumun uygulanmasına karşı çıkılabilir. Ancak bu noktada bir hususun gözden kaçırılmaması gerekmektedir. O da kanun koyucunun dolaylı temsil ilişkilerinin tesisinde, herhangi bir sakınca görmediğidir. Bir başka deyişle, söz konusu temsil ilişkisi tercih edildiğinde, hukuk düzeninin yasakladığı bir ilişki içine girilmemektedir. Aksine borçlar hukuku sistemimiz, borca aykırı davranışlarda bulunan kişi bakımından bazı yaptırımlar öngörmektedir. Dolayısıyla bu durumda her iki menfaat birbiriyle karşılaştırılmalı, borcuna aykırı davranan kişiyi sorumluluktan kurtarmaya yönelik bir yaklaşıma nazaran, temsil olunan üçüncü kişinin zararlarının tazminini içeren bir anlayışa öncelik tanınmalıdır. Bu noktada ilk bölümde de yer verilen, ünlü Roma hukukçusu *Ulpian*'ın şu

²⁴⁵ MARTI-SCHREIER, N. 253.

veciz sözünü hatırlamakta fayda vardır²⁴⁶: “*Adalet, herkese hakkını vermek için sürekli ve kalıcı bir iradedir. Adaletin emirleri şunlardır: onurlu yaşamak, başkalarına zarar vermemek, herkese hakkını vermek.*”

Sonuç itibarıyla, dolaylı temsil hâllerinde zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile ortadan kaldırılmalı, bir başkasına zarar veren kişinin, hakkaniyete aykırı olarak sorumluluktan kurtulması ihtimalinin önüne geçilmelidir.

2. Hasar Riskinin Geçtiği Hâller (*Obligatorische Gefahrentlastung*)

a. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı bir diğer olay grubu, hasar riskinin geçtiği hâllerdir. Kurumun kökenlerinin bulunduğu Alman hukukunda, söz konusu olay grubuna karşılık gelmek üzere, “*Obligatorische Gefahrentlastung*” ifadesi kullanılmaktadır²⁴⁷. Bu terim, Türkçede “*zorunlu olarak riskten kurtulma*” anlamına gelmekte olup, hasarın geçtiği hâllerde, hasarın sonuçlarından etkilenmeyen kişinin içinde bulunduğu durumu ifade etmektedir. Ancak bu çalışmada söz konusu terimi karşılamak üzere, “*hasar riskinin geçtiği hâller*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, zararın kaydığı/aktarıldığı (zarar riskinin) hâller bakımından uygulama alanı bulan bir kurumdur. Bir tarafın hasarın sonuçlarından etkilenmediği hâllerde, diğer taraf da söz konusu hasarı (hasar riskini) üstlenmektedir. Bir başka deyişle, hasar (hasar riski), o kişiye geçmektedir. Dolayısıyla burada zararın (zarar riskinin) kayması ile hasarın geçişi

²⁴⁶ HONSELL, Römisches Recht, s. 19.

²⁴⁷ MARTI-SCHREIER, N. 176; BÄRTSCHI, s. 441; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 309; PERREN, s. 67; GOMILLE, s. 623; WEISS, s. 11; BREDEMEYER, s. 104; FLUME, BGB § 249, N. 372; PETERSEN, s. 90, N. 12; HÜBNER/SAGAN, s. 744; GOERTH, s. 29-30; TRAUGOTT, s. 20; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; VON GRAFFENRIED, s. 311, N. 671; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 507; BROX/WALKER, N. 18; EBERT, BGB § 249, s. 876, N. 128; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 169, N. 2883; PLATE/GEIER, s. 1781; TSCHUDI, s. 429, N. 845; HENN, s. 30; VIEWEG, s. 417; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.24; LOCHER/LÖFFELMANN, s. 970; IDEN, s. 771; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 14; PUHLE, s. 83; LANGE/SCHIEMANN, s. 471; BRÖMMELMEYER, s. 351, N. 32; VON CAEMMERER, s. 362; VON SCHROETER, Haftung, s. 346; VERWEYEN, s. 572; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 356; TÄGERT, s. 38; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 353; LEE, s. 92; FATZER, s. 69.

arasında bir paralellik bulunmaktadır. Bu sebeple söz konusu duruma karşılık gelmek üzere, hasar riskinin geçtiği hâller teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun bu hâller bakımından uygulanıp uygulanamayacağını incelemeyen önce, hasarın (hasar riskinin) geçişinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir.

Sözleşmenin (hukuki işlemin) kurulması ile edimin ifa edilmesi arasındaki zaman diliminde, söz konusu edimin tam veya gereği gibi ifasına engel bir hâlin ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durumun ihtimal olmaktan çıkıp gerçekleştiği hâllerde, ortaya çıkan olumsuz sonuçlara kimin katlanacağı sorusu, yanıt bulunması gereken bir sorudur. Hasar ve hasarın geçişi kavramları da bu soru kapsamında ele alınan hususlardır.

Hasar, hukuki işlemin kurulması ile bu işlemde doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi arasındaki zaman diliminde, taraflardan herhangi birinin sorumlu olmadığı sebeplerden ötürü, hukuki işleme konu olan malın telef olması veya değerinin azalması hâlidir²⁴⁸. Hukuki işlemin kurulması ile yerine getirilmesi arasında, hukuki işleme konu olan malın hasara uğramasının sonuçlarına kimin katlanacağı, hasarın geçişine ilişkin kurallar çerçevesinde belirlenir.

²⁴⁸ Hasar kavramı, geniş anlamda hasar ve dar anlamda hasar olmak üzere ikiye ayrılır. Geniş anlamda hasar, eşyaya ilişkin hasar olup, herhangi bir borç ilişkisinin konusunu oluşturmeyen eşyanın, yok olması, kötüleşmesi veya değerinin azalması hâlini ifade etmektedir. Eşyaya ilişkin hasar, temel olarak bir eşya hukuku kavramıdır. Roma hukukunda “*periculum rei*” olarak adlandırılan bu hasara, eşyanın malikinin katlanacağı kabul edilmektedir (*casum sentit dominus*). Dar ve teknik anlamda hasar ise daima borç ilişkilerinde ortaya çıkmaktadır. Hasarın geçişinden söz edildiği hâllerde, dar ve teknik anlamda hasar kavramına atıfta bulunmaktadır. Hasar kavramı için bkz. **SCHÖNLE**, Herbert; Kauf und Schenkung iç. Zürcher Kommentar, **GAUCH**, Peter (ed.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1993, OR Art. 185, s. 177, N. 18; **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 61 vd.; **TANDOĞAN**, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 106; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 35; **EREN**, Özel Hükümler, s. 46 vd., N. 131 vd.; **ARAL/AYRANCI**, s. 116; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 67; **AKINTÜRK**, Turgut; Satım Akdinde Hasarın İntikali, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 24; **SERT SÜTÇÜ**, Selin; Satış Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ**, M. Turgut (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 63; **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 351; **ORUÇ**, Murat; Satım Sözleşmesinde Riskin Geçişi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 7 vd.

Hasar ve hasarın geçişi kavramları, var olan olumsuz bir sonuca işaret etmesi itibarıyla talihsiz bir kullanımdır²⁴⁹. Bir başka deyişle, hasarın geçişi denildiğinde, edimde hâli hazırda var olan bir hasarın, başka bir kişiye geçtiğine dair bir izlenim uyanmaktadır²⁵⁰. Hâlbuki bu ifadeyle kastedilen, gerçekleşen olumsuz bir ekonomik sonuç değil, bu tip bir olumsuzluğun gerçekleşme ihtimalidir. Öğretide bu sebeple, “*hasar*” ve “*hasarın geçişi*” kavramlarını karşılamak üzere, “*risk*” ve “*riskin geçişi*” terimlerinin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir²⁵¹. Gerçekten de Alman ve İsviçre hukukunda bu kavramı ifade etmek üzere kullanılan “*gefahr*” terimi²⁵², Türkçede “*risk*” anlamına gelmektedir²⁵³. Dolayısıyla ilgili ifadelerin yerine, “*risk*” ve “*riskin geçişi*” kavramlarının kullanılması yerindedir. Ne var ki risk ifadesi, ilk bakışta oldukça geniş bir anlama sahiptir. Nitekim sigorta hukukunda kullanılan “*riziko*” terimi de risk anlamına gelmektedir²⁵⁴. Kanaatimizce söz konusu ifadeyi bir nebze olsun daraltabilmek adına, “*hasar riski*” ve “*hasar riskinin geçişi*” kavramlarının kullanılması daha uygun olacaktır.

Bir borç ilişkisinde iki tarafın bulunması, hasar riskinin taraflar bakımından ifade ettiği anlamı da farklılaştırmaktadır. Bu noktada hasar riskinin temel olarak iki görünüm biçiminin olduğu kabul edilir. Bunlar, “*edim hasarına ilişkin risk*” (*Leistungsgefahr*) ve “*karşı edim hasarına ilişkin risktir*” (*Gegenleistungsgefahr*)²⁵⁵.

Edim hasarına ilişkin risk, borcun doğumu ile ifa edilmesi arasındaki zaman diliminde, edimin tam veya gereği gibi ifasına engel bir hâl ortaya çıkarsa, borçlunun edim yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı sorusu ile ilgili bir meseledir. Hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar dikkate alındığında, borçlu üstlenmiş olduğu edimi ifa

²⁴⁹ Bu hususta bkz. **ORUÇ**, s. 22 vd.

²⁵⁰ **ORUÇ**, s. 22.

²⁵¹ **ORUÇ**, s. 22.

²⁵² **SCHÖNLE**, OR Art. 185, s. 171, N. 3; **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 61; **ERNST**, Wolfgang; Ausschluss der Leistungspflicht iç. Münchener Kommentar, **KRÜGER**, Wolfgang (ed.), 9. Auflage, München 2022, BGB § 275, N. 30.

²⁵³ **STEUERWALD**, s. 240.

²⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 03.04.2024.

²⁵⁵ **SCHÖNLE**, OR Art. 185, s. 176, N. 17; **ERNST**, BGB § 275, N. 30; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 106-107; **EREN**, Özel Hükümler, s. 50, N. 139; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 38-39; **ARAL/AYRANCI**, s. 116; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 68-69; **AKINTÜRK**, s. 27-28; **SERT SÜTÇÜ**, s. 64; **ÖZDEMİR**, İntikal, s. 353; **ORUÇ**, s. 28-29.

ile yükümlü ise, edim hasarına ilişkin risk de ona aittir²⁵⁶. Buna karşın borçlunun edim yükümlülüğü sona eriyorsa, hasar riski alacaklıya devredilecek ve söz konusu riski de o taşıyacaktır²⁵⁷.

Edim hasarına ilişkin riskin alacaklıya geçtiği hâllerde, alacaklının kendi edimini yerine getirmek zorunda olup olmadığı sorusu ise, karşı edim hasarına ilişkin risk ile alakalı bir meseledir²⁵⁸. Karşı edim hasarına ilişkin riske, kimin katlanacağı sorusuna cevap verebilmek için öncelikle edim hasarına ilişkin riskin alacaklıya geçmesi gerekir²⁵⁹. Söz konusu risk, alacaklıya geçmesine rağmen alacaklı karşı edimi yerine getirmekle yükümlü değilse, karşı edim hasarına ilişkin risk borçluda olacaktır²⁶⁰. Aksine alacaklı karşı edimi yerine getirmek zorundaysa, söz konusu riske de o katlanacaktır²⁶¹.

Türk hukukunda hasar riskinin geçişi ile ilgili temel düzenleme, TBK m. 136 (OR Art. 119) hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca, borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerden ötürü imkânsızlaşırsa, borç sona erer (TBK m. 136/f. I). Bu

²⁵⁶ SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 177-178, N. 18-19; ERNST, BGB § 275, N. 30; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 106-107; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38-39; ARAL/AYRANCI, s. 116; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 69; AKINTÜRK, s. 27; SERT SÜTÇÜ, s. 64; ÖZDEMİR, İntikal, s. 353; ORUÇ, s. 29.

²⁵⁷ SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 177-178, N. 18-19; ERNST, BGB § 275, N. 30; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 106-107; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38-39; ARAL/AYRANCI, s. 116; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 69; AKINTÜRK, s. 27; SERT SÜTÇÜ, s. 64; ÖZDEMİR, İntikal, s. 353; ORUÇ, s. 29.

²⁵⁸ Karşı edimin bir miktar para olduğu hâllerde, karşı edim hasarına ilişkin risk, “*bedele hasarına ilişkin risk*” (*Preisgefahr*) olarak adlandırılmaktadır. Bu hususta bkz. SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 171, N. 3; ERNST, BGB § 275, N. 37; AKINTÜRK, s. 28; ORUÇ, s. 33.

²⁵⁹ SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 186, N. 31; ERNST, BGB § 275, N. 37; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 107; EREN, Özel Hükümler, s. 50, N. 140; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38; ARAL/AYRANCI, s. 117; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 69; AKINTÜRK, s. 27-28; SERT SÜTÇÜ, s. 64; ÖZDEMİR, İntikal, s. 353; ORUÇ, s. 31-32.

²⁶⁰ SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 186, N. 31; ERNST, BGB § 275, N. 37; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 107; EREN, Özel Hükümler, s. 50, N. 140; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38; ARAL/AYRANCI, s. 117; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 69; AKINTÜRK, s. 27-28; SERT SÜTÇÜ, s. 64; ÖZDEMİR, İntikal, s. 353; ORUÇ, s. 31-32.

²⁶¹ SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 186, N. 31; ERNST, BGB § 275, N. 37; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 107; EREN, Özel Hükümler, s. 50, N. 140; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38; ARAL/AYRANCI, s. 117; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 69; AKINTÜRK, s. 27-28; SERT SÜTÇÜ, s. 64; ÖZDEMİR, İntikal, s. 353; ORUÇ, s. 31-32.

hüküm kapsamında, sözleşmenin kurulmasıyla ifa edilmesi arasındaki zaman diliminde, edimin ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşmışsa, edim hasarına ilişkin riske alacaklı katlanacaktır. Kusursuz sonraki imkânsızlıkta edim hasarına ilişkin riske alacaklının katlanacağını düzenleyen bu kural hem tek tarafa hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulanmaktadır²⁶².

Sözleşmenin iki tarafa borç yüklediği hâllerde, edim hasarına ilişkin riske dair bir değerlendirme yapıldıktan sonra, bu tip sözleşmelerde karşı edim hasarına ilişkin riske kimin katlanacağı sorusuna da cevap bulmak gerekir. Bu hususta yararlanılabilecek temel hüküm ise, TBK m. 136/f. II'dir. Söz konusu hüküm uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, kusursuz sonraki imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, sözleşmenin karşı tarafından almış olduğu edimi, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür. Borçlu, edimin henüz ifa edilmediği hâllerde ise ifayı talep edemeyecektir.

TBK m. 136 hükmü incelendiğinde, kanun koyucunun iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından adaletli bir risk paylaşımı yaptığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim kanun koyucu, borçlunun kusurunun olmadığı bir imkânsızlık bakımından, edim hasarına ilişkin riski ona yüklememiştir. Aynı yaklaşımın karşı edim hasarına ilişkin risk bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim burada da söz konusu riske edimi ifa etmekten kurtulan borçlunun katlanacağı öngörülmüştür. TBK m. 136 hükmünde öngörülen bu anlayış, “*eli boş gelenin eli boş döneceği*” kuralının bir yansıması olup, hasar riskinin taraflar arasında adil bir şekilde dağıtılmasını teminat altına almaktadır²⁶³. Söz konusu kural niteliği itibarıyla mutlak olmayıp, istisnaları bulunan bir kuraldır. Nitekim TBK m. 136/f. II, c. 2'de, hasar riskinin taşınmasına ilişkin söz konusu kurala, kanun veya taraf iradeleri ile istisna getirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Hasar riski ve bu riskin geçişi hususu incelendikten sonra, ele alınması gereken temel mesele, bu durumların dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile olan ilişkisidir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı bir diğer olay grubu, hasar riskinin geçtiği hâllerdir. Zira

²⁶² **AEPLI**, Viktor; Das Erlöschen der Obligationen Art. 114-126 OR iç. Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zürich 1991, OR Art. 119, s. 102 vd., N. 66 vd.; **SCHÖNLE**, OR Art. 185, s. 176 vd., N. 15 vd.; **KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta; OR Kommentar iç. Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023, OR Art. 185, N. 3; **AKINTÜRK**, s. 64-65; **ORUÇ**, s. 36.

²⁶³ **SEROZAN**, Borçlar, § 15, s. 261, N. 8.

hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar, bazı hâllerde zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemini de beraberinde getirmektedir. Nitekim bu hâllerde, hasar riskini taşıyan üçüncü kişi zarar görmekte ancak zarara sebep olan borçluya karşı herhangi bir talep ileri sürememektedir. Bu kişiye karşı talep hakkına sahip olan alacaklı ise, hasar riskini taşımadığı için herhangi bir zarara uğramamaktadır. Zararın, hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle alacaklıdan borçluya kaydığı söz konusu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir²⁶⁴.

Hasar riskinin geçtiği hâller bakımından temel olarak üç farklı olay grubu ele alınmaktadır. Bunlar, satış sözleşmesinde hasarın geçişi, eser sözleşmesinde hasarın geçişi ve niteliği itibarıyla maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruf olan, belirli mal bırakma vasiyetinde hasarın geçişi hâlleridir. Ancak bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki durumu aynı kapsamda değerlendirmek mümkün değildir. Zira söz konusu üç hukuk sisteminde, hasar riskinin geçişi bakımından farklı düzenlemeler yer almaktadır. Bunun yanında, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi, Alman ve Türk hukuk sistemlerinde yapılan birtakım özel düzenlemeler ile bazı durumlar bakımından çözüme kavuşturulmuştur. Ancak söz konusu düzenlemeler, bir yönüyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile de temas hâlinindedir. Dolayısıyla her ne kadar ilgili düzenlemeler ile zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorununun çözüldüğü kabul edilse de bu hükümlerin uygulanabilmesi için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin temel ilkelerin de bilinmesi gerekir.

²⁶⁴ **MARTI-SCHREIER**, N. 176; **BÄRTSCHI**, s. 441; **ARMBRÜSTER**, s. 86; **KOLLER**, Haftung, s. 309; **PERREN**, s. 67; **GOMILLE**, s. 623; **WEISS**, s. 11; **BREDEMEYER**, s. 104; **FLUME**, BGB § 249, N. 372; **PETERSEN**, s. 90, N. 12; **HÜBNER/SAGAN**, s. 744; **GOERTH**, s. 29-30; **TRAUGOTT**, s. 20; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 388; **VON GRAFFENRIED**, s. 311, N. 671; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 288, N. 507; **BROX/WALKER**, N. 18; **EBERT**, BGB § 249, s. 876, N. 128; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 169, N. 2883; **PLATE/GEIER**, s. 1781; **TSCHUDI**, s. 429, N. 845; **HENN**, s. 30; **VIEWEG**, s. 417; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 98, N. 14.24; **LOCHER/LÖFFELMANN**, s. 970; **IDEN**, s. 771; **LORENZ**, Drittschadensliquidation, s. 14; **PUHLE**, s. 83; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 471; **BRÖMMELMEYER**, s. 351, N. 32; **VON CAEMMERER**, s. 362; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 346; **VERWEYEN**, s. 572; **EKKENGA/KUNTZ**, Vor BGB § 249, s. 144, N. 356; **TÄGERT**, s. 38; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN**, BGB § 249, N. 353; **LEE**, s. 92; **FATZER**, s. 69.

Tüm bu sebeplerle, çalışmanın bu başlığında dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı bulduğu hasar riskinin geçtiği hâller inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda, öncelikle satış sözleşmesinde hasar riskinin geçtiği hâller ele alınacaktır. Özellikle gönderme yoluyla satışlar ve bu satışlarla ilgili olan TTK m. 871/f. I hükmü incelenecektir. Ardından eser sözleşmesi ve belirli mal vasiyetinde söz konusu kurumun uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ele alınacaktır.

b. Satış Sözleşmesi Olayı

aa. Genel Olarak

Satış sözleşmelerinde hasar riskinin geçişi meselesi ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun ilişkisini anlayabilmek için öncelikle hasar riskinin geçişini öngören temel yaklaşımları incelemek gerekir. Bu noktada, satış sözleşmelerinde hasar riskinin geçişini düzenleyen üç temel sistemin bulunduğunu söylemek mümkündür.

İlk sistemde, hasar riskinin geçiş anını belirleyen husus, sözleşmenin kurulmasıdır²⁶⁵. Roma hukukundaki “*periculum est emptoris*” (hasar alıcıya aittir) kuralından esinlenen bu sisteme göre, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, hasar riski alıcıya geçer²⁶⁶. İsviçre hukukunda sözleşme prensibi kabul edilmiş, özel durumlar veya anlaşmalar bir istisnayı haklı kılmadıkça, hasar riskinin sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçeceği düzenlenmiştir (OR Art. 185/Abs. I). Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu’nda parça ve cins borçları arasında bir ayırım yapılmış, çeşit borçlarında hasar riskinin alıcıya geçebilmesi için malın ayrılmış olması ve gönderilecekse gönderilmek üzere teslim edilmesi gerektiği ifade edilmiştir (OR Art. 185/Abs. II).

Satış sözleşmelerinde hasar riskinin geçişi bakımından öngörülen bir diğer sistem, mülkiyetin devri yaklaşımıdır. Temellerini Roma hukukundaki “*res perit domino*” kuralında bulan bu sistem, hasar riskinin geçişini, mülkiyetin devrine bağlamaktadır²⁶⁷.

²⁶⁵ HONSELL, Römisches Recht, s. 127-128; HUGUENIN, s. 758, N. 2480; KREN KOSTKIEWICZ, OR Art. 185, s. 639, N. 2; HONSELL, Besonderer Teil, s. 62; EREN, Özel Hükümler, s. 48, N. 134; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem; Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 26; ORUÇ, s. 39.

²⁶⁶ HONSELL, Römisches Recht, s. 127-128; HUGUENIN, s. 758, N. 2480; HONSELL, Besonderer Teil, s. 62; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 26; EREN, Özel Hükümler, s. 48, N. 134; ORUÇ, s. 39.

²⁶⁷ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 148; ORUÇ, s. 44.

Fransız²⁶⁸, İngiliz²⁶⁹ ve İtalyan²⁷⁰ hukuklarında, hasar riskinin geçişi hususunda bu sistem benimsenmiştir. Türk hukukunda ise taşınmaz satışları bakımından söz konusu sistemin kabul edildiğini söylemek mümkündür²⁷¹.

Bahse konu bu sistemlerin getirdiği birtakım sakıncaları ortadan kaldırmak üzere üçüncü bir sistem daha geliştirilmiş ve satış sözleşmesinde hasar riskinin, teslim katar satıcı tarafından, teslimden sonra ise alıcı tarafından üstlenileceği kabul edilmiştir²⁷². Bu gelişmenin bir sonucu olarak, Alman hukukunda hasar riskinin geçişi bakımından teslim esaslı benimsenmiştir²⁷³. Türk hukukunda ise bu sistem taşınır satışları bakımından geçerlidir (TBK m. 208/f. I)²⁷⁴. Keza Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler

²⁶⁸ CASHIN RITAINE, Eleanor; “National Report on the Transfer of Movables in France” iç. National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, FABER, Wolfgang/LURGER, Brigitta (ed.), Europen Law Publishers, Munich 2011, s. 111. Ayrıca bkz. CC Art. 1138/Abs. II.

²⁶⁹ TWIGG-FLESNER, Christian/CANAVAN, Rick/MACQUEEN, Hector; Atiyah and Adams’ Sale of Goods, 13. Edition, Harlow, England 2016, s. 279-280.

²⁷⁰ GRECO, Alessio; “National Report on the Transfer of Movables in Italy” iç. National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, FABER, Wolfgang/LURGER, Brigitta (ed.), Europen Law Publishers, Munich 2011, s. 463.

²⁷¹ Nitekim TBK m. 208/f. I hükmünde taşınmaz satışlarında satılanın hasar riskinin tescil anına kadar satıcıya, tescilden sonra alıcıya ait olduğu düzenlenmiştir. Taşınmazın mülkiyeti tescille birlikte alıcıya geçtiği için Türk hukukunda taşınmaz satışlarında hasar riskinin geçişi bakımından, mülkiyetin nakli prensibinin kabul edildiği söylenebilir. Ayrıca bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 48, N. 135.

²⁷² WESTERMANN, Harm Peter; Einzelne Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 8. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2019, BGB § 446, N. 1; AKINTÜRK, s. 114; EREN, Özel Hükümler, s. 48, N. 135; ORUÇ, s. 46-47.

²⁷³ WESTERMANN, BGB § 446, N. 1. Ayrıca bkz. BGB § 446.

²⁷⁴ Bu noktada bir husus önemle vurgulanmalıdır ki, TBK m. 208/f. I hükmünde “*teslim*” (*übergabe*) terimi yerine “*zilyetliğin devri*” ifadesi kullanılmıştır. Eşya hukuku kurallarına göre, zilyetliğin devrinin tek yolu, teslim değildir. Nitekim zilyetlik; eşyanın teslimi, eşyanın üzerindeki hâkimiyeti sağlayacak araçların teslimi, teslim yerine geçen sözleşme ve temsilciye yapılan teslim suretiyle de devredilebilir. Bunun yanında hükmen teslim, zilyetliğin havalesi, kısa elden teslim ve emtiayı temsil eden senetlerin teslimi ile de zilyetliğin devri mümkündür. Bu son sayılan hâller zilyetliğin teslimsiz devir hâllerini oluşturmaktadır. TBK m. 208/f. I hükmünde isabetli bir şekilde zilyetliğin devri ifadesi kullanılmış, böylelikle bahsi geçen hâllerde de hasar riskinin alıcıya geçeceği kabul edilmiştir. Aynı sistemin benimsendiği Alman hukukunda ise BGB § 446’da “*Übergabe der verkauften Sache*” (*satılan eşyanın teslimi*) ibaresi kullanılmıştır. Alman öğretisinde teslimden kastın, dolaysız zilyetliğin devri olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu hususta ayrıca bkz. WESTERMANN, BGB § 446, N. 7;

Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (*Viyana Satım Sözleşmesi-CISG*) da hasar riskinin, malın teslimiyle birlikte alıcıya geçeceğini öngören düzenlemeler bulunmaktadır²⁷⁵.

Buraya kadar özetlenen sistemler ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira bazı sistemlerde zarar ve talep

FAUST, Florian; Kaufvertrag iç. Beck'sche Online-Kommentar, **HAU**, Wolfgang/**POSECK**, Roman (ed.), 69. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2024, BGB § 446, N. 1; **EREN**, Özel Hükümler, s. 52, N. 150; **ÖZDEMİR**, İntikal, s. 358; **ORUÇ**, s. 75 vd.;

²⁷⁵ Viyana Satım Sözleşmesinde, hasar riskinin geçişi bakımından üç farklı düzenleme yapılmıştır. Sözleşmenin 67'nci maddesinde, satım sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği ve satıcının malları belirli bir yerde vermeye mecbur olmadığı hâllerde hasar riskinin, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesinin gerektiği hâllerde, malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmeyecektir. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu durum hasar riskinin intikaline etki etmez. Ayrıca mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece, hasar alıcıya geçmez. Sözleşmenin 68'inci maddesinde, taşıma hâlindeyken satılan mallara ilişkin hasar riskinin, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak koşulların haklı gösterdiği hâllerde, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında, hasar alıcı tarafından üstlenilir. Ne var ki satım sözleşmesinin kurulduğu anda malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde, satıcı bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşıyacaktır. Sözleşmenin 69'uncu maddesinde, 67'nci ve 68'inci maddenin kapsamına girmeyen hâllerde, hasar riskinin alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması hâlinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak sözleşmede alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının kararlaştırıldığı hâllerde hasar riskinin, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Viyana Satım Sözleşmesinde hasar riskinin geçişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BRUNNER**, Christoph/**KLINGLER**, Désirée/**MAUERHOFER**, Marc; Introductory Remarks to Arts. 66–70 iç. Commentary on the UN Sales Law (CISG), **BRUNNER**, Christoph/**GOTTLIEB**, Benjamin (ed.), Alphen aan den Rijn, The Netherlands; Frederick, MD: Wolters Kluwer, 2019, Arts. 66–70, s. 1 vd.; **YETİŞ SAMLİ**, Kübra; “Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 1, 2007, s. 320 vd.; **YENİCE**, A. Özge; Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu Hükümleri (CISG) Işığında Gönderme Satımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 60 vd.; **YELMEN**, Adem; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2950 vd.

hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkarken, bazılarında ise böyle bir problemin varlığından bahsedilemez. Örneğin, hasar riskinin geçişi bakımından sözleşmenin kurulması yaklaşımı benimsenirse, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinde bazı güçlüklerle karşılaşılabilir. Nitekim bu hâlde hasar riski, sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmektedir. Burada bahsi geçen risk, bedel hasarına ilişkindir. Bir başka deyişle, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında satılan malın hasar görmesi durumunda, satıcı edim yükümlülüğünden kurtulmasına rağmen, alıcı satış bedelini ödemek durumunda kalacaktır. Satış konusu mal sözleşmeye taraf olmayan bir kişi tarafından hasara uğratılırsa, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi de beraberinde gelir. Nitekim sözleşmeye taraf olan alıcı, hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle bedel hasarına ilişkin hasar riski üstlenmek durumunda kalmaktadır. Bu ihtimalde alıcının, satılanı hasara uğratan kişiye karşı haksız fiile dayanan bir talebi de bulunmamaktadır. Zira satış sözleşmesi henüz ifa edilmediği için alıcı mülkiyet hakkını kazanamamıştır. Alacak hakkı da haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunan bir hak değildir. Böyle bir durumda, satıcı mülkiyet hakkına sahip olduğu için satılan malı hasara uğratan kişiye karşı talepte bulunabilir. Bunun yanında bu kişiyle akdi bir ilişkisi varsa, sözleşmeye dayanan talepleri de ileri sürebilir. Ne var ki fark teorisi anlamında bir değerlendirme yapıldığında, satıcının herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Zira satıcı edim yükümlülüğünden kurtulduğu gibi satış bedeline ilişkin alacak hakkını da muhafaza etmektedir. İşte bu gibi hâllerde zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu ortaya çıkar. Daha önce de vurgulandığı üzere, zararın bu şekilde kaydığı hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanarak zarar ve talep hakkı bir araya getirilir.

Hasar riskinin geçişi bakımından teslim sistemini benimseyen hukuk düzenlerinde ise zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkmayacaktır. Zira bu ihtimalde, bedel hasarına ilişkin risk, teslimle birlikte alıcıya geçmektedir. Taşınırlarda teslim, zilyetliğin devrini sağladığından, mülkiyet hakkı da alıcı tarafından devren kazanılacaktır. Bu sayede mülkiyet hakkına sahip olan alıcı, mala hasar veren kişiye karşı tazminat talebinde bulunabilecektir. Satım konusu malın, bedel hasarına ilişkin riskin alıcıya geçmediği dönemde hasara uğraması hâlinde ise, satıcı zarar görecektir. Satıcının malın mülkiyetini devretmediği bu hâllerde hem zarar hem de talep hakkı satıcıya ait olduğundan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına ilişkin bir ihtiyaç da ortaya çıkmayacaktır.

Yapılan açıklamalar ışığında, Türk hukukunda hasar riskinin geçtiği hâller bakımından kural olarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına ilişkin bir ihtiyacın bulunmadığı söylenebilir. Zira 6098 sayılı TBK ile taşınır satışlarında hasar riskinin geçişi bakımından teslim sistemi benimsenmiştir. Taşınmaz satışlarında ise hasar riski, tescil ile alıcıya geçmektedir. Her iki durumda da alıcı mülkiyet hakkını kazandığı için zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi de ortaya çıkmamaktadır²⁷⁶.

*Tandoğan*²⁷⁷, 818 sayılı Kanun döneminde kaleme aldığı eserde, satış sözleşmelerinde hasar riskinin devredildiği hâller bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceğini ifade etmiştir. Gerçekten de eBK döneminde hasar riskinin geçişi bakımından sözleşmenin kuruluş anı dikkate alındığı için bu tip bir ihtiyacın bulunduğu söylenebilirdi. Ancak TBK ile bu yaklaşım terk edilmiş, bedel hasarına ilişkin riskin taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil ile alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.

Benzer bir durum Alman hukuku bakımından da geçerlidir. Nitekim BGB § 446 hükmü uyarınca, satış sözleşmelerinde satılana ilişkin hasar riski, teslim ile alıcıya geçmektedir²⁷⁸.

²⁷⁶ Aynı yönde bkz. **ÇAKIRCA**, s. 110-111.

²⁷⁷ *Tandoğan*, eBK döneminde yaptığı değerlendirmede, satış sözleşmesinde hasar riskinin geçişi ile mülkiyetin geçişi anının birbirinden farklı olmasının, eleştirilen ve hakkaniyet gereği uygulama alanı gittikçe sınırlanmak istenen bir kural olduğunu ifade etmiştir. Yazar, bu sebeple hasar riskinin geçişinin diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi mülkiyetin geçişine bağlanması hususunda bir kanun değişikliği yapılması veya hasar riskinin mülkiyetten önce geçtiğinin üçüncü kişilerce alıcı ve satıcıya karşı ileri sürülemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. *Tandoğan*'a göre üçüncü kişilerin hasar riskinin geçtiğine ilişkin itirazları ileri sürdüğü hâllerde, eBK m. 183/f. I hükmünde yer alan, “*hâlin icabından doğan istisnalardan birinin*” bulunduğunun kabul etmek gerekir (**TANDOĞAN**, Tazmin, s. 146).

²⁷⁸ BGB § 446: “*Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.*”

BGB § 446: “*Satılan malın yok olması veya kötüleşmesine ilişkin risk, satılan ürünün teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçer. Alıcı, teslim anından itibaren malın yararlarına hak kazanacak ve külfetlerine katlanacaktır. Alıcının kabulde temerrüde düşmesi hâlinde, bu durum teslim ile eşdeğer sayılacaktır.*”

İsviçre hukukunda ise Türk ve Alman hukuklarından farklı olarak, hasar riskinin geçişi bakımından sözleşmenin kurulma anı esas alınmaktadır²⁷⁹. Dolayısıyla İsviçre’de hasar riskinin geçtiği hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının gerektiği kabul edilmektedir²⁸⁰. İsviçre öğretisinin önemli temsilcilerinden olan *Von Graffenried*, bu olay grubu bakımından şu örneği vermektedir²⁸¹:

“Satıcı (A), alıcı (B) ile taşınır bir malın satışına ilişkin bir sözleşme akdetmiştir. Yapılan anlaşmaya göre, alıcı söz konusu malı daha sonra teslim alacak, bu süre zarfında ise (A) malları depocu (C) ile yapacağı bir sözleşme çerçevesinde muhafaza ettirecektir. Sözleşmeye konu olan mal alıcıya teslim edilmeden önce, depoda muhafaza edilmeye götürülmüş ancak depo sahibinin kusuru sebebiyle söz konusu mal tamamen yok olmuştur. Bu yok olmadan ötürü satıcının da herhangi bir kusuru bulunmamaktadır.”

Mevcut durumda, depocuya karşı gerek sözleşmeden gerekse de haksız fiil sorumluluğundan kaynaklı bir talebi bulunan satıcının, herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Zira satıcı hem kendi edim yükümlülüğünden kurtulmakta hem de bedele hasarına ilişkin riski alıcı taşıdığı için satış bedeli talebini elinde tutmaktadır. Alıcı ise hasar riskini taşıdığı için zarar görmekte ancak sözleşmeye taraf olmadığı için bundan kaynaklanan talepleri ileri sürememektedir. Bunun yanında henüz zilyetlik devredilmediği için mülkiyet hakkına da sahip değildir. Bu da onun haksız fiile ilişkin talepleri ileri sürmesinin önünde bir engel teşkil etmektedir.

Örnek olay ve bu olaya ilişkin değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, İsviçre hukukunda hasar riskinin geçişi bakımından öngörülen kurallar, zararın kaymasını ve zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması problemini ortaya çıkarabilecek niteliktedir.

²⁷⁹ HUGUENIN, s. 758, N. 2480; KREN KOSTKIEWICZ, OR Art. 185, s. 639, N. 2; HONSELL, Besonderer Teil, s. 62; SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 171 vd., N. 3 vd. Daha önce de vurgulandığı üzere, İsviçre hukukunda parça ve çeşit borçları arasında hasar riskinin geçişi bakımından bir ayırım yapılmıştır. Çeşit borçlarında hasar riskinin geçebilmesi için malın ayrılması ve gönderilecekse, gönderilmek üzere teslim edilmesi gerekir.

²⁸⁰ MARTI-SCHREIER, N. 176; BÄRTSCHI, s. 441; ARMBRÜSTER, s. 86; KOLLER, Haftung, s. 309; PERREN, s. 67; VON GRAFFENRIED, s. 311, N. 671; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 507; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. I, s. 169, N. 2883; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s. 98, N. 14.24; VON CAEMMERER, s. 362; VON SCHROETER, Haftung, s. 346.

²⁸¹ VON GRAFFENRIED, s. 312, N. 672.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini, bu problemi çözmek adına İsviçre hukukunda da kabul görmüş bir kurumdur. Ancak öğretide bazı yazarlar, OR Art. 185/Abs. I hükmünde yer alan “...*besondere Verhältnisse*” (özel durumlar) ifadesinden yola çıkarak, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözülebileceğini ileri sürmektedir²⁸². Bu görüşü benimseyen yazarlar, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmasının özel durumlar kapsamında değerlendirilebileceğini, bu hâlde hasar riski alıcıya geçmediği için üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin de ortaya çıkmayacağını vurgulamaktadır²⁸³.

Alman ve Türk hukuklarında ise satış sözleşmesinde hasar riskinin geçişi bakımından İsviçre hukukundan farklı bir sistem benimsenmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyaç da oldukça azalmıştır. Ancak bu noktada birkaç durum bakımından ayrı bir değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, hasar riskinin geçişi bakımından taraflar arasında özel bir düzenlemenin yapılmış olması hâlidir. Nitekim satış sözleşmesinde hasar riskinin geçişini düzenleyen TBK m. 208 hükmü, niteliği itibarıyla emredici bir hüküm değildir²⁸⁴. Bu sebeple taraflar, Kanun’da öngörülen kurallardan farklı bir düzenleme yapabilir. Dolayısıyla her ne kadar mevcut hüküm çerçevesinde zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu ortaya çıkmasa da bu hükmün öngördüğü kurallardan ayrılan anlaşmalar bakımından, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gündeme gelebilir.

Bunun yanında TBK m. 208/f. II hükmünde, taşınır satışlarında alıcının satılanı teslim almada temerrüde düştüğü hâllerde, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine hasar riskinin alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Satılan, bu ihtimalin gündeme geldiği hâllerde

²⁸² İsviçre hukukundaki bu yaklaşım, *Tandoğan’ın* eBK dönemindeki değerlendirmeleri ile aynı doğrultudadır. *Tandoğan’ın* bu görüşü hakkında bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 146.

²⁸³ Bu husustaki tartışmalar hakkında ayrıca bkz. **BÄRTSCHL**, s. 443; **VON GRAFFENRIED**, s. 320, N. 691.

²⁸⁴ **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 65; **HUGUENIN**, s. 760, N. 2487; **SCHÖNLE**, OR Art. 185, s. 210-211, N. 69; **KREN KOSTKIEWICZ**, OR Art. 185, s. 642, N. 13; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 111; **ARAL/AYRANCI**, s. 119; **EREN**, Özel Hükümler, s. 55, N. 158; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 45; **SERT SÜTÇÜ**, s. 68; **AKINTÜRK**, s. 165; **NOMER**, Haluk Nami/**ENGİN**, Baki İlkey; Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, TBK m. 208, s. 98, N. 46.

borç ilişkisine taraf olmayan bir kişi tarafından hasara uğratılırsa, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sonucu ortaya çıkabilir. Zira henüz malın mülkiyetini kazanmayan alıcı, bedele hasarına ilişkin riski üstlenmiş olacaktır. Malın mülkiyetine sahip olan satıcı ise hasar riski alıcıya geçtiği için herhangi bir zarara uğramayacaktır. Bu noktada söz konusu hükmün satıcı lehine mi getirildiği, yoksa malı hasara uğratan kişiyi sorumluluktan kurtarmayı mı amaçladığı sorularının cevaplanması gerekir. Bu soruların cevabı ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temel ilkeleri vasıtasıyla bulunabilir.

Satış sözleşmesinin bir görünümü olan gönderme yoluyla satışlarda ise hasar riskinin geçişi bakımından farklı bir sistem benimsenmiştir. Nitekim bu türden satışlarda, hasar riskinin malın bağımsız taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçeceği hüküm altına alınmıştır (TBK m. 208/f. III). Zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunun ortaya çıkabileceği söz konusu hâllerde, kurumun uygulanması hususunda bir ihtiyacın bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

bb. Hasar Riskinin Geçişine İlişkin Özel Bir Anlaşmanın Yapılması

Önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, satış sözleşmelerinde hasar riskinin geçişine ilişkin TBK'da benimsenen yeni sistem sebebiyle bu olay grubu bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyaç, kural olarak ortadan kalkmıştır. Ancak söz konusu hüküm niteliği itibarıyla düzenleyici bir hüküm olduğundan, tarafların yapacakları bir anlaşma ile hasar riskinin geçişine ilişkin kurallardan sapmaları mümkündür²⁸⁵. Bu durum dikkate alındığında, kuruma olan ihtiyacın söz konusu olay grubu bakımından ortadan kalktığına ilişkin önermenin, yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Öncelikle, bu değerlendirmenin hasar riskinin geçişinin özel bir anlaşma ile zilyetliğin devrinden önceki bir zamana çekildiği hâller bakımından geçerli olduğunun belirtilmesi gerekir. Zira riskin geçişi zilyetliğin devrinden sonraki bir zamana bırakılırsa, alıcı mülkiyet hakkına sahip olacağından, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi de ortaya çıkmayacaktır.

²⁸⁵ HONSELL, Besonderer Teil, s. 65; HUGUENIN, s. 760, N. 2487; SCHÖNLE, OR Art. 185, s. 210-211, N. 69; KREN KOSTKIEWICZ, OR Art. 185, s. 642, N. 13; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, s. 111; ARAL/AYRANCI, s. 119; EREN, Özel Hükümler, s. 55-56, N. 158; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 45; SERT SÜTÇÜ, s. 68; AKINTÜRK, s. 165; NOMER/ENGİN, TBK m. 208, s. 98, N. 46.

Hasar riskinin geçişinin özel bir anlaşma ile belirlendiği hâllerde, kurumun uygulanıp uygulanmayacağı meselesi öğretide üzerinde durulan bir konu değildir. Bu da söz konusu mesele hakkında bir değerlendirme yapabilmek için hipotetik bazı önermelerin ortaya koyulması zorunluluğunu yaratmaktadır.

Bu önermelerden ilki, alıcının kendi iradesiyle yaptığı bir anlaşmanın sonuçlarına katlanması gerektiği yaklaşımıdır. Nitekim bu ihtimalde, alıcı kendi yaptığı bir anlaşma ile hasar riskinin geçiş anını öne çekmektedir. Dolayısıyla iradesi ile yaptığı bir hukuki işlemin sonuçlarına, mala hasar veren kişi katlanmamalı, satıcı, (alacaklı) alıcının (üçüncü kişi) zararını bu kişiye karşı (borçlu) ileri sürememelidir.

Bu husustaki diğer önerme ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına yönelik olabilir. Zira söz konusu anlaşma, satış sözleşmesinin tarafları arasında risk dağılımını belirlemek adına yapılmaktadır. Dolayısıyla bu anlaşmanın zarar veren kişiyi sorumluluktan kurtarma gibi bir amaç güttüğü kabul edilemez. Nitekim söz konusu ihtimalde, bu kişi davranışlarıyla zararlı sonucu doğurmaktadır. Bu itibarla borçlu, kendisi için tesadüfi olan bir anlaşmanın getirdiklerinden faydalanmamalı, alıcının uğradığı zararların satıcı vasıtasıyla ileri sürülmesine izin verilmelidir.

Kanaatimizce, yukarıda bahsedilen söz konusu hipotetik önermelerden ikincisi tercih edilmelidir. Nasıl ki hasar riskinin kanun hükümlerinden ötürü alıcıya geçtiği hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına izin veriliyorsa, bu hükümlerden sapan anlaşmalar için de aynı düşünce biçimi geçerli olmalıdır.

cc. Alıcının Satılanı Teslim Almada Temerrüde Düşmesi Hâli

Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, taşınır satışlarında, alıcının satılan malı teslim almada temerrüde düştüğü hâllerde, hasar riski zilyetlik devredilmiş gibi alıcıya geçecektir (TBK m. 20/f. II). Bu dönemde satış sözleşmesine taraf olmayan bir kişinin malı hasara uğratması durumunda, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması meselesi gündeme gelir.

Söz konusu hâller bakımından da hasar riskinin geçişi hususunda yapılan özel anlaşmalar hakkında yapılan değerlendirmeler geçerli olmalıdır. Zira söz konusu hüküm, satıcının hasar riskinden kurtulması için getirilmiş olup, davranışlarıyla zararlı sonucu meydana getiren kişiyi sorumluluktan kurtarmayı amaçlamamaktadır. Bu itibarla söz konusu durumdan zarar veren kişinin faydalanmasının önüne geçilmeli, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla bir çözüm yolu bulunmalıdır.

dd. Gönderme Yoluyla Satışlar

aaa. Genel Olarak

Satış sözleşmesinde alıcı, satılan malın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini isteyebilir. Satıcının, satılanı ifa yerinden başka bir yere göndermekle yükümlü olduğu bu tür satışlara, “*gönderme yoluyla satış*” (*mesafeli satış-Versendungskauf*) adı verilir²⁸⁶. Burada satıcının götürme borcu değil, gönderme borcu bulunmaktadır. Satışın bu türünde hasar riskinin geçişi bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. TBK m. 208/f. III hükmü uyarınca, satılan malın alıcının isteği üzerine ifa yerinde başka bir yere gönderildiği hâllerde, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edilmesi ile alıcıya geçer. Hasar riskinin söz konusu hüküm kapsamında alıcıya geçebilmesi için taşıyıcının bağımsız bir taşıyıcı olması gerekmektedir²⁸⁷. Dolayısıyla satıcı, satılanın taşınmasını kendi yardımcılarına bırakmışsa, satılan mal üzerindeki hâkimiyeti ortadan kalkmadığı için hasar riskinin geçişi de söz konusu olmayacaktır²⁸⁸.

²⁸⁶ Gönderme yoluyla satışlar ile uzaktan satışın (*Fernkauf*) birbirlerinden ayırt edilmesi gerekir. Uzaktan satış, satıcının satılan malı alıcının yerleşim veya işyerinde ya da başka bir yerde teslim etmek zorunda olduğu satışlardır. Uzaktan satışta, satıcı bakımından “*götürülecek borç*” söz konusudur. Ancak gönderme yoluyla satışlarda böyle bir durum söz konusu değildir. Nitekim gönderme yoluyla satışlarda satıcının borcu, gönderme borcu bulunmaktadır. Bu noktada, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 48’inci maddesinde düzenlenen “*mesafeli sözleşme*” kavramının ne anlama geldiğinin de açıklanması gerekmektedir. Söz konusu hükmün ilk fıkrası uyarınca, “*satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelere*”, mesafeli sözleşme adı verilir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin m. 17/f. I hükmünde, malın tüketici veya tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar söz konusu malda oluşabilecek kayıp ve hasardan satıcının sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, TKHK’da düzenlenen mesafeli satışlarda, gönderme değil götürme borcunun olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, TBK’da düzenlenen gönderme yoluyla satışlar ile TKHK’da düzenlenen mesafeli sözleşmeler birbirinden farklı kavramları ifade etmekte olup, bu sözleşmelere hasar riskinin geçişi bakımından farklı kurallar uygulanmaktadır. Bu hususta bkz. HUGUENIN, s. 730, N. 2368, 2369; EREN, Özel Hükümler, s. 42-43, N. 124; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 104 vd.; NOMER/ENGİN, TBK m. 208, s. 96-97, N. 42.

²⁸⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38; EREN, Özel Hükümler, s. 56, N. 160.

²⁸⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 56, N. 160.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, gönderme yoluyla satışlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağını incelemekten önce, bu konuda ilk bölümde verilen örneği hatırlatmakta fayda bulunmaktadır:

Şarap ticareti ile uğraşan satıcı (A) ile aynı sektörde yer alan alıcı (B) arasında 1000 şişe şarabın satın alınması hususunda bir satış sözleşmesi akdedilir. (B), şarapların bağımsız bir taşıyıcı olan ve karayolu taşımacılığı yapan (C) aracılığıyla teslim edilmesini talep etmiş, (A) da bunu kabul ederek (C) ile bir taşıma sözleşmesi imzalamıştır. Şaraplar taşıma sırasında taşıyıcı (C) 'nin kusuru ile yok olmuştur. Taşıma sözleşmesine taraf olan satıcı (A), sözleşmeye aykırılık sebebiyle taşıyıcı (C) 'ye tazminat davası açmıştır. Söz konusu davada (C), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 'nun (TBK) m. 208/f. III hükmüne dayanmış, bedele ilişkin hasarın alıcıya geçtiğini, satıcının herhangi bir zararının bulunmadığını, dolayısıyla da tazminat sorumluluğu bakımından gerekli bir unsur olan zarar şartının sağlanamadığını ileri sürmüştür. Bu durum üzerine alıcı (B), bedel hasarını kendisinin üstlendiğinden bahisle zararı için taşıyıcı (C) 'ye dava açmıştır. Bu davada (C), (B) 'nin taşıma sözleşmesine taraf olmadığını, malların taşındığı dönemde mülkiyet hakkını kazanamadığı için haksız fiil sorumluluğuna da dayanamayacağını ileri sürmüştür.

Öğretide dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gönderme yoluyla satışlar bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁸⁹. Zira satışın bu türünde hasar riski, satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmektedir. Malın taşıma sırasında hasar görmesi hâlinde, hasar riski alıcıya geçtiğinden satıcı herhangi bir zarara uğramamaktadır. Zira bu kişi, bedele ilişkin alacak hakkını hâlen elinde bulundurmaktadır. Alıcı ise hasar riskini taşıdığından, taşıyıcının davranışlarından ötürü zarar görmektedir. Bu noktada alıcının mülkiyet hakkına dayanan haksız fiil talebi de söz konusu değildir. Zira alıcı henüz malın zilyetliğini devralmamıştır. Burada alıcının, emtiayı temsil eden senedin teslimi suretiyle malın zilyetliğini, dolayısıyla da mülkiyetini kazanıp kazanmadığının da ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

TMK m. 980/f. I hükmü uyarınca, bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur. Emtiayı temsil eden senetlerin devri, zilyetliğin teslimsiz devir yollarından biridir²⁹⁰. Taşınır malın

²⁸⁹ VON GRAFFENRIED, s. 317, N. 684; VON CAEMMERER, s. 362 vd.

²⁹⁰ GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol; Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 100-101; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, 10. Baskı, Savaş

mülkiyetinin kazanılabilmesi için zilyetliğin devri gerekir. Ne var ki bu devrin mutlaka satış konusu malın teslimi ile gerçekleşmesi şart değildir. Nitekim zilyetliğin teslimsiz devredildiği hâllerde de mülkiyet hakkı kazanılmaktadır.

Emtiayı temsil eden senetlerin teslimi ile zilyetliğin devredilebilmesi için bazı şartların varlığı aranır. Öncelikle, taşıyıcıya veya umumi mağazaya bir mal bırakılmış olmalıdır²⁹¹. Gönderme yoluyla satışlar bakımından bir değerlendirme yapıldığında, satılan mal, alıcının isteği doğrultusunda, satıcı tarafından taşınmak üzere bağımsız bir taşıyıcıya bırakılmaktadır.

Bu yolla zilyetliğin devredilmesinin ikinci şartı, söz konusu mal için kıymetli evrak niteliğinde bir senedin verilmiş olmasıdır²⁹². İlgili kıymetli evrak, umumi mağazalar ve taşıyıcılar tarafından düzenlenmektedir. Bu hâllerde, umumi mağazalar, makbuz senedi ve varant; taşıyıcılar ise taşıma senedi düzenlemektedir²⁹³. Dolayısıyla gönderme yoluyla satışlar bakımından bir değerlendirme yapılacaksa, bu taşıma senedine ilişkin olmalıdır.

Bir yerden başka bir yere taşınmak üzere bir taşıyıcıya verilen eşya için düzenlenen senede, “*taşıma senedi*” adı verilir²⁹⁴. 6762 sayılı Ticaret Kanunu döneminde, karayolu taşımaları bakımından düzenlenen taşıma senetlerinin, m. 769’daki şartları sağlamaları kaydıyla, kıymetli evrak niteliğinde olduğu kabul edilirdi²⁹⁵. Ancak 6102 sayılı TTK ile karayolu taşımalarında düzenlenen taşıma senetlerinin, kıymetli evrak olma niteliği ortadan kaldırılmıştır²⁹⁶. Nitekim “*Taşıma senedinin ispat gücü*” kenar başlıklı TTK m. 858 hükmünün gerekçesinde, taşıma senedinin kıymetli evrak olmadığı, yalnızca her iki

Yayınevi, Ankara 2018, s. 163; **SİRMEN**, A. Lâle; Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 67; **AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya; Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 156; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 33-34.

²⁹¹ **SİRMEN**, s. 67; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 156 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 34.

²⁹² **SİRMEN**, s. 67; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 34.

²⁹³ **GÜRİSOY/EREN/CANSEL**, s. 100-101; **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 163-164; **SİRMEN**, s. 68; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 156-157; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 34.

²⁹⁴ **GÜRİSOY/EREN/CANSEL**, s. 100; **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 164; **SİRMEN**, s. 68; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 156-157; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 34.

²⁹⁵ **GÜRİSOY/EREN/CANSEL**, s. 100-101; **SİRMEN**, s. 68.

²⁹⁶ Bu hususta bkz. **SİRMEN**, s. 68.

tarafça imzalanan bir ispat aracı olduğu ifade edilmiştir²⁹⁷. Bu yeni düzenleme karşısında, taşıma senedinin tesliminin, taşınan malın zilyetliğinin devrini sağladığını kabul etmek mümkün değildir. Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki yapılan bu değerlendirme, kara taşımacılığında düzenlenen taşıma senetlerine ilişkindir. Nitekim deniz yolu taşımacılığında karşımıza çıkan ve “*konişmento*” olarak adlandırılan taşıma senetleri, kıymetli evrak niteliğini haizdir²⁹⁸. Dolayısıyla bu türden senetlerin teslimi, zilyetliğin devri sonucunu doğuracaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kara yolu taşımacılığında düzenlenen taşıma senetlerinin teslimi, zilyetliğin devri anlamına gelmemektedir. Alıcı bu ihtimalde zilyetlik devredilmediği için taşınan malın mülkiyetini de kazanamamaktadır. Bu da zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunun devam ettiğini düşündürmektedir. Ancak kanun koyucu bu hususta özel bir düzenleme yaparak, bu sorunun üstesinden gelmeye çalışmıştır. Nitekim TTK m. 871/f. I’de “*Eşyanın teslim yerine varmasından sonra gönderilen, taşıyıcıdan, taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi karşılığında, eşyanın kendisine teslim edilmesini isteyebilir. Eşya zayi olmuş veya hasara uğramış yahut geç teslim edilmişse, gönderilen, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan istem haklarını taşıyıcıya karşı ileri sürebilir*” hükmü yer almaktadır.

Kanun koyucu bu hükümle, taşıma sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğunu kabul etmiş, alıcının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan talepleri, taşıyıcıya karşı ileri sürebileceğini düzenlemiştir²⁹⁹. Bu düzenleme, söz konusu hâller bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına

²⁹⁷ TTK m. 858 GEREKÇE: “1998 tarihli Kanunla değişik Alm.TK.’nın 409 uncu paragrafından alınmıştır. Kanunumuzun düzenlenmesine göre taşıma senedi bir kıymetli evrak değil, fakat her iki tarafça imzalanan ispat aracıdır. Bu senedin taşıma sözleşmenin kurulmasında herhangi bir etkisi yoktur; sözleşmeyi ne kurar ne de geçerli hâle getirir...”

²⁹⁸ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 100-101; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 164; SİRMEN, s. 68; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 156-157; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 34; GÜNER-ÖZBEK, Meltem Deniz; “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 236; KULA, Nil; Türk Eşya Taşıma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 53.

²⁹⁹ PETERSEN, s. 91, N. 14; OETKER, Drittschadensliquidation, s. 833; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 281, N. 495; HENN, s. 116; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 99, N. 14.26; PUHLE, s. 9; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, s. 222.

yönelik ilişkin ihtiyacın ortadan kalktığı anlamına gelir³⁰⁰. Zira daha önce de vurgulandığı üzere, söz konusu kurum, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Bu düzenleme ile taşıma sözleşmesine taraf olmadığı için üçüncü kişi konumunda bulunan alıcıya, bağımsız bir talep hakkı verilmiştir. Dolayısıyla artık bu hâller bakımından kurumun uygulanmasına yönelik bir ihtiyacın varlığından da bahsedilemez.

Ne var ki söz konusu hüküm üzerine yapılacak değerlendirmeler, bununla sınırlı değildir. Zira ilgili hükmün devamında, “*gönderilenin veya gönderenin kendilerinin veya başkasının menfaatine hareket etmeleri farklılık yaratmaz*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, yasal bir görünümü niteliğindedir. Dolayısıyla her ne kadar söz konusu hüküm ile üçüncü kişinin zararının tazmini problemi çözülsün de temel ilkelerin anlaşılabilirliği adına, ilgili hükmün detaylı bir şekilde incelenmesi gerekir. Bu itibarla çalışmanın bir sonraki başlığında, TTK m. 871/f. I hükmü ele alınacaktır.

bbb. TTK m. 871/f. I Hükmü Uyarınca Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini

TTK m. 871/f. I hükmü, birçok açıdan incelenmeye değer hususlar içermektedir. Nitekim söz konusu hükümde, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu iç içe geçmiş vaziyettedir. İlgili hükümde, eşyanın hasara uğradığı veya geç teslim edildiği hâllerde, alıcının (gönderilen) doğrudan, taşıyıcıya karşı talepte bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümle taşıma sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu kabul edilmiş ve alıcıya bağımsız bir talep hakkı bahşedilmiştir. Dolayısıyla bu tip ilişkilerde gündeme gelen ilk kurum, tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Hükmün devamında, gönderen veya gönderilenin kendisi veya üçüncü bir kişi hesabına hareket etmesinin bir farklılık yaratmayacağı ifade edilmiştir. Bu durum da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna karşılık gelir. Zira söz konusu hâllerde talep hakkına sahip olan bir kişi, zarara uğrayan ancak talep hakkına sahip olmayan üçüncü bir kişinin zararlarının tazminini talep etmektedir.

³⁰⁰ PETERSEN, s. 91, N. 14; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 389; FIKENTSCHE/HEINEMANN, s. 308, N. 613; OETKER, Drittschadensliquidation, s. 838; PLATE/GEIER, s. 1778; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 15; VERWEYEN, s. 573; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 145, N. 360; LEE, s. 95; SEVEN, Vural; “Taşıma Hukukunda “Gönderilenin” Aktif Taraf Sıfatı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 169-170, Eylül-Ekim 2018, s. 13; KULA, s. 58.

Daha önce de vurgulandığı üzere, gönderme yoluyla satışlarda üçüncü kişi konumunda olan alıcının tam üçüncü kişi yararına sözleşme vasıtasıyla kendi talep hakkına sahip olması, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözüme kavuşturmuştur. Ancak hükümle ilgili bazı tartışmalar hâlen devam etmektedir.

Öğretide *Oruç*, taşıyıcının yüke özen göstermemesi sebebiyle malın tamamen hasarı uğradığı bir olayı merkeze koymuş ve malın hasara uğraması sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmininin, alıcı tarafından mı yoksa satıcı tarafından mı ileri sürüleceği sorusunu ortaya atmıştır³⁰¹. Yazar, satış sözleşmesinde hasar riskinin geçişini düzenleyen hükümlerin hiçbirisinin bu soruya yanıt veremediğini, öğreti ve uygulamada söz konusu probleme karşı farklı yaklaşımların geliştirildiğini ifade etmiştir.

Oruç'un sınıflandırmasına göre, bu konuda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İsviçre-Türk öğretisinde kabul gören, “*üçüncü kişinin zararının tazmini*” (*Drittschadensliquidation*) görüşüdür³⁰². Bu görüşe göre, satıcı, üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi uyarınca, alıcının uğramış olduğu zararların tazminini taşıyıcıdan talep edebilecektir. Satıcının tazminat talebini alıcıya devrettiği hâllerde ise alıcı bu talebi kendisi ileri sürebilecektir. Bu hususta bir devir gerçekleşmediği sürece, alıcının aktif taraf sıfatı da olmayacaktır.

Yazarın sınıflandırmasında yer alan diğer yaklaşım ise Yargıtay'ın görüşüdür. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımına göre³⁰³, zararın tazminini kimin talep edebileceği, hasar riskinin geçişi dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu kapsamda bedel hasarına ilişkin risk satıcıdaysa, zararın tazminini de o talep edecektir. Söz konusu riskin alıcıya geçtiği hâllerde ise zarar onun malvarlığında doğduğu için zararın tazmini talebi de alıcı tarafından ileri sürülecektir. Bunun yanında satıcının tazminat talep etme hakkı da ortadan kalkacaktır. Zira hasar riskinin alıcıya geçtiği hâllerde, satıcının tazminat talep

³⁰¹ **ORUÇ**, s. 373.

³⁰² Yazarın referans gösterdiği yazarlar için bkz. **SCHÖNLE**, OR Art. 185, s. 200-201, N. 52; **AKINTÜRK**, s. 186-198; **SEROZAN**, Borçlar, § 16, s. 281, N. 7.

³⁰³ Yargıtay'ın 10.11.1987 tarih ve E. 1987/5569, K. 1987/6086 sayılı kararına göre, bütün davalarda olduğu gibi taşıma sözleşmesinden kaynaklanan davalarda da davacının söz konusu davayı açmakta hukuki bir yararının bulunması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme somut olayda, davacının satış bedelini peşin olarak alıcıdan aldığını, hasar riskinin taşınmasına ilişkin kurallar uyarınca bu riskin alıcı tarafından taşındığını, herhangi bir zarara uğramayan satıcı davacının, bu davayı açmada herhangi bir hukuki yararının bulunmadığını vurgulamıştır. Karar için bkz. <https://legalbank.net>, E.T.12.04.2024.

etmede herhangi bir hukuki yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla hasar riskinin geçmesiyle birlikte, satıcı da aktif taraf sıfatını kaybetmektedir.

Her iki görüşü de değerlendiren *Oruç*, her ne kadar TTK m. 871/f. I hükmünde gönderenin (satıcı) taşıma sözleşmesinden doğan hakları ileri sürmede yetkili kalmaya devam edeceği düzenlense de bu hükmün “*emniyet supabı*” işlevi gördüğünü, riskin alıcıya geçtiği hâllerde, satıcının taşıyıcıya dava açmakta herhangi bir hukuki yararının bulunmadığını belirterek, Yargıtay’ın görüşüne katıldığını ifade etmiştir³⁰⁴.

Kanaatimizce bu mesele, TTK m. 871/f. I hükmünün getirdikleri ile tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin temel ilkeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulabilir. *Oruç*, öğretideki hâkim görüşün “*üçüncü kişinin zararının tazmini*” teorisi uyarınca bir çözüm arayışı içine girdiğine vurgu yapmaktadır. Terminoloji başlığında da vurgulandığı üzere³⁰⁵, yazarın bahsettiği teori, bu çalışmada ele alınan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumudur. Bu kurumu söz konusu olay grubuna uygulayan yazarlar dikkatli bir şekilde incelendiğinde, bu yazarların yaptıkları değerlendirmelerin TBK ve TTK öncesi döneme ait olduğu görülmektedir³⁰⁶. Bu dönemde hasar riskinin geçtiği hâller bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna mecburen başvurulmaktaydı. Ancak yeni düzenlemeler ile söz konusu olay grubu bakımından kuruma olan ihtiyaç ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla yukarıda cevabı aranan soruya doğru bir yanıt verebilmek için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin ilkelerden faydalanmaya gerek yoktur.

Sonuç itibarıyla, hükmün düzenlenişi göz önünde bulundurulduğunda, bu mesele bakımından tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin prensiplerden yola çıkmak gerekir. Zira alıcı talep hakkını, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme veya dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla elde etmemektedir. Ona bu hakkı sağlayan, taşıma sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğidir. Dolayısıyla yapılacak değerlendirmelerde de bu hususun dikkate alınması gerekir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, sözleşmeye aykırılık sebebiyle üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmininin, alacaklı (vaat ettiren) tarafından talep edilip

³⁰⁴ **ORUÇ**, s. 379 vd.

³⁰⁵ Bu hususta bkz. Birinci Bölüm, VI, A.

³⁰⁶ Yazar, İsviçre hukukundaki bazı yazarları da referans olarak göstermiştir. Ancak önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, İsviçre’de hasar riskinin devredildiği hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması hususunda bir ihtiyacın bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir.

edilemeyeceği öğretide ele alınan bir meseledir. Öğretideki hâkim görüş, bu soruya olumlu yanıt vermektedir³⁰⁷. Bu hususta, alacaklının tazminat talep etme hakkının, ifanın üçüncü kişiye yapılmasını talep etme hakkının içeriğine dâhil olduğu kabul edilmektedir³⁰⁸.

Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Krauskopf*, bazı durumlar bakımından söz konusu talebe sınırlamalar getirmektedir³⁰⁹. Yazara göre, alacaklının tazminat talep etmede korunmaya değer bir menfaati (*schutzwürdiges Interesse*) yoksa, üçüncü kişinin zararının tazminini de talep edemeyecektir³¹⁰. Bu yaklaşım, yukarıda bahsi geçen Yargıtay'ın görüşü ile aynı doğrultudadır. Yüksek Mahkeme bu hususta, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin prensiplerden hareket etmese de satıcının, alıcının zararının tazminini talep etmede herhangi bir hukuki yararının olmadığına vurgu yapmaktadır.

Öğretide azınlık olan görüşe göre ise, alacaklının (vaat ettiren/satıcı) üçüncü kişinin zararının gerçek kapsamını bilmesine olanak yoktur³¹¹. Bu sebeple söz konusu hakkın alacaklıya tanınması işlevsel değildir³¹².

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini talep etmesi meselesine ilişkin bu yaklaşımlardan da anlaşılacağı üzere, hâkim görüş alacaklının bu zararın tazminini ileri sürebileceğini düşünmektedir. Taşıma sözleşmesi bakımından bir değerlendirme yapıldığında, aynı anlayışın burada da geçerli olması gerekir. Ayrıca taşıma sözleşmeleri bakımından özel bir düzenleme de öngörülmüştür. Nitekim TTK m. 871/f. I hükmünde, gönderenin bu hakların ileri sürülmesinde yetkili kalmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Gerek tam üçüncü kişi

³⁰⁷ Bu noktada, özellikle BGB § 335 hükmünden faydalanılmaktadır. Nitekim ilgili hükümde, vaat ettirenin aksi kararlaştırılmadığı sürece edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu hususta üçüncü kişinin kendi talep hakkının olması ise herhangi bir önem taşımamaktadır. Bu hususta bkz. **PAPANIKOLAOU**, Panajotis Al.; *Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Ein Beitrag zu der Dogmatik des Vertrags zugunsten Dritter*, Duncker & Humbolt, Berlin 1977, s. 75; **KRAUSKOPF**, s. 340, N. 1377 vd.; **GOTTWALD**, BGB § 335, N. 4; **KARTAL**, s. 257.

³⁰⁸ **PAPANIKOLAOU**, s. 75; **KRAUSKOPF**, s. 340, N. 1377 vd.; **GOTTWALD**, BGB § 335, N. 4; **KARTAL**, s. 257.

³⁰⁹ Bu hususta bkz. **KRAUSKOPF**, s. 340, N. 1382, 1383.

³¹⁰ **KRAUSKOPF**, s. 340, N. 1383.

³¹¹ **LANGE**, Heinrich; “Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 18. Jahrgang, H. 15, 1965, s. 663.

³¹² **LANGE**, s. 663.

yararına sözleşmede geçerli olan prensipler gerekse de söz konusu hüküm dikkate alındığında, gönderenin (satıcı), gönderilenin (alıcı) zararlarının tazminini taşıyıcıdan talep edebileceği kabul edilmelidir. Ancak burada önemle vurgulanmalıdır ki, alacaklının (satıcının) sözleşmeye taraf olmayan bir kişinin zararını ileri sürmesi, bu çalışmada ele alınan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna karşılık gelmemektedir. Zira daha önce de vurgulandığı üzere, sözleşmeye taraf olmayan alıcının kendi talep hakkının bulunduğu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin ilkelerin uygulanmasına gerek yoktur. Dolayısıyla burada söz konusu olan, yalnızca tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin ilkelerden ve kanundan kaynaklanan bir hakkın kullanılmasıdır.

Hüküm bakımından önemli olan diğer bir husus da söz konusu düzenlemenin dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir görünümünü niteliğinde olmasıdır. Daha önce de vurgulandığı üzere, hükümde, gönderen veya gönderilenin başkalarının menfaatine de hareket edebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm sayesinde, üçüncü kişilerin zararlarının, taraf olmadıkları bir sözleşme çerçevesinde tazmin edilmesine imkân sağlanmıştır. İlgili hükmün bu yönüyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir görünümü olduğu kabul edilmektedir³¹³.

TTK m. 875/f. I hükmünün doğru anlaşılabilmesi için düzenlemede yer alan üçüncü kişi ifadesinin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu hüküm, Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch-HGB*) § 421/Abs. I'den esinlenerek düzenlenmiştir. Alman hukukunda üçüncü kişinin, gönderen ve gönderilen dışındaki kişiler olduğu kabul edilmektedir³¹⁴. Bu kabul inşa edilirken ise, HGB § 434 hükmünden faydalanılmaktadır. Nitekim söz konusu hükümde, taşınan mala ilişkin sözleşme dışı talepler düzenlenmiş ve üçüncü kişilerin taleplerine de yer verilmiştir. Bu hüküm bakımından yapılan değerlendirmelerde, üçüncü kişiden kastın, malların kaybolması veya hasar görmesi ya da teslim süresinin aşılması nedeniyle taşıma sözleşmesi kapsamında herhangi bir hak iddia edemeyen tüm kişiler, yani gönderen (satıcı) ve gönderilen (alıcı) dışındaki tüm kişiler olduğu ifade edilmiştir³¹⁵. Bu değerlendirmeden hareketle, taşıma hukuku

³¹³ **THUME**, Karl-Heinz; Transportrecht iç. Münchener Kommentar, **SCHMIDT**, Christine (ed.), 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2023, HGB § 421, N. 27; **HÜBNER/SAGAN**, s. 743; **OETKER**, Drittschadensliquidation, s. 839; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 195; **BÜDENBENDER**, NJW, s. 986.

³¹⁴ **HERBER**, Rolf/**HARM**, Eva-Maria; Transportrecht iç. Münchener Kommentar, **SCHMIDT**, Christine (ed.), 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2023, BGB § 434, N. 20.

³¹⁵ **HERBER/HARM**, BGB § 434, N. 20.

bakımından geçerli olan bu hükümlerin, sistematik açıdan bir bütün olduğu, dolayısıyla HGB § 421/Abs. I'de ifade edilen üçüncü kişinin de gönderen ve gönderilen dışındaki bir kişi olduğu kabul edilmektedir³¹⁶. Aynı yaklaşım, Türk hukukunda da benimsenmektedir. Nitekim *Seven*, burada bahsedilen üçüncü kişilerin, taşıma sözleşmesine tarafı olan gönderen ile taşıma sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği sebebiyle talep hakkı sahibi olan gönderilen dışındaki kişiler olduğunu vurgulamaktadır³¹⁷.

Öğretide *Seven*'in ifade ettiği üzere³¹⁸, taşınan eşyanın gönderen veya gönderilene ait olması, taşıma sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. Dolayısıyla taşıma sözleşmesine konu olan eşyanın, zıya veya hasara uğraması ya da geç teslim edilmesi sebebiyle zararın üçüncü bir kişinin malvarlığında ortaya çıkması, ihtimal dâhilindedir. *Seven*, üçüncü kişinin taşınan eşya üzerinde hak sahibi olan bir kişi olduğunu vurgulamaktadır³¹⁹. Yazara göre³²⁰, bu kişi mülkiyet hakkına sahipse, haksız fiile ilişkin talepleri ileri sürebilecektir. Ancak zararın saf malvarlığı zararı olması durumunda, söz konusu zararlar tazmin edilemeden varlığını devam ettirecektir. İşte bu tehlikeyi bertaraf etmek adına, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu geliştirilmiş, taşıma sözleşmeleri bakımından yasal bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenleme sayesinde taşıma sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilerin de zararlarının tazmini imkânı sağlanmıştır³²¹.

³¹⁶ HERBER/HARM, BGB § 434, N. 20.

³¹⁷ SEVEN, s. 23.

³¹⁸ SEVEN, s. 23.

³¹⁹ SEVEN, s. 23.

³²⁰ SEVEN, s. 23.

³²¹ Öğretide *Seven*, üçüncü kişinin zararlarının taşıma sözleşmesine dayanarak tazmin edilebilmesi için üçüncü kişinin bu taşımaya rıza göstermesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar bu noktada TTK m. 885/f. II hükmüne dayanmaktadır. İlgili hükme göre, “*Taşıyıcı, eşyanın zıyaından veya hasarından dolayı, üçüncü kişilerin sözleşme dışı istemlerine karşı, sorumluluktan kurtulma sebeplerine ve sınırlamalara dayanabilir. Ancak, bunlar; a) Üçüncü kişi taşımaya onay vermemişse ve taşıyıcı, gönderenin eşyayı gönderme konusunda yetkili olmadığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, b) Eşya, taşıma için teslim alınmadan önce, üçüncü kişinin veya ondan zilyetliği elde etmiş olan kişinin onayı olmaksızın elinden çıkmışsa, ileri sürülemez.*” Üçüncü kişinin zararlarının tazmini, taşıma sözleşmesi uyarınca talep ediliyorsa, TTK m. 876 vd. düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve sorumluluk sınırlamalarına ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Ancak üçüncü kişi söz konusu taşımaya rıza vermemişse, haksız fiil hükümleri uyarınca tüm zararlarının tazminini talep edebilecektir. Ancak yazar haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin edilemeyecek saf malvarlığı zararları bakımından ayrı bir değerlendirme yapmamıştır. Bu hususta bkz. SEVEN, s. 25-26.

Alman hukukunda bu hükmün kuruma ilişkin diğer olaylar bakımından da yasal bir dayanak olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Bu hususta bir değerlendirme yapan *Henn*, hükmün lafzı, kanundaki sistematik yeri, kanun koyucunun gerekçesi gibi ölçütleri dikkate alarak, HGB § 421 hükmünün dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir dayanağı olamayacağı sonucuna ulaşmıştır³²². *Henn*'e göre³²³, kanun koyucu söz konusu düzenleme ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan belirli ölçüde kurtulmak istemiştir. Ancak bir taraftan da hükme eklediği bir ifadeyle kurumu elinde tutmaya çalışmıştır. Zira bu düzenleme ile kurumun en önemli uygulama alanlarından biri olan gönderme yoluyla satışlar bakımından, taşıma sözleşmesinin üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğu kabul edilmiştir. Ancak hükmün devamında, gönderen ve gönderilen dışındaki üçüncü kişilerin zararlarının da tazmin edilebileceğini öngörerek, kuruma ilişkin yasal bir düzenleme de yapmıştır. Kanun koyucu böylelikle yıllardan beri gönderme yoluyla satışlarda uygulanan bir kurumu, yeni düzenlemesinin içine monte etmiştir. Ne var ki hükmün sınırlı alanı göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemenin kurumun diğer uygulama alanları için yasal bir dayanak olduğu söylenemez. Sonuç itibarıyla bu düzenleme ile kurum ne tam anlamıyla dışlanmış ne de tam anlamıyla bütün durumları kapsayacak bir şekilde yasal bir zemine oturtulmuştur.

Türk hukukunda, *Henn*'in Alman hukukundaki düzenlemeler ışığında yaptığı değerlendirmeler gibi kapsamlı değerlendirmeler yapmak pek de mümkün değildir. Zira söz konusu kurum, hukukumuzda Alman hukukunda olduğu gibi köklü bir geçmişe sahip değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu dışlamak veya ona yasal bir dayanak sağlamak gibi temel amaçlarının bulunduğunu söylemek oldukça güçtür. Ancak söz konusu düzenlemenin Türk hukukunda da kabul edilmesi birkaç husus bakımından dikkate değerdir.

Öncelikle, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması probleminin hukuki ilişkilerde karşılaşılabilecek bir mesele olduğu, bu düzenleme ile itiraf edilmektedir. Taşıma sözleşmesinin üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğunun kabulü, bu itirafın en önemli göstergesidir. Zira söz konusu düzenleme ile bu tip ilişkiler bakımından üçüncü kişinin zararının tazmin edilememesi tehlikesinin farkına varılmış, bu hakkaniyetsiz sonucu engellemek adına taşıma sözleşmesine taraf olmayan alıcıya bağımsız bir talep

³²² HENN, s. 111 vd.

³²³ HENN, s. 116.

hakkı verilmiştir. Bununla da yetinilmemiş, alıcı (gönderilen) dışındaki üçüncü kişilerin de zararlarının tazmini imkânı sağlanmıştır. Tüm bu adımlar, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorununun üstesinden gelmeye yöneliktir. Bu da üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümüne ilişkin sürecin, dinamik bir yapıya sahip olduğu anlamına gelir. Zaman içerisinde üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi kurumların bu problemi çözmek adına daha fazla kullanılması ihtimal dahilindedir. Ancak bu durum, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun önemini azaltmamakta, aksine artırmaktadır. Zira bu kurum, durduğu yer itibarıyla probleme dikkat çeker. Hukuki aktörlere yönelik bu işaret, bu aktörler tarafından farklı aksiyonların alınmasına yol açmaktadır. Bu aksiyonlar çoğu durumda kurumun uygulama alanını daraltsa da soruna işaret etmesi sebebiyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, teorik anlamdaki değerini korumaya devam etmektedir.

c. Eser Sözleşmesi Olayı

Hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle zararın alacaklıdan üçüncü bir kişiye kayması hâli, eser sözleşmeleri bakımından da ortaya çıkabilir. Bu konuya ilişkin incelemeye geçmeden önce, ilk bölümde söz konusu ihtimal bakımından verilen örneği hatırlamakta fayda bulunmaktadır:

(B) firması, (A) 'ya ait bir binanın yeniden inşası kapsamında, binanın duvarlarında yer alan iç sıvaya bakır folyolar döşemiş ve eseri tamamlamak için diğer yüklenici olan (C) 'nin levha döşemesini beklemeye başlamıştır. (C) firması ise bu bakır folyolara sıcak bitüm yapıştırıcı ile polistiren levhalar döşemiştir. Bu faaliyet sırasında (C) firmasına atfedilen bir kusur sebebiyle yangın çıkmış ve bakır folyolar tamamen yanmıştır. İş sahibi (A), (C) firmasına yangın sebebiyle dava açmıştır. Bu davada (C) firması, TBK m. 483/f. I hükmüne dayanarak, malzemeye gelen hasara (B) 'nin katlanmadığını, (B) firmasının hasarı üstlenmesi sebebiyle (A) 'nın herhangi bir zararının bulunmadığını ve tazminata ilişkin zarar şartının sağlanamadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B) firması, malzemelerine verilen zarar sebebiyle (C) firmasına dava açmıştır. Söz konusu davada (C) firması, (B) firması ile aralarında akdi bir ilişkinin olmadığını, malzemelerin ise (A) 'ya ait binanın bütünleyici parçası hâline geldiği için (B) firmasının mülkiyet hakkının da bulunmadığını, dolayısıyla haksız fiil sorumluluğuna da dayanamayacağını ifade etmiştir.

Örnek olayda da gösterildiği üzere, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmasına sebep olan hüküm, TBK m. 483/f. I'dır (OR Art. 376/Abs. I). Dolayısıyla eser

sözleşmesinin dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile olan ilişkisini anlayabilmek için öncelikle söz konusu hükmün incelenmesi gerekir.

Eser sözleşmesi, TBK m. 470 vd. hükümlerinde düzenlenen bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşme TBK m. 470 hükmünde, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bir eserin meydana getirilmesi, bedel ve anlaşma unsurlarından oluşan eser sözleşmesi, niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, rızai ve ani edimli bir borç sözleşmesidir³²⁴.

İnceleme konumuzu oluşturan TBK m. 483 hükmü, Kanun'daki sistematik yeri itibarıyla, eser sözleşmesinin sona ermesi başlığı altında düzenlenmiştir. “*Eserin yok olması*” kenar başlıklı TBK m. 483/f. I hükmü uyarınca, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser, teslimden önce beklenmedik bir olay sebebiyle yok olursa, iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe, yüklenici yaptığı işin ücretinin ve giderlerinin kendisine ödenmesini isteyemez. Böyle bir ihtimalde, malzemeye gelen hasar da onu sağlayan kişiye ait olacaktır. TBK m. 483/f. II hükmünde ise eserin iş sahibine yükletilebilen sebeplerden ötürü yok olması hâli düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, eserin iş sahibi tarafından verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı ya da iş sahibinin talimatına uygun yapılmasından ötürü yok olması durumunda, yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini, iş sahibinden isteyebilir. Bunun yanında yüklenici, iş sahibinin kusurunun bulunduğu hâllerde zararlarının giderilmesini de talep edebilecektir. Ancak yüklenicinin bu hükme dayanarak söz konusu talepleri ileri sürebilmesi için doğabilecek olumsuz sonuçları, iş sahibine zamanında bildirmiş olması gerekir.

³²⁴ GAUTSCHI, Georg; Der Werkvertrag iç. Berner Kommentar, MEIER-HAYOZ, Arthur (ed.), 2. Auflage, Bern 1967, Vorbemerkungen Zu OR Art. 363-379, s. 9 vd., N. 1 vd.; KOLLER, Alfred; Der Werkvertrag iç. Berner Kommentar, HAUSHEER, Heinz (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1998, OR Art. 363, s. 20 vd., N. 49 vd.; BÜHLER, Theodor; Der Werkvertrag iç. Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zürich 1998, OR Art. 363, s. 30 vd., N. 1 vd.; HONSELL, Besonderer Teil, s. 300 vd.; GAUCH, Peter; Der Werkvertrag, 6. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019, s. 3 vd., N. 5 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 1 vd.; EREN, Özel Hükümler, s. 596 vd., N. 1999 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 543 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 441 vd.; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 482 vd.; ÖZDEMİR, Hayrunnisa; Eser Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, ÖZ, M. Turgut (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 493 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 765 vd.; GÜMÜŞ, C. II, s. 2 vd.

Eserin yok olması hâlini düzenleyen bu hüküm, eser sözleşmesinin sona ermesi başlığı altında düzenlense de aynı zamanda hasar riskinin geçişine ilişkin kuralları da belirlemektedir³²⁵. Gerçekten de söz konusu hükümde, bedel ve eşya hasarına ilişkin riskin geçişi bakımından birtakım kurallar öngörülmüştür. Nitekim TBK m. 483/f. I'de, eserin teslim anına kadar bedel hasarına ilişkin riskin, yüklenici tarafından üstlenileceği hüküm altına alınmıştır. Eserin meydana getirilmesinde kullanılan malzemeyi yüklenicinin getirmesi, TBK m. 483/f. I hükmünün uygulanması bakımından herhangi bir önem arz etmez³²⁶. Dolayısıyla eser, yüklenicinin malzemesi ile meydana getirilmiş olsa bile eserin teslimden önce yok olması ihtimalinde, yüklenici bedel hasarına ilişkin riski taşıyacaktır. Söz konusu hükmün devamında eşya hasarına ilişkin riske kimin katlanacağı da düzenlenmiştir. Buna göre, eserin teslimden önce beklenmedik olay sebebiyle yok olması hâlinde, malzemeye gelen hasara da onu getiren taraf katlanacaktır.

Sonuç itibarıyla, söz konusu hükümde bedel ve eşya hasarına ilişkin riskin kim tarafından üstlenileceği düzenlenmiştir. Ancak bu noktada, söz konusu riskler ile edim hasarına ilişkin riski birbirinden ayırmak gerekir. Nitekim edim hasarına ilişkin risk, eserin beklenmedik bir olay sonucunda yok olması hâlinde, yüklenicinin eser meydana getirme yükümlülüğünün devam edip etmediği sorusuna cevap aramaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için yüklenicinin ediminin imkânsızlaşıp imkânsızlaşmadığına bakmak gerekir.

Tamamlanınca ferdi ile belirli olan ve yeniden yapılması mümkün olmayan bir eser, bitirildikten sonra ancak teslim edilmeden önce beklenmedik bir hâl sebebiyle yok olursa, yüklenicinin eseri meydana getirme borcu, TBK m. 136/f. I hükmü uyarınca imkânsız hâle gelecektir³²⁷. Dolayısıyla kusursuz sonraki imkânsızlık sebebiyle borç sona erecek ve yüklenici eseri yeniden meydana getirmek zorunda kalmayacaktır. Aynı durum, tamir için verilen ve ferdi ile belirli olan bir malın, geri verilmeden önce beklenmedik bir hâlden ötürü yok olması hâli bakımından da geçerlidir³²⁸. Her iki hâlde de objektif ve sürekli bir

³²⁵ GAUTSCHI, OR Art. 376, s. 517, N. 3a; BÜHLER, OR Art. 376, s. 407, N. 5 vd.; GAUCH, s. 562, N. 1182; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 317; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 548; EREN, Özel Hükümler, s. 703, N. 2354; ALTAŞ, Hüseyin; Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 58.

³²⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 703, N. 2355.

³²⁷ BÜHLER, OR Art. 376, s. 413, N. 26; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 317; ARAL/AYRANCI, s. 521-522; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 602.

³²⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 317; ARAL/AYRANCI, s. 521-522.

imkânsızlık ortaya çıkarsa, TBK m. 136/f. I uyarınca yüklenicinin borcu sona erecektir. Ancak teslimden önce eserin yok olduğu her durumda, yüklenicinin ediminin ifasının imkânsız hâle geldiği söylenemez³²⁹. Özellikle tamamlanması durumunda çeşidi ile belirli olacak eserlerin teslimden önce yok olması hâlinde, kusursuz sonraki imkânsızlığa ilişkin kuralların uygulanması mümkün değildir³³⁰. Dolayısıyla bu hâllerde yüklenici, yok olan eseri yeniden meydana getirmekle yükümlüdür. Kısmen veya tamamen yok olan bir eseri yeniden yapmakla yükümlü olan yüklenici, kararlaştırılan veya TBK m. 481 hükmüne göre belirlenen ücretin kendisine ödenmesini isteyebilecektir³³¹. Ancak yüklenici aynı eseri ikinci kez yapması sebebiyle ortaya çıkan ek masrafların tazminini talep edemeyecektir³³².

TBK m. 483 hükmü, her ne kadar eser sözleşmesinin sona ermesi başlığı altında düzenlenmiş olsa da sözleşmeye konu olan eserin yok olması, tek başına eser sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmaz³³³. Ancak öğretide, eseri yeniden meydana getirmenin dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden beklenemeyeceği hâllerde, yüklenicinin TBK m. 480/f. II ve TBK m. 482 hükmünde düzenlenen ilkelerden faydalanarak sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmektedir³³⁴.

Malzemesi yüklenici tarafından sağlanan bir eserin, teslimden önce beklenmedik bir hâl sebebiyle yok olduğu hâllerde, genellikle bir ifa imkânsızlığı söz konusu olmaz. Ancak yüklenici açısından değerlendirildiğinde, bedel hasarına ilişkin riski o taşıyacağı için o ana kadar yaptığı malzeme giderleri ve harcadığı emek boşa gidecektir.

İşte burada söz konusu hüküm ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu arasındaki ilişki gündeme gelmektedir. Zira örnek olayda da gösterildiği üzere, eser sözleşmesinde hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorunu çıkabilir. Somut örnek bağlamında bir değerlendirme yapıldığında, bedel hasarına ilişkin riski üstlenen yüklenicinin, teslimden önce eseri yok eden kişiye karşı herhangi bir talep hakkı bulunmamaktadır. Zira yüklenici

³²⁹ Bu hususta bkz. GAUTSCHI, OR Art. 376, s. 519, N. 5.

³³⁰ BÜHLER, OR Art. 376, s. 413, N. 26; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 319; ARAL/AYRANCI, s. 521; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 603.

³³¹ ARAL/AYRANCI, s. 521.

³³² ARAL/AYRANCI, s. 521.

³³³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 316-317; ARAL/AYRANCI, s. 521; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 603; ALTAŞ, s. 142.

³³⁴ ARAL/AYRANCI, s. 521; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 603.

bu kişiyle akdi bir ilişki içerisinde değildir. Malzemeleri kendi getirmiş olsa da eserin inşası ile söz konusu malzemeler iş sahibinin taşınmazının bütünleyici parçası hâline gelmiştir³³⁵. Malzemenin bütünleyici parça hâline gelmesi, yüklenicinin söz konusu eşya üzerinde mülkiyet hakkının sona ermesi anlamına gelir. Dolayısıyla yüklenicinin, zarara yol açan kişiye karşı ne sözleşmeye ne de haksız fiile dayanan bir talebi bulunmaktadır. Zarar veren kişiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunan veya mülkiyet hakkına sahip olduğu için haksız fiil sorumluluğuna dayanarak talepte bulunabilecek iş sahibi ise herhangi bir zarara uğramamaktadır. Zira hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle kusursuz sonraki imkânsızlık veya sözleşmenin sona ermesi söz konusu olmadıkça, eserin yeniden meydana getirilmesini isteyebilecektir. Bunun yanında ilk yapılan esere ilişkin ücret ve masraf ödeme gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Zarar ve talep hakkının bu şekilde ayrıldığı söz konusu hâllerde, borçlunun sorumluluktan kurtulmasının hakkaniyete aykırı olduğu düşüncesi ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir³³⁶.

Alman ve İsviçre hukuklarında kabul gören bu yaklaşım, Türk hukukunda da benimsenebilir. Zira yukarıda incelenen hükmün benzerleri, Alman ve İsviçre'deki düzenlemelerde de yer almaktadır. Nitekim OR Art. 376/Abs. I hükmünde, TBK m. 483/f. I hükmüne benzer şekilde, eserin teslimden önce beklenmeyen hâl kapsamında yok olduğu hâllerde, iş sahibi eseri kabulde temerrüde düşmedikçe, yüklenicinin yaptığı iş sebebiyle ücret veya masraf talep edemeyeceği düzenlenmiştir³³⁷. Keza BGB § 644/Abs. I hükmünde, yüklenicinin eserin kabulüne kadar esere ilişkin hasar riskini üstleneceği

³³⁵ **GOMILLE**, s. 623; **VON GRAFFENRIED**, s. 315, N. 678; **FATZER**, s. 73; **WEISS**, s. 11; **GOERTH**, s. 30; **LUTHER**, s. 585-586; **VON SCHROETER**, s. 347; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, BGB § 249, N. 357; **LEE**, s. 96.

³³⁶ **MARTI-SCHREIER**, N. 184; **BÄRTSCHI**, s. 443; **GOMILLE**, s. 623; **OETKER**, BGB § 249, N. 301; **BUSCHE**, Jan; *Recht der Schuldverhältnisse* iç. Münchener Kommentar, **HENSSLER**, Martin (ed.), 9. Auflage, München 2023, BGB § 644, N. 15; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 308, N. 613; **VON GRAFFENRIED**, s. 315, N. 678; **VIEWEG**, s. 417; **LOCHER/LÖFFELMANN**, s. 972; **IDEN**, s. 771; **PUHLE**, s. 84; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 472; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 347; **VERWEYEN**, s. 572; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, BGB § 249, N. 357; **LEE**, s. 95; **GAUCH**, s. 565, N. 1188; **ALTAŞ**, s. 169.

³³⁷ OR Art. 376/Abs. I: *“Geht das Werk vor seiner Übergabe durch Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen, ausser wenn der Besteller sich mit der Annahme im Verzug befindet.”*

düzenlenmiştir³³⁸. Hükümün devamında, İsviçre-Türk hukukundaki düzenlemelere benzer şekilde, iş sahibinin eseri kabulde temerrüde düştüğü hâllerde, hasar riskinin iş sahibine geçeceği ifade edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuktaki söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, eser sözleşmesinde hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının gerekli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu hâllerde üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilmeli ve bu zararların tazminine imkân sağlanmalıdır.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun söz konusu olay grubu bakımından da uygulanması gerektiğini tespit ettikten sonra, birkaç meselenin daha incelenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda yapılan incelemenin de gösterdiği üzere, kurumun bu olay grubu bakımından uygulanmasının temel sebebi, TBK m. 483/f. I hükmünün getirdiği kurallardır. Bu hükümde öngörülen kurallar sebebiyle zarar, alacaklıdan üçüncü kişiye kaymakta ve zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkmaktadır. Bu noktada söz konusu hükümde yer alan kuralların uygulanmadığı hâllerde, aynı problemin devam edip etmeyeceği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Ayrıca TBK m. 483/f. II hükmünde, bedel hasarına ilişkin riski, iş sahibinin taşıyacağı hâller düzenlenmiştir. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için bu hükmün kapsamına girecek bir durumun da bulunmaması gerekir. Zira iş sahibinin hasar riskini taşıması demek, zarara uğraması anlamına gelmektedir. Talep hakkına sahip olan iş sahibinin zarar görmesi, zararın kaymasını engelleyecek ve kuruma olan ihtiyacı da ortadan kaldıracaktır.

TBK m. 483/f. I hükmü uyarınca hasar riskinin yükleniciye ait olabilmesi ve dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için öncelikle eserin yok olması gerekmektedir. Yok olma, eserin tamamen yok olmasını ifade ettiği gibi kısmen yok olmayı da içermektedir³³⁹. Öğretide hâkim olan görüşe

³³⁸ BGB § 644/Abs. I: *“Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.”*

³³⁹ GAUCH, s. 563, N. 1184; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 319; EREN, Özel Hükümler, s. 703, N. 2356; ARAL/AYRANCI, s. 520; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 602; ALTAŞ, s. 60 vd.

göre³⁴⁰, kısmen yok olmadan kasıt, yalnızca eserde meydana gelen niceliksel eksilmelerdir. Dolayısıyla eserde niteliksel bir eksilme veya kötüleşme meydana gelirse, bu kısmi yok olma kapsamında değil, ayıp olarak değerlendirilmeli ve TBK m. 483/f. I hükmü uygulanmamalıdır³⁴¹. Öğretide bazı yazarlar ise hükümde yer alan “*yok olma*” ifadesinin, yalnızca sözlük anlamıyla değil, aynı zamanda sözleşmede kararlaştırılardan daha düşük bir nitelikte olma şeklinde de anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir³⁴². Biz de bu görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira bu tür nitelik bozulmalarının eserin tesliminden sonra meydana gelmesi, ayıplı ifa kapsamındadır. Ancak teslim edilmeden önce meydana gelen nitelik bozulmaları, yok olma kapsamında değerlendirebilir. Dolayısıyla bu tür bozulmalar bakımından da TBK m. 483/f. I hükmü uygulanabilir.

TBK m. 483/f. I hükmünün uygulanabilmesi için yok olmanın beklenmedik bir olay sonucunda meydana gelmesi gerekir. Eserin yok olmasında iş sahibi veya yükleniciye yükletilemeyen her olay, beklenmedik hâl kapsamında değerlendirilir³⁴³. Mücbir sebeplerin de bu hükmün kapsamında olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁴⁴. Bunun yanında üçüncü kişilerin davranışları da beklenmedik olay sayılır³⁴⁵. Söz konusu olay taraflardan birinin yardımcı kişisi veya organına yükletilebiliyorsa, sözleşmenin taraflarından bağımsız bir durum ortaya çıkmadığı için beklenmeyen hâlin varlığından da bahsedilemez³⁴⁶. Bu noktada üçüncü kişi ile yardımcı kişinin kim olduğunun tespiti de oldukça önemlidir. Zira ilk bölümde de vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için borçlunun, alacaklının yardımcı kişisi olarak nitelendirilememesi gerekir. Aynı durum, bu hüküm bakımından da geçerlidir. Bu sebeple davranışlarıyla eserin yok olmasına sebep olan kişi, iş sahibinin yardımcısı olarak

³⁴⁰ GAUCH, s. 563, N. 1184; BÜHLER, OR Art. 376, s. 408-409, N. 11 vd.; EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2357.

³⁴¹ GAUCH, s. 563, N. 1184; BÜHLER, OR Art. 376, s. 408-409, N. 11 vd.; EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2357.

³⁴² GAUTSCHI, OR Art. 376, s. 518, N. 3c; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 602; ALTAŞ, s. 61-62.

³⁴³ GAUCH, s. 564, N. 1187; GAUTSCHI, OR Art. 376, s. 517, N. 3a; BÜHLER, OR Art. 376, s. 410, N. 14; EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2359; ARAL/AYRANCI, s. 520; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 602; ALTAŞ, s. 66.

³⁴⁴ GAUCH, s. 564, N. 1187; GAUTSCHI, OR Art. 376, s. 517, N. 3b; BÜHLER, OR Art. 376, s. 409, N. 13; EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2359; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 602; ALTAŞ, s. 76.

³⁴⁵ GAUCH, s. 564-565, N. 1187; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 317, dpn. 192 (2); EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2359.

³⁴⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2359.

nitelendirilebiliyorsa, ilgili hüküm uygulanmayacak, dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyaç da ortadan kalkacaktır.

Yukarıda verilen örnek olay üzerinden bir değerlendirme yapıldığında, eserin yok olmasına sebep olan diğer yüklenicinin, iş sahibinin ifa yardımcısı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Nitekim daha önce de vurgulandığı üzere, kurumun uygulama alanını daraltmak isteyen bazı yazarlar, ifa yardımcısının sorumluluğuna ilişkin şartları esneterek, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan kurtulmak istemektedir. Ancak ilgili başlıkta da vurgulandığı üzere, bu tip bir ilişkinin bulunmadığı hâllerde, söz konusu sorumluluğun şartlarını zorlayarak bir çözüm üretmek mümkün değildir. Dolayısıyla her durum bakımından, diğer yüklenicinin, iş sahibinin ifa yardımcısı olduğunu söylemek kolay değildir³⁴⁷. Nitekim öğretide de yüklenicinin eserini, bir başka yan yüklenicinin (*Nebenunternehmer*) yok ettiği hâllerde, beklenmeyen hâl şartının sağlandığı kabul edilmektedir³⁴⁸.

Hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan diğer şartlar ise eserin teslim edilmemiş olması³⁴⁹ ve iş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmemesidir³⁵⁰. Tüm bu şartlar sağlandığı takdirde, bedel hasarına ilişkin riski yüklenici taşıyacak, malzemeleri de kendisi getirmişse, zarar ve talep hakkı birbirinden ayrılacaktır. İşte bu gibi hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmalı, hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle ortaya çıkan hakkaniyetsiz durum ortadan kaldırılmalıdır.

Teslimden önce eserin yok olduğu hâllerde bedel hasarına ilişkin riski iş sahibinin taşıyacağı durumlar ise, TBK m. 483/f. II'de düzenlenmiştir. Eser sözleşmelerinde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için bedel hasarına ilişkin riskin yükleniciye geçmesi gerektiğinden, söz konusu riskin iş sahibine ait olmasını sebep olan bu hükme ilişkin şartların sağlanıp sağlanmadığının da ayrıca kontrol edilmesi gerekir.

³⁴⁷ Benzer yönde bkz. GAUCH, s. 575, 1210b.

³⁴⁸ GAUCH, s. 565, N. 1187; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 319; EREN, Özel Hükümler, s. 704, N. 2359.

³⁴⁹ Eserin teslim edilebilmesi, yüklenici tarafından tamamlanmış olmasına bağlıdır. Bu hususta bkz. GAUCH, s. 563, N. 1185; EREN, Özel Hükümler, s. 704-705, N. 2360; ALTAŞ, s. 79 vd.

³⁵⁰ GAUCH, s. 567, N. 1191; BÜHLER, OR Art. 376, s. 412, N. 21; EREN, Özel Hükümler, s. 705, N. 2362; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 548; ARAL/AYRANCI, s. 521; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 603; ALTAŞ, s. 79 vd.

Söz konusu hüküm uyarınca bedel hasarına ilişkin riski, iş sahibinin taşıyabilmesi için yok olmanın iş sahibine yüklenebilen bazı sebeplerden kaynaklanması gerekir. Buna göre, eser; iş sahibinin verdiği malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı ya da bu kişinin vermiş olduğu talimatlar sonucunda yok olmuşsa, yüklenici ücreti ve yaptığı giderleri iş sahibinden talep edebilecektir. Ancak yüklenicinin bu talebe sahip olabilmesi için doğabilecek olumsuz sonuçları, iş sahibine zamanında bildirmiş olması gerekir (TBK m. 483/f. II). Bu şartlar sağlandığı takdirde, yüklenici ücretini ve masraflarını iş sahibinden talep edebileceği için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir ihtiyaç da ortaya çıkmayacaktır. Ancak bu hükmün şartlarının her durumda sağlanması mümkün değildir. Zira yüklenici her zaman bildirim yükümlülüğünü yerine getiremeyecektir. Bunun yanında, hükümde yer alan durumlar, sınırlı sayıdadır³⁵¹. Bu sebeple bu fıkra düzenlenmiş üç durum dışında, söz konusu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki hükümde düzenlenen durumların sınırlı sayıda olduğu düşüncesi, öğretide herkes tarafından kabul gören bir yaklaşım değildir. Nitekim öğretide bazı yazarlar³⁵², TBK m. 483/f. II hükmünde öngörülen hâllerin, örnek olarak sayıldığını, bu hâller dışında yok olmanın iş sahibine yükletilebildiği hâllerde de bedele hasarına ilişkin riski, iş sahibinin taşıyacağını vurgulamaktadır. Ancak öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere³⁵³, hasar riskinin iş sahibine geçmesini sağlayan bu sebeplerin Kanun'da sınırlı bir şekilde sayıldığının kabul edilmesi gerekir. Zira hasar riskinin iş sahibine geçebilmesi için onun ayrıca bir kusurunun bulunması gerekmez. Hukukumuzda sorumluluk bakımından kabul edilen temel kural, kusur sorumluluğu olduğu için kusursuz sorumluluk hâlini öngören kanun hükümleri geniş yorumlanmamalıdır. Bu sebeple söz konusu hüküm de dar yorumlanmalı, hükümde yer almayan sebepler bakımından genişletme yapılmamalıdır. Ayrıca hükmün kaleme alınışı da bu tarz bir yaklaşımı haklı çıkarmaktadır. Zira hükümde hasar riskinin geçişini sağlayan sebepler tek tek sayılmış, “gibi” vb. ifadeler kullanılmayarak söz konusu hâllerin örnek olarak sayılmadığına ilişkin bir ipucu verilmiştir.

Sonuç itibarıyla ilgili hükmün dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının önüne geçmesi ihtimal dâhilindedir. Ancak her durumda

³⁵¹ Aynı yönde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 549.

³⁵² ALTAŞ, s. 69.

³⁵³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 549.

hükümde öngörülen şartlar sağlanamayacağından, kuruma olan ihtiyacın devam ettiği söylenebilir.

Bu başlık altında incelenmesi gereken son husus ise, TBK m. 485'te düzenlenen, eserin tamamlanmasının iş sahibi yüzünden imkânsızlaşmasıdır. Bu hüküm uyarınca, eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa, yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderleri isteyebilecektir. Söz konusu imkânsızlığın ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru bulunuyorsa yüklenici ayrıca tazminat talep etme hakkına da sahiptir. Bu hükmün dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından önemi, yüklenicinin ücret ve masraf talep etme hakkını kaybetmemesidir. Dolayısıyla zarar ve talep hakkı ayrılığı probleminin ortaya çıkıp çıkmadığını incelerken, bu hüküm kapsamında değerlendirilebilecek bir hususun olup olmadığı da incelenmelidir.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için eserin tamamlanmasından önce, ifanın yüklenici bakımından imkânsız hâle gelmesi gerekir. Buradaki imkânsızlık objektif ve sürekli bir imkânsızlık hâlini ifade eder³⁵⁴. Dolayısıyla ifanın yükleniciden beklenilemez veya onun için katlanılamaz olması, bu hükmün uygulanabilmesi için yeterli değildir³⁵⁵. Bunun yanında ifa imkânsızlığına beklenmedik bir olay sebep olmalıdır³⁵⁶. Son olarak beklenmedik olayın, iş sahibiyle ilgili olması gerekir³⁵⁷. İmkânsızlık sebebinin iş sahibinin şahsında veya onun risk alanında bulunması, bu şartın sağlanması için yeterlidir³⁵⁸. Bu şart özellikle davranışlarıyla zarara sebep veren kişinin, iş sahibinin risk alanındaki bir durum olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bakımından önemlidir. Ancak kanaatimizce bağımsız bir diğer yükleniciyi iş sahibinin risk alanı kapsamında değerlendirmek her durumda mümkün değildir. Bir an için bu şartın sağlandığı düşünülse bile bu kişinin davranışları her durumda ifanın imkânsızlaşması sonucunu

³⁵⁴ GAUCH, s. 332, N. 723; BÜHLER, OR Art. 378, s. 454, N. 14 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 326-327; EREN, Özel Hükümler, s. 710, N. 2385; ARAL/AYRANCI, s. 523.

³⁵⁵ GAUCH, s. 330-331, N. 720; BÜHLER, OR Art. 378, s. 454, N. 14; EREN, Özel Hükümler, s. 710, N. 2385. Aksi yönde bkz. GAUTSCHI, s. 547, N. 6.

³⁵⁶ GAUCH, s. 331, N. 722; BÜHLER, OR Art. 378, s. 456, N. 20; EREN, Özel Hükümler, s. 711, N. 2387.

³⁵⁷ GAUCH, s. 332, N. 724; BÜHLER, OR Art. 378, s. 456, N. 21; EREN, Özel Hükümler, s. 711, N. 2388; ARAL/AYRANCI, s. 523.

³⁵⁸ GAUCH, s. 332, N. 724; BÜHLER, OR Art. 378, s. 456, N. 21; EREN, Özel Hükümler, s. 711, N. 2388; ARAL/AYRANCI, s. 523.

doğurmayacaktır. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacın devam edeceği anlamına gelir.

d. Vasiyet (Belirli Mal Bırakma) Olayı

Hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sebebiyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına ihtiyaç duyulan bir diğer durum, vasiyet edilen malın, mirasçı sıfatı bulunmayan vasiyet alacaklısına teslim edilmeden önce, vasiyet ilişkisi ile alakası bulunmayan bir kişi tarafından hasara uğratılması hâlidir³⁵⁹. Söz konusu duruma ilişkin genel açıklamalara geçmeden önce, birinci bölümde verilen örneğin hatırlanmasında fayda bulunmaktadır:

(M), kendisine ait olan antika bir vazoyu, el yazılı vasiyetname ile mirasçı sıfatı bulunmayan (B)'ye vasiyet etmiştir. (M)'nin mirasçısı (A), vasiyet alacağını yerine getirmeden önce, (C) bu vazoya zarar vermiştir. (A), bu olay üzerine (C)'ye tazminat davası açmıştır. (C) bu davada, (A)'nın mülkiyet hakkına sahip olmasına rağmen herhangi bir zararının bulunmadığını, zira vasiyet edilen mala ilişkin hasara 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 518/f. I uyarınca vasiyet alacaklısının katlanacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine vasiyet alacaklısı (B), (C)'ye karşı tazminat davası açmıştır. (C), bu kez de (B)'nin mülkiyet hakkına sahip olmadığı itirazında bulunmuştur.

Maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyet, mirasbırakanın bir kimseye, ölüme bağlı olarak, alacak hakkı niteliğinde sağladığı bir malvarlığı menfaati olarak

³⁵⁹ MARTI-SCHREIER, N. 185; BÄRTSCHI, s. 410; GOMILLE, s. 623; OETKER, BGB § 249, N. 300; WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 372; TRAUGOTT, s. 20; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388-389; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 614; VON GRAFFENRIED, s. 262, N. 563; BROX/WALKER, N. 21; LUTHER, s. 577; HENN, s. 44-45; VIEWEG, s. 417; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s. 98, N. 14.24; PUHLE, s. 85; LANGE/SCHIEMANN, s. 472; VON CAEMMERER, s. 362; VON SCHROETER, Haftung, s. 347; VERWEYEN, s. 572; TÄGERT, s. 2; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 358; REINHARDT, s. 4; LEE, s. 94; SEROZAN/ENGİN, s. 513, N. 23c.

tanımlanmaktadır³⁶⁰. Vasiyet, genel olarak ivazsız bir ölüme bağlı tasarruftur³⁶¹. Vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın külli değil, cüz’i halefidir³⁶². Dolayısıyla bu kişi ölümle birlikte vasiyet edilen şey üzerinde doğrudan bir hak kazanmaz. O yalnızca vasiyet borcunun yerine getirilmesine ilişkin bir alacak hakkı elde etmektedir³⁶³. Lehine vasiyet yapılan kişinin vasiyet konusu mal üzerinde mülkiyet hakkı kazanabilmesi için vasiyet borçlusunun borcunu yerine getirmesi gerekir³⁶⁴. Nitekim TMK m. 600/f. I hükmünde, “*Vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı kişisel istem hakkına sahip olur.*” ifadesi kullanılarak, lehine vasiyet yapılan kişinin hakkının, bir alacak hakkı olduğu vurgulanmıştır.

Belirli mal bırakma vasiyetinde, hasar riskinin geçişine ilişkin temel düzenleme, TMK m. 518’dir. Hükmün ilk fıkrasında, vasiyet olunan malın mirasbırakanın ölümünde

³⁶⁰ **BREITSCHMIDT**, Peter/**EGGEL**, Martin/**EITEL**, Paul/**FANKHAUSER**, Roland/**GEISER**, Thomas/**JUNGO**, Alexandra; Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, s. 78, N. 14; **WOLF**, Stephan; Schweizerisches Erbrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2020, s. 171, N. 594; **WEIMAR**, Peter; Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen iç. Berner Kommentar, **HAUSHEER**, Heinz/**WALTER**, Hans Peter (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2009, ZGB Art. 484, s. 336, N. 2; **GÖNENSAY**, Samim/**BİRSEN**, Kemaleddin; Miras Hukuku, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963, s. 132; **DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut; Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, C. IV, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 143, N. 671; **EREN**, Fikret/**YÜCER AKTÜRK**, İpek; Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 150, N. 434; **İMRE**, Zahit/**ERMAN**, Hasan; Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2022, s. 119 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, s. 343, N. 133.

³⁶¹ Öğretide bir görüşe göre, vasiyetin miras sözleşmesi ile yapıldığı hâllerde ivazlı olması da mümkündür. Bu hususta bkz. **WEIMAR**, ZGB Art. 484, s. 338-339, N. 7; **GÖNENSAY/BİRSEN**, s. 132; **DURAL/ÖZ**, s. 143, N. 672.

³⁶² **BREITSCHMIDT/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO**, s. 78, N. 14; **WOLF**, s. 175, N. 610; **WEIMAR**, ZGB Art. 484, s. 340, N. 11; **GÖNENSAY/BİRSEN**, s. 135; **DURAL/ÖZ**, s. 144, N. 673; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s. 151, N. 436; **İMRE/ERMAN**, s. 120; **SEROZAN/ENGİN**, s. 343, N. 133.

³⁶³ **BREITSCHMIDT/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO**, s. 78, N. 14; **WOLF**, s. 175, N. 610; **WEIMAR**, ZGB Art. 484, s. 336, N. 2; **GÖNENSAY/BİRSEN**, s. 135; **DURAL/ÖZ**, s. 144, N. 673; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s. 151, N. 436; **İMRE/ERMAN**, s. 120; **SEROZAN/ENGİN**, s. 343, N. 133.

³⁶⁴ **BREITSCHMIDT/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO**, s. 78, N. 14; **WOLF**, s. 175, N. 610; **WEIMAR**, ZGB Art. 484, s. 336, N. 2; **GÖNENSAY/BİRSEN**, s. 135; **DURAL/ÖZ**, s. 144, N. 673; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s. 151, N. 436; **İMRE/ERMAN**, s. 120; **SEROZAN/ENGİN**, s. 343, N. 133.

ne hâlde ise o şekilde vasiyet alacaklısına teslim edileceği düzenlenmiştir. Hükmün devamında, yarar ve hasarın (hasar riskinin) mirasın açılması anında, kendisine belirli mal bırakılana geçeceği ifade edilmiştir. TMK m. 575/f. I'de ise, mirasın, mirasbırakanın ölümüyle açılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla vasiyet konusu mala ilişkin hasar riski de ölümle birlikte vasiyet alacaklısına geçecektir.

TMK m. 518'in diğer fıkrasında ise, mirasın açılmasından sonra meydana gelen değişiklikler hakkında bir düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca, vasiyet borçlusuna, mirasın açıldığı gün ile vasiyet borcunun ifa edildiği gün arasında vasiyet konusuna gelen zararlardan ötürü vekâletsiz iş görme kurallarına göre sorumludur. Bir taraftan vasiyet borçlusuna ile vasiyet alacaklısı arasında herhangi bir sözleşme bulunmaması, diğer taraftan ise vasiyet borçlusunun mirasçı olması hâlinde malik sıfatıyla zilyet olduğu mala vermiş olduğu zararlardan ötürü haksız fiil sorumluluğunun şartlarının sağlanamayacağı düşüncesiyle, bu durum bakımından vekâletsiz iş görme hükümlerine atıf yapılmıştır³⁶⁵. Vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, niteliği itibarıyla kusur sorumluluğudur³⁶⁶. Nitekim TBK m. 527/f. I hükmünde, vekâletsiz iş görenin her türlü ihmalden sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla vasiyete konu malın mücbir sebep veya kaza sonucunda hasara uğraması durumunda, bu hasara vasiyet alacaklısı katlanacaktır³⁶⁷. Vasiyet borçlusuna ile ilgisi bulunmayan üçüncü bir kişinin davranışları da bu kapsamda değerlendirilmektedir³⁶⁸. Zira bu ihtimalde de vasiyet borçlusuna herhangi bir kusur atfedilemeyeceğinden, hasar riskinin vasiyet alacaklısı tarafından taşınması uygun görülmüştür.

Örnek olayda da gösterildiği üzere, vasiyete konu malın vasiyet alacaklısına devredilmeden önce bu ilişkiye taraf olmayan bir kişi tarafından hasara uğratılması hâlinde, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkar. Bu durum bakımından bir değerlendirme yapan *Serozan/Engin*, vasiyet alacağının miras hukukundan ziyade borçlar hukukunu ilgilendiren bir mesele olduğuna vurgu yapmaktadır³⁶⁹. Yazarlara göre³⁷⁰, vasiyet alacağı gerçekten de tipik bir borçlar hukuku

³⁶⁵ Bu hususta bkz. *İMRE/ERMAN*, s. 349-350.

³⁶⁶ *TANDOĞAN*, Vekâletsiz İş Görme, s. 207; *YAVUZ/ACAR/ÖZEN*, s. 761; *ZEVKLİLER/GÖKYAYLA*, s. 680; *YÜKSEL*, s. 31.

³⁶⁷ *WEIMAR*, ZGB Art. 485, s. 364, N. 24; *GÖNENSAY/BİRSEN*, s. 136; *İMRE/ERMAN*, s. 350.

³⁶⁸ *GÖNENSAY/BİRSEN*, s. 136; *SEROZAN/ENGİN*, s. 498, N. 27c.

³⁶⁹ *SEROZAN/ENGİN*, s. 498, N. 27c.

³⁷⁰ *SEROZAN/ENGİN*, s. 498, N. 27c.

alacağıdır. Söz konusu alacak bu yönüyle, bir borçlar hukuku sorunsalı olan “*üçüncü kişinin zararının tazminine*” zengin bir malzeme sağlamaktadır. Serozan/Engin, söz konusu hâllerde gündeme gelen zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemine şu sözleriyle dikkat çekmektedir³⁷¹: “*vasiyet borçlusunda haksız fiil zararının eksikliğiyle, vasiyet alacaklısının haksız fiil tazminatı alacaklısı sıfatının eksikliği çakışır.*” Serozan/Engin, bu çalışmada verilen örneğe benzer bir örnek üzerinden hareket etmiş ve zarar verenin bu gibi hâllerde vasiyet borçlusu mirasçının taleplerine karşı onun herhangi bir zarara uğramadığını, vasiyet alacaklısının taleplerine karşı ise bu kişinin haksız fiil kapsamında korunan bir hakkının ihlal edilmediğini ileri sürebileceğine vurgu yapmıştır³⁷². Yazarlara göre, bu haksızlığa karşı, “*normatif zarar*” ve “*üçüncü kişinin zararının tazmini*” kavramları seferber edilmelidir³⁷³.

İlk bölümde de vurgulandığı üzere, bu tip durumlarda normatif zarar kavramından faydalanmaktansa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna başvurmanın daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Belirli mal bırakma vasiyeti bakımından gündeme gelen sorun, tam da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun kapsamına giren bir meseledir. Zira vasiyet alacaklısı, vasiyet borcu ifa edilmeksizin vasiyete konu mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanamamaktadır. Alacak hakkı ise haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunan bir hak değildir. Mülkiyet hakkına sahip olan vasiyet borçlusu bakımından ise malvarlığında bulunan bir malın hasara uğradığı doğrudur. Ancak bu kişi söz konusu mala ilişkin hasar riskini taşımadığından, herhangi bir zarar görmemektedir. Bunun yanında vasiyete konu olan malın tamamen yok olması hâlinde, vasiyet borçlusunun vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü de sona ermektedir.

Zarar ve talep hakkının bu şekilde birbirinden ayrıldığı hâllerde, zarar veren kişinin yukarıda belirtilen itirazları ileri sürmesi oldukça muhtemeldir. Ancak hasar riskinin geçişine ilişkin söz konusu kurallar, zarar veren kişiyi sorumluluktan kurtarmayı amaçlamamaktadır. Bu sebeple ortaya çıkması muhtemel hakkaniyetsiz sonucun önüne geçilmeli, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla, vasiyet borçlusunun, vasiyet alacaklısının zararının tazminini, zarar veren kişiden talep etmesine izin verilmelidir.

³⁷¹ SEROZAN/ENGİN, s. 498, N. 27c.

³⁷² SEROZAN/ENGİN, s. 498, N. 27c.

³⁷³ SEROZAN/ENGİN, s. 498, N. 27c.

3. Koruma (Muhafaza) İlişkileri (*Obhutsverhältnisse*)

a. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının gündeme geldiği bir diğer durum da koruma ilişkileri olarak adlandırılan olay grubudur. Alman ve İsviçre öğretisinde, bu olay grubunu karşılamak üzere, “*Obhutsverhältnisse*” terimi kullanılmaktadır³⁷⁴. “*Obhut*” kelimesi, Türkçe’de “*koruma*”, “*himaye*” ve “*gözetim*” anlamlarına gelmektedir³⁷⁵. Dolayısıyla bu kurumu ifade etmek üzere, “*koruma ilişkileri*” teriminin kullanılması tercih edilmiştir³⁷⁶. Ne var ki koruma ilişkileri ifadesi, ilk bakışta söz konusu olay grubunun anlaşılmasına yardımcı olmamaktadır. Bu sebeple koruma ifadesinden ne kastedildiğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir.

Koruma ilişkileri olarak adlandırılan olay grubunda, alacaklı, üçüncü kişinin mülkiyet hakkına sahip olduğu bir malın korunmasını (muhafazasını/gözetimini) elinde bulundurmaktadır. Ancak alacaklının yaptığı bir sözleşmeden ötürü, sözleşme yaptığı borçlunun söz konusu malın korunması hususunda bir yükümlülüğü de ortaya çıkmaktadır. Buradan yola çıkılarak söz konusu olay grubunu karşılamak üzere, koruma

³⁷⁴ MARTI-SCHREIER, N. 224 vd.; BÄRTSCHI, s. 418; ARMBRÜSTER, s. 89; KOLLER, Haftung, s. 309; PERREN, s. 77; GOMILLE, s. 625; OETKER, BGB § 249, N. 305; WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 373; PETERSEN, N. 17, s. 93; NEUNER, Dritter, s. 131; TRAUGOTT, s. 11; HARKE, s. 435, N. 439; VON GRAFFENRIED, s. 322, N. 697; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2890; PLATE/GEIER, s. 1874; HENN, s. 230; LOCHER/LÖFFELMANN, s. 970; IDEN, s. 771; HÄRTNER, s. 194, N. 503; VERWEYEN, s. 572; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 360; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 507; LANGE/SCHIEMANN, s. 476; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 37.

³⁷⁵ STEUERWALD, s. 406.

³⁷⁶ Aynı yönde bkz. ÇAKIRCA, s. 113.

ilişkileri ifadesi kullanılmıştır³⁷⁷. Türk hukukunda *Tandoğan*³⁷⁸ söz konu olay grubunu, “*üçüncü şahsa ait taalluk eden akitlerde karşı akidin sadece akde aykırı hareketiyle bu şeye zarar ika ettiği hâller*” ifadesi ile tarif etmektedir. *Atamer*³⁷⁹ ise, bu olay grubunu açıklamak üzere, “*üçüncü kişiye ait bir mala ilişkin sözleşmelerde karşı akidin sözleşmeye aykırılık sonucu mala zarar vermesi*” ifadesini kullanmaktadır. Bu çalışmada ise Alman ve İsviçre öğretisinde kullanılan terimin aslına sadık kalınarak, koruma ilişkileri ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Koruma ilişkileri kapsamında ele alınan hâllerde, borçlu sözleşmeye aykırı davranışları sonucunda malın hasara uğramasına yol açarsa, mülkiyet hakkına sahip olan üçüncü kişinin zarar görmesi ihtimal dâhilindedir. Özellikle alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumlu olmadığı hâllerde, üçüncü kişinin zarar veren kişiye (borçlu) karşı sözleşmeye dayanan talepleri ileri sürebilmesi mümkün değildir. Zira bu kişinin borçlu ile akdi bir ilişkisi bulunmamakta, borçlunun sözleşme ortağı olan alacaklı ise herhangi bir zarar görmemektedir. Dolayısıyla bu gibi hâllerde sözleşmeye taraf olan kişinin zararının bulunmaması, zararı bulunan kişinin ise sözleşmeye taraf olmaması sorunu ile karşılaşılmaktadır.

Ne var ki bu olay grubu, daha önce incelenen olay gruplarından bir yönüyle ayrılmaktadır. Nitekim burada, üçüncü kişi mülkiyet hakkına sahip olduğu için borçluya karşı haksız fiile dayanan tazminat taleplerini ileri sürebilecektir. Bu sebeple de söz konusu ihtimalde, gerçek anlamda bir koruma eksikliğinin (*schutzdefizit*) varlığından bahsedilemez. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ise daha önce de vurgulandığı üzere, üçüncü kişinin kendisine ait bir talep hakkının bulunmadığı hâllerde

³⁷⁷ MARTI-SCHREIER, N. 224 vd.; BÄRTSCHI, s. 418; ARMBRÜSTER, s. 89; KOLLER, Haftung, s. 309; PERREN, s. 77; GOMILLE, s. 625; OETKER, BGB § 249, N. 305; WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 373; PETERSEN, N. 17, s. 93; NEUNER, Dritter, s. 131; TRAUGOTT, s. 11; HARKE, s. 435, N. 439; VON GRAFFENRIED, s. 322, N. 697; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2890; PLATE/GEIER, s. 1874; HENN, s. 230; LOCHER/LÖFFELMANN, s. 970; IDEN, s. 771; HÄRTNER, s. 194, N. 503; VERWEYEN, s. 572; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 360; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 288, N. 507; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 37; ÇAKIRCA, s. 113. Öğretide *Tägert*, söz konusu olay grubunu, “*başkasının malını koruma*” olarak adlandırmaktadır (TÄGERT, s. 2). Aynı yönde bkz. GOERTH, s. 29.

³⁷⁸ TANDOĞAN, Tazmin, s. 146.

³⁷⁹ ATAMER, s. 121.

gündeme gelen bir kurumdur. Dolayısıyla söz konusu düşünce biçiminden hareketle, üçüncü kişinin haksız fiile ilişkin taleplerinin bulunduğu bu hâllerde, kurumun uygulama alanı bulmaması gerekirdi. Ancak öğretide bazı gerekçelerle bu gibi hâllerde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir ihtiyacın bulunduğu kabul edilmektedir.

Bu hususta *Tandoğan* 'ın vurguladığı üzere, üçüncü kişi mülkiyet hakkına sahip olsa da borçlunun sözleşmeye aykırı her davranışı, haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği anlamına gelmez³⁸⁰. Nitekim üçüncü kişinin uğradığı saf malvarlığı zararları bakımından hukuka aykırılık şartı sağlanamadığı için haksız fiile ilişkin taleplerin ileri sürülmesi de mümkün değildir. Bunun yanında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin esaslar, talep hakkına sahip olan kişi bakımından sözleşmesel sorumluluğa nazaran dezavantajlıdır³⁸¹. Nitekim haksız fiil sorumluluğunda, sözleşmesel sorumlulukta olduğu gibi kusur karinesi mevcut değildir. Dolayısıyla zarar gören kişinin tazminata hak kazanabilmesi için zarar verenin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir. Bunun yanında sözleşme hukukunda yardımcı kişilerin davranışlarından ötürü sorumluluk bakımından borçlu için daha ağır hükümler öngörülmüştür. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören kişi için dezavantajlı olabilecek kısa zamanaşımı süresi de söz konusudur.

Öğretide tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak, koruma ilişkilerinde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir³⁸². Bu görüşü kabul eden yazarlara göre³⁸³, borçlu, normal şartlarda alacaklı ile yaptığı sözleşme uyarınca koruması altında bulunan mala özen göstermekle

³⁸⁰ TANDOĞAN, Tazmin, s. 149.

³⁸¹ GOMILLE, s. 625; FLUME, BGB § 249, N. 373; TRAUGOTT, s. 49; VON GRAFFENRIED, s. 322-323, N. 699; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2890; HENN, s. 230; IDEN, s. 767; VERWEYEN, s. 572; TANDOĞAN, Tazmin, s. 149; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; ATAMER, s. 121; ÇAKIRCA, s. 114-115.

³⁸² GOMILLE, s. 625; FLUME, BGB § 249, N. 373; TRAUGOTT, s. 49; VON GRAFFENRIED, s. 322-323, N. 699; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2890; HENN, s. 230; IDEN, s. 767; VERWEYEN, s. 572; TANDOĞAN, Tazmin, s. 149; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; ATAMER, s. 121; ÇAKIRCA, s. 114-115.

³⁸³ GOMILLE, s. 625; TRAUGOTT, s. 49; VON GRAFFENRIED, s. 322-323, N. 699; GOERTH, s. 29; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2890; HENN, s. 230; IDEN, s. 767; VERWEYEN, s. 572; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; TANDOĞAN, Tazmin, s. 149; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 862; ATAMER, s. 121; ÇAKIRCA, s. 114-115.

yükümlüdür. Bu kişi, bir sözleşme ilişkisi içine girerek kendisi bakımından daha ağır olabilecek sorumluluk hükümlerini göze almış durumdadır. Bu sebeple yalnızca sözleşmeye konu malın başkasına ait olduğu ve alacaklının da zarar görmediği gerekçeleriyle, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerini uygulamamak hakkaniyete aykırı olacaktır.

Ne var ki söz konusu görüş öğretide herkes tarafından kabul edilmemektedir. Nitekim bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için üçüncü kişi bakımından korunmaya değer bir durumun bulunması gerektiğini vurgulamaktadır³⁸⁴. Bu yazarlara göre, üçüncü kişinin haksız fiilden kaynaklanan bir talep hakkının bulunması, onun korunması için yeterlidir. Dolayısıyla bu hâllerde, söz konusu kişiye kendisi için avantajlı olan hükümlerden yararlanma gibi bir amaç güdülmemeli ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması reddedilmelidir.

Koruma ilişkileri, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile ilgili çetrefilli meselelerden biridir. Zira gerek kurumun söz konusu olay grubu bakımından uygulanması gerektiğini savunan yazarların gerekse de bu yaklaşımı reddeden yazarların haklı oldukları bazı hususlar bulunmaktadır.

Koruma ilişkilerini dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun kapsamına alan yazarların haklı olarak vurguladığı üzere, söz konusu kurum, borçlunun birtakım tesadüflerden yararlanmasını engellemek adına geliştirilmiştir. Normal şartlarda sözleşmesel sorumluluğa tabi olacak bir kişinin, sözleşmeye konu malın başkasına ait olması sebebiyle, kendisi bakımından daha elverişli hükümlere göre sorumlu olması, hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaktadır.

Ancak bu görüşe karşı çıkan yazarların da haklı olduğu temel bir nokta vardır. O da söz konusu kurumun, üçüncü kişinin zarar görmesine rağmen bu zararın tazminine ilişkin talep hakkına sahip olmamasının yarattığı hakkaniyetsiz sonucu önlemek adına geliştirilmiş olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, haksız fiil sorumluluğuna dayanma imkânı olan bir kişinin, korunmaya muhtaç olduğu söylenemeyecektir.

Kanaatimizce bu olay grubu bakımından en doğru değerlendirmeyi yapabilmek için bu husustaki diğer yaklaşımları da yakından incelemek gerekir. Bu noktada iki yaklaşımın daha bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, alacaklının zarar gördüğü

³⁸⁴ WEISS, s. 11; PETERSEN, s. 93, N. 17; LUTHER, s. 593; VON SCHROETER, Haftung, s. 348; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 354.

varsayımdan hareket eden yaklaşımlardır³⁸⁵. Bu görüş kabul edildiği takdirde, alacaklı uğradığı zararın tazminini aralarındaki sözleşmeye dayanarak borçludan talep edecektir. Bu da borçlunun akdi sorumluluğa tabi olacağı anlamına gelir. Söz konusu olay grubu ile ilgili diğer yaklaşımda ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden faydalanılmaktadır³⁸⁶. Üçüncü kişiyi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruma alanına dâhil eden bu görüş, bu kişiye doğrudan bir talep hakkı vermektedir. Bu da borçlunun sorumluluğunun sözleşme hukukuna göre belirlenmesi sonucunu doğurur.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna alternatif bulma arayışı içinde olan bu yaklaşımlar da göz önünde bulundurulduğunda, borçlunun sözleşme hukuku kurallarına göre sorumlu olması gerektiği düşüncesi, genel bir eğilimi ifade eder. Borçlunun kendisi dışında gerçekleşen tesadüfi durumlardan faydalanmaması gerektiği de dikkate alındığında, koruma ilişkileri bakımından da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması kabul edilmelidir.

Koruma ilişkileri kapsamında üç temel durum ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, başkasına ait bir malın haksız ama iyiniyetli zilyedi olan bir kişinin (alacaklı), borçlu ile bir sözleşme akdetmesi hâlidir. Bu noktada birinci bölümde verilen örneği hatırlatmakta fayda bulunmaktadır:

(A), (B) 'ye ait bit malın haksız ama iyiniyetli bir zilyedidir. (A), söz konusu malı tamir ettirmek üzere (C) 'ye vermiştir. Söz konusu mal, tamir esnasında (C) 'nin yardımcısının kusuru sebebiyle zarar görmüştür. (B), malın kendisine devredilmesini istemiş, (A) bu talebi kabul etmiş ancak iyiniyetli zilyet olduğu için TMK m. 993/f. II uyarınca zarardan herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), mülkiyet hakkına dayanarak (C) 'den talepte bulunmayı düşünmüş ancak onun TBK m. 66 uyarınca kurtuluş kanıtı getirebileceğini hesaba katarak sözleşme tarafı (A) 'dan zararlar için talepte bulunmasını istemiştir. Bunun üzerine (A), aralarındaki sözleşmeye dayanarak zararların tazminini (C) 'den istemiştir. Ancak (C), (A) 'nın herhangi bir zararının bulunmadığını ifade ederek davanın reddini talep etmiştir.

³⁸⁵ İlk bölümde de vurgulandığı üzere, bu yaklaşım, koruma ilişkileri olay grubuna özgü bir yaklaşım değildir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu teorik anlamda tehlikeli bulan bazı yazarlar, sözleşmeye taraf olan alacaklıya varsayımsal bir zarar atfederek, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sorununu ortadan kaldırmaktadır.

³⁸⁶ OETKER, BGB § 249, N. 305; FLUME, BGB § 249, N. 380; PETERS, s. 366; VON GRAFFENRIED, s. 324 vd., N. 704 vd.; PLATE/GEIER, s. 1784; PUHLE, s. 125-126.

Örnek olay üzerinden bir değerlendirme yapıldığında, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları ile sözleşmeye konu olan malı hasara uğratması hâlinde, alacaklının herhangi bir zararının bulunmaması muhtemeldir. Zira TMK m. 993 hükmü uyarınca, iyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü değildir. Bunun yanında iyiniyetli zilyet, şeyin kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından ötürü de sorumlu tutulamaz. İyiniyetli haksız zilyedin bu hüküm çerçevesinde sorumluluktan kurtulma ihtimali, bu kişinin herhangi bir zarara uğramaması sonucunu doğurmaktadır. Mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ise zarara uğramasına rağmen kendisi bakımından daha elverişli olan sözleşmesel sorumluluğa dayanamamaktadır. Zira bu kişi de alacaklı ile borçlu arasında akdedilen sözleşmeye taraf değildir. İşte bu noktada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği kabul edilmiş, üçüncü kişinin zararı, alacaklının sözleşmeye dayanan talep hakkının yanına çekilmiştir.

Daha önce de belirtildiği üzere, bu gibi hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği görüşüne karşı, bazı sesler yükselmektedir. Üçüncü kişinin borçluya karşı haksız fiile ilişkin taleplerinin bulunması, bu itirazların merkezinde yer almaktadır. Ancak yukarıda da vurgulandığı üzere gerek kurumun uygulanması savunan yaklaşımlar gerekse de söz konusu kuruma alternatif oluşturmaya yönelik yaklaşımlar, borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğuna yönelmektedir. Dolayısıyla haksız fiile ilişkin talepler, koruma ilişkileri ile sınırlı olmak üzere, kurumun uygulanmasının önünde bir engel teşkil etmemelidir³⁸⁷.

Koruma ilişkilerini dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu kapsamında değil de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bir uygulama alanı olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır. İlerleyen başlıklarda ele alınacak olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının, koruma ilişkileri bakımından da sağlanması mümkündür. Söz konusu şartların sağlanması hâlinde, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı veren bu kurumun uygulanması düşünülebilir. Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar ilerleyen başlıklarda yapılacağı için şimdilik bu açıklamalarla yetinilecektir.

Tüm bu yaklaşımların dışında, zilyetliğe ilişkin özel hükümlerden faydalanarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin ihtiyacın ortadan kalkacağını

³⁸⁷ Bu kabulün koruma ilişkileri ile sınırlı olduğu hakkında bkz. **TRAUGOTT**, s. 49.

ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Nitekim Alman hukukunda bazı yazarlar³⁸⁸, BGB § 991/Abs. II hükmünden yola çıkarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasından vazgeçme yönünde bir tavır sergilemektedir. Söz konusu hükümde³⁸⁹, zilyedin, zilyetliği devraldığı sırada iyiniyetli olduğu hâllerde bile, BGB § 989'da belirtilen zarardan ötürü, devraldığı andan itibaren dolaylı zilyede karşı sorumlu olduğu ölçüde, malike karşı da sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde atıf yapılan BGB § 989'da ise, mülkiyet hakkına sahip olduğunu iddia eden bir kişi tarafından kendisine dava açılan zilyedin, davaya konu eşyaya ilişkin zararlardan ötürü sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre³⁹⁰, zilyet, davanın derdest olmasından sonra malın bozulması, yok olması veya başka herhangi bir nedenle teslim edilememesinden kaynaklanan her türlü zarardan mal sahibine karşı sorumlu olacaktır. Ancak bu sorumluluğun doğabilmesi için zararlı sonucun ortaya çıkmasında, zilyedin kusurunun bulunması gerekir.

BGB § 991/Abs. II hükmüne dayanan yazarlar³⁹¹, koruma ilişkilerinde borçlunun dolaylı zilyet olan alacaklıya karşı sorumlu olduğu ölçüde, mülkiyet hakkına sahip olan üçüncü kişiye karşı da sorumlu olacağını, söz konusu hükmün üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı vermesi sebebiyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir ihtiyacın da ortaya çıkmayacağını savunmaktadır. Türk hukukunda ise bu görüşün benimsenmesi mümkün değildir. Zira TMK'da, BGB § 991/Abs. II hükmüne karşılık gelen bir düzenleme yer almamaktadır. Bunun yanında Alman hukukunda bile, söz konusu hükümden faydalanılması gerektiği görüşüne bazı eleştiriler getirilmektedir. Nitekim Alman öğretisinde bazı yazarlar, bu hükmün zilyetlik ilişkisi bakımından getirilen özel bir düzenleme olduğunu, bu itibarla kıyasen uygulanmaya elverişli bir hüküm olmadığını ileri sürmektedir³⁹².

³⁸⁸ HAGEN, s. 199 vd.

³⁸⁹ BGB § 991/Abs. II: *“War der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.”*

³⁹⁰ BGB § 989: *“Der Besitzer ist von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.”*

³⁹¹ HAGEN, s. 199 vd.

³⁹² TRAUGOTT, s. 51; LUTHER, s. 599; HENN, s. 243 vd.; LANGE/SCHIEHMANN, s. 475.

Türk hukukunda *Tandoğan*, Medeni Kanunumuzda bu tip bir düzenleme söz konusu olmadığı için BGB § 991/Abs. II'deki kuralın uygulanamayacağını vurgulamaktadır³⁹³. Ancak yazara göre³⁹⁴, Kanun'da bu olay grubu için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldıracak bir hüküm bulunmaktadır. Nitekim TMK m. 993/f. I hükmünde, iyiniyetli zilyedin sorumluluğunun doğmaması için varlığına inandığı hakkı, sınırları içinde kullanması gerektiği düzenlenmiştir. *Tandoğan*'a göre³⁹⁵, borçlunun alacaklı ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranması, var olduğunu düşündüğü hakkın sınırlarını aşması anlamına gelmektedir. Bu ihtimalde üçüncü kişi, borçluya karşı tüm zararlarının tazmini hususunda bir talep hakkına sahip olacağı için üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmayacak, dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına da gerek kalmayacaktır.

Ne var ki bu yaklaşım bakımından da soru işareti bulunan noktalar bulunmaktadır. Zira borçlunun sözleşmeye aykırı her davranışını, zilyetliğe ilişkin sınırların aşılması olarak yorumlamak, hükmün anlamını oldukça genişletmek demektir. Bu görüşün savunucularından olan *Tandoğan* bile bu riske dikkat çekmektedir. Nitekim yazar, bu tip bir yorumun tereddütle karşılandığı hâllerde, BGB § 991/Abs. II hükmüne benzer bir hükmün Kanun'da düzenlenebileceğine vurgu yapmaktadır³⁹⁶. Dolayısıyla bu tip bir çözüm, söz konusu yaklaşımı benimseyen yazarlarda bile tereddütlere yol açmaktadır. Hâl böyle iken ilgili hükmü geniş yorumlayarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmak mümkün görünmemektedir.

Birinci bölümde örnek olarak verilen ve yukarıda incelenen durum dışında, koruma ilişkileri olay grubunun kapsamında olduğu değerlendirilen başka hâller de bulunmaktadır. Bunlardan biri de üçüncü bir kişiye ait olan bir malın, sınırlı bir ayni hak veya alacak hakkına dayalı olarak zilyedi olan alacaklının, borçluya yaptığı bir sözleşme ile söz konusu malın dolaysız zilyetliğini bu kişiye (borçlu) devretmesi hâlidir³⁹⁷. Bu

³⁹³ TANDOĞAN, Tazmin, s. 150.

³⁹⁴ TANDOĞAN, Tazmin, s. 150.

³⁹⁵ TANDOĞAN, Tazmin, s. 150-151.

³⁹⁶ TANDOĞAN, Tazmin, s. 366-367.

³⁹⁷ MARTI-SCHREIER, N. 226; KOLLER, Haftung, s. 310; PERREN, s. 77; GOMILLE, s. 625; VON GRAFFENRIED, s. 392, N. 697; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 170, N. 2883; PLATE/GEIER, s. 1785; IDEN, s. 771; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 15; FISCH, s. 217, N. 436; VERWEYEN, s. 572; HÜBNER/SAGAN, s. 745; GOERTH, s. 29;

ihtimalde, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları sonucunda alacaklı yerine üçüncü bir kişi zarar görürse, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması düşünülebilir³⁹⁸. Söz konusu durum bakımından şu tip bir örnek verilmektedir³⁹⁹:

(A), (B)'ye ait bir vazoyu ödünç sözleşmesi çerçevesinde ondan teslim almıştır. Vazonun ufak bir bakımla daha güzel görüneceğini düşünen (A), (B)'nin de rızasıyla söz konusu vazoyu antikacı (C)'ye bakım için bırakmıştır. (C)'nin çırağı söz konusu vazoyu kusurlu davranışı sonucunda düşürmüş ve kırılmasına sebep olmuştur. Bu kırılma sebebiyle vazo tamir edilemez bir şekilde zarar görmüştür. (A), söz konusu zarar sebebiyle (C)'ye karşı dava açtığında, (C), (A)'nın ödünç sözleşmesi uyarınca bir sorumluluğu bulunmadığı, bu kişinin sözleşmeye konu malın sahibi de olmadığı gerekçeleriyle, herhangi bir zararın ortaya çıkmadığı itirazını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), mülkiyet hakkına dayanarak (C) ve çırağına dava açmayı planlamıştır. Ne var ki (B), (C)'nin, bu hususta sorumluluktan kurtulmak için kurtuluş kanıtı getirebileceğini, sigortasız çalışan ve herhangi bir malvarlığı bulunmayan çıraktan da herhangi bir sonuç alamayacağını düşünmektedir.

Koruma ilişkileri kapsamında ele alınan söz konusu olayda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰⁰. Daha önce de vurgulandığı üzere, koruma ilişkileri diğer olay gruplarından bir yönüyle

MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, s. 224; TÄGERT, s. 2; ARMBRÜSTER, s. 87; BROX/WALKER, N. 23; IDEN, s. 770; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 37; MEDICUS/LORENZ, N. 27; TANDOĞAN, Tazmin, s. 148; ÇAKIRCA, s. 114-115.

³⁹⁸ MARTI-SCHREIER, N. 226; KOLLER, Haftung, s. 310; PERREN, s. 77; GOMILLE, s. 625; VON GRAFFENRIED, s. 392, N. 697; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 170, N. 2883; PLATE/GEIER, s. 1785; IDEN, s. 771; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 15; FISCH, s. 217, N. 436; VERWEYEN, s. 572; HÜBNER/SAGAN, s. 745; GOERTH, s. 29; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, s. 224; TÄGERT, s. 2; ARMBRÜSTER, s. 87; BROX/WALKER, N. 23; IDEN, s. 770; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 37; MEDICUS/LORENZ, N. 27; ÇAKIRCA, s. 114-115.

³⁹⁹ Benzer bir örnek için bkz. ÇAKIRCA, s. 114-115.

⁴⁰⁰ MARTI-SCHREIER, N. 226; KOLLER, Haftung, s. 310; PERREN, s. 77; GOMILLE, s. 625; VON GRAFFENRIED, s. 392, N. 697; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 170, N. 2883; PLATE/GEIER, s. 1785; IDEN, s. 771; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 15; FISCH, s. 217, N. 436; VERWEYEN, s. 572; HÜBNER/SAGAN, s. 745; GOERTH, s. 29; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, s. 224; TÄGERT, s. 2; ARMBRÜSTER, s. 87; BROX/WALKER, N. 23; IDEN, s. 770; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 37; MEDICUS/LORENZ, N. 27; ÇAKIRCA, s. 114-115.

ayrılmaktadır. Zira bu olay grubunda, üçüncü kişinin haksız fiile dayanan bir talep hakkı bulunur. Ancak öğretide, zarar üçüncü kişiye kaymasaydı sözleşme hükümlerine göre sorumlu olacak borçlunun, bu kayma meydana geldiği için kendisi bakımından avantajlı olan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmasının, kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu düşünceden hareketle, üçüncü kişinin zararının, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede ileri sürülmesine izin verilmesi gerektiği yaklaşımı geliştirilmiştir. Bu yaklaşım, kurumun söz konusu olay grubuna uygulanması bakımından tutarlıdır. Zira bahse konu olayın, koruma ilişkileri hakkında verilen örnekten herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Ancak burada bir hususun vurgulanmasında da fayda bulunmaktadır. Nitekim koruma ilişkileri olarak ele alınan söz konusu olaylarda, alacaklının, üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmede sorumlu olma ihtimali oldukça yüksektir. Ayrıca öğretide koruma ilişkileri bakımından borçlunun, alacaklının ifa yardımcısı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin de kontrol edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁰¹. Bunun yanında alacaklının başkasına ait bir malın zilyetliğini borçluya devretmesi, üçüncü kişi ile akdettiği sözleşmeye aykırılık anlamına da gelebilir⁴⁰². Tüm bu durumlarda alacaklı üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağı için kendisi bakımından sorumluluk menfaati ortaya çıkacak ve zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması sorunuyla karşılaşılmayacaktır. Dolayısıyla koruma ilişkilerinin bu türü bakımından, alacaklının sorumluluk menfaatinin ortaya çıkıp çıkmadığı her durumda dikkatli bir şekilde incelenmelidir.

Koruma ilişkileri içinde ele alınan son durum, üçüncü kişiye ait bir malın, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları sonucunda zarar görmesi hâlidir. Bu durumun ayırt edici özelliği, üçüncü kişiye ait malın zilyetliğinin, borçluya devredilmemesidir⁴⁰³.

“Soğuk Hava Deposu Olayı” (*Kühlhallenfall*) olarak bilinen bir uyuşmazlık, bu duruma örnek olarak gösterilmektedir⁴⁰⁴. Uyuşmazlığa konu olan bu olayda, belediyeye ait olan bir mezbahada, şehirde faaliyet gösteren kasaplara ait etler saklanmaktaydı. Belediye ile mezbaha arasında yapılan sözleşmede, etlerin zarar gördüğü hâllerde, belediyenin bu zarardan ötürü herhangi bir kastı yoksa sorumluluğunun da

⁴⁰¹ MARTI-SCHREIER, N. 235 vd.; BÄRTSCHL, s. 418; VON GRAFFENRIED, s. 323, N. 702; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 171, N. 2890.

⁴⁰² TANDOĞAN, Tazmin, s. 149.

⁴⁰³ TANDOĞAN, Tazmin, s. 151-152.

⁴⁰⁴ Alman İmparatorluk Mahkemesinin söz konusu kararı için bkz. RGZ 170, 246, <https://rgz.staatsbibliothek-berlin.de/judgments/170%2Frgre170040246>, E. T. 21.04.2024.

bulunmayacağına dair bir sorumsuzluk kaydı yer almaktaydı. Belediye, farklı kişilere ait etleri sakladığı bu mezbahanın, soğuk hava tesisatını tamir ettirmek üzere bir firma ile sözleşme imzalamış ancak firmanın yolladığı usta, kusuruyla mezbahada yangın çıkmasına sebep olmuştur. Yangın sonucunda kasaplara ait olan etler kullanılamaz hâle gelmiştir. Belediye, ilgili firmaya dava açtığı anda, kasaplar ile yaptığı sözleşmede herhangi sorumluluğu olmadığı için zararının bulunmadığı itirazıyla karşı karşıya gelmiştir. Etleri zarar gören kasaplar ise haksız fiil sorumluluğuna dayanarak dava açmışlar, ilgili firma, çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, söz konusu uyuşmazlıkta firmanın haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmasını hakkaniyete aykırı bulmuş, sözleşmeye taraf olmayan kasapların zararlarının, belediye ile firma arasında akdedilen sözleşme çerçevesinde tazmin edilebileceğine hükmetmiştir. Bu kararda mahkeme, belediye ile onarımı gerçekleştiren firmanın iradelerini geniş yorumlamış, akdettikleri sözleşmede üçüncü kişi yararına bir şart bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.

Daha önce de vurgulandığı üzere, üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmininde taraf iradelerinden yararlanılması gerektiği görüşü, zamanla terk edilmiştir. Bu noktada söz konusu hâller koruma ilişkileri kapsamında değerlendirilmiş ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini meselesine ilişkin görüşler dinamik bir yapıya sahip olduğundan, bu anlayışa da bir alternatif geliştirilmiştir. Nitekim söz konusu olayda üçüncü kişinin edime yakın olduğundan bahisle, bu hâllerde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna başvurulması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁰⁵.

Gerçekten de bu hâlde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması düşünülebilir. Zira ilerleyen başlıklarda ele alınacak bu kurumun şartlarının, ilgili olay grubu bakımından da sağlanması muhtemeldir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı bahşetmesi itibarıyla, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna göre öncelikle uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu kurumun uygulanmasına ilişkin şartlar sağlandığı takdirde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı daralacaktır.

Sonuç itibarıyla, kendisi oldukça tartışmalı olan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, uygulandığı olay grupları içerisinde en fazla eleştiriye

⁴⁰⁵ Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 152.

uğrayan grup, koruma ilişkileridir. Üçüncü kişinin haksız fiile ilişkin bir talebinin bulunması, zarar ve talep hakkının birbirinden gerçek anlamda ayrılmadığı endişelerini ortaya çıkarmıştır. Bu endişelere bir noktaya kadar hak vermek de mümkündür. Zira söz konusu kurum, üçüncü kişinin zararının tazmin edilemediği durumlar bakımından geliştirilmiştir. Üçüncü kişinin hâli hazırda haksız fiilden kaynaklanan bir talebinin olması, bu kurumun üzerine inşa edildiği sistematik yapıyı sakatlamaktadır. Ancak söz konusu olay grubunu, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanından çıkarmak isteyen görüşler incelendiğinde, borçlunun sözleşme hukuku kurallarına göre sorumlu olmasını amaçlayan yaklaşımların baskın olduğu göze çarpmaktadır. Borç ilişkilerinin nispiliği ilkesine bir istisna olan ve üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı sağlayan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü, bu tutumun en açık göstergesidir. Haksız fiil sorumluluğunun zayıf yönlerini aşmaya çalışan bu yaklaşım göz önünde bulundurulduğunda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına, koruma ilişkilerinde de sınırlı ölçüde devam edileceği söylenebilir. Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, bu kurumun uygulama alanını oldukça daraltacağı da bir gerçektir.

Oldukça tartışmalı olan bir olay grubunun bu çalışma kapsamında ele alınmasının bir diğer sebebi de bu olay grubunun bir görünümünün kanunda kendisine yer bulmasıdır. Nitekim TBK m. 576'da konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu düzenlenmiş ve bu kişilerin konaklayanların yanında getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Öğretide baskın olan görüşe göre, konaklayanların yanında getirdikleri eşyaların kendilerine ait olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır⁴⁰⁶. Dolayısıyla söz konusu eşya üçüncü bir kişiye ait olsa bile, bu kişilerin zararlarının, konaklama sözleşmesi çerçevesinde tazmin edilmesi mümkündür.

⁴⁰⁶ MARTI-SCHREIER, N. 119; BÄRTSCHI, s. 446; HONSELL, Besonderer Teil, s. 426; PERREN, s. 78; VON GRAFFENRIED, s. 324, N. 704; OETKER, BGB § 249, N. 305; WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 373; PETERSEN, s. 93, N. 17; HÜBNER/SAGAN, s. 743; NEUNER, Dritter, s. 130; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 611; LUTHER, s. 598; PLATE/GEIER, s. 1778; LANGE/SCHIEHMANN, s. 461-462; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 36; VON SCHROETER, Haftung, s. 348; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 354; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 360, 361; LEE, s. 92; ÇAKIRCA, s. 114; ÖZÇELİK, S. Barış; "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2291.

Bu itibarla söz konusu hüküm, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir görünümü olarak nitelendirilmiş ve hükmün kapsamına giren olaylar ise koruma ilişkileri olay grubu içinde değerlendirilmiştir⁴⁰⁷. Tüm bu sebeplerle çalışmanın bundan sonraki başlığında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yasal bir görünümü olan, TBK m. 576 hükmü ele alınacaktır.

b. Konaklama Yeri İşletenlerin Sorumluluğu (TBK m. 576)

TBK m. 576’da düzenlenen konaklama yeri işletenlerin, konaklayanın eşyasının yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından doğan sorumluluğu, miktar bakımından sınırlı, kusurdan bağımsız bir sorumluluk hâlidir (*summenmässig limitierte Kausalhaftung*)⁴⁰⁸. Konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu, Roma hukukundan bu yana özel bir rejime tabi tutulmaktadır. Bu kişilerin sorumlulukları bakımından özel düzenlemelerin yapılmasının temel sebebi ise, Roma döneminde hancıların güvenilir kimseler olarak nitelendirilmesidir⁴⁰⁹. Nitekim o dönemde hancılar ve onların yanında çalışan kişiler, birbirleriyle iş birliği yaparak handa konaklayan kişilerin eşyalarının çalınmasına veya zarar görmesine sebep olmuş, bu da onların toplum nezdinde kötü

⁴⁰⁷ MARTI-SCHREIER, N. 119; BÄRTSCHI, s. 446; HONSELL, Besonderer Teil, s. 426; PERREN, s. 78; VON GRAFFENRIED, s. 324, N. 704; OETKER, BGB § 249, N. 305; WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 373; PETERSEN, s. 93, N. 17; HÜBNER/SAGAN, s. 743; NEUNER, Dritter, s. 130; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 611; LUTHER, s. 598; PLATE/GEIER, s. 1778; LANGE/SCHIEMANN, s. 461-462; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 36; VON SCHROETER, Haftung, s. 348; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 354; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 360, 361; LEE, s. 92; ÇAKIRCA, s. 114; ÖZÇELİK, s. 2291.

⁴⁰⁸ GAUTSCHI, OR Art. 487, s. 772, N. 2c; OEHR, Isabella/STUPP, Eric; Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge iç. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, HOCHSTRASSER, Michael/HUBER-PURTSCHERT, Tina/MAISSEN, Eva (ed.), 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, OR Art. 487, s. 1343, N. 6; VON BALLMOOS, Thomas/KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta; OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell Füssli Kommentar, KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland (ed.), 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023, OR Art. 487, s. 1506, N. 1; TANDOĞAN, Halûk; “Otelcilerin Mes’uliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 12, S. 3-4, 1955, s. 201; ÖZÇELİK, s. 2284; WEISS, s. 11-12; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 36; HONSELL, Besonderer Teil, s. 425.

⁴⁰⁹ GÜRTEN, Kadir; “Receptum Nautarum”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2013, s. 283; ÖZÇELİK, s. 2284.

kişiler olarak anılmasına yol açmıştır⁴¹⁰. Hancıların ve çalışanlarının söz konusu kötü ünü sebebiyle, bu kişilerin sorumlulukları hakkında özel bir rejim öngörülmüş, bu yaklaşım modern dönemde de devam ettirilmiştir⁴¹¹. Nitekim OR Art. 487 vd.⁴¹², BGB § 701 vd.⁴¹³ hükümlerinde, bu tür bir sorumluluk hâli öngörülmüştür. Ancak modern hukuk sistemlerindeki özel düzenlemelerin altında yatan sebep, Roma hukukunda olduğu gibi bu kişilerin kötü bir üne sahip olmaları değildir. Bu dönemde daha çok, konaklayan kişilerin sürekli bir değişim hâlinde olması, bu kişilerin birbirlerini tanımamaları, konaklama yeri çalışanlarının odaya temizlik, onarım gibi amaçlarla girip çıkma imkânlarının bulunması ve konaklayan kişilerin eşyalarına bizzat nezaret etmelerinin güçlüğü gibi sebeplerle, özel bir sorumluluk hâlinin öngörüldüğü kabul edilmektedir⁴¹⁴.

⁴¹⁰ GÜRTEN, s. 283.

⁴¹¹ Roma’da, gemi, han ve ahır sahipleri, yolcuların yanında taşıdıkları kişisel malları, koruma, saklama ve sağlam bir şekilde teslim etme yükümlülüğü altına girmekteydi. Klasik hukuk döneminde, böyle bir yükümlülüğün altına girmek için bu hususta bir anlaşmanın varlığı aranmaktaydı. Bu tip bir anlaşma söz konusu ise ilgili kişiler kusurlarından bağımsız olarak bu eşyalara gelen zararlardan ötürü sorumlu tutulmaktaydı. *Iustinianus* döneminde ise herhangi bir anlaşma olmasa da yolcuların kişisel eşyalarına gelen zararlardan ötürü gemi, han ve ahır sahiplerinin sorumlu olacağı öngörülmüştür. İlk dönemlerde sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilen bu sorumluluk, böylelikle kanundan doğan bir garanti sorumluluğuna dönüşmüştür. Bu sorumluluğun günümüz hukuk sistemlerinde de düzenlenen, konaklama yeri işletenlerin kusursuz sorumluluğunun kökeni olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. SÖĞÜTLÜ, Özlem; Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 587-588.

⁴¹² OR Art. 487/Abs. I: “*Gastwirte, die Fremde zur Beherbergung aufnehmen, haften für jede Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von ihren Gästen eingebrachten Sachen, sofern sie nicht beweisen, dass der Schaden durch den Gast selbst oder seine Besucher, Begleiter oder Dienstleute oder durch höhere Gewalt oder durch die Beschaffenheit der Sache verursacht worden ist.*”

OR Art. 487/Abs. I: “*Başka kişileri ağırlayan hancılar, zararın misafirin kendisinden veya ziyaretçilerinden, refakatçilerinden veya hizmetinden bulunan kişiden ya da mücbir sebeplerden veya eşyanın doğasından kaynaklandığını kanıtlayamadıkları sürece, misafirleri tarafından getirilen eşyaların zarar görmesinden, tahrip edilmesinden veya çalınmasından sorumludurlar.*”

⁴¹³ BGB § 701/Abs. I: “*Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat den Schaden zu ersetzen, der durch den Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von Sachen entsteht, die ein im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommener Gast eingebracht hat.*”

BGB § 701/Abs. I: “*Ticari amaçla konaklama için misafir kabul eden bir hancı, işletmeye kabul edilen bir misafir tarafından getirilen eşyanın kaybolması, tahrip edilmesi veya zarar görmesi nedeniyle ortaya çıkan her türlü zarardan sorumludur.*”

⁴¹⁴ TANDOĞAN, Otelci, s. 202-203; ÖZÇELİK, s. 2285.

Konaklama yeri işletenlerin TBK m. 576 uyarınca sorumluluğun gündeme gelebilmesi için konaklamaya ilişkin bir sözleşme çerçevesinde (*Beherbergungsvertrag*), bir konaklama yerinde konaklanmış olması gerekmektedir⁴¹⁵. Bunun yanında, konaklama yerine getirilen eşyanın yok olması, zarar görmesi veya çalınması şartı aranır (TBK m. 576/f. I). TBK m. 576'dan doğan sorumlulukta, zarar gören eşyanın türü veya niteliği, kural olarak önemsizdir⁴¹⁶. Söz konusu maddede öngörülen sorumluluk, yalnızca konaklayanların beraberinde getirdikleri eşyaya (*Sachschäden*) ilişkindir. Bunun dışında vücut bütünlüğüne gelen zararlar ile yoksun kalınan kazançların bu hüküm çerçevesinde değil, genel hükümlere dayanılarak tazmin edileceği kabul edilmektedir⁴¹⁷. Konaklayan kişinin, zararın bu hüküm uyarınca tazmin edilmesini isteyebilmesi için zararı öğrenir öğrenmez işletene bildirmesi gerekir (TBK m. 578/f. I). Konaklama yeri işletenler, TBK m. 576/f. I, c. 2'de yer alan hâllerin varlığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. İlgili hükümde, söz konusu kişilerin, zararın bizzat konaklayan veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kişiye yükletebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat ettiği hâllerde, bu sorumluluktan kurtulabilecekleri öngörülmüştür.

⁴¹⁵ Konaklama yeri işleten kişilerin TBK m. 576 uyarınca gündeme gelen sorumluluğunun sözleşmeden mi yoksa kanundan mı doğduğu hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bir görüşe göre, işleten bu sorumluluğu örtülü olarak üstlendiğinden bu sorumluluğun kaynağı sözleşmedir. Diğer bir görüşe göre ise, işletenin sorumluluğu doğrudan doğruya kanundan doğan bir sorumluluktur, dolayısıyla geçerli bir sözleşme bulunmasa bile kanundaki şartların gerçekleşmesiyle konaklama yeri işletenin sorumluluğu doğmaktadır. Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, ilgili sorumluluğun doğması için konaklama yeri işleten kişi ile konaklayan kişi arasında bir konaklama sözleşmesinin varlığı gerekir. Ancak bu, miktarla sınırlı kusursuz sorumluluk, sözleşmeden değil kanundan doğmaktadır. Bu husustaki tartışmalar için bkz. **GAUTSCHI**, OR Art. 487, s. 772, N. 2b; **OEHRİ/STUPP**, OR Art. 487, s. 1341, N. 1; **VON BALMOOS/KREN KOSTKIEWICZ**, OR Art. 487, s. 1506, N. 1; **TANDOĞAN**, Otelci, s. 204; **DOĞAN**, Murat; “Konaklayanların Getirdikleri Eşyanın Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınmasından Otel İşletenin Sorumluluğu”, Turizm-Sağlık ve Hukuk Sempozyumu, Nevşehir 2015, s. 64; **ÖZCELİK**, s. 2285.

⁴¹⁶ Ancak TBK m. 577'de kıymetli eşyalar bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu hükme göre, kıymetli eşya veya oldukça önemli miktarda para veya kıymetli evrak, konaklama yeri işleten kişiye saklanması için bırakılmamışsa, işletenin sorumluluğunun doğabilmesi için kendisinin veya çalışanlarının kusurlu olması gerekmektedir. Konaklama yeri işletenler kıymetli eşyaları saklamak üzere almış veya almaktan kaçınmışlarsa, eşyanın tam değerinden sorumlu olurlar.

⁴¹⁷ **GAUTSCHI**, OR Art. 487, s. 779, N. 5a; **TANDOĞAN**, Otelci, s. 219; **ÖZCELİK**, s. 2290.

TBK m. 576/f. I’de düzenlenen kusurdan bağımsız bu sorumluluk, aynı zamanda miktarla sınırlı bir sorumluluktur⁴¹⁸. Nitekim TBK m. 576/f. II’de bu sorumluluğun, işletenlere veya çalışanlarına bir kusur yükletilmedikçe, konaklayanlardan her biri için günlük konaklama ücretinin üç katını aşamayacağı hüküm altına alınmıştır. Öğretide, karşılaştırmalı hukukta yapılan düzenlemeler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmış ve kusursuz sorumluluk bakımından öngörülen miktar sınırlamasının oldukça düşük olduğu ifade edilmiştir⁴¹⁹. Nitekim konaklama ücretinin üç katı ile sınırlı bir kusursuz sorumluluğun, konaklayanın beraberinde getirdiği eşyanın değerinin yüksek olduğu hâllerde tüm zararı karşılamayacağı aşîkârdır. Bu durumun TBK m. 576 hükmünün uygulama değerini olumsuz yönde etkilediği düşünülmektedir⁴²⁰.

Yukarıda da değinildiği üzere, konaklama yeri işletenlerin bu hüküm uyarınca sorumluluğunun doğabilmesi için yok olan, zarar gören veya çalınan eşyanın, konaklayan kişinin mülkiyetinde olması şart değildir⁴²¹. Dolayısıyla söz konusu eşya başka bir kişiye

⁴¹⁸ GAUTSCHI, OR Art. 487, s. 772, N. 2c; OEHRI/STUPP, OR Art. 487, s. 1343, N. 6; VON BALLMOOS/KREN KOSTKIEWICZ, OR Art. 487, s. 1506, N. 1; TANDOĞAN, Otelci, s. 201; DOĞAN, Konaklayan, s. 70; ÖZÇELİK, s. 2284.

⁴¹⁹ 17 Aralık 1962 tarihinde Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan “Otelcilerin Müşterilerinin Eşyasından Sorumluluğuna İlişkin Konvansiyon”un (*Convention on the Liability of Hotel-keepers Concerning the Property of their Guests*) 2’nci maddesinde, otelcilerin söz konusu sorumluluğunun sınırı, günlük oda ücretinin en az yüz katı olarak belirlenmiştir. Yine BGB § 702 hükmünde, konaklama yeri işleten kişinin kusursuz sorumluluğunun, bir günlük konaklama bedelinin yüz katına kadar (en fazla 100.000 Euro) sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Benzer düzenlemelere Fransız ve İtalyan hukuklarında da rastlamak mümkündür. İsviçre’de ise OR Art. 487/Abs. II hükmünde, 1000 Franklık bir sınır öngörülmüştür. Bahsi geçen Konvansiyon’a Türkiye de taraf olmasına karşın henüz onaylanmadığı için söz konusu Konvansiyon ülkemizde yürürlükte değildir. Bu sebeple de TBK m. 576/f. II hükmünde öngörülen kusursuz sorumluluğun, günlük konaklama ücretinin üç katını aşamayacağına ilişkin kural, Türk hukukunda uygulanmaya devam etmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, bu sınırın çok düşük olduğu ve hükmün uygulama değerini olumsuz etkileyeceğine ilişkin endişeler haklı olarak dile getirilmektedir. Bu hususta bkz. DOĞAN, Konaklayan, s. 70-71; ÖZÇELİK, s. 2292. Konvansiyon metni için bkz. <https://rm.coe.int/168006b648>, E. T. 22.04.2024.

⁴²⁰ ÖZÇELİK, s. 2292.

⁴²¹ MARTI-SCHREIER, N. 119; BÄRTSCHI, s. 446; PERREN, s. 78; VON GRAFFENRIED, s. 324, N. 704; OETKER, BGB § 249, N. 305; WEISS, s. 11; FLUME, BGB § 249, N. 373; PETERSEN, s. 93, N. 17; HÜBNER/SAGAN, s. 743; NEUNER, Dritter, s. 130; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 388; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 308, N. 611; LUTHER, s. 598; PLATE/GEIER, s. 1778; LANGE/SCHIEMANN, s. 461-462; BRÖMMELMEYER, s. 352, N. 36; VON SCHROETER, Haftung, s. 348; EKKENGA/KUNTZ,

ait olsa bile, konaklayan kişi ilgili hâllerde konaklama yeri işleten kişiden zararın tazminini isteyebilecektir. Bu da sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişinin zararlarının, sözleşmeye taraf olan alacaklı tarafından tazmininin talep edildiği, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna karşılık gelmektedir⁴²². Öğretide bu hükmün özellikle, zararın konaklama yeri işletenin kusuru olmaksızın meydana gelmesi sebebiyle, mülkiyet hakkına sahip olan kişinin haksız fiil hükümlerine başvurarak tazminat talep edemediği hâllerde önem arz edeceği vurgulanmıştır⁴²³. Bu yönüyle son konusu hâller, koruma ilişkileri içerisinde değerlendirilmektedir. Zira söz konusu hükümle, konaklayanların beraberinde getirdiği eşyayı koruyamadığı için zarara sebep olan işletenin, sözleşme hukuku kurallarına göre kusurdan bağımsız bir şekilde sorumlu olacağı düzenlenmiştir⁴²⁴.

Öğretide, kusursuz sorumluluk için öngörülen miktarın aşıldığı hâllerde, sorumluluğun genel hükümlere göre belirleneceği ifade edilmektedir⁴²⁵. Eşyanın üçüncü kişiye ait olduğu bu hâllerde, söz konusu kişi haksız fiil hükümlerine dayanan talepleri ileri sürebilecektir. İşte bu noktada, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kapsamına giren bir sorumluluğun bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir. Zira bu iki kurum da borçlunun sorumluluğu bakımından sözleşme hukuku kurallarına atıfta bulunmaktadır. Hükümde kusursuz sorumluluk bakımından öngörülen miktar sınırlamasının oldukça düşük olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu iki kuruma olan ihtiyacın devam ettiği söylenebilir.

Vor BGB § 249, s. 144, N. 354; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, BGB § 249, N. 360, 361; **LEE**, s. 92; **ÇAKIRCA**, s. 114; **ÖZÇELİK**, s. 2291.

⁴²² **MARTI-SCHREIER**, N. 119; **BÄRTSCHL**, s. 446; **PERREN**, s. 78; **VON GRAFFENRIED**, s. 324, N. 704; **OETKER**, BGB § 249, N. 305; **WEISS**, s. 11; **FLUME**, BGB § 249, N. 373; **PETERSEN**, s. 93, N. 17; **HÜBNER/SAGAN**, s. 743; **NEUNER**, Dritter, s. 130; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 388; **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, s. 308, N. 611; **LUTHER**, s. 598; **PLATE/GEIER**, s. 1778; **LANG/SCHIEHMANN**, s. 461-462; **BRÖMMELMEYER**, s. 352, N. 36; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 348; **EKKENGA/KUNTZ**, Vor BGB § 249, s. 144, N. 354; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, BGB § 249, N. 360, 361; **LEE**, s. 92; **ÇAKIRCA**, s. 114; **ÖZÇELİK**, s. 2291.

⁴²³ **GAUTSCHI**, OR Art. 487, s. 779, N. 5a; **ÖZÇELİK**, s. 2290.

⁴²⁴ Bu yönde bkz. **ÖZÇELİK**, s. 2286.

⁴²⁵ **ÖZÇELİK**, s. 2286.

4. İnançlı İşlemler (Treuhandverhältnisse, Fiduziarisches Rechtsgeschäft)

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı bir diğer olay grubu ise inancılı işlemlerdir. İnançlı işlemlere ilişkin genel açıklamalara geçmeden önce, birinci bölümde verilen örneğin hatırlanmasında fayda bulunmaktadır:

(B), (A) bankasından kredi çekmiş, kredi borcuna teminat göstermek için (C) 'ye karşı olan alacağını bankaya devretmiştir. Banka, vade geldiğinde (C) 'den ödeme yapmasını talep etmiş ancak (C) bu ödemeyi yapmayarak temerrüde düşmüştür. Bunun üzerine (B), (A) bankasına daha fazla ödeme yapmak zorunda kalmıştır. Borcun ödenmesinden sonra (B), devredilen alacağın temerrüt zararı dâhil olmak üzere (C) 'den tahsil ederek kendisine devredilmesini, (A) bankasından istemiştir. Bu talebin ardından (A) bankası, (C) 'ye dava açmıştır. Bu davada (C), bankanın temerrüt sebebiyle herhangi bir zarara uğramadığını, daha fazla faiz tahsil ederek temerrüdü mali sonuçlarından etkilenmediğini, alacağı teminat amacıyla devreden (B) 'nin ise alacak hakkının sahibi olmadığını, dolayısıyla herhangi bir talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür.

Yukarıda verilen örnek, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı olay gruplarından biri olan inancılı işlemlere ilişkindir. İsviçre-Türk hukuk sisteminde yasal olarak düzenlenmemiş olan inancılı işlemler, öğreti ve yargı uygulamalarının bir ürünü olarak nitelendirilmektedir⁴²⁶. Roma hukukundaki fiducia kurumunun modern hukukundaki görünümü olan inancılı işlemler, borçlar hukukunun üzerine inşa edildiği sözleşme özgürlüğü prensibinin bir yansımasıdır. İnançlı işlemler, yasal olarak düzenlenmediği için bu tip işlemler bakımından herkes tarafından kabul

⁴²⁶ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 60, N. 190; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/54, N. 119; WIEGAND, Wolfgang; Mobiliarsicherheiten Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat-und verfahrensrechtlicher Sicht, Stämpfli Verlag, Bern 1998, s. 43; ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 3; EREN, Genel Hükümler, s. 422, N. 1129; ÖZTÜRK, Gülay; İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 21; AYANOĞLU MORALI, Ahi; Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 2; AYDINCIK, Şirin; “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 1, 2006, s. 135; PARLAK BÖRÜ, Şafak; “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, 2017, s. 232; UYGUR, Atiye B.; “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 1-2, 2006, s. 172; ALTAŞ, Hüseyin/KURT, Leyla Müjde; “İnançlı İşlemler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2011, s. 2; GÜVENÇ, Özgür; Taşınmazların İnançlı İşlemle Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 25; ÖZDEMİR, İnançlı İşlem, s. 7-8.

gören bir tanım inşa edilememiştir. Bu noktada öğreti ve yargı uygulamalarında işaret edilen hususlar dikkate alınarak şöyle bir tanımlama yapılabilir⁴²⁷: İnananın teminat veya yönetim amaçlı olarak malvarlığında yer alan bir şey veya hakkı, güven duyduğu bir kişiye devrettiği, inanılanın da kendisine devredilen değer üzerinde aynı amaçla yapılan işlemlerden daha güçlü bir hukuki konumda bulunduğu işlemlere, inançlı işlemler adı verilir. İnançlı işlemlerde inanılan kişi, kendisine devredilen malvarlığı değeri üzerinde tam hak sahibidir⁴²⁸. O yalnızca inanan kişi ile yaptığı ve nispi bir talep hakkı veren inanç anlaşması uyarınca sınırlandırılmıştır. Öğretide bu durum “*inanılan her istediğini yapmaya muktedirdir, fakat mezun değildir*” şeklindeki veciz sözle tasvir edilmiştir⁴²⁹. İnançlı işlemleri teorik olarak açıklamak adına birçok görüş ileri sürülmüş olsa da öğretideki hâkim olan görüşe göre⁴³⁰, inanılan kişi inanç konusu olarak adlandırılan malvarlığı değeri üzerinde, tam bir hak (*Die Theorie des vollen-Rechtserwerbs*) kazanmaktadır. Bu da inanç konusuna herhangi bir zarar gelmesi hâlinde, bu zararın inanılan kişinin malvarlığında ortaya çıkması anlamına gelir.

İnançlı işlemler temel olarak iki unsurdan oluşur. Bunlar, inanç anlaşması (*Die fiduziarische Abrede*) ve devir işlemidir (*Die fiduziarische Übertragung eines Recht*)⁴³¹. İnanan ve inanılan arasında akdedilen ve inançlı devir işleminin hukuki sebebini belirleyen inanç anlaşması, iç ilişkide inanılan kişinin hareket tarzını tespit ederek onu

⁴²⁷ Öğretideki tanımlamalar için bkz. **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 1; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 35, s. 365, N. 37; **EREN**, Genel Hükümler, s. 421, N. 1128; **ÖZTÜRK**, s. 21; **AYANOĞLU MORALI**, s. 2; **UYGUR**, s. 172-173; **AYDINCIK**, s. 131; **GÜVENÇ**, s. 26-27; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 248, N. 1313; **PARLAK BÖRÜ**, s. 232.

⁴²⁸ **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, OR Art. 18, s. 64, N. 203; **KRAMER/SCHMIDLIN**, OR Art. 18, s. IV/54, N. 119; **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 155; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 35, s. 369, N. 44; **EREN**, Genel Hükümler, s. 424, N. 1137; **AYANOĞLU MORALI**, s. 21.

⁴²⁹ **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 1. İsviçre öğretisinde bu durum, “*inanılanın yapmasına izin verilenden daha fazlasını yapabileceği*” gerçeğiyle tarif edilmektedir (**JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, OR Art. 18, s. 64, N. 204).

⁴³⁰ **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, OR Art. 18, s. 64, N. 203; **KRAMER/SCHMIDLIN**, OR Art. 18, s. IV/54, N. 119; **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 155; **AYANOĞLU MORALI**, s. 21.

⁴³¹ **JÄGGI/GAUCH/HARTMANN**, OR Art. 18, s. 60 vd., N. 190 vd.; **KRAMER/SCHMIDLIN**, OR Art. 18, s. IV/56, N. 123; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 250, N. 30.10; **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 85; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 35, s. 367, N. 39; **EREN**, Genel Hükümler, s. 422, N. 1131; **ÖZTÜRK**, s. 45; **AYANOĞLU MORALI**, s. 16; **GÜVENÇ**, s. 75; **ALTAŞ/KURT**, s. 4; **ÖZDEMİR**, İnançlı İşlem, s. 41.

sınırlandırır⁴³². İnançlı işlemin diğer unsuru ise devir işlemidir. İnanılan kişinin malvarlığının aktif kısmında bir artışa yol açan bu işlem, niteliği itibarıyla tasarruf işlemidir⁴³³. Bu işlem sayesinde inanılan, inanç konusu malvarlığı değeri üzerinde tam bir hak sahibi olmaktadır.

İnançlı işlemler belirli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bu tasnifteki en klasik ayrım ise işlemin amacı bakımından yapılan ayrımdır. Amaç bakımından yapılan bu tasnifin kökenini, Roma hukukunda bulmak mümkündür. Nitekim bu hukuk sisteminde, *fiducia cum amico* ve *fiducia cum creditore* ayrımı yapılmış, bir malvarlığı değerinin yönetilmesi amacıyla yapılan *fiducialar*; *fiducia cum amico*, teminat amacıyla yapılan *fiducialar* ise *fiducia cum creditore* olarak adlandırılmıştır⁴³⁴. Roma hukukundan gelen bu mirasın etkisiyle günümüz öğretisinde, saf inançlı işlemler ve karma inançlı işlemler ayrımı inşa edilmiştir.

İnançlı işlemlerin bir türü olan saf inançlı işlemlerde (*reine fiduziarische Rechtsgeschäfte*), inanılan, inanç konusunu inanan veya onun belirlediği bir başka kişinin menfaatine elinde bulundurmaktadır⁴³⁵. Yönetim, koruma ve saklama amacıyla yapılan devirler, tahsil amacıyla yapılan alacak veya kıymetli evrak devri ile bir ticari işletmenin yeniden organizasyonu kapsamında yapılan devirler, saf inançlı işlemlere örnek olarak gösterilmektedir⁴³⁶. Saf inançlı işlemlerde inanılan, inanan menfaatine bu işlemi yaptığı

⁴³² JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 60 vd., N. 190 vd.; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/56, N. 123; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 250, N. 30.10; ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 85; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, s. 367, N. 39; EREN, Genel Hükümler, s. 422-423, N. 1132; ÖZTÜRK, s. 45; AYANOĞLU MORALI, s. 16; GÜVENÇ, s. 75; ALTAŞ/KURT, s. 4; ÖZDEMİR, İnançlı İşlem, s. 41.

⁴³³ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 62, N. 199; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/56, N. 123; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 250, N. 30.10; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, s. 367, N. 39; ALTAŞ/KURT, s. 5; GÜVENÇ, s. 87.

⁴³⁴ PETER, Hans; “Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler”, KARADENİZ, Özcan (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 1-4, Ankara 1964, s. 530; OĞUZ, Arzu; “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XLI, S. 1-4, 1989-1990, s. 235.

⁴³⁵ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 61, N. 192; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/55, N. 120, 121; ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 45; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, s. 368, N. 42; EREN, Genel Hükümler, s. 422, N. 1130; ÖZTÜRK, s. 67-68; ALTAŞ/KURT, s. 7.

⁴³⁶ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 61, N. 192 vd.; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/55-56, N. 121; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 250-251, N. 30.10; ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 45; ALTAŞ/KURT, s. 7; ÖZTÜRK, s. 68.

için bu tür işlemler bakımından, “başkası yararına yapılan inançlı işlemler” (*fremdnützigen fiduziarischen Geschäft*) ifadesi de kullanılmaktadır⁴³⁷.

İnançlı işlemlerin amacı bakımından yapılan ayırmda yer alan diğer tür ise, karma inançlı işlemlerdir. Bu tip işlemlerde inananın, inanılana karşı bir borcu bulunmakta olup, inanan, söz konusu borca teminat teşkil etmek üzere inanç konusunu inanılan kişiye devretmektedir⁴³⁸. Kanunda düzenlenen teminat araçlarına alternatif olarak geliştirilen karma inançlı işlemler, inanılan kişinin menfaatinin ön planda olması sebebiyle, “kendi yararına yapılan inançlı işlemler” (*eigennützigen fiduziarischen Geschäft*) olarak da adlandırılır⁴³⁹.

İnançlı işlemler, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanlarından biri olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁰. Yukarıda da vurgulandığı üzere, inanılan kişinin inanç konusu üzerinde tam hak sahibi olması, zararın o kişinin malvarlığında ortaya çıkması sonucunu doğurur. Ancak örnek olayda da gösterildiği üzere, iç ilişkideki özel durumlar sebebiyle inanılan yerine inananın zarar görmesi ihtimal dâhilindedir. Bu hâllerde, inanan, inanılanın içinde bulunduğu hukuki ilişkiye taraf olmadığı için talep hakkına da sahip değildir. Bu da zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemini yaratmaktadır.

Öğretide bu olay grubunu, dolaylı temsil kapsamında değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁴¹. Bu yaklaşım kısmen doğrudur. Zira saf inançlı işlemlerde, inanılan bir

⁴³⁷ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 61, N. 192; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/55, N. 120.

⁴³⁸ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 63, N. 202; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/55, N. 121; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 251, N. 30.10; ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 56; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, s. 368, N. 42; EREN, Genel Hükümler, s. 422, N. 1130; ÖZTÜRK, s. 71; ALTAŞ/KURT, s. 8.

⁴³⁹ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, OR Art. 18, s. 63, N. 202; KRAMER/SCHMIDLIN, OR Art. 18, s. IV/55, N. 120.

⁴⁴⁰ MARTI-SCHREIER, N. 158; BÄRTSCHI, s. 444-445; PERREN, s. 67; GOMILLE, s. 629; OETKER, BGB § 249, N. 306; WEISS, s. 11; PETERSEN, s. 93, N. 18; HÜBNER/SAGAN, s. 744; TRAUGOTT, s. 22; HARKE, s. 434, N. 439; VON GRAFFENRIED, s. 325, N. 708; BROX/WALKER, N. 25; PLATE/GEIER, s. 1785; VIEWEG, s. 416; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 98, N. 14.24; LOCHER/LÖFFELMANN, s. 970; PUHLE, s. 79; LANGE/SCHIEMANN, s. 469; VERWEYEN, s. 572; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 351; LEE, s. 92.

⁴⁴¹ VON CAEMMERER, s. 360 vd.; WEISS, s. 11; PLATE/GEIER, s. 1785.

başkasıyla yaptığı hukuki işlemlerde, inanan kişinin dolaylı temsilcisi olarak nitelendirilebilir⁴⁴². Nitekim saf inançlı işlemler bakımından vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁴⁴³. Ancak teminat amacının ön planda olduğu karma inançlı işlemlerde durum böyle değildir. İnançlı işlemin bu türünde, inanılan kişinin menfaatleri ön planda olduğu için bu kişinin inananın dolaylı temsilcisi olduğu kabul edilemez. Bu sebeple de inançlı işlemlerin ayrı bir olay grubu altında incelenmesi yerinde olacaktır.

Diğer olay gruplarında olduğu gibi inançlı işlemlerin temel yapısı sebebiyle ortaya çıkan zarar kayması, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla düzeltilmektedir. Böylelikle davranışlarıyla, üçüncü kişi durumunda olan inananın zarar görmesine sebep olan borçlunun, hakkaniyete aykırı bir şekilde sorumluluktan kurtulması da engellenmiş olmaktadır. Bu noktada bir hususun hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır. Vekilin, dolaylı temsilci sıfatıyla hareket ettiği hâllerde, işlem yaptığı kişiden elde ettiği hakların vekâlet verene geçişini düzenleyen TBK m. 509 hükmünün inançlı işlemler bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁴⁴. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, söz konusu hüküm kaleme alınışı itibarıyla bünyesinde bazı eksiklikler barındırmaktadır. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacın varlığını sürdürmesine sebep olmaktadır.

C. Olay Gruplarının Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Tartışması

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı olay gruplarının yukarıda bahsedilenlerle sınırlı olup olmadığı meselesi, ayrıca ele alınması gereken bir husustur.

Öğretide bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan alacaklının menfaati dogmasına istisna getirmesi sebebiyle dar yorumlamaktadır. Bu da söz konusu kurumun, genel olarak kabul

⁴⁴² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZDEMİR**, İnançlı İşlem, s. 105 vd.

⁴⁴³ **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 135-137; **AYANOĞLU MORALI**, s. 29; **ALTAŞ/KURT**, s. 17; **GÜVENÇ**, s. 152-153.

⁴⁴⁴ **FELLMANN**, OR Art. 401, s. 664, N. 65; **HONSELL**, Besonderer Teil, s. 357-358; **REETZ**, Peter; Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer vollstreckungsrechtlicher Probleme, Schulthess Verlag, Zürich 2006, s. 281 vd.; **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler, s. 206 vd.; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 552; **ALTAŞ/KURT**, s. 19 vd.; **AYANOĞLU MORALI**, s. 276 vd.; **UYGUR**, s. 192-193; **PARLAK BÖRÜ**, s. 266; **GÜVENÇ**, s. 175 vd.

edilen dört olay grubu dışında uygulanmaması yönünde çekingen bir tavrın oluşmasına yol açmaktadır⁴⁴⁵.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı olay gruplarının, sınırlı sayıda olduğuna ilişkin söz konusu çekingen tavır takip edilmemelidir⁴⁴⁶. Burada önemli olan husus, kurumun uygulanması bakımından varlığı aranan şartların, somut olay özelinde sağlanıp sağlanmadığının incelenmesidir⁴⁴⁷. Bu itibarla, borçlu için tesadüfi olan özel sebeplerden ötürü, alacaklıda ortaya çıkması gereken zarar üçüncü kişiye kaymışsa/aktarılmışsa, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemini çözmek adına dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan faydalanılabilir⁴⁴⁸. Dolayısıyla menfaat durumlarının benzer olduğu hâllerde, kurumun uygulanması hususunda kısıtlayıcı bir hareket tarzı benimsenmemelidir. Elbette ki bu kabul, niteliği itibarıyla istisnai bir kurum olan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin, her durumda uygulanması anlamına gelmemektedir. Özellikle kurumun tali niteliği göz önünde bulundurularak, ele alınan problemin kanunda yer alan genel ve özel hükümler vasıtasıyla çözülüp çözülmemeyeceği kontrol edilmelidir. Bazı hâllerde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi, taraf iradeleri vasıtasıyla da çözüme kavuşturulabilir. Dolayısıyla yeni bir olay grubuna ilişkin değerlendirme yapılırken, üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunup bulunmadığı da incelenmelidir. Son olarak her ne kadar kanunda özel bir düzenleme yer

⁴⁴⁵ **MEDICUS/LORENZ**, N. 37.

⁴⁴⁶ **MARTI-SCHREIER**, s. 242; **BÄRTSCHI**, s. 434; **VON GRAFFENRIED**, s. 331, N. 725; **OETKER**, BGB § 249, N. 290; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 476 vd.; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 308, N. 611; **TRAUGOTT**, s. 75; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN**, BGB § 249, N. 362; **BREDEMEYER**, s. 107; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 734; **FATZER**, s. 75.

⁴⁴⁷ **MARTI-SCHREIER**, s. 242; **BÄRTSCHI**, s. 434; **VON GRAFFENRIED**, s. 331, N. 725; **OETKER**, BGB § 249, N. 290; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 476 vd.; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 308, N. 611; **TRAUGOTT**, s. 75; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN**, BGB § 249, N. 362; **BREDEMEYER**, s. 107; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 734; **FATZER**, s. 75.

⁴⁴⁸ **MARTI-SCHREIER**, s. 242; **BÄRTSCHI**, s. 434; **VON GRAFFENRIED**, s. 331, N. 725; **OETKER**, BGB § 249, N. 290; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 476 vd.; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 308, N. 611; **TRAUGOTT**, s. 75; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN**, BGB § 249, N. 362; **BREDEMEYER**, s. 107; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 734; **FATZER**, s. 75.

almasa da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun şartlarının sağlanıp sağlanmadığı bakımından da bir değerlendirme yapılmalıdır. Taraf iradelerinden kaynaklanmayan bu kurum, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı vermesi sebebiyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Tüm bunlardan bir sonuç alınamadığı takdirde ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlanıp sağlanmadığı tespit edilmeli, bu soruya olumlu yanıt veriliyorsa, kurumun başka olay gruplarına da uygulanmasına izin verilmelidir.

D. Farklı Olay Gruplarının Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Bir önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı, öğretide genel olarak kabul gören klasik olay grupları ile sınırlı değildir. Dolayısıyla menfaat durumlarının benzer olduğu hâller bakımından da söz konusu kurum uygulama alanı bulabilecektir. Çalışmanın bu başlığında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması hususunda öğretide ele alınan bazı olay grupları incelenecektir. Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki incelenen bu olay gruplarının bazıları bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması kabul edilmemektedir. Ancak bu husus söz konusu olay gruplarının incelenmesinin önünde bir engel de teşkil etmez. Bu itibarla devam eden başlıklarda kurumun uygulanmasının akla gelebileceği ilgili olay grupları ele alınacaktır.

2. Zincirleme Sözleşmeler

a. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bağlamında ele alınan bir diğer olay grubu da zincirleme sözleşmelerdir. Zincirleme sözleşmelere ilişkin genel açıklamalara geçmeden önce, ilk bölümde verilen örneğin hatırlanmasında fayda bulunmaktadır:

Veteriner hekim (A), üretici (C)'den kuş gribine karşı aşı temin etmiş, bu aşıyla yetiştirici (B)'nin tavuklarını aşılamıştır. Aşının üretin sürecinde bakteriyel kontaminasyona uğraması sebebiyle, (B)'nin 4000'den fazla tavuğu telef olmuştur. Bunun üzerine (A), (B)'nin uğradığı zarar sebebiyle aralarındaki sözleşmeye dayanarak (C)'den talepte bulunmuştur. Söz konusu davada (C), TBK m. 112 uyarınca yalnızca sözleşme tarafı olan alacaklının zararını tazminle yükümlü olduğunu ileri sürmüştür.

Belirli bir şeyi konu edinen ve her seferinde taraflardan biri değişmek üzere birbirini takip eden sözleşmelerin yapıldığı hâllerde, zincirleme sözleşmelerin varlığından bahsedilir⁴⁴⁹. Alman ve İsviçre hukuklarında bu olay grubunu karşılamak adına, “devir zincirleri” anlamına gelen, “veräusserungsketten” ifadesi kullanılmaktadır⁴⁵⁰. Ancak *Tandoğan*’ın haklı olarak vurguladığı üzere⁴⁵¹, zincirleme sözleşmelerin mutlaka bir şeyin devrini içeren sözleşmeler olması gerekmez. Bu itibarla bir şeyin kullanılmasının devrini öngören sözleşmeler de zincirleme sözleşmeler kapsamında değerlendirilir.

Alman ve İsviçre öğretisindeki hâkim görüşe göre⁴⁵², zincirleme sözleşmelerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanamaz. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, zincirleme sözleşmelerde zarar kayması değil, zarar birikmesi söz konusudur⁴⁵³. Nitekim alacaklıya, zincirin son halkasındaki üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini isteme hakkı bahşedilirse, borçlunun tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar, zincirde yer alan tüm kişilerin zararlarının toplamından oluşur. Liberal bir anlayış üzerine inşa edilen borçlar hukuku sistemlerinde, böyle bir sonuç kabul edilemez. Zira bu tip bir sistemin özü, borçlunun sorumluluk risklerini hesaplayabilmesi ve gerekirse sigortalayabilmesidir. Borçlu bir sözleşme akdetmekle, girdiği riskin sınırlarını belirlemektedir. Dolayısıyla bu kişinin, zincir boyunca bütün kişilerin zararlarını tazmin etmekle yükümlü olması, borçlar hukuku sistemimizin özünü zedelemek anlamına gelecektir.

Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira borçlunun kartopu gibi büyüyen bir sorumluluk riskini taşıması, borçlar hukuku sistemimizin üzerine inşa edildiği anlayışla çelişmektedir. Zincirleme sözleşmelerin bulunduğu hâllerde, zarara uğrayan kişinin, kendi sözleşme ortağına karşı bir talep hakkı bulunmaktadır. Bu doğrultuda zincirin son

⁴⁴⁹ MARTI-SCHREIER, N. 190; BÄRTSCHI, s. 446; ARMBRÜSTER, s. 87 vd.; PERREN, s. 80; OETKER, BGB § 249, N. 308; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 386; VON GRAFFENRIED, s. 327, N. 713.

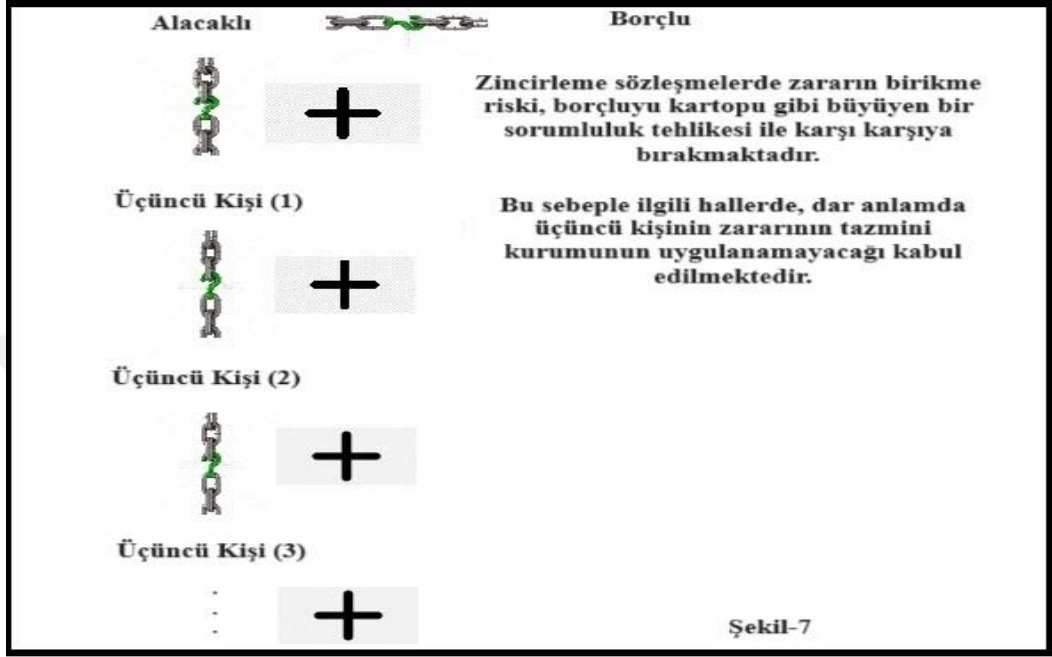
⁴⁵⁰ VON GRAFFENRIED, s. 327, N. 712; VON CAEMMERER, s. 368 vd.; TÄGERT, s. 3.

⁴⁵¹ TANDOĞAN, Tazmin, s. 172-173.

⁴⁵² BÄRTSCHI, s. 455; PERREN, s. 80; OETKER, BGB § 249, N. 308; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 386-387; HÄRTNER, s. 194, N. 503; PUHLE, s. 85; LANGE/SCHIEHMANN, s. 476.

⁴⁵³ PERREN, s. 80; OETKER, BGB § 249, N. 308; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 386-387; LANGE/SCHIEHMANN, s. 476.

halkasında yer alan kişi, sözleşme yaptığı kişiden zararlarının tazminini talep edecek, bu kişinin zararlarını tazmin eden kişi de kendi sözleşme ortağına karşı sorumluluk menfaatini ileri sürerek tazminat talebinde bulunacaktır. Böylelikle zincir borçluya kadar ulaşacak, alacaklı da sorumluluk menfaati sebebiyle ortaya çıkan zararının tazminini, borçludan talep edebilecektir.



Temel kural bu olmakla birlikte, Türk hukuk öğretisinin önemli temsilcilerinden olan ve İsviçre hukukundaki bazı yazarları⁴⁵⁴ da etkileyen *Tandoğan*'ın, zincirleme sözleşmeler bakımından getirdiği esasların incelenmeye değer olduğunu düşünmekteyiz. Öncelikle *Tandoğan* da Alman ve İsviçre öğretisinde benimsenen temel yaklaşıma sadık kalmaktadır. Nitekim yazara göre⁴⁵⁵, zincirin son halkasında yer alan kişinin zararının borçludan talep edilmesi, borçluyu aşırı bir külfete sokacağından böyle bir çözüm, *de lege ferenda* bile olsa kabul edilmemelidir. Ancak *Tandoğan*, zincirleme sözleşmelerde sınırlı da olsa zararın kaydığı durumların ortaya çıkabileceğini vurgulamaktadır. Yazar bu hususta aşağıda verilen olaya benzer bir örnek kaleme almıştır⁴⁵⁶:

(A), (C) 'den satın aldığı şeyi, (B) 'ye bağışlamıştır. Bağışlama konusunu devralan (B), söz konusu malın ayıplı olduğunu, bu ayıp dolayısıyla zarara uğradığını ileri sürmüştür. (A) ise, kendisinin bağışlamadan doğan zararlardan ağır kusuru bulunmadıkça sorumlu olmayacağını, bu hususta ayrıca bir garanti de vermediğini (TBK

⁴⁵⁴ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 202; VON GRAFFENRIED, s. 329, N. 718.

⁴⁵⁵ TANDOĞAN, Tazmin, s. 368.

⁴⁵⁶ TANDOĞAN, Tazmin, s. 169 vd.

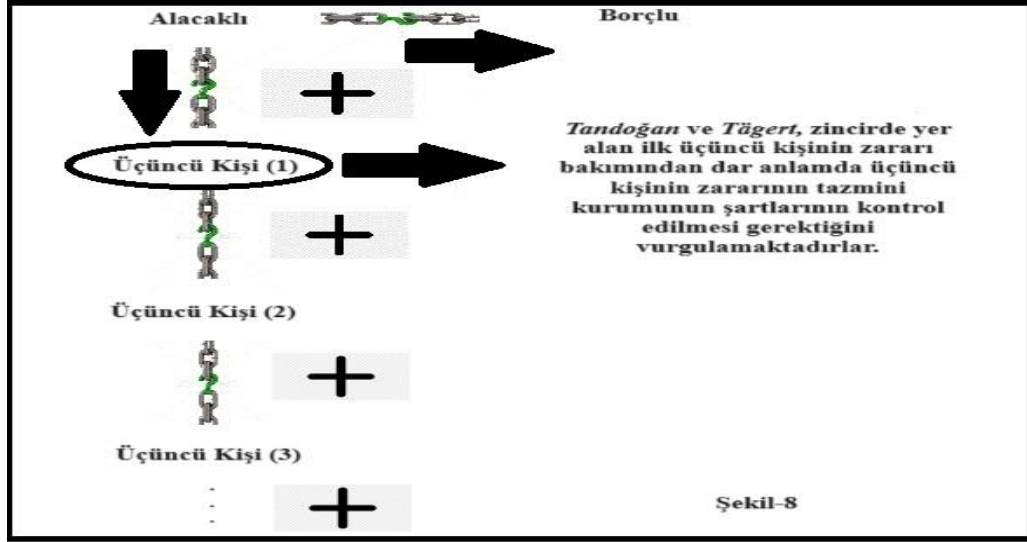
m. 294) ancak satın aldığı kişiden talepte bulunabileceğini söyler. Bunun üzerine (A), satış sözleşmesi akdettiği (C) 'den ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararların tazminini talep eder. (A) 'nın satım konusu malı (B) 'ye bağışladığını bilen (C), bağışlama dolayısıyla herhangi bir sorumluluğu bulunmayan kişilerin zararının da olmayacağını ileri sürerek (A) 'nın talebini reddetmiştir.

Tandoğan'ın verdiği bu örnek incelendiğinde, zincirin ilk halkasındaki üçüncü kişinin zarara uğradığı görülmektedir. Bu örnek üzerinden yola çıkan *Tandoğan*, zincirleme sözleşmelerde alacaklı yerine zarar gören zincirdeki ilk üçüncü kişinin zararlarının, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu çerçevesinde tazmin edilebileceğini vurgulamaktadır⁴⁵⁷. *Tandoğan'ın* yaklaşımına benzer bir yaklaşımı, *Täbert'te* de bulmak mümkündür. Nitekim *Täbert'e* göre⁴⁵⁸, zincirleme sözleşmelerde yer alan ilk üçüncü kişinin, alacaklı ile yaptığı sözleşme bağışlama veya ödünç sözleşmesi gibi ivazsız bir sözleşme ise, alacaklıda ortaya çıkması gereken bir zararın üçüncü kişiye aktarılması muhtemeldir. Bu gibi hâllerde borçluyu yalnızca sözleşmenin niteliği sebebiyle sorumluluktan kurtarmak, hakkaniyete aykırı bir durum yaratacaktır. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararı, alacaklının sözleşmeden doğan talep hakkının yanına çekilmeli ve üçüncü kişinin zararının tazminine imkân sağlanmalıdır. *Tandoğan*, *Täbert'in* bu yaklaşımını sürdürmekle birlikte, zincirleme sözleşmelerde getirilen bu kuralın ivazsız sözleşmelerle sınırlı olmadığını ve zararın sorumsuzluk anlaşmaları sebebiyle zincirde yer alan ilk üçüncü kişiye aktarıldığı hâllerde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceğini vurgulamaktadır⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ TANDOĞAN, Tazmin, s. 364.

⁴⁵⁸ TÄGERT, s. 47 vd.

⁴⁵⁹ TANDOĞAN, Tazmin, s. 364.



Tandoğan ve Tüğert'in söz konusu yaklaşımları oldukça dikkate değerdir. Zira örnek olarak verdikleri olaylarda, zarar birikmesi değil yalnızca zararın kayması söz konusudur. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, zararın alacaklıdan üçüncü kişiye kaydığı hâllerde uygulandığı düşünüldüğünde, zincirleme sözleşmeler bakımından da söz konusu kurumun sınırlı bir ölçüde uygulanması makul görünmektedir.

Sonuç itibarıyla zararın biriktiği zincirleme sözleşmelerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına imkân yoktur. Aksi bir kabul, borçlunun sorumluluğunu önlenemez şekilde genişletecektir. Ancak *Tandoğan ve Tüğert*'in vurguladığı durumlarla sınırlı olmak üzere, zincirde yer alan ilk üçüncü kişinin zararlarının tazmini bakımından, kurumun şartlarının sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmelidir. Bunun dışında kalan hâllerde ise söz konusu olay grubu bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gündeme gelmeyecektir.

Öğretide kurumun zincirleme sözleşmeler bakımından uygulanması hususunda bir ihtiyacın bulunmadığı da ileri sürülmektedir⁴⁶⁰. Nitekim zincirleme sözleşmelerin önemli uygulama alanlarından biri olan ürün sorumluluğu hâlleri bakımından gerek Türk Hukukunda gerekse de diğer hukuk sistemlerinde özel bazı düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler haksız fiile dayanan bir sorumluluğu esas almaktadır. Kanun koyucular ürün sorumluluğunun gündeme geldiği zincirleme sözleşmelerde, taraflar arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmadığını da göz önünde bulundurarak haksız fiile dayanan bir sorumluluk inşa etmiştir. Bu tavır, sözleşmeye dayanan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin, zincirleme sözleşmeler bakımından uygulanmamasını kabul

⁴⁶⁰ TANDOĞAN, Tazmin, s. 49 vd.

eden hâkim görüş ile de paraleldir. Nitekim yukarıda da vurgulandığı üzere, zincirleme sözleşmelerde zarar birikmesi söz konusu olduğundan, zincirin halkalarında yer alan tüm üçüncü kişilerin zararlarının, sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilmesi mümkün değildir. Bu noktada aynı prensip ürün sorumluluğu bakımından da kabul edilmiş, ilgili hâllerde kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğu öngörülmüştür.

Çalışmanın bundan sonraki başlığında zincirleme sözleşmelerin önemli bir görünümü olan ürün sorumluluğu kavramı ve bu sorumluluğun temel esasları üzerinde durulacaktır.

b. Ürün Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

Günümüz ekonomik gerçekliğinde, üretim süreci oldukça karmaşık bir hâl almıştır. Nitekim dünya üzerinde herhangi bir yerde üretilen bir ürünün, bu yere oldukça uzak başka bir yerde satılması mümkün hâle gelmiştir. Üretici ile söz konusu ürünü kullanan kişi arasına, dağıtıcılar, toptan ve perakende satış yapan kişiler girmiş, bu kişiler arasında yapılan zincirleme sözleşmeler sayesinde nihai kullanıcı, dünyanın diğer bir ucunda üretilen ürünü kullanma imkânına sahip olmuştur. Ancak üreticiler ile ürünü kullanan kişiler arasındaki ilişkiler incelendiğinde, bu kişiler arasında bir güç dengesizliğin olduğu göze çarpmaktadır. Birçok hâlde nihai kullanıcının aynı zamanda tüketici olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu dengesizlik daha da görünür bir hâl almaktadır. Bahse konu dengesizlik, zamanla hukuk kuralları ile çözülmesi gereken bir sorun olarak nitelendirilmeye başlamıştır. İş bölümüne dayanan modern ekonomik sistemlerde, yukarıda bahsettiğimiz sebeplerle ürünün üreticisi ile satıcısının farklı kişiler olması, kusursuz satıcının, ürünün vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutulamaması sonucunu doğurmuştur. Bunun yanında üreticinin ise çoğunlukla kusurunun ispat edilememesi, kullanıcıların zararlarının tazmin edilememesi problemini yaratmıştır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, zincirleme sözleşmelerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması da mümkün değildir. Elinde bir tek haksız fiile dayanma imkânı bulunan nihai kullanıcının, üreticinin kusurunu ispatlayamaması sebebiyle zararlarını tazmin edememesi, üreticilerin sorumluluğu bakımından özel düzenlemeler yapılması gerekliliğini gündeme getirmiştir.

Haksız fiile dayanan bu sorumluluk, ilk kez 20. yüzyılın başında Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilmiştir⁴⁶¹. Söz konusu sorumluluk bakımından ilk yıllarda kusur sorumluluğu esası benimsense de sonraki dönemde yaşanan gelişmeler ile üreticinin sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olduğu mahkeme kararlarında ifade edilmiştir⁴⁶². 1960'lı yıllarda ise mahkeme kararları ile kabul edilen üreticinin kusursuz sorumluluğu, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (*American Law Institute*) hazırladığı “*Restatement (2nd) of Torts*”ta yerini almıştır⁴⁶³.

Amerikan hukukundaki bu gelişmeler Kıta Avrupası'na da yansımış, 1977 tarihli “*Ölüm ve Bedensel Zararlar İçin İmalatçının Sorumluluğuna Dair Avrupa Sözleşmesi*” ile Avrupa Konseyi bünyesinde üreticinin sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Ne var ki söz konusu sözleşme, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin hiçbirisi tarafından onaylanmadığı için yürürlüğe girememiştir⁴⁶⁴. Hâl böyle olunca 25 Temmuz 1985 tarihinde, “*Avrupa Topluluğu'na Üye Devletlerin Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun, İkinci Düzenleme ve İdari Kuralların Yaklaştırılması Hakkındaki 85/374 sayılı Konsey Direktifi*” kabul edilmiştir⁴⁶⁵. Söz konusu Direktif'in 19'uncu maddesinde, üye devletlerin söz konusu Direktif'e uyum sağlamak için gerekli kanun, ikincil düzenleme ve idari kuralları, Direktif'in bildirim tarihinden itibaren (30/07/1985) en geç üç yıl içinde yürürlüğe koyacağı hüküm altına alınmıştır. Bu gelişmeler sonrası Avrupa Birliği'ne üye olan birçok ülkede olduğu gibi, Almanya'da da

⁴⁶¹ LAHAV, Alexandra D.; “A Revisionist History of Products Liability”, *Michigan Law Review*, C. 122, S. 3, 2023, s. 514; ÖZSUNAY, Ergun; “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. X, S. 1, 1979, s. 110; KIRCA, Çiğdem; *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007, s. 27; AYDOS, Oğuz Sadık; *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 48; ATAMER, Yeşim M./KURTULAN GÜNER, Gökçe; “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70, S. 2, 2021, s. 545; KESER, Yıldırım; *Ürün Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 10.

⁴⁶² ÖZSUNAY, Yapımcı, s. 125 vd.; AYDOS, s. 67; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 545.

⁴⁶³ HARCHUT, Robert F.; “Products Liability- Restatement (Second) of Torts- Section 402A- Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases- After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania, Villanova Law Review, C. 24, S. 5, 1979, s. 1035; ÖZSUNAY, Yapımcı, s. 126; AYDOS, s. 67-68; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 545; KESER, s. 11.

⁴⁶⁴ ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 545.

⁴⁶⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>, E.T. 28.04.2024.

15/12/1989 tarihli “*Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu*” (*Produkthaftungsgesetz-ProdHaftG*) kabul edilmiştir⁴⁶⁶. İsviçre de Avrupa Birliği’ne üye olmamasına karşın söz konusu Direktif’i neredeyse aynen tercüme ederek ayrı bir kanun olarak düzenlemiştir⁴⁶⁷. 18/06/1993 tarihinde kabul edilen “*Ürün Sorumluluğu Hakkında İsviçre Federal Kanunu*” (*Bundesgesetz über die Produktheftpflicht*), 01/01/1994 tarihinde yürürlüğe girerek bu alandaki önemli bir boşluğu doldurmuştur.

Türk hukukunda ise uzun yıllar boyunca üreticinin sorumluluğu hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne üyelik serüvenin başlaması ile Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum çalışmaları yürütülmüş, bu çalışmaların sonucunda da 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un değiştirilen 4’üncü maddesi ve bu hükme dayanılarak çıkarılan “*Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkındaki Yönetmelik*” ile ürün sorumluluğu hakkında ilk adımlar atılmıştır. Ne var ki Türk hukukunda, ilerleyen yıllarda ürün sorumluluğuna ilişkin hukuki düzenlemelerin ilerleyişini akamete uğratan gelişmeler yaşanmıştır. Nitekim 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un ilga edilmesiyle yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da (TKHK), ürün sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 2014 yılında başlayan bu duraklama dönemi, 7223 sayılı “*Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu*”nun (ÜGTDK) yürürlüğe girdiği 12/03/2021 tarihine kadar devam etmiştir. Bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte, ÜGTDK’nın 24’üncü maddesine dayanılarak çıkarılan “*Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği*” düzenlemesi ile ürün sorumluluğuna ilişkin mevzuatımız şu anki görünümüne kavuşmuştur.

Bir sonraki başlıkta, Türk hukukunda üreticinin (imalatçının⁴⁶⁸) sorumluluğu bakımından öngörülen esaslar üzerinde kısaca durulacaktır.

⁴⁶⁶ WAGNER, Einleitung ProdHaftG, N. 1.

⁴⁶⁷ KLETT, Barbara/MÜLLER, Dominique; “Rechtsentwicklung zum PrHG und PrSG”, Haftung und Versicherung (HAVE)/ Responsabilité et Assurances (REAS), H. 4, 2018, s. 438.

⁴⁶⁸ Çalışmanın bundan önceki kısmında, “*üretici*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Zira üretim kavramı, imalat kavramı yanında, tarımsal üretim veya hammadde üretimini de kapsayan geniş bir kavramdır. Bu sebeple “*imalatçı*” terimi yerine, “*üretici*” teriminin kullanılması gerektiği kabul edilmektedir. Ne var ki 7223 sayılı ÜGTDK’nın m. 3/g hükmünde, imalatçı terimi kullanılmıştır. Dolayısıyla ÜGTDK’nın esaslarının incelendiği sonraki başlıkta, Kanun’daki ifadeye sadık kalmak adına, “*imalatçı*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Üretici teriminin kullanılması gerektiği hakkında bkz. KIRCA, Ürün, s. 203; AYDOS, s. 113, dpn. 416.

bb. 7223 Sayılı Kanun Uyarınca İmalatçının Sorumluluğu

Önceki başlıkta da vurgulandığı üzere, Türk hukukunda imalatçının sorumluluğuna ilişkin temel düzenleme, 7223 sayılı Kanun’dur. Bu Kanun’un 6’ncı maddesinin gerekçesinde, söz konusu düzenlenmelerin 85/374 sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlandığı ifade edilmiştir⁴⁶⁹. Ne var ki ilgili Kanun, bünyesinde barındırdığı belirsizlikler sebebiyle eleştiriye tabi tutulmuştur. Öğretide *Atamer/Kurtulan Güner*⁴⁷⁰, yeni düzenlemenin 21. yüzyılın ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olduğunu ifade etmiş, Kanun’un, otuz yılı aşkın bir süredir Avrupa Birliği’ne üye olan ülkelerde sorunsuz bir şekilde uygulanan Direktif hükümlerinden, birçok önemli noktada gerekçe göstermeksizin ayrıldığını vurgulamıştır.

7223 sayılı Kanun ile ilgili tartışmalardan ilki, sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkindir. Öğretide hâkim olan görüşe göre⁴⁷¹, imalatçının sorumluluğu bakımından, sözleşme dışı kusursuz bir sorumluluk hâli öngörülmüştür. Ancak düzenleme, kaleme alınışı itibarıyla bu kabul bakımından bazı şüpheler doğurmaktadır. Nitekim ÜGTDK m. 6/f. I hükmünde, ürünün bir kişiye veya mala zarar vermesi hâlinde, söz konusu ürünün imalatçısının veya ithalatçısının zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise, imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hükümde kusursuz bir sorumluluk hâlinin öngörüldüğü sonucuna tereddüte mahal vermeden ulaşılamamaktadır. Nitekim öğretide bazı yazarlar⁴⁷², bu hükmün açık olmadığı gerekçesiyle imalatçının

⁴⁶⁹ GEREKÇE ÜGTDK m. 6: “Madde ile, ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi hâlinde, bu ürünün imalatçısının veya ithalatçısının zarardan dolayı tazminat yükümlülüğü düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme AB’nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır..”

⁴⁷⁰ ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 582-583.

⁴⁷¹ KANIŞLI, Erhan; “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, s. 1422; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 547; AKÇURA KARAMAN, Tuba; “7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nun 6. Maddesi ile Düzenlenen Ürün Sorumluluğuna “Uygunsuzluk” ve “Zarar” Unsurları Açısından Eleştirel Bakış”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 199, Mart 2023, s. 80; KESER, s. 105.

⁴⁷² SANLI, Kerem Cem; Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi iç. Ürün Sorumluluğu, ATAMER, Yeşim M./BAYSAL, Başak (ed.), Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 62-63. 4077 sayılı TKHK hükmünde, konut ve tatil amaçlı taşınmazların ürün olarak düzenlenmesinin Direktif hükümleri ile çelişki

sorumluluğunda, sorumluluk hukuku bakımından temel prensip olan kusur sorumluluğunun geçerli olacağını ifade etmektedir. Ne var ki söz konusu Kanun, 85/374 sayılı Konsey Direktifinden esinlenerek hazırlandığı için imalatçının sorumluluğu hususunda kusur sorumluluğu esasının benimsendiği kabul etmek mümkün görünmemektedir. Nitekim söz konusu Direktif'in başlangıç paragrafında, imalatçıya kusura dayanmayan bir sorumluluk yüklendiği açıkça ifade edilmiştir. Hâl böyle iken Türk hukukunda da aynı esasın kabul edilmesi gerekir. Ancak kusura dayanmayan objektif bir sorumluluğu düzenleyen bu Kanun'da, şüpheye yer verecek nitelikte bir sorumluluk düzenlemesi yapılması uygun olmamıştır.

7223 sayılı Kanun'da bahsi geçen kusursuz sorumluluk, imalatçılar ve ithalatçılar bakımından öngörülmüştür. İmalatçı, ÜGTDK m. 3/g hükmünde, ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını ya da imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Kanun'da imalatçının dışında ithalatçının da kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Nihai kullanıcının, yurt dışından ithal edilen ürünler bakımından kolay bir şekilde muhatap bulabilmesi adına, böyle bir düzenlenmeye gidilmiştir⁴⁷³. Söz konusu kişiler dışında, ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran imalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişileri ifade eden dağıtıcılar (ÜGTDK m. 3/ç) bakımından da tali bir sorumluluk öngörülmüştür. Buna göre, imalatçının veya ithalatçının belirlenemediği hâllerde, kendisine ürünü tedarik edeni on iş günü içerisinde bildirmeyen dağıtıcıların da imalatçı gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir (ÜGTDK m. 11/f. III).

7223 sayılı Kanun'a göre sorumluluğun objesi, üründür. ÜGTDK m. 3/s hükmünde, her türlü madde, müstahzar veya eşyanın ürün olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Zira tanımda, taşınır ve taşınmaz eşyalar bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁴⁷⁴. Öğretide bu durumun bir sonucu olarak taşınmazların da ürün olarak değerlendirilmesi gerektiği

oluşturacağı hakkında ayrıca bkz. **HAVUTÇU**, Ayşe; Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 120-121.

⁴⁷³ Bu hususta bkz. **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 549; **KANIŞLI**, Ürün, s. 1428; **İNCEOĞLU**, M. Murat; Ürün Sorumluluğunda Sorumlular iç. Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, **ATAMER**, Yeşim M./**BAYSAL**, Başak (ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 85.

⁴⁷⁴ Aynı yönde bkz. **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 553; **KANIŞLI**, Ürün, s. 1431.

düşünülmektedir⁴⁷⁵. Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise, taşınmazlar ürün sorumluluğunun objesi olarak kabul edilemez⁴⁷⁶. Bizce de taşınmazların mevcut düzenlemeye rağmen ürün olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira Kanun'un inşa aşamasında önemli bir kaynak olan Konsey Direktif'inde, ürün sorumluluğunun yalnızca taşınırlar bakımından söz konusu olacağı düzenlenmiştir (Art. 2). Ancak aynı hükümde, başka bir taşınıra veya taşınmaza dâhil olan taşınırların da ürün olarak nitelendirileceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme, eşya hukukunun temel ilkelerinden ayrılmaktadır. Zira eşya hukukunun prensiplerine göre, bir başka taşınır veya taşınmaz malın bütünüleyici parçası olan taşınır, eşya niteliğini kaybeder. Söz konusu düzenleme ile bu nitelikteki taşınırların da ürün olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.

Direktif'te elektriğin de sorumluluğun kapsamında olduğu açıkça düzenlenmişken (Art. 2), ÜGDTK'da buna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Ancak TMK m. 762 uyarınca, edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen elektrik, doğalgaz ve su gibi güçlerin taşınır mülkiyetinin konusuna girdiği düşünüldüğünde, elektriğin de ürün olarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁷⁷. Öğretide dijital içeriklerin de cisimleşmesine gerek olmaksızın ürün olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir⁴⁷⁸.

Tanımda eleştiriye açık bir diğer husus da “*müstahzar*” kavramının anlamında bir belirsizliğin bulunmasıdır. Zira TDK sözlüğünde “*müstahzar*”, “*kullanıma hazır duruma getirilmiş, hazırlanmış*” ve “*önceden hazırlanarak eczanede bulundurulmuş ilaç*,”

⁴⁷⁵ **ORAL**, Tuğçe; “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 1, 2023, s. 128; **POLAT**, Cemre; “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 4, 2021, s. 984; Öğretide *Kanışlı*, Kanun'da taşınmazlar da ürün olarak nitelendirildiği için güvenli olmayan malzeme kullanarak yapı inşa eden yüklenicinin sorumluluğunun imalatçının sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre birçok hâlde TBK m. 69 hükmü uyarınca yapı malikinin sorumluluğuna başvurulabileceği için ürün sorumluluğu hükümlerine dayanmaya da pek gerek kalmayacaktır. (**KANIŞLI**, Ürün, s. 46).

⁴⁷⁶ **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 553; **ÇELT**, Damla Özden; “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2021, s. 88-89.

⁴⁷⁷ Bu hususta bkz. **KIRCA**, Ürün, s. 195; **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 555; **AKÇURA KARAMAN**, s. 84; **KESER**, s. 58.

⁴⁷⁸ **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 555 vd.; **KANIŞLI**, Ürün, s. 1434.

preparat” olarak tanımlanmıştır⁴⁷⁹. 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 1 hükmü göz önünde bulundurulduğunda, “*müstahzar*” terimiyle ilaçların kastedildiği ve ilaç imalatçısının sorumluluğu bakımından da ÜGDTK’nın uygulanacağı sonucuna ulaşılabilir⁴⁸⁰. Ayrıca bu ifade ile ilaçların kastedilmediği düşünülse bile hem Kanun’daki ürün tanımının genişliği hem de Konsey Direktifi’nin kapsamı dikkate alınarak, ilaçların da ürün olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁸¹.

ÜGDTK uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için bazı şartların varlığı aranır. Bunlar, üründe bir uygunsuzluğun bulunması, bu uygunsuzluktan ötürü bir zararın meydana

⁴⁷⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.28.04.2024.

⁴⁸⁰ Türk hukukunda ürün sorumluluğu bakımından özel bir Kanun’un olmadığı dönemde de ilaçların ürün olduğu kabul edilmekteydi. Ancak ürün sorumluluğunu düzenleyen ve ilaç üreticisinin kusursuz sorumluluğunu öngören özel bir Kanun’un bulunmaması, ilaç üreticisinin sorumluluğu bakımından TBK m. 71’de düzenlenen tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşünün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu hususta bkz. **DEMİR**, Mehmet; “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010, s. 116; **DALCI**, Nurihan; “TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 72 vd.; **DÖNMEZ**, Ünsal; “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 382 vd.; **AKÇAAL**, Mehmet; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2012, s. 253 vd.; **NART**, Serdar; “Endikasyon Dışı İlaç Tedavisinde Hekimin ve İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, 2017, s. 729 vd. Her ne kadar 7223 sayılı Kanun ile imalatçının sorumluluğu bakımından özel düzenlemeler öngörülmüşse de ilaçların özel niteliği göz önünde bulundurulduğunda, Almanya (*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz-AMG)*) ve İsviçre’de (*Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte-Heilmittelgesetz-HMG*) olduğu gibi ayrı bir İlaç Kanunu’nun yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nitekim yukarıda da bahsedildiği üzere, 7223 sayılı ÜGDTK, kusursuz sorumluluk esasını benimseyen bir kanunun taşıması gereken nitelikler göz önünde bulundurulduğunda, bünyesinden bazı belirsizlikler barındırmaktadır. Bunun yanında ÜGDTK’da imalatçının sorumluluktan kurtulmasını sağlayan düzenlemeler öngörülmüştür. Ürün sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemenin olmadığı dönemde tehlike sorumluluğu kapsamında ele alınan bir meselenin, yeni düzenleme ile daha hafif bir sorumluluk kapsamına girmesi, bazı problemleri beraberinde getirebilir. Bu da modern bir İlaç Kanunu’na olan ihtiyacın varlığını ortaya koyan bir husustur. Benzer yönde bkz. **DEMİR**, Mehmet; “Avrupa Birliği, Almanya ve Belli Bazı Ülkelerde İlaç Üretim Sorumluluğuna İlişkin Yasal Sistemler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2, 2010, s. 15 vd.

⁴⁸¹ **KANIŞLI**, Ürün, s. 1432; **AKÇURA KARAMAN**, s. 83; **KESER**, s. 85.

gelmesi ve zarar ile uygunsuzluk arasındaki illiyet bağının kurulmasıdır⁴⁸². Dolayısıyla nihai kullanıcının, imalatçının sözleşme dışı kusursuz sorumluluğuna başvurabilmesi için öncelikle ürünün uygunsuz bir ürün olduğunu ispatlaması gerekir. 7223 sayılı Kanun'un m. 3/r hükmüne göre, uygunsuzluk, ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hâlini ifade etmektedir.

Ne var ki hükümde yer alan uygunsuzluk ifadesi de çeşitli açılardan haklı olarak eleştirilmiştir. Zira uygunsuzluk hâli bakımından, teknik düzenlemelere ve genel ürün güvenliği mevzuatına atıfta bulunulmuştur. Bu atıf, ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu kavramının aynı kapsamda değerlendirilmesinin bir sonucudur. Ancak söz konusu kavramlar, birbirleriyle yakından ilişkili olsa da aralarında nüans bulunmaktadır. Nitekim ürün güvenliğiyle, ürünlerin piyasaya sürülmeden belirli standartların üzerinde olması sağlanarak, ortaya çıkabilecek olumsuzlukların azaltılması amaçlanmaktadır. Ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler, bu yönüyle *ex ante* (olaydan önce ortaya çıkan) düzenlemelerdir⁴⁸³. Bir hukuk düzeninde ürün güvenliğine ilişkin tüm düzenlemeler yapılırsa da ortaya çıkması muhtemel olan risklerin (zararların) engellenmesi, her durumda mümkün olmaz. Ürünün piyasaya çıktıktan sonra meydana getirdiği zararlar bakımından ise, ürün sorumluluğu kabul edilmiştir. Söz konusu sorumluluk, bu yönüyle *ex post* (olaydan sonra ortaya çıkan) düzenleme örneğidir⁴⁸⁴. Ürün güvenliğine ilişkin düzenlemeler ile piyasaya sürülecek bir ürün bakımından, asgari bazı şartlar getirilmektedir. Ancak imalat süreci bakımından öngörülen bu standartların, üzerine pekâlâ çıkılabilir. Dolayısıyla ürün güvenliği ile ürün sorumluluğunun amaç farklılıklarını dikkate almaksızın yapılan bu düzenleme, merkezine Direktif'i koyan bir Kanun için talihsiz olmuştur.

Direktif'te ise, hatalı ürün kavramı üzerinde durulmuş ve ürünün bütün hâl ve şartlar dikkate alındığında, kendisinden haklı olarak beklenen güveni sağlaması gerektiği ifade edilmiştir (Art. 6/Abs. I). Haklı güvenin belirlenmesinde ise ürünün sunumu, üründen makul olarak beklenen kullanım ve ürünün piyasaya sürüldüğü tarih gibi kıstasların dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir (Art. 6/Abs. I). Mehzaz olarak nitelendirilen Direktif'te bu denli ayrıntılı düzenlemeler yer almışken, 7223 sayılı

⁴⁸² ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 557 vd.; KANIŞLI, Ürün, s. 1430 vd.; AKÇURA KARAMAN, s. 81 vd.

⁴⁸³ ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 560; KANIŞLI, Ürün, s. 1421.

⁴⁸⁴ ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 560; KANIŞLI, Ürün, s. 1421.

Kanun'da sorumluluğun kıstası olarak teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygunluğun dikkate alınacağını öngörülmesi isabetli olmamıştır⁴⁸⁵.

7223 sayılı Kanun uyarınca sorumluluğun gündeme gelmesi için sağlanması gereken diğer şart, uygunsuzluk yüzünden bir zararın meydana gelmesidir. Söz konusu zarar, kişiye gelebileceği gibi mala da gelebilir (ÜGDTK m. 6/f. I). ÜGDTK m. 6/f. V hükmünde, ürünün sebep olduğu zarar sebebiyle ödenecek maddi ve manevi tazminatlar bakımından TBK'ya atıf yapılmıştır. Dolayısıyla kişiye ve mala gelebilecek zararlar için ödenecek tazminatın kapsamı, TBK m. 53 vd. uyarınca belirlenecektir. Bu itibarla, uygunsuz ürün sebebiyle ölüm meydana gelmişse, cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmediği durumlarda tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar tazmin edilebilecektir⁴⁸⁶. Ürün sebebiyle yalnızca bedensel bir zararın ortaya çıktığı hâllerde ise, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların tazmin edilebileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁷. Ayrıca ölüm hâlinde, ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişilerin, zararlarının tazmini için açacakları destekten yoksun kalma tazminatı bakımında da imalatçının sözleşme dışı kusursuz sorumluluğuna başvurulabilir⁴⁸⁸.

Kişiye gelen zararlar dışında, uygun olmayan ürün sebebiyle mala gelen zararların tazmini de mümkündür. Ancak bu noktada mala gelen zarardan neyin kastedildiğinin tespit edilmesi gerekir. 7223 sayılı Kanun m. 6'da düzenlenen zarar, uygun olmayan ürünün, kişinin sahip olduğu başka eşyalarda sebebiyet verdiği zararları ifade etmektedir⁴⁸⁹. Nitekim Konsey Direktifi'nde, mala gelen zararlardan kastedilenin, hatalı ürünün kendisi dışındaki herhangi bir mala gelen zarar ya da tahribat olduğu ifade

⁴⁸⁵ ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 561.

⁴⁸⁶ KANIŞLI, Erhan; Ürün Sorumluluğunda Zarar iç. Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, ATAMER, Yeşim M./BAYSAL, Başak (ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 190; AKÇURA KARAMAN, s. 91; AYDOS, s. 177.

⁴⁸⁷ KANIŞLI, Zarar, s. 190; AKÇURA KARAMAN, s. 91.

⁴⁸⁸ KANIŞLI, Zarar, s. 190; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 568; AKÇURA KARAMAN, s. 91; AYDOS, s. 178.

⁴⁸⁹ HESS, Hans-Joachim; Produktheftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993 iç. Stämpflis Handkommentar, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 1993, PrHG Art. 1, s. 109, N. 76; KIRCA, Ürün, s. 155; KANIŞLI, Zarar, s. 197; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 568; AKÇURA KARAMAN, s. 92; AYDOS, s. 182.

edilmiştir. Dolayısıyla aynı kabulün Türk hukuku bakımından da geçerli olması gerekir. Ancak bu noktada birkaç meselenin üzerinde durmak gerekir. Direktif’te mala gelen zararların tazmini bakımından iki önemli sınırlama getirilmiştir. Bunlardan ilki, ürünün kullanım ve tahsis amacıdır. Nitekim Direktif Art. 9/Abs. I hükmünde, kusursuz sorumluluğun, kişisel kullanım veya tüketim amacına yönelik mallarla sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Bu da ticari veya mesleki amaçlarla kullanılan ürünlerin sebep olduğu zararlardan ötürü, ürün sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamına gelmektedir. Direktif’te öngörülen bir diğer sınırlama ise tazminat talebi bakımından geçerli olan parasal alt limittir. “*Zarara katılma limiti*”⁴⁹⁰ olarak adlandırılan bu sınırlama uyarınca, tazminat talep edebilmek için zararın alt sınırının 500 Euro olması gerekir. Bu hükümle, küçük zararlar bakımından dava açılması ve mahkemelerin iş yükünün artması engellenmek istenmiştir. Her iki sınırlama da ÜGDTK’da yer almamaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda tazminat talep edebilmek için zararın herhangi bir alt limiti geçmesi gerekli olmadığı gibi uygun olmayan ürünün hangi amaçlarla kullanıldığı da önemli değildir.

Uygun olmayan ürünün, bu uygunsuzluk sebebiyle kendisinde meydana gelen değer azalmaları bakımından ise satıcının sözleşmesel sorumluluğuna (ayıptan doğan sorumluluk) gidilir⁴⁹¹. Bu da satıcının ayıptan doğan sorumluluğu ile imalatçının sözleşme dışı kusursuz sorumluluğunun birbirinden farklı durumları düzenlemesinin bir sonucudur. Zira satıcının sözleşmesel sorumluluğunda, ifa menfaatinin karşılanması amaçlanırken, imalatçının kusursuz sorumluluğunda bütünlük menfaatinin karşılanması amaçlanmaktadır⁴⁹². Bunun yanında saf malvarlığı zararları bakımından da imalatçının kusursuz sorumluluğuna gidilemeyecektir⁴⁹³.

İmalatçının sorumluluğunun doğabilmesi için aranan son şart ise, zarar ile uygunsuzluk arasındaki nedensellik bağının ispatıdır. Ancak zarar gören kullanıcının bu bağı ispatlaması oldukça zor görünmektedir. Özellikle de zararın belirli bir süre geçtikten sonra ortaya çıktığı hâllerde, bu zorluk daha da artmaktadır. Öğretide bu zorluğu aşmak için ispat ölçüsünün düşürülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ KANIŞLI, Zarar, s. 210.

⁴⁹¹ KANIŞLI, Zarar, s. 195; AKÇURA KARAMAN, s. 94.

⁴⁹² KANIŞLI, Zarar, s. 195; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 568; AYDOS, s. 56.

⁴⁹³ KANIŞLI, Zarar, s. 207 vd.; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 568.

⁴⁹⁴ Öğretide *Keser*, mahkemelerin ürün sorumluluğu kapsamına giren zararların tazmininde, uygun olmayan ürün ile zarar arasındaki nedensellik bağına “yaklaşık ispat ölçüsünü” esas alarak değerlendirmesinin mümkün olduğunu ve ürün sorumluluğunun da bunu gerektirdiğini ifade etmektedir

ÜGDTK m. 6/f. VI hükmünde, tazminat talebi için zamanaşımı süresinin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve herhâlde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıl olduğu düzenlenmiştir. Hükümde yer alan uzun zamanaşımı süresi, haksız fiile ilişkin kurallardan önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Zira TBK m. 72/f. I hükmünde, haksız fiillerde uzun zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin, herhâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Bu farklılık, zararın uzun bir süre sonra ortaya çıktığı hâller bakımından zarar görenin lehine olsa da imalatçıyı sorumluluk baskısı altında tuttuğu için eleştiriye uğramıştır⁴⁹⁵.

Sonuç itibarıyla, zincirleme sözleşmelerin önemli bir görünümü olan imalatçının sorumluluğu bakımından 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkan gelişmeler, bu hususta özel düzenlemelerin yapılmasına yol açmıştır. Her ne kadar zincirleme sözleşmelerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını kabul etmesek de ürün sorumluluğu bakımından yapılan bu düzenlemeler dikkate değerdir. Zira bu düzenlemeler ile kural olarak kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun zayıf yönlerine

(**KESER**, s. 222-223). Ancak biz *Keser*'in bu görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimizce, buradaki ispat zorluğu, yaklaşık ispat ile değil ispat ölçüsünün düşürülmesi ile aşılabılır. Zira yaklaşık ispat ile ispat ölçüsünün düşürülmesi de birbirinden farklı kavramları ifade etmektedir. Nitekim yaklaşık ispat, usuli birtakım taleplerin kabul edilebilmesi için bu talebe ilişkin maddi şartların ispatı bakımından kullanılan teknik bir terimdir. Kanun koyucu belirli hâllerde, usuli taleplere ilişkin maddi şartların ispatında yaklaşık ispatın yeterli olacağını öngörmüştür. Yaklaşık ispatta hâkimin kanaatinin ölçüsü ne olursa olsun uyuşmazlığı sonlandıran bir karar verilmemektedir. İspat ölçüsünün düşürüldüğü hâllerde ise hâkim, uyuşmazlığı taraflar için bitirecek bir karar vermektedir. Bir davada esas hakka ilişkin bir uyuşmazlık çözülürken ispat zorluğu yaşanıyorsa, ispat ölçüsü düşürülerek veya delil ikame yükü yer değiştirilerek ispat zorluğu aşmaya çalışılmaktadır. Ürün sorumluluğunda karşılaşılabilecek ispat zorlukları, ispat kolaylıklarının bir türü olan ve kusur ile nedensellik bağının ispatında kullanılan "*ilk görünüş ispatı*" ile aşılabılır. İlk görünüş ispatı, hakkın kullanılmasının ispat problemi sebebiyle zorlaştığı durumlar bakımından kullanılan bir araçtır. Sorumluluk bakımından ispatı zor olan bir hakkı tanımanın da bir anlamı olmayacağı için belirli durumlarda ispat kolaylıkları sağlanmaktadır. Ürün sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilebilir. İlk görünüş ispatı ile yaklaşık ispatın farkı ve ürün sorumluluğunda ilk görünüş ispatından faydalanılabileceği hakkında bkz. **ALBAYRAK**, Hakan; *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 35 vd.; **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 571. Öğretide *Öztan* ise, ürün sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemenin olmadığı dönemde yazmış olduğu eserde, ispat kolaylığı için ispat yükünün ters çevrilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu hususta bkz. **ÖZTAN**, Bilge; *İmalâtçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara 1982, s. 237.

⁴⁹⁵ **KANIŞLI**, Ürün, s. 1452; **ATAMER/KURTULAN GÜNER**, s. 48.

dikkat çekilmiş, imalatçının sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluk esası kabul edilmiştir. Tüm bu gelişmeler, üçüncü kişinin zararının tazmini meselesinin dinamik bir süreçte ilerlediğini kanıtlayan göstergelerdir. Bu meseleye ilişkin tartışmalar, hukuk politikasının dümenini dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna doğru kırmasa da yapılan özel düzenlemeler sayesinde, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözmeye yönelik anlayış pekişmektedir. Dolayısıyla hukuk sistemlerinde yapılan her yeni düzenleme, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi hakkındaki tartışmaların da ne kadar değerli olduğunu ortaya koymaktadır.

3. Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi

Yukarıda ele alınan klasik olay grupları dışında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanıp uygulanmayacağını tartışıldığı bir diğer durum da finansal kiralama sözleşmeleridir. Finansal kiralama sözleşmeleri, zincirleme sözleşmeler kapsamında ele alınabileceği gibi ayrı bir olay grubu olarak da incelenebilir⁴⁹⁶. Bu çalışmada ayrı bir olay grubu olarak ele alınacak olan finansal kiralama sözleşmelerine ilişkin genel açıklamalara geçmeden önce, ilk bölümde verilen örneğin hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır:

(A) ile (B) arasında finansal kiralama sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşmeye göre kiralayan (A), kiracı (B) 'nin isteği üzerine kira konusu makinaları üretici (C) 'den satın alıp, (B) 'ye teslim edecektir. Teslimden sonra malların ayıplı olduğu ortaya çıkmış ve (B) sözleşme ortağı (A) 'ya başvurmuştur. (A), Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu (FFFTFŞK) m. 24/f. VI hükmüne dayanmış, kira konusu kiracının talebi üzerine üçüncü bir kişiden temin edildiği için kendisinin sorumlu olmayacağını ileri sürmüştür. Bunun üzerine (B), doğrudan (C) 'ye karşı talepte bulunmuştur. (C) bu davada (B) ile aralarında herhangi bir akdi ilişki bulunmadığını, (B) 'nin mülkiyet hakkına da sahip olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Amacına ulaşamayan (B), (A) 'dan sözleşme ortağı olarak (C) 'ye karşı talepte bulunmasını istemiş, bu talebi geri çevirmeyen (A), zararların tazmini için (C) 'ye dava

⁴⁹⁶ Öğretide bazı yazarlar, finansal kiralama sözleşmelerini, hasar riskinin üçüncü kişiye geçtiği hâller içerisinde incelemektedir. Bunun yanında dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde kiralayanın yalnızca finansman sağlaması, onun dolaylı temsilci olarak nitelendirilmesine de sebep olmuştur. Hasar riskinin geçişi başlığı altında incelenmesi gerektiği hakkında bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 181. Dolaylı temsilin söz konusu olabileceği hakkında bkz. **BÄRTSCHI**, s. 448-449.

açmıştır. Bu davada (C), (A) 'nın herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı için zararının da meydana gelmediği itirazında bulunmuştur.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması bağlamında ele alınan finansal kiralama sözleşmesi, dolaylı finansal kiralama (*Indirektes Leasing*) sözleşmeleridir⁴⁹⁷. Finansal kiralama sözleşmeleri sınıflandırılırken birçok ayrımdan faydalanılmaktadır. Bunlardan biri de daha çok Kıta Avrupası'nda kullanılan doğrudan finansal kiralama-dolaylı finansal kiralama ayrımıdır⁴⁹⁸.

Doğrudan finansal kiralama sözleşmelerinde (*Direktes Leasing*), üretici veya satıcı, kiracıyla doğrudan doğruya ilişkiye girerek finansal kiralama sözleşmesini akdetmektedir⁴⁹⁹. Bu tip durumlarda kiracı, sözleşmeye konu malı doğrudan doğruya üretici veya satıcıdan kiralamakta olup, kiralayan kişi, satıcı veya üreticidir⁵⁰⁰. Sürümü artırma amacı güden bu kiralama, satıcı veya üreticiler tarafından bir pazarlama yöntemi olarak da kullanılmaktadır⁵⁰¹. Uygulamada daha az tercih edilen doğrudan finansal kiralama sözleşmeleri, gerçek anlamda bir finansal kiralama gibi değil, daha çok adi kira veya taksitle satış sözleşmesi olarak da nitelendirilmektedir⁵⁰².

Dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde (*Indirektes Leasing*) ise satıcı veya üretici ile kiracı dışında, kiralayan bir kişi de yer almaktadır (*Dreiecksverhältnis*)⁵⁰³. Bu

⁴⁹⁷ MARTI-SCHREIER, N. 205 vd.; BÄRTSCHI, s. 448; VON GRAFFENRIED, s. 334 vd., N. 370 vd.; FATZER, s. 36 vd.; HESS, Marcus/KRUMMENACHER, Peter; Sachgewährleistung und Gefahrtragung beim Leasing iç. Leasingrecht-Ausgewählte Fragen, KOLLER, Alfred (ed.), Stämpfli Verlag, 2007, s. 120-121.

⁴⁹⁸ HUGUENIN, s. 1258 vd., N. 3728 vd.; ALTOP, Atilla; Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990, s. 50-51; KUNTALP, Erden; Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988, s. 10-11; KOCAAĞA, Köksal; Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 46; TOPUZ, Murat; Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 102 vd.

⁴⁹⁹ HUGUENIN, s. 1258, N. 3729; KUNTALP, s. 10; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 102; KOCAAĞA, s. 46.

⁵⁰⁰ KUNTALP, s. 10; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 103; KOCAAĞA, s. 46.

⁵⁰¹ KUNTALP, s. 14; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 103-104; KOCAAĞA, s. 46.

⁵⁰² HUGUENIN, s. 1258, N. 3729; KUNTALP, s. 14-15; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 104; KOCAAĞA, s. 46-47.

⁵⁰³ HUGUENIN, s. 1258, N. 3730; KUNTALP, s. 10-11; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 103; KOCAAĞA, s. 46.

tip bir ilişkide kiralayan, kiracının seçimi ve talebi doğrultusunda, satıcı veya üreticiden temin ettiği malı, bedel karşılığında kiracıya kiralamaktadır⁵⁰⁴. Finansal kiralamanın bu türünde iki farklı sözleşme bulunmakta olup, kiralayan kişi her iki sözleşmeye de taraftır. Nitekim bu kişi, bir taraftan kiracı ile kira sözleşmesi yaparken, diğer taraftan ise satıcı veya üretici ile sözleşmeye konu olan malın teminine yönelik, satış veya eser sözleşmesi akdetmektedir. Kiralayan kişinin bu şekilde araya girmesinin temel sebebi, finansman sağlamadır⁵⁰⁵. Dolaylı finansal kiralama bu yönüyle, “*sermaye kiralaması*” veya “*kredi kiralaması*” olarak da adlandırılır⁵⁰⁶.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Gerçekten de bu sözleşmelerdeki temel yapı, kurumun uygulandığı olaylardaki duruma benzerlik göstermektedir. Nitekim kiralayan kişi, alacaklı gibi yapılan her iki sözleşmeye de taraftır. Kiracı ise, kiralayan ile satıcı veya üretici arasında akdedilen sözleşmeye taraf değildir. Dolayısıyla satıcı veya üreticinin davranışlarından ötürü zarar gördüğü hâllerde, bu kişiye karşı sözleşmeden doğan bir talep hakkı bulunmamaktadır. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, borçlunun davranışlarıyla sebep olduğu zararın, alacaklıdan üçüncü bir kişiye doğru kaymasına sebep olan özel durumların varlığı da şarttır. Bu tip bir kaymanın olmadığı durumlarda ise herkes kendi sözleşme ortağından talepte bulunacak ve olağan talep zinciri işleyecektir. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde de uygulanabilmesi için zararın kaymasına sebep olan özel bir durumun varlığı gerekir.

Türk hukuku bakımından söz konusu özel durumu, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu’nun (FFFTFŞK) m. 24/f. VI hükmünde bulmak mümkündür. Nitekim bu hükümde, finansal kiralama sözleşmesine konu olan malın, kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü bir kişiden temin edildiği hâllerde, sağlanan malın ayıplı olmasından ötürü kiraya verenin sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür. Hükmün devamında aynı durumun malın bizzat kiracı tarafından sağlandığı hâllerde de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada, dar anlamda üçüncü

⁵⁰⁴ HUGUENIN, s. 1258, N. 3730; KUNTALP, s. 10-11; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 103; KOCAĞA, s. 46.

⁵⁰⁵ KUNTALP, s. 13; TOPUZ, Finansal Kiralama, s. 103; KOCAĞA, s. 46.

⁵⁰⁶ KOCAĞA, s. 46.

kişinin zararının tazminindeki temel yapı üzerinden bir değerlendirme yapılacak olursa, kiracıyı hükümdeki ifadede farklı bir biçimde üçüncü kişi olarak nitelendirmek mümkündür. Zira bu kişi, ayıplı malın temin edildiği satış veya eser sözleşmesine taraf değildir. Ancak malın ayıplı olmasından ötürü zarara uğramaktadır. Dolayısıyla kiracı, taraf olmadığı bir sözleşmeden ötürü zarar gören üçüncü kişi gibidir. Ayıplı malı satış veya eser sözleşmesi uyarınca, kiralayana devreden satıcı veya üretici ise borçlu olarak nitelendirilebilir. Zira bu kişinin temin ettiği malın ayıplı olmasından ötürü, üçüncü kişi zarara uğramaktadır. Her iki sözleşmeye de taraf olan kiralayan ise, alacaklı olarak nitelendirilebilecek bir kişidir. Bu kişi satıcı veya üreticiden, sözleşmeye dayanarak talepte bulunabilecek konumdadır.

İşte bu noktada FFFTFŞK m. 24/f. VI hükmü devreye girer. Zira bu hükme göre, kiralayanın, dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde malın ayıplı olmasından ötürü kiracıya karşı herhangi sorumluluğu bulunmamaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, kiralayanın sorumluluğunun olmaması, sorumluluk menfaatinin ortaya çıkmamasına sebep olur. Bu da talep hakkına sahip olan kiralayanın, malvarlığında herhangi bir zararının bulunmadığı anlamına gelir. Ayıplı maldan ötürü zarar gören kiracı ise satıcı veya üretici ile akdi bir ilişki içinde bulunmadığından, bu sözleşmeye dayanan bir talep hakkına sahip değildir. Dolayısıyla zararın, Kanun'da öngörülen bu hüküm sebebiyle alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kayması problemi ortaya çıkmaktadır. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı durumlara karşılık gelir.

İsviçre öğretisinde, dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰⁷. Nitekim İsviçre'deki dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde, kiralayanın, malın ayıplı olmasından ötürü sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk kayıtlarına sıklıkla yer verildiği göze çarpmaktadır⁵⁰⁸. Keza özel hukuktaki yeknesaklaşmayı sağlamak için

⁵⁰⁷ MARTI-SCHREIER, N. 205 vd.; BÄRTSCHI, s. 448; VON GRAFFENRIED, s. 334 vd., N. 370 vd.; FATZER, s. 36 vd.; HESS/KRUMMENACHER, s. 120-121. İsviçre öğretisinde *Giger* ise, dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına mesafeli yaklaşmaktadır. Bu hususta bkz. GIGER, Hans; Der Leasingvertrag, Stämpfli Verlag, Bern 1977, s. 78 vd. İsviçre'de hâl böyle iken kurumun kökenlerinin bulunduğu Alman hukukunda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun leasing sözleşmelerine uygulanması noktasında olumsuz bir tavır sergilenmektedir. Bu hususta bkz. LANGE/SCHIEMANN, s. 478-479; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 145, N. 356.

⁵⁰⁸ MARTI-SCHREIER, N. 205; VON GRAFFENRIED, s. 315, N. 679; FATZER, s. 59-60.

faaliyetlerde bulunan *UNIDROIT*'in (*International Institute for the Unification of Private Law-Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü*) kabul ettiği, “*Leasing Hakkındaki Model Kanun*” (*Unidroit Model Law on Leasing*) Art. 9’da⁵⁰⁹, “*Finansal kiralamada, kiraya veren, kiraya veren sıfatıyla ve işlemin sınırları dahilinde malik olarak hareket ederken, tedarik sözleşmesi ve kira sözleşmesi kapsamında belgelendirildiği üzere, kiracıya veya üçüncü kişilere karşı, kiralama konusundan veya bunun kullanımından kaynaklanan ölüm, bedensel yaralanma veya mala gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır.*” ifadesi yer almaktadır. Hükme ilişkin yorumlar kısmında⁵¹⁰, kiralayanın maddi hukuk anlamında kira konusunun maliki olmasına karşın bu kişinin asıl işlevinin kiracı ile tedarikçi arasında bir bağlantı tesis etmek olduğu ifade edilmiş, kullanım hakkını yalnızca finanse eden bu kişinin sorumluluğunun ortadan kaldırıldığı vurgulanmıştır.

Bu anlayışın Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta yaygın olan ve *UNIDROIT Model Kanunu*’nda yer alan bu prensip, FFFTFŞK’da da kabul edilmiştir. Bu prensibin kabul edilmesinin altında yatan sebepler incelendiğinde, gayet makul bir sorumluluk sınırlaması öngörüldüğü söylenebilir. Zira üçlü taraf sistemine dayanan dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde, satıcıyla bağlantı kuran ve finansal kiralama sözleşmesine konu malı kendi ihtiyaçlarına göre seçen kişi, bizzat kiracıdır. Bu tip sözleşmelerde kira konusu, kiracının seçimi ve talebi üzerine kiralayan tarafından temin edilmekte ve kiracıya kullanım için devredilmektedir. Dolayısıyla kiralayanın bu ilişkideki tek fonksiyonu, finansman sağlamaktır⁵¹¹. Kiralayan çoğu durumda, kira konusunu fiili hakimiyeti altına bile almamaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak kira konusunu gözden geçirmesi ve mal

⁵⁰⁹ Art. 9: “*In a financial lease, the lessor when acting in its capacity of lessor and as owner within the limits of the transaction, as documented under the supply agreement and the lease, shall not be liable to the lessee or third parties for death, personal injury or damage to property caused by the asset or the use of the asset.*”, <https://www.unidroit.org/english/documents/2010/study59a/s-59a-24-e.pdf>, E.T. 01.05.2024.

⁵¹⁰ Art. 9, Commentary 53: “*....The rule in this Article recognises that, while the lessor in a financial lease is formally the owner of the asset, the lessor is essentially a conduit between the supplier and the lessee and is protected because its function is limited to financing the lessee’s right to possess and use the leased asset pursuant to the lease.*”, <https://www.unidroit.org/english/documents/2010/study59a/s-59a-24-e.pdf>, E.T. 01.05.2024.

⁵¹¹ **GİGER**, Leasing, s. 69; **KUNTALP**, s. 80; **KOCAAĞA**, s. 181.

ayıplı ise bu durumu satıcı veya üreticiye bildirmesi de mümkün görünmemektedir⁵¹². Hâl böyle iken, malın seçimi ve kullanımına ilişkin risklerin kiracıda olması, son derece makuldür⁵¹³.

Kanun’da öngörülen bu hüküm sebebiyle, kendisine ayıplı bir mal teslim edilen kiracı, malın teminine yönelik akdedilen sözleşmeye taraf olmadığı için ayıplı mal teslim eden kişiye de başvuramayacaktır. FFFTFŞK m. 24/f. VI hükmü uyarınca kiralayana da başvuramayan kiracının, içinde bulunduğu söz konusu durumun onun için haksızlık oluşturacağı fikri hâkimdir⁵¹⁴. Yukarıda da vurgulandığı üzere, İsviçre hukukunda bazı yazarlar, bu hakkaniyetsizliğin dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla aşılabileceğini düşünmektedir. Türk hukukunda da bu meseleye ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu doğrultuda, öncelikle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu uygulamayan yaklaşımlar ele alınmalı, yapılan tespitler neticesinde, kurumun dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir.

Öğretide bu haksızlığın giderilmesi için ortaya atılan ilk fikir, kiralayanın satış veya eser sözleşmesinden doğan haklarını kiracıya devretmesidir⁵¹⁵. Bu sayede kiracı, kendisine devredilen alacak hakkına dayanarak talepte bulunabilecektir⁵¹⁶. Yargıtay kararlarında da finansal kiralama şirketinin malın ayıplı olmasından ötürü sahip olduğu alacak ve dava hakkını, kiracıya devredebileceği kabul edilmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme⁵¹⁷, talep ve dava hakkının devredildiği hâllerde, kiracının satıcıdan yalnızca finansal kiralama şirketinin kullanabileceği haklara dayanarak talepte bulunabileceğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, kiracının yoksun kaldığı kârı, satıcı veya

⁵¹² **EREN**, Özel Hükümler, s. 483-484, N. 1611; **KOCAAĞA**, s. 182; **ERDEM**, Mehmet; “6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2017, s. 179.

⁵¹³ **KUNTALP**, s. 80-81; **KOCAAĞA**, s. 182.

⁵¹⁴ **MARTI-SCHREIER**, N. 205 vd.; **BÄRTSCHI**, s. 448; **VON GRAFFENRIED**, s. 334 vd., N. 370 vd.; **FATZER**, s. 36 vd.; **HESS/KRUMMENACHER**, s. 120-121; **KUNTALP**, s. 82-83; **TOPUZ**, Finansal Kiralama, s. 352-353; **KOCAAĞA**, s. 183.

⁵¹⁵ **HUGUENIN**, s. 1268, N. 3763; **EREN**, Özel Hükümler, s. 483-484, N. 1611; **TOPUZ**, Finansal Kiralama, s. 353; **KOCAAĞA**, s. 183.

⁵¹⁶ **HUGUENIN**, s. 1268, N. 3763; **EREN**, Özel Hükümler, s. 483-484, N. 1611; **TOPUZ**, Finansal Kiralama, s. 353; **KOCAAĞA**, s. 183.

⁵¹⁷ Yarg. 19. HD.’nin 24.12.2024 tarih ve E. 2014/13706, K. 2014/18627 sayılı kararı; Yarg. 19. HD.’nin 14.02.2012 tarih ve E. 2011/8032, K. 2012/2054 sayılı kararı, www.legalbank.net, E.T.01.05.2024.

üreticiden talep edebilmesi mümkün değildir. Ancak bu görüş bakımından problemli olan bir husus vardır. Zira kiralayan, fark teorisi anlamında herhangi bir zarara uğramadığı için tazminat talep etme hakkına da sahip değildir⁵¹⁸. Bir kişi, sahip olduğundan daha fazlasını başkasına devredemeyeceğinden, kiralayanın sahip olmadığı bir tazminat talep etme hakkını, kiracıya devretmesi de hiçbir anlam ifade etmeyecektir⁵¹⁹. Buradaki yaklaşım, birinci bölümde incelenen, “*içi boş bir talep hakkının devri*” görüşüne benzemektedir. Ancak ilgili başlıkta da vurgulandığı üzere, bu görüş dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır.

Kiracının ayıptan doğan hakları ileri sürebilmesi için ortaya atılan bir diğer görüş ise kiralayanın, sahip olduğu hakları kullanabilmesi için kiracıya yetki vermesi (temsilci tayin etmesi) görüşüdür⁵²⁰. Yargıtay, alacak ve dava hakkının devrini mümkün gördüğü gibi finansal kiralama şirketinin, kiracıyı yetkilendirebileceğini de kabul etmektedir. Hatta Yüksek Mahkeme’ye göre⁵²¹, kiracı bu ihtimalde yoksun kalınan kârının tazminini de talep edebilecektir. Ancak yukarıda bahsi geçen görüşe getirilen eleştiriler, bu yaklaşım bakımından da geçerlidir. Zarara uğramadığı için tazminat talep etme hakkına sahip olmayan kiralayanın, herhangi bir hakka sahip olmadığı bir hususta kiracıya yetki vermesi de mümkün değildir⁵²². Ayrıca doğrudan temsil ilişkisinin kabul edildiği bir ihtimalde,

⁵¹⁸ Bu noktada problemin tazminat talepleri bakımından gündeme geldiğini bir kez daha vurgulamak gerekir. Zira ayıptan doğan diğer haklar, aynen tazmin içerisinde değerlendirilir. Aynen tazminin söz konusu olduğu hâllerde fark teorisi uygulanmadığı için zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi de ortaya çıkmamaktadır.

⁵¹⁹ Öğretide *Erdem* de kiracının yetkilendirilmesinin sonuca bir etki etmeyeceğini, zira bu ihtimalde kiracının en nihayetinde finansal kiralama şirketinin o malı aldığı kişiyle olan sözleşmesine dayalı olarak taleplerde bulunabileceğini ancak zararın tazminini talep ettiği hâllerde, bu zararın kendi zararı olduğunu vurgulamaktadır (**ERDEM**, s. 183). Benzer yönde bkz. **FATZER**, s. 59-60.

⁵²⁰ **HUGUENIN**, s. 1268, N. 3763; **EREN**, Özel Hükümler, s. 483-484, N. 1611, 1612; **TOPUZ**, Finansal Kiralama, s. 353; **KOCAĞA**, s. 183.

⁵²¹ Yarg. 19. HD.’nin, 24.12.2024 tarih ve E. 2014/13706, K. 2014/18627 sayılı kararı; Yarg. 19. HD.’nin 14.02.2012 tarih ve E. 2011/8032, K. 2012/2054 sayılı kararı, www.legalbank.net, E.T.01.05.2024. Yüksek Mahkeme’nin yetkilendirmeden bahsetmeksizin, kiracının zararlarının tazminini satıcı veya üreticiden talep edebileceğini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Yarg. 19. HD.’nin, 15.05.2014 tarih ve E. 2014/3770, K. 2014/9261 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, E.T.01.05.2014.

⁵²² Benzer yönde bkz. **FATZER**, s. 59-60.

hukuki ilişkiye taraf bile olmayan temsilcinin, temsil olunandan daha fazla hakkının bulunduğunu kabul etmek de makul görünmemektedir.

Bu görüşlerin dışında, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminde ileri sürülen görüşlerin izinden giden yaklaşımlar da bulunmaktadır. Bunlar, üçüncü kişi yararına sözleşme görüşü, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini görüşüdür⁵²³. Kanaatimizce ilgili olay grubu bakımından, bu kurumların şartlarının sağlanıp sağlanmadığı, sırasıyla kontrol edilmelidir. Nitekim daha önce de vurgulandığı üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı bir olayda, öncelikle üçüncü kişinin kendisine ait bir talep hakkının bulunup bulunmadığı tespit edilecektir. Burada da öncelikle tarafların iradesine dayanan üçüncü kişi yararına sözleşme değerlendirilecektir. Taraf iradelerinin bu yönde olmadığı sonucuna ulaşırsa, ilerleyen başlıklarda ele alınacak olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlanıp sağlanmadığı tespit edilecektir⁵²⁴. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile de bir çözüme ulaşılamazsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla, üçüncü kişi kiracının zararı, kiralayanın talep hakkının yanına çekilecek ve bu kişinin talep hakkının içi, üçüncü kişinin zararı ile doldurulacaktır. Böylelikle kiralayan, kiracının zararları için tazminat talep edebileceği gibi Türk hukukunda kabul edildiği üzere, sahip olduğu alacak hakkını kiracıya da devredebilecektir. Bu yaklaşımın Türk hukukundaki görüşlerden farkı ise, burada içi boş bir talebin devrinin söz konusu olmaması, aksine dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla içi doldurulan bir talebin devrinin gündeme gelmesidir.

Sonuç itibarıyla, dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı aşıkardır. Bu problem, alacağın devri, yetki verilmesi gibi yöntemlerle çözüme kavuşturulmaya çalışılsa da kanaatimizce üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümünde kullanılan, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumlarının uygulanmasına ilişkin adımlar sırasıyla izlenmeli, üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartları sağlanamadığı takdirde,

⁵²³ **FATZER**, s. 61 vd.; **HESS/KRUMMENACHER**, s. 120-121; **KUNTALP**, s. 63. Öğretide *Altop*, bu problemi çözmek adına en uygun yöntemin üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını kabul etmek olduğunu vurgulamaktadır (**ALTOP**, s. 38 vd.).

⁵²⁴ Öğretide *Erdem*, finansal kiralama sözleşmelerinde kiracının ayıptan doğan tazminat talepleri bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun tüm şartlarının sağlandığını kabul etmektedir (**ERDEM**, s. 183). Ayrıca bkz. **OK**, s. 280 vd.

dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmalıdır. Bu da kurumun uygulandığı klasik olay grupları dışında uygulanabileceği bir olay grubunun daha olduğu anlamına gelmektedir.

4. Diğer Durumlar

Daha önce de vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı durumlar, klasik olay grupları ile sınırlı değildir. Dolayısıyla zararın alacaklıdan üçüncü bir kişiye kaydığı hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanabilecektir.

Öğretide inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin izlere rastlandığı ileri sürülmektedir⁵²⁵. Bu hususa ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için inhisari olmayan lisans sözleşmelerinin temel özellikleri üzerinde durmak gerekir.

Lisans, “*hak sahibinin kullanma yetkisini bir başka kişiye vermesi*” olarak tanımlanmaktadır⁵²⁶. Lisans sözleşmeleri çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmakta olup, bunlardan biri de “*inhisari olmayan lisans-inhisari lisans*” ayrımıdır⁵²⁷. Inhisari olmayan lisans sözleşmesinin akdedildiği hâllerde, lisans veren, sınai hakkı kendisi kullanabileceği gibi sözleşme ortağı dışındaki kişilere de lisans verebilir⁵²⁸. Inhisari lisans sözleşmelerinde ise, lisans veren kişi, başka bir kişiye lisans veremeyeceği gibi saklı tutmadıkça kendisi de sözleşmeye konu hakkı kullanamayacaktır⁵²⁹. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 24/f. II hükmüne göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece kural, inhisari olmayan lisans sözleşmesinin varlığıdır.

SMK m. 158/f. II hükmüne göre, inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz hâlinde dava açma hakkı açıkça sınırlandırılmamışsa, gerekli davanın açılmasını yapacağı bildirim ile hak sahibinden

⁵²⁵ MARTI-SCHREIER, N. 293; OETKER, BGB § 249, N. 307; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 20; LANGE/SCHIEHMANN, s. 464; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 355; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 349.

⁵²⁶ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 467, N. 24; KARASU, Rauf/SULUK, Cahit/NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 401; BOZBEL, Savaş; Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 199.

⁵²⁷ TEKİNALP, s. 468, N. 26; KARASU/SULUK/NAL, s. 402.

⁵²⁸ TEKİNALP, s. 468, N. 27; KARASU/SULUK/NAL, s. 402.

⁵²⁹ TEKİNALP, s. 468, N. 28; KARASU/SULUK/NAL, s. 402.

isteyebilir. Hak sahibinin bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde dava açmaması hâlinde, inhisari olmayan lisans alanın kendisi dava açabilir. Ancak ciddi bir zarar tehlikesinin bulunması hâlinde söz konusu üç aylık sürenin geçmesinden önce, inhisari olmayan lisans alanın mahkemeden ihtiyati tedbir talep edebileceği, buna ilişkin bir talepte bulunduğu hâllerde dava açma hakkına da sahip olacağı düzenlenmiştir (SMK m. 158/f. III).

Lisans veren kişinin, sınai mülkiyet hakkına tecavüz eden kişiye dava açtığı hâllerde, lisans alan kişinin zararlarının tazminini de talep etmesi, söz konusu hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin bulunduğu görüşünün ortaya atılmasına sebep olmuştur⁵³⁰. Ancak burada tam anlamıyla söz konusu kurumun bulunduğu söylenemez. Zira bu ihtimalde lisans veren kişinin de zararı bulunabilir. Dolayısıyla tıpkı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede olduğu gibi birden fazla bağımsız zararın varlığından bahsedilebilir. Ne var ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bulunduğu hâllerde, üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkı bulunmaktadır. Inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde ise lisans alan kişinin böyle bir talep hakkının varlığından bahsedilemez. Ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye ilişkin talepler, niteliği itibarıyla sözleşme hukuku kurallarına tabidir. Sınai mülkiyet hakkına tecavüz sebebiyle açılan davalar ise haksız fiile dayanmaktadır⁵³¹. Dolayısıyla burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığından bahsedilemez. Bu itibarla lisans veren kişinin, inhisari olmayan lisans alanın zararlarının tazminini talep etmesinin, haksız fiile dayanan dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun izlerini taşıdığı söylenebilir⁵³².

Öğretide *Tandoğan*, eser sözleşmesinde, alt yüklenicinin zararları bakımından da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceğini kabul etmektedir⁵³³. İsviçre hukukunda da *Tandoğan*'ın bu yaklaşımına benzer yaklaşımlar bulunmaktadır⁵³⁴. Nitekim İsviçre'de de bazı yazarlar “*genel yüklenicilik sözleşmeleri*”

⁵³⁰ MARTI-SCHREIER, N. 293; OETKER, BGB § 249, N. 307; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 20; LANGE/SCHIEMANN, s. 464; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 355; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 349.

⁵³¹ KARASU/SULUK/NAL, s. 412.

⁵³² MARTI-SCHREIER, N. 293; OETKER, BGB § 249, N. 307; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 20; LANGE/SCHIEMANN, s. 464; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 144, N. 355; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 349.

⁵³³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 332.

⁵³⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 332.

bakımından kurumun uygulanabileceğini kabul etmektedir⁵³⁵. *Tandoğan*, önceki başlıklarda incelenen eser sözleşmesinde hasar riskinin geçişi meselesini farklı bir açıdan ele almış, eserin tamamlanmasının iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaştığı hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceğini ifade etmiştir⁵³⁶. Yazara göre, ilk yüklenicinin eserin meydana getirilmesini alt yükleniciye bıraktığı hâllerde, eserin tamamlanması iş sahibinin alanına giren beklenmedik hâl sebebiyle imkânsızlaşmışsa, “*Drittschadensliquidation*” (üçüncü kişinin zararının tasfiyesi) kurumu uygulanmalı, asıl eser sözleşmesine taraf olmayan alt yüklenicinin yaptığı işin değerinin ve bu değere girmeyen masraflarının tazminine izin verilmelidir⁵³⁷. *Tandoğan*, bu ihtimalde alt yüklenicinin ilk yükleniciden, ilk yüklenicinin ise iş sahibinden talepte bulunabileceğini vurgulamaktadır⁵³⁸. Ancak kanaatimizce, söz konusu durumda “*eigentliche Drittschadensliquidation*” (gerçek üçüncü kişinin zararının tasfiyesi, yani bu çalışmada ifade edildiği üzere dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun varlığından bahsedilemez. Zira burada, alt yüklenicinin ilk yükleniciye karşı sorumlu olması, bu kişi bakımından sorumluluk menfaati teşkil eder. Alacaklı olarak adlandırdığımız ve her iki sözleşmeye de taraf olan kişinin sorumluluk menfaatinin bulunması, olağan talep zincirinin işlediği anlamına gelmektedir. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden ziyade, “*uneigentliche Drittschadensliquidation*” olarak adlandırılan, gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tasfiyesine karşılık gelmektedir.

Öğretide sipariş edilmeyen şeyin gönderildiği hâllerde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁵³⁹. Bu görüşü benimseyen yazarların yola çıktıkları hüküm ise BGB § 241a’dır. Söz konusu hükümde, tüketicinin talep etmediği bir mal veya hizmetin ona sağlandığı hâllerde, bu kişiye karşı herhangi bir talep hakkının söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir⁵⁴⁰. Benzer bir hüküm,

⁵³⁵ BÄRTSCHL, s. 432; VON GRAFFENRIED, s. 341, N. 744.

⁵³⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 332.

⁵³⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 332.

⁵³⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 332.

⁵³⁹ VERWEYEN, s. 574.

⁵⁴⁰ VERWEYEN, s. 574.

6502 sayılı TKHK’da da yer almaktadır⁵⁴¹. TKHK m. 7/f. I hükmüne göre, “*sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketicinin karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.*”

Tüketicinin sipariş etmediği bir malın gönderilmesi hâlini ele alan bazı yazarlar, malın tüketicinin elindeyken bir başka kişi tarafından hasara uğratılması hâlinde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ihtiyaç duyulacağını vurgulamaktadır⁵⁴². Bu yazarlara göre, söz konusu mala verilen hasardan ötürü, tüketici zarara uğramaktadır⁵⁴³. Zira tüketici söz konusu malı herhangi bir sorumluluğu olmaksızın kullanabilecek iken, bu durumdan mahrum kalmaktadır. Ancak tüketicinin uğradığı zarar sebebiyle haksız fiile dayanan bir tazminat davası açması mümkün değildir. Zira söz konusu malın maliki, ona bu malı gönderen satıcı veya sağlayıcıdır. Mülkiyet hakkına sahip olan satıcı veya sağlayıcının ise herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Nitekim sipariş edilmeyen bir malı gönderen kişi, bu malın bir daha geri gelmemesi ihtimalini göze almış, dolayısıyla söz konusu mal, onun malvarlığında fiilen değersiz hâle gelmiştir⁵⁴⁴. Sonuç itibarıyla zararı olan kişinin, talep hakkı yok iken, talep hakkına sahip olan kişinin de zararı bulunmamaktadır. Bu durumun getireceği hakkaniyetsiz sonuç, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla ortadan kaldırılmalı, mülkiyet hakkına sahip olan kişinin, tüketicinin zararını ileri sürmesine olanak sağlanmalıdır⁵⁴⁵.

Kanaatimizce, sipariş edilmeyen malların gönderildiği hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu uygulayan bu görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira burada suni bir zararın kayması problemi yaratılmıştır. Öncelikle malın mülkiyetine sahip olan satıcı veya sağlayıcının herhangi bir zararının bulunmadığı savı yerinde değildir. Tüketicinin ona malı geri göndermeme ihtimalinin bulunması, söz

⁵⁴¹ 6098 sayılı TBK’nın genel hükümler kısmında da ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi hakkında bir düzenleme yapılmıştır. TBK m. 7 hükmüne göre, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi, öneri anlamına gelmez. İsmarlanmayan şeyi alan kişi, onu geri göndermekle veya saklamakla yükümlü değildir.

⁵⁴² VERWEYEN, s. 574.

⁵⁴³ VERWEYEN, s. 574.

⁵⁴⁴ VERWEYEN, s. 574.

⁵⁴⁵ VERWEYEN, s. 574.

konusu malın onun malvarlığından çıktığı anlamına gelmez. Dolayısıyla bir başka kişinin bu malı hasara uğratması, zararın onun malvarlığında doğmasına sebep olmaktadır⁵⁴⁶. Diğer taraftan, tüketicinin bir zarara uğradığı da şüphelidir. Zira söz konusu hükmün amacı, tüketicinin sipariş etmediği bir malı kullanarak kendisine avantaj sağlaması değildir. Bu hükümle, talep etmediği bir mal kendisine gönderilen tüketiciye, ayrıca bir sorumluluk yüklememek amaçlanmıştır⁵⁴⁷. Bu açıdan bakıldığında, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılmadığı bir olay grubunda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına yönelik bir ihtiyaç da bulunmamaktadır⁵⁴⁸.

VI. BENZER HUKUKİ KURUMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, bu problemi çözmek adına temel olarak üç kurumdan faydalanılmaktadır. Bunlar, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumudur. Üçüncü kişinin zarara uğradığı hâllerde, bu zararı tazmin etmek adına sırasıyla bu kurumların şartlarının sağlanıp sağlanmadığı tespit edilecektir. Bu noktada

⁵⁴⁶ Benzer yönde bkz. **BREDEMEYER**, s. 106.

⁵⁴⁷ GEREKÇE TKHK m. 7/f. I: “Birinci fıkrada yapılan düzenleme ile tüketicinin, sipariş etmediği malların gönderilmesi veya hizmetlerin sunulması suretiyle bir borç altına girmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu mal veya hizmetin sunulmasına ilişkin tüketicinin herhangi bir iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla sipariş edilmeyen malların teslimi veya hizmetlerin sunulması hâlinde de ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürememeleri gerekir. Mal veya hizmetin tüketiciye sunulmuş olması hâlinde tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir kabul beyanı olarak yorumlanamayacaktır. Yine tüketicinin malı geri yollamak veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak bu madde başkası adına gönderilen bir mal veya hizmetin hata ile tüketicinin kendisine teslim edilmesi hâlindeki tüketicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.”, www.legalbank.net, E.T.02.02.2024.

⁵⁴⁸ Öğretide *Weiss* da bu ihtimalde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına ilişkin bir ihtiyacın bulunmadığını ifade etmektedir. Ancak yazar bu sonuca, bizim yaklaşımımızdan farklı şekilde ulaşmaktadır. Nitekim yazara göre, kendisine sipariş etmediği bir mal gönderilen tüketicinin zilyet olması sebebiyle haksız fiile ilişkin talepleri bulunmaktadır. Yazar zilyetliği BGB § 823/Abs. I hükmü uyarınca, diğer haklar kapsamında değerlendirmektedir. *Weiss*’a göre, tüketicinin malı kullanamaması sebebiyle malvarlığında bir zararı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla zarar ve talep hakkının aynı kişide toplandığı bu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına yönelik bir ihtiyacın varlığından da bahsedilemez (**WEISS**, s. 13).

dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, bahsi geçen kurumlardan ayırt edilmesi önem taşımaktadır. Çalışmanın bu başlığında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, bu kurumlarla olan sınırları çizilecektir.

B. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ile Olan İlişkisi

Birinci bölümde de ele alındığı üzere, sözleşmenin tarafları edimin üçüncü bir kişiye yapılmasını kararlaştırmışlarsa, üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığından bahsedilir⁵⁴⁹. Üç kişinin yer aldığı söz konusu ilişkilerde, üçüncü kişinin, vaat eden kişiden borcun ifasını isteme hakkı varsa, tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur⁵⁵⁰. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi yararına doğrudan doğruya bir alacak hakkı doğmaktadır⁵⁵¹. Bu hak, üçüncü kişiye borcun ifasını talep etme hakkı verdiği gibi borcun ifa edilmediği hâllerde tazminat talep etme hakkı da bahsetmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin diğer türü de eksik üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin borcun

⁵⁴⁹ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 131, N. 4; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 599, N. 86.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 387, N. 3876; KRAUSKOPF, s. 5, N. 12; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 218; EREN, Genel Hükümler, s. 1288, N. 3555; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 451, N. 1249; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 711, N. 1744; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 10; ÇİLENTİ KONURALP, s. 5; KARTAL, s. 5.

⁵⁵⁰ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 6; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.07; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 389, N. 3887; KRAUSKOPF, s. 223, N. 884; GOTTWALD, BGB § 328, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1295, N. 3570; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1765; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 23 vd.; ÇİLENTİ KONURALP, s. 35; KARTAL, s. 50.

⁵⁵¹ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 6; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.07; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 389, N. 3887; KRAUSKOPF, s. 223, N. 884; GOTTWALD, BGB § 328, N. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1295, N. 3570; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1765; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 23 vd.; ÇİLENTİ KONURALP, s. 35; KARTAL, s. 50.

ifasını isteme hakkı bulunmamaktadır⁵⁵². Bu tür bir sözleşmede alacak hakkı yalnızca vaat ettiren kişi lehine doğar⁵⁵³.

Daha önce de vurgulandığı üzere gerek tam gerekse de eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunduğu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına gerek yoktur. Zira üçüncü kişinin bağımsız bir alacak hakkına sahip olması veya vaat ettiren kişinin onun lehine tazminat talebinde bulunması sebebiyle, bu kişi zararını bir şekilde tazmin etme/ettirme imkânı bulmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, öncelikle üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temel farkı ise taraf iradelerine dayanıp dayanmadıkları noktasındadır. Bu itibarla, üçüncü kişinin zararı taraf iradeleri çerçevesinde tazmin ediliyorsa, üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığından bahsedilir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde ise, taraf iradelerinden herhangi bir sonuca ulaşılamamaktadır. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunmaması gerekir.

Öğretide bazı yazarlar⁵⁵⁴, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşmaya (*vereinbarte Drittschadensliquidation*) da dayanabileceğini savunmaktadır. Ancak kanaatimizce artık bu ihtimalde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan bahsedilemeyecektir. Nitekim bu gibi hâllerde, üçüncü kişinin sahip olduğu hakka göre ya tam üçüncü kişi yararına sözleşme

⁵⁵² WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 7; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.08; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 388, N. 3884; KRAUSKOPF, s. 113, N. 437; GOTTWALD, BGB § 328, N. 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1294, N. 3567; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1763; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 11; ÇİLENTİ KONURALP, s. 36; KARTAL, s. 50.

⁵⁵³ WEBER/VON GRAFFENRIED, OR Art. 112, s. 132, N. 7; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 601, N. 86.08; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 388, N. 3884; KRAUSKOPF, s. 113, N. 437; GOTTWALD, BGB § 328, N. 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 220; EREN, Genel Hükümler, s. 1294, N. 3567; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 454, N. 1258; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 719, N. 1763; AKYOL, Üçüncü Şahıs, s. 11; ÇİLENTİ KONURALP, s. 36; KARTAL, s. 50.

⁵⁵⁴ BÄRTSCHL, s. 447; TRAUGOTT, s. 95; PUHLE, s. 85; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 349.

ya da eksik üçüncü kişi yararına sözleşme gündeme gelecektir. Taraf iradelerinin ön plana çıktığı söz konusu durumlarda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin bir arayışa gerek yoktur.

C. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Olan İlişkisi

1. Kavram

Birinci bölümde de ifade edildiği üzere, sorumluluk hukuku sistemimiz, sözleşmeden doğan sorumluluk-sözleşme dışı sorumluluk olarak adlandırılan ikili yapı üzerine inşa edilmiştir. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkideki edime yakınlığı sebebiyle, alacaklı ile benzer yoğunlukta zarar görme tehlikesi bulunan üçüncü kişinin, ilgili sözleşmeye veya benzeri borç ilişkisine taraf olmamasından ötürü, hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir. Zira bu hâllerde, üçüncü kişinin borçluya başvurabilmesi için elinde bulunan tek araç, haksız fiil sorumluluğudur. Ancak haksız fiil sorumluluğunda da saf malvarlığı zararları bakımından hukuka aykırılık şartı sağlanamadığından, üçüncü kişinin zararlarının tazmin edilememesi problemi ile karşılaşmaktadır. Bu noktada söz konusu probleme dikkat çekmek adına, birinci bölümde verilen örneğin hatırlanmasında fayda bulunmaktadır:

(A) ile (C) arasında bir kira sözleşmesi akdedilmiştir. (A) 'nın çocuğu (B), kiralanan taşınmazda yer alan, kusurlu bir şekilde tamir edilmiş merdiven boşluğuna düşerek zarar görmüştür. Bunun üzerine (B), kira sözleşmesine dayanarak (C) 'den talepte bulunmuş ancak (C) borç ilişkisinin nispi olduğunu ileri sürerek sözleşmeye taraf olmayan (B) 'nin talebinin reddedilmesini istemiştir.

Bahse konu problemin üstesinden gelmek için temel olarak iki farklı yaklaşım geliştirilmiştir. Bunlardan ilki, saf malvarlığı zararlarının da tazminine imkân sağlayarak, haksız fiil sorumluluğunu genişletme eğilimi gösteren yaklaşımlardır⁵⁵⁵. Alman hukukunun başını çektiği, Türk hukukunun da aralarında bulunduğu hukuk sistemlerinde ise, ortaya çıkması muhtemel hakkaniyetsizliğin, sözleşmeden doğan sorumluluğun genişletilmesi suretiyle engellenmesi fikri ortaya atılmıştır⁵⁵⁶. Bu amaç doğrultusunda,

⁵⁵⁵ HAGEN, s. 10; LUTHER, s. 580 vd.

⁵⁵⁶ MARTI-SCHREIER, N. 300 vd.; ARMBRÜSTER, s. 90 vd.; KOLLER, Haftung, s. 300; PERREN, s. 60; GOMILLE, s. 619; WEISS, s. 10 vd.; BREDEMEYER, s. 103; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 730; HÜBNER/SAGAN, s. 742 vd.; NEUNER, Dritter, s. 128; TRAUGOTT, s. 23 vd.; VON GRAFFENRIED, s. 291 vd., N. 628 vd.; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 283 vd., N. 498 vd.; LORENZ, Schutzwirkung, s. 817 vd.; GRUNDMANN/RENNER, s. 382 vd.; KLEIN, s. 5 vd.;

öğreti ve yargı uygulamaları ile geliştirilen kurumların başında, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*) gelmektedir⁵⁵⁷. Edime yakınlığı sebebiyle zarar gören üçüncü kişinin, görmüş olduğu zararların sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde tazminini öngören üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı, ilk kez Alman hukukçu *Larenz* tarafından kullanılmıştır⁵⁵⁸. *Larenz*, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile belirli bir sözleşme tipini kastetmemektedir⁵⁵⁹. Bu kavramla ifade edilmek istenen, üçüncü kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine dayanarak sözleşmeden doğan talepleri ileri sürebilmesidir. Kurumun uygulandığı hâllerde, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi çoğunlukla bir sözleşme olduğu için üçüncü kişinin bu sözleşmenin koruma alanına dâhil olduğu kabul edilir. Dolayısıyla söz konusu kurum da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak adlandırılır.

PLATE/GEIER, s. 1765 vd.; **TSCHUDI**, s. 410 vd., N. 815 vd.; **FOUNTOULAKIS**, Christiana; “Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 2018, s. 95 vd.; **VIEWEG**, s. 417 vd.; **IDEN**, s. 766 vd.; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 214 vd.; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 167 vd.; **PUHLE**, s. 6 vd.; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 482 vd.; **MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON**, s. 204 vd.; **STADLER**, BGB § 328, N. 19 vd.; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 344 vd.; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, BGB § 249, N. 345 vd.; **GRÜNEBERG**, Christian; Inhalt der Schuldverhältnisse iç. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, BGB § 328, N. 13 vd.; **KARABAĞ BULUT**, s. 1 vd.; **ATAMER**, s. 108 vd.

⁵⁵⁷ **MARTI-SCHREIER**, N. 300 vd.; **ARMBRÜSTER**, s. 90 vd.; **KOLLER**, Haftung, s. 300; **PERREN**, s. 60; **GOMILLE**, s. 619; **WEISS**, s. 10 vd.; **BREDEMAYER**, s. 103; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 730; **HÜBNER/SAGAN**, s. 742 vd.; **NEUNER**, Dritter, s. 128; **TRAUGOTT**, s. 23 vd.; **VON GRAFFENRIED**, s. 291 vd., N. 628 vd.; **WEBER/EMMENEGGER**, OR Art. 97, s. 283 vd., N. 498 vd.; **LORENZ**, Schutzwirkung, s. 817 vd.; **GRUNDMANN/RENNER**, s. 382 vd.; **KLEIN**, s. 5 vd.; **PLATE/GEIER**, s. 1765 vd.; **TSCHUDI**, s. 410 vd., N. 815 vd.; **FOUNTOULAKIS**, s. 95 vd.; **VIEWEG**, s. 417 vd.; **IDEN**, s. 766 vd.; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 214 vd.; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 167 vd.; **PUHLE**, s. 6 vd.; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 482 vd.; **MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON**, s. 204 vd.; **STADLER**, BGB § 328, N. 19 vd.; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 344 vd.; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, BGB § 249, N. 345 vd.; **KARABAĞ BULUT**, s. 1 vd.; **ATAMER**, s. 108 vd.; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 715, N. 1754.

⁵⁵⁸ **LARENZ**, Karl; “BGH: Lieferungsvertrag zugunsten Bediensteter des Bestellers”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1956, s. 1194.

⁵⁵⁹ **KARABAĞ BULUT**, s. 3.

2. Hukuki Temeli

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borç ilişkilerinin nispiliği ilkesine getirilen bir istisnadır⁵⁶⁰. Zira bu kurum sayesinde, üçüncü kişi taraf olmadığı bir borç ilişkisine dayanarak talepte bulunmaktadır. Kurumun borçlar hukukunun en temel ilkelerinden olan borç ilişkilerinin nispiliğine istisna getirmesi, belirli bir hukuki temele oturtulması zorunluluğunu doğurmuştur.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun hukuki temeline ilişkin arayışlarda ilk durak, borç ilişkilerinin nispiliği ilkesinin bir diğer istisnası olarak kabul edilen üçüncü kişi yararına sözleşme olmuştur. Bu görüşe göre⁵⁶¹, üçüncü bir kişiye taraf olmadığı bir borç ilişkisine dayanarak bir talep hakkı vermek, sözleşme ilişkilerine dışarıdan müdahalede bulunmak anlamına gelir. Bu tip bir müdahaleyi haklı çıkarabilmek için sözleşmenin kurucu unsuru olan taraf iradelerini merkeze koymak gerekir. Dolayısıyla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasının düşünüldüğü hâllerde, taraf iradelerinden faydalanılmalıdır. Bu görüşün benimsendiği dönemde, tarafların gerçek iradelerinden herhangi bir sonucuna ulaşamadığı için farazi iradelerinden yola çıkılarak üçüncü kişinin talep hakkı gerekçelendirilmeye çalışılmıştır. Ancak tarafların üzerine hiç düşünmedikleri ve düşünmeye çok da niyetli olmadıkları bir meselede, farazi iradelerinin inşa edilmesi zamanla yapay bir metot olarak nitelendirilmeye başlanmıştır.

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu metodunu kullanan bu yaklaşımdan sonra, kanunda bir boşluğun bulunduğu ve bu boşluğun hâkimin hukuk yaratması ile doldurulabileceği fikri ileri sürülmüştür⁵⁶². Ancak bu fikrin de teorik alt yapıyı inşa etme

⁵⁶⁰ MARTI-SCHREIER, N. 321; ARMBRÜSTER, s. 91; NEUNER, Dritter, s. 128; TRAUGOTT, s. 109-110; VON GRAFFENRIED, s. 293, N. 633; LUTHER, s. 574; KLEIN, s. 13; TSCHUDI, s. 411, N. 817; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 218; ATAMER, s. 108 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 5 vd.

⁵⁶¹ Bu hususta bkz. STAMM, s. 394; KLEIN, s. 16; PLATE/GEIER, s. 1768; HAGEN, s. 16; VIEWEG, s. 417; IDEN, s. 766; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 215; GOTTWALD, BGB § 328, N. 170; PUHLE, s. 35; LANGE/SCHIEHMANN, s. 482; STADLER, BGB § 328, N. 21; VON SCHROETER, Haftung, s. 344; EKKENGA/KUNTZ, BGB Vor § 249, s. 136, N. 335; LEE, s. 113; ATAMER, s. 109; KARABAĞ BULUT, s. 26 vd.; ÇELT, Damla Özden; Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 160 vd.

⁵⁶² ARMBRÜSTER, s. 91; NEUNER, Dritter, s. 126; TRAUGOTT, s. 83; LORENZ, Schutzwirkung, s. 818; PLATE/GEIER, s. 1776; TSCHUDI, s. 419, N. 830; IDEN, s. 766; GOTTWALD, BGB § 328,

hususunda yetersiz kaldığı görülmüştür. Ne var ki normatif bir dayanak bulunamadığı sürece, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi hukuki olarak temellendirmenin en iyi metodu, hâkimin hukuk yaratmasıdır⁵⁶³.

Alman hukukunda *Gernhuber*, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun hukuki temelini, örf ve âdet hukuku olduğunu ifade etmiştir⁵⁶⁴. Yazara göre, her ne kadar kanun bu hususta sessiz kalsa da içtihatlar yaklaşık 50 yıldır devam eden bir uygulama vardır⁵⁶⁵. Bu açıdan bakıldığında, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından örf ve âdet hukukunun oluştuğu söylenebilir. Ne var ki yazar, ilerleyen yıllarda yazdığı başka bir eserde, kurumun hukuki temelini hâkimin hukuk yaratması olduğunu vurgulamıştır⁵⁶⁶.

Öğretide geniş kitlelerce benimsenen edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi görüşüne göre ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bulunduğu hâllerde, üçüncü kişi ile borçlu arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulmaktadır⁵⁶⁷. Kaynağını dürüstlük kuralından alan bu teori, üçüncü kişinin talep hakkını inşa ederken, taraf iradelerinden bağımsız bir konum almaktadır⁵⁶⁸. Fakat bu durumda da üçüncü kişinin sözleşme kurallarına tabi olan talep hakkını teorik olarak açıklamakta bazı problemler yaşanmaktadır. Bu noktada da üçüncü kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkideki edime olan yakınlığı dikkate alınmış, söz konusu borç ilişkisine temas eden üçüncü kişinin, bu ilişkiden türetilen bağımsız bir talep hakkına

N. 171; **ATAMER**, s. 109-110; **PUHLE**, s. 44-45; **KARABAĞ BULUT**, s. 47 vd.; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 181 vd.

⁵⁶³ Aynı yönde bkz. **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 365.

⁵⁶⁴ **GERNHUBER**, Joachim; “Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte”, Festschrift für Arthur Nikisch, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1958, s. 269.

⁵⁶⁵ **GERNHUBER**, Dritte, s. 269.

⁵⁶⁶ **GERNHUBER**, Schuldverhältnis, s. 529.

⁵⁶⁷ **CANARIS**, Claus-Wilhelm; “Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, Juristen Zeitung (JZ), Nr. 15/16, 1965, s. 477; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 20-21, N. 32; **SEROZAN**, Edim, s. 108 vd.; **ATAMER**, s. 74; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 270.

⁵⁶⁸ **CANARIS**, Ansprüche, s. 477; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 20-21, N. 32; **SEROZAN**, Edim, s. 119; **ATAMER**, s. 111.

sahip olduğu kabul edilmiştir⁵⁶⁹. Bugün İsviçre-Türk hukukunda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun hukuki temelini, dürüstlük kuralına dayanan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi oluşturmaktadır⁵⁷⁰.

Kurumun kökenlerinin bulunduğu Alman hukukunda ise durum biraz daha karışıktır. Zira yukarıda bahsi geçen görüşlerin dışında, BGB § 311/Abs. II ve III hükümlerinde özel bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Birinci bölümde yapılan açıklamalardan da hatırlanacağı üzere, BGB § 311/Abs. II hükmünde, BGB § 241/Abs. II'den kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin sözleşme görüşmelerinin başlangıcında da söz konusu olacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle *culpa in contrahendo* kurumu yasal bir görünüme kavuşturulmuştur. BGB § 311/Abs. III hükmünde ise, BGB § 241/Abs. II'de düzenlenen koruma yükümlülüklerinin, sadece sözleşme ilişkisinin tarafları arasında değil, sözleşmenin tarafı olmayan kişiler bakımından da gündeme gelebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerden yola çıkan bazı yazarlar, özellikle de BGB § 311/Abs. III hükmünün ilk cümlesini dikkate alarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, artık Kanun'da kendisine bir yer bulduğunu kabul etmektedir⁵⁷¹. Ancak bu görüş de Alman hukukunda herkes tarafından benimsenmemektedir. Nitekim bazı yazarlar, söz konusu hükümde üçüncü kişilerin taraf olmadıkları ilişkilerden ötürü sorumluluğunun düzenlendiğini, bu hükmün üçüncü kişilere talep hakkı vermek bakımından yasal bir dayanak oluşturmayacağını savunmaktadır⁵⁷². Bunun yanında ilgili hükmün ikinci fıkradaki hükümle bağlantılı olduğu, dolayısıyla sözleşme görüşmelerine katılan üçüncü kişilerin sorumluluğu ile alakalı bu hükmün, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından temel oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷³.

⁵⁶⁹ CANARIS, Ansprüche, s. 477; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 20-21, N. 32; SEROZAN, Edim, s. 119; ATAMER, s. 111.

⁵⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 20-21, N. 32; SEROZAN, Edim, s. 119; ATAMER, s. 111; ÇELT, Üçüncü Kişi, s. 270. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ünlü "Tüp Patlama Kararı"nda, borçlu ile üçüncü kişi arasında hiçbir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen, koruma yükümlülüğüne dayanan, üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi meydana geldiği ifade edilmiştir (Yarg. HGK'nın 06.05.1992 tarih ve E. 1992/213, K. 1992/315 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, E.T. 05.05.2024).

⁵⁷¹ GOMILLE, s. 619; HÜBNER/SAGAN, s. 743; LORENZ, Schutzwirkung, s. 818; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 215 vd.; STADLER, BGB § 328, N. 21; LEE, s. 136.

⁵⁷² BROCKMANN/KÜNNEN, s. 730; KLEIN, s. 10 vd.; PLATE/GEIER, s. 1768; IDEN, s. 766; GOTTWALD, BGB § 328, N. 172.

⁵⁷³ BROCKMANN/KÜNNEN, s. 730; KLEIN, s. 10 vd.; PLATE/GEIER, s. 1768; IDEN, s. 766; GOTTWALD, BGB § 328, N. 172.

Daha önce de vurgulandığı üzere, BGB § 311/Abs. III hükmünün ikinci cümlesinde, üçüncü kişinin, karşı tarafa güven vererek, sözleşme müzakerelerini ve sözleşmenin meydana gelmesini önemli derecede etkilediği hâllerde, koruma yükümlülüklerini içeren bir borç ilişkisinin meydana geleceği ifade edilmiştir. Bu ifade, dar anlamda güven sorumluluğuna karşılık gelmektedir. Ancak hükümde “*özellikle*” (*insbesondere*) ifadesi kullanılarak, koruma yükümlülüklerini içeren borç ilişkilerinin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. İlk cümlede düzenlenen, üçüncü kişilerin taraf olmadıkları borç ilişkilerinden doğan sorumluluğu ise tek yönlü değildir. Zira bu ihtimalde bir taraf sorumlu olacaksa, diğer taraf da talep hakkına sahip olacaktır. Bu noktadan bakıldığında, aynı zamanda üçüncü kişilerin talep haklarının da yasal bir dayanağa kavuşturulduğu söylenebilir. Dolayısıyla Alman hukuku bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun yasal dayanağının, BGB § 311/Abs. III hükmü olduğu kabul edilebilir. Ancak Türk hukukunda hâlen özel bir düzenleme yapılmadığından bu kurumu temellendirmek için edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisinden faydalanılacaktır.

3. Uygulanma Şartları

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesinin bir istisnası olması, borçlunun sorumluluğunun öngörülemez bir şekilde genişlemesi riskini de beraberinde getirmiştir. Öğretide bu durum göz önünde bulundurularak, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çerçevesinde talepte bulunabilecek kişilerin çevresi sınırlandırılmaya çalışılmış ve bu kurumunun uygulanabilmesi için varlığı gereken şartlar belirlenmiştir. Bu şartlar, edime yakınlık (*Leistungsnähe des Dritten*), alacaklıya yakınlık (*Gläubignähe des Dritten*), üçüncü kişinin korunması gerekliliği (*Schutzbedürftigkeit des Dritten*) ve öngörülebilirliktir. (*Erkennbarkeit*). Üçüncü kişinin söz konusu kuruma dayanarak talepte bulunabilmesi için bu şartların kümülatif olarak sağlanması gerekir. Ancak öğretideki görüşler ve yargı uygulamaları ile geliştirilen bu şartların, belirli hâllerde esnek yorumlandığı unutulmamalıdır. Nitekim kurumun ilk gelişme dönemlerinde daha katı uygulanan bazı şartlar zamanla yumuşatılmış ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin daha yaygın bir şekilde uygulanmasının önü açılmıştır.

a. Edime Yakınlık (*Leistungsnähe des Dritten*)

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun ilk şartı, üçüncü kişinin edime yakın olmasıdır⁵⁷⁴. Bu şart uyarınca, üçüncü kişinin borçluya karşı sözleşmesel taleplerini ileri sürebilmesi için bu kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin etki alanına yakın olması gerekir⁵⁷⁵. Üçüncü kişinin zarar görmesinin asıl sebebi, sözleşmenin konusunu oluşturan edime yakınlığıdır. Üçüncü kişinin, tek başına veya alacaklıyla birlikte edimden doğrudan yararlandığı hâllerde, edime yakınlık şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir (*Drittbezogenheit*)⁵⁷⁶. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiracı, konutta ailesi ile yaşıyorsa, aile üyeleri de edimden doğrudan yararlanmaktadır⁵⁷⁷. Bunun dışında üçüncü kişinin edimle temas ettiği hâllerde de bu kişinin edime yakın olduğu ifade edilmektedir. Koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiği hâllerde, üçüncü kişi bu ihlalin sonuçlarından ilişkiye taraf olan alacaklı kadar etkileniyorsa, edimi yakınlık şartı sağlanmış demektir⁵⁷⁸. Bu bağlamda, satıcının açıklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle, işçinin bakımı ile yükümlü olduğu bir makineyi temizlerken zarar gördüğü

⁵⁷⁴ **ARMBRÜSTER**, s. 91; **KLEIN**, s. 13; **PLATE/GEIER**, s. 1769; **TSCHUDI**, s. 416, N. 824; **VIEWEG**, s. 418; **IDEN**, s. 767; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 216; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 184; **PUHLE**, s. 58; **STADLER**, BGB § 328, N. 24; **FATZER**, s. 65; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 22, N. 35; **SEROZAN**, Borçlar, § 19, s. 355, N. 3; **ATAMER**, s. 115; **KARABAĞ BULUT**, s. 101; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 286 vd.; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 715, N. 1754.

⁵⁷⁵ **ARMBRÜSTER**, s. 91; **KLEIN**, s. 13; **PLATE/GEIER**, s. 1769; **TSCHUDI**, s. 416, N. 824; **VIEWEG**, s. 418; **IDEN**, s. 767; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 216; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 184; **PUHLE**, s. 58; **STADLER**, BGB § 328, N. 24; **FATZER**, s. 65; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 22, N. 35; **ATAMER**, s. 115; **KARABAĞ BULUT**, s. 101; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 286 vd.

⁵⁷⁶ **GRÜNEBERG**, BGB § 328, N. 17.

⁵⁷⁷ **BREDEMAYER**, s. 103; **KLEIN**, s. 15; **FOUNTOULAKIS**, s. 99; **LORENZ**, Schutzwirkung, s. 818; **TSCHUDI**, s. 412, N. 819; **VIEWEG**, s. 418; **TEICHMANN**, Vor BGB § 249, N. 17; **PUHLE**, s. 12; **STADLER**, BGB § 328, N. 32; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 328; **KARABAĞ BULUT**, s. 102; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 288.

⁵⁷⁸ **ARMBRÜSTER**, s. 91; **PERREN**, s. 60; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 731; **HÜBNER/SAGAN**, s. 743; **NEUNER**, Dritter, s. 129; **LORENZ**, Schutzwirkung, s. 818; **GRUNDMANN/RENNER**, s. 382; **KLEIN**, s. 13; **PLATE/GEIER**, s. 1770; **TSCHUDI**, s. 416, N. 824; **FOUNTOULAKIS**, s. 99; **IDEN**, s. 766; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 216; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 173; **PUHLE**, s. 48-49; **KARABAĞ BULUT**, s. 169; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 296.

hâllerde, işçi söz konusu makineden doğrudan doğruya yararlanmasa da sözleşmenin koruma alanına dâhil olacaktır⁵⁷⁹.

Üçüncü kişinin edime yakınlığının hukuka aykırı, tesadüfi veya dolaylı olduğu hâllerde ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uygulama alanı bulmaz⁵⁸⁰. Bu itibarla, kısa süreliğine gelen misafir, kargo dağıtımını yapan görevli veya hırsız, sözleşmenin koruma alanına girmediği için sözleşmeye dayanan talepleri de ileri süremeyecektir⁵⁸¹.

b. Alacaklıya Yakınlık (*Gläubigernähe des Dritten*)

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanması için aranan bir diğer şart ise, alacaklıya yakınlıktır⁵⁸². Öğretide bu şart, alacaklının üçüncü kişinin korunmasında menfaatinin bulunması (*Gläubigerinteresse am Schutz des Dritten*) gerektiği şeklinde de ifade edilmektedir⁵⁸³. Kurumun uygulanmaya başlandığı ilk yıllarda, bu şart oldukça katı bir şekilde yorumlanmıştır. Zira üçüncü kişinin borç ilişkisine taraf olmaması, bu kişinin alacaklı ile olan ilişkisinde daha kuvvetli bir bağ aranmasına sebep olmuştur. Bu doğrultuda, “*Wohl und Wehe Formell*” olarak adlandırılan bir teori geliştirilmiştir. Bu teoriye göre, alacaklının üçüncü kişiye karşı

⁵⁷⁹ KARABAĞ BULUT, s. 104. Benzer yönde bkz. TSCHUDI, s. 415, N. 822.

⁵⁸⁰ BROCKMANN/KÜNNEN, s. 731; KARABAĞ BULUT, s. 105; ÇELT, Üçüncü Kişi, s. 293; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 715, N. 1754.

⁵⁸¹ PUHLE, s. 141-142; KARABAĞ BULUT, s. 105. Türk hukukunda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından mihenk taşı olarak nitelendirilebilecek “*Tüp Patlama Kararı*”nda (Yarg. HGK’nın 06.05.1992 tarih ve E. 1992/213, K. 1992/315 sayılı kararı), satın alınan tüpün arızalı olması ve gaz kaçırması sonucunda bir zarar meydana gelmiştir. Bu olay sonucunda zarar gören üçüncü kişi, alacaklının yardım talebi üzerine oraya gelen ve patlama sonucunda zarar gören bir kişidir. Söz konusu kararda, edime bağlı olan tehlikelerin en az alacaklı kadar üçüncü kişiyi de etkilediği gerekçesiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan talep hakkı onaylanmıştır. Ancak daha dikkatli incelendiğinde, olay yerinde tesadüfen bulunan üçüncü kişi bakımından edime yakınlık şartının sağlanmadığı söylenebilir. Dolayısıyla Yargıtay bu kararında, edime yakınlık şartını oldukça esnek bir şekilde uygulamıştır. Kararın eleştirisi için bkz. KARABAĞ BULUT, s. 106.

⁵⁸² GOMILLE, s. 622; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 731; HÜBNER/SAGAN, s. 747; TRAUGOTT, s. 63; WEBER/EMMENEGGER, OR Art. 97, s. 286, N. 503; LORENZ, Schutzwirkung, s. 818; GRUNDMANN/RENNER, s. 382; KLEIN, s. 14; PLATE/GEIER, s. 1769; IDEN, s. 767; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 22, N. 35; ATAMER, s. 115; KARABAĞ BULUT, s. 106.

⁵⁸³ HÜBNER/SAGAN, s. 743; LORENZ, Schutzwirkung, s. 818; VIEWEG, s. 418; GOTTWALD, BGB § 328, N. 186; TRAUGOTT, s. 23; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 22, N. 35; SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 355, N. 3; ATAMER, s. 115; KARABAĞ BULUT, s. 106; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 716, N. 1754.

koruma ve özen yükümlülüğü varsa, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının da menfaati olduğu kabul edilir⁵⁸⁴. Alacaklının, üçüncü kişinin mutluluk ve sıkıntılarından sorumlu olduğu bu hâller, özellikle aile veya iş hukuku kapsamındaki ilişkilerde gündeme gelmektedir⁵⁸⁵. Ancak zamanla, bu formülün talep hakkına sahip olabilecek üçüncü kişilerin çevresini daralttığı fikri oluşmuştur. Bu doğrultuda, alacaklı ile üçüncü kişinin arasındaki ilişkinin muhakkak aile veya iş hukuku ilişkisi olması gerekliliği şartı aranmamış, özen ve koruma yükümlülüğünün yerini, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yakın bir ilişkinin (*yakın kişisel ilişki-personelles Näheverhältnis*) bulunması kriteri almıştır. Öğretide bazı yazarlar, bu şartın sağlanabilmesi için özel bir sosyal temasın (*besonderen sozialen Kontakt*) sağlanması gerektiğini savunmaktadır⁵⁸⁶. Söz konusu özel sosyal temas ise ancak sözleşmeye taraf olan kişi ile üçüncü kişi arasında, özel bir iç ilişki (*besonderen Innenverhältnisses*) olması hâlinde mümkündür⁵⁸⁷. Alman Federal Mahkemesi ise, alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin çatıştığı hâllerde dahi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabileceğini kabul etmiştir (*Dachboden Fall*)⁵⁸⁸. Söz konusu kişilerin menfaatlerinin çatıştığı hâllere, birinci bölümde verilen bir olay, örnek olarak gösterilebilir:

(A), taşınmazını satmayı düşünmektedir. (B) ise bu evi satın almak istemekte ancak güvenilir bir taşınmaz değerlendirme uzmanından fiyat almanın uygun olacağı fikrini taşımaktadır. (A), bu düşünce üzerine taşınmaz değerlendirme uzmanı olan (C) 'den bir rapor alabileceğini söyler ve (B) de bu teklifi kabul eder. (C), kusurlu bir şekilde taşınmazın çatı katını incelemeksizin bir değerlendirme raporu düzenlemiştir. Fakat söz konusu çatıda taşınmazın değerinin düşmesine sebep olacak bir ayıp bulunmaktadır. (B), taşınmazı değerlendirme raporuna güvenerek satıcının sorumluluğundan ari bir şekilde satın almıştır. Bunun üzerine (B), değerlendirme uzmanı (C) 'ye zararlarının tazmini için dava açmış, (C) de borç ilişkilerinin nispi olduğuna dayanarak talebin reddini istemiştir.

⁵⁸⁴ PETERSEN, N. 11, s. 90; HÜBNER/SAGAN, s. 744; TRAUGOTT, s. 23-24; PLATE/GEIER, s. 1772; KLEIN, s. 17; NEUNER, Dritter, s. 129; TSCHUDI, s. 416, N. 822; HENN, s. 80; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 217; PUHLE, s. 65; STADLER, BGB § 328, N. 25.

⁵⁸⁵ PETERSEN, N. 11, s. 90; HÜBNER/SAGAN, s. 744; TRAUGOTT, s. 23-24; PLATE/GEIER, s. 1772; KLEIN, s. 17; NEUNER, Dritter, s. 129; TSCHUDI, s. 416, N. 822; HENN, s. 80; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 217; PUHLE, s. 65; STADLER, BGB § 328, N. 25.

⁵⁸⁶ GOTTWALD, BGB § 328, N. 187.

⁵⁸⁷ GOTTWALD, BGB § 328, N. 187.

⁵⁸⁸ BGH, Urteil v. 10.11.1994- III ZR 50/94.

Somut olay incelendiğinde, satıcı yaptığı bir sözleşme ile evin değerinin tespitini talep etmektedir. Ancak değerlendirme uzmanı yaptığı eksik değerlendirme ile alıcının ayıplı bir ev almasına sebep olmaktadır. Federal Mahkeme'nin anlayışı benimsendiği takdirde, bu tip bir olay bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanması gerekir. Zira söz konusu olayda, alıcı ile satıcının menfaatleri birbirleriyle çatışmaktadır. Nitekim satıcı evi mümkün olan en yüksek fiyattan satmak isterken, alıcı ise evin eksiklikleri dikkate alınarak daha düşük bir fiyattan satın alma arzusundadır. Alıcı, değerlendirme uzmanı ile yapılan sözleşmeye taraf olmadığı için üçüncü kişi olarak değerlendirilebilir. Her iki sözleşmeye taraf olan satıcı ile üçüncü kişi alıcının menfaatlerinin çatışması önemszenmeyecekse, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu uygulanabilir. Ancak öğretide de haklı olarak vurgulandığı üzere, bu kurumun uygulanabilmesi için üçüncü kişi ile alacaklının menfaatlerinin en azından ters düşmemesi gerekir⁵⁸⁹. Alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin çatıştığı söz konusu hâllerde ise dar anlamda güven sorumluluğu uygulanmalıdır⁵⁹⁰. Nitekim birinci bölümde yapılan açıklamalardan da hatırlanacağı üzere, dar anlamda güven sorumluluğu da üç köşeli hukuki ilişkiler bakımından uygulanmaktadır. Ayrıca, yukarıdaki örnek bakımından bir değerlendirme yapıldığında, değerlendirme uzmanı, alıcıya verdiği güven ile sözleşme müzakerelerine ve sözleşmenin meydana gelmesine önemli ölçüde etki etmiştir. Bunun yanında dar anlamda güven sorumluluğunda, alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin çatışması önem taşımaz. Bu da söz konusu hâllerde, dar anlamda güven sorumluluğunun uygulanması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

c. Üçüncü Kişinin Korunması Gerekliliği (*Schutzbedürftigkeit des Dritten*)

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanabilmesinin bir diğer şartı, üçüncü kişinin korunma ihtiyacı içinde olmasıdır⁵⁹¹. Söz konusu kurumun istisnai

⁵⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm; "Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei Gegenläufigkeit der Interessen: Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 10.11.1994-III ZR 50/94, Juristen Zeitung (JZ), Nr. 9, 1995, s. 442-443; KIRCA, Bilgi Verme, s. 107; ÇELT, Üçüncü Kişi, s. 304. Aksi yönde bkz. BROCKMANN/KÜNNEN, s. 731.

⁵⁹⁰ Bu hususta bkz. KIRCA, Bilgi Verme, s. 111 vd.; ÇELT, Üçüncü Kişi, s. 303.

⁵⁹¹ BROCKMANN/KÜNNEN, s. 731; HÜBNER/SAGAN, s. 747; LORENZ, Schutzwirkung, s. 819; KLEIN, s. 19; PLATE/GEIER, s. 1776; TSCHUDI, s. 416, N. 827; VIEWEG, s. 418; IDEN, s. 767; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 218; GOTTWALD, BGB § 328, N. 184; STADLER, BGB § 328, N. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 23, N. 35; KARABAĞ BULUT, s. 115; ÇELT, Üçüncü Kişi, s. 312.

durumlarda uygulandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu tip bir şartın aranması makul görünmektedir. Üçüncü kişinin, borçluya veya alacaklıya karşı sözleşmeden doğan talepleri bulunuyorsa, korunma gerekliliği ortaya çıkmadığı için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanması da mümkün değildir⁵⁹². Eş değer talep olarak adlandırılan bu talep, doğrudan sözleşmeden doğabileceği gibi TBK m. 417/f. III hükmü⁵⁹³ gibi üçüncü kişiye taraf olmadığı bir sözleşmeye dayanarak talep hakkı veren bir kanun hükmünün de kaynaklanabilir⁵⁹⁴. Kurum haksız fiil sorumluluğunun dezavantajlı hükümlerinin yarattığı sonuçları hafifletmek için geliştirildiği için üçüncü kişinin haksız fiile ilişki bir talebinin olması, bu kişinin korunma ihtiyacını ortadan kaldırmaz⁵⁹⁵.

d. Öngörülebilirlik (Erkennbarkeit)

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin yanında alacaklının da zarar görmesi muhtemeldir. Hem alacaklının hem de üçüncü kişinin zarar gördüğü hâllerde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu durum, söz konusu kurumun uygulandığı ihtimalde, borçlunun sorumluluk riskinin arttığı anlamına gelir. Borçlar hukuku sistemimizin özünde, borçlunun risklerini hesaplayabilmesi ve gerekirse sigortalayabilmesi anlayışı bulunmaktadır. Bu felsefe göz önünde bulundurulduğunda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler bakımından borçlu için hesaplanamaz sorumluluk risklerini engellemek adına bir araç geliştirilmesi gerekir.

⁵⁹² **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 731; **HÜBNER/SAGAN**, s. 747; **LORENZ**, Schutzwirkung, s. 819; **KLEIN**, s. 19; **PLATE/GEIER**, s. 1776; **TSCHUDI**, s. 416, N. 827; **VIEWEG**, s. 418; **IDEN**, s. 767; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 218; **GOTTWALD**, BGB § 328, N. 184; **STADLER**, BGB § 328, N. 27; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 23, N. 35; **KARABAĞ BULUT**, s. 115; **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 313.

⁵⁹³ TBK m. 417/f. III: “...İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.” İşverenin gözetme borcuna aykırı davranması sonucu iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ölümü hâlinde, desteğinden yoksun kalanlar bakımından sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

⁵⁹⁴ **ÇELT**, Üçüncü Kişi, s. 313-314.

⁵⁹⁵ **BREDEMEYER**, s. 103; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 732; **HÜBNER/SAGAN**, s. 743; **LORENZ**, Schutzwirkung, s. 819; **KLEIN**, s. 19-20; **PLATE/GEIER**, s. 1770; **VIEWEG**, s. 418; **LOOSCHELDERS/MAKOWSKY**, s. 218; **STADLER**, BGB § 328, N. 27.

Öğretide, talep hakkına sahip olabilecek üçüncü kişilerin çevresini belirlemek adına öngörülebilirlik kriteri geliştirilmiştir. Bu kriter uyarınca, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilmesi için borçlunun, alacaklının dışında sözleşmenin koruma alanına girebilecek üçüncü kişilerin çevresini öngörebilmesi gerekir⁵⁹⁶. Öngörülebilirlik, üçüncü kişilerin kimliklerinin veya sayılarının borçlu tarafından bilinmesi anlamına gelmez. Bu noktada, koruma yükümlülüklerinin ihlalinin sonuçlarından alacaklı kadar etkilenebilecek kişilerin çevresinin, borçlu tarafından öngörülebilmesi, ilgili şartın sağlanması bakımından yeterlidir⁵⁹⁷.

4. İki Kurumun Birbirinden Ayırt Edilmesine İlişkin Getirilen Kriterler

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu birbiriyle yakından ilişkili iki kurumdur. Öğretide bu iki kurumun, “*aynı madalyonun iki ayrı yüzü*” olarak da nitelendirildiği görülmektedir⁵⁹⁸. Bu kadar yakından ilişkili iki kurumun birbirinden ayırt edilmesi oldukça önemlidir. Daha önce de vurgulandığı üzere, Türk hukukunda *Tandoğan*, “*Drittschadensliquidation*” ile “*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*” kurumlarını, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini başlığı altında incelemektedir. Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, zamanla bağımsız bir kurum hâline geldiğinden, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini içinde, yalnızca “*Drittschadensliquidation*” kurumunun ele alınması gerekir. Bu durum, çıkış noktaları, uygulanma şartları ve hukuki sonuçları bakımından farklılaşan bu iki kurumun birbirinden ayırt edilmesine ilişkin kriterlerin belirlenmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu kapsamda takip eden başlıklarda, öğretide bu kurumları birbirinden ayırt etmek için geliştirilen kriterler ele alınacaktır.

⁵⁹⁶ BREDEMEYER, s. 103; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; HÜBNER/SAGAN, s. 743; LORENZ, Schutzwirkung, s. 819; KLEIN, s. 19-20; PLATE/GEIER, s. 1770; VIEWEG, s. 418; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 218; STADLER, BGB § 328, N. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 23, N. 35; SEROZAN, Borçlar, § 19, s. 355, N. 3; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 716, N. 1754.

⁵⁹⁷ BREDEMEYER, s. 103; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; HÜBNER/SAGAN, s. 743; LORENZ, Schutzwirkung, s. 819; KLEIN, s. 19-20; PLATE/GEIER, s. 1770; VIEWEG, s. 418; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 218; STADLER, BGB § 328, N. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 2, s. 23, N. 35.

⁵⁹⁸ WEISS, s. 10.

a. Sözleşme Tiplerine İlişkin Olarak Yapılan Ayrım

Öğreti ve içtihatlarda, söz konusu iki kurumu birbirinden ayırt etmekte kullanılan ilk kriter, sözleşme tipi kriteridir⁵⁹⁹. Bu kritere göre, belirli sözleşmelerin bulunduğu hâllerde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu gündeme gelmektedir⁶⁰⁰. Özellikle kira ve iş sözleşmesi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanması bakımından ele alınan sözleşmelerdir. Kurumun gelişmeye başladığı ilk dönemlerde, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin belirli bir yoğunlukta olması şartının aranması, koruma ve özen borcunun gündeme gelebileceği söz konusu sözleşmelerle sınırlı bir uygulama alanının oluşmasına yol açmıştır. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ise olay grupları başlığı altında da incelendiği üzere, birbiriyle bağlantısı olmayan birçok sözleşmede uygulanabilmektedir. Hâl böyle iken iki kurumun sözleşme tipleri dikkate alınarak birbirinden ayırt edilebileceği düşünülmüştür. Ancak zaman içerisinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından gerekli olan şartlar yumuşatılmış, bu da söz konusu kurumun farklı sözleşme tiplerinde de uygulanabilmesinin önünü açmıştır. Dolayısıyla bugün geline nokta, her iki kurum sözleşme tipleri kıstas alınarak birbirinden ayırt edilemez⁶⁰¹.

b. Zarar Türüne Göre Yapılan Ayrım

Üçüncü kişi koruyucu etkili sözleşme ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumlarının birbirinden ayırt edilmesinde kullanılan bir diğer kriter, zararın türüdür⁶⁰². Bu görüşe göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu, yalnızca şahıs varlığına ilişkin zararların ortaya çıktığı durumlarda uygulanabilir⁶⁰³. Üçüncü kişinin malvarlığına ilişkin bir zararının meydana geldiği hâllerde ise dar anlamda üçüncü kişinin

⁵⁹⁹ PUHLE, s. 105 vd.

⁶⁰⁰ PUHLE, s. 105 vd.

⁶⁰¹ Aynı yönde bkz. PUHLE, s. 106.

⁶⁰² OETKER, BGB § 249, N. 291; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 734; HÜBNER/SAGAN, s. 744; VON GRAFFENRIED, s. 294, N. 634; IDEN, s. 767; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 217; PUHLE, s. 106; LANGE/SCHIEHMANN, s. 482; VON SCHROETER, Haftung, s. 349; LEE, s. 112.

⁶⁰³ OETKER, BGB § 249, N. 291; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 734; HÜBNER/SAGAN, s. 744; VON GRAFFENRIED, s. 294, N. 634; IDEN, s. 767; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 217; PUHLE, s. 106; LANGE/SCHIEHMANN, s. 482; VON SCHROETER, Haftung, s. 349; LEE, s. 112.

zararının tazmini kurumu uygulanacaktır⁶⁰⁴. Zarar türü dikkate alınarak yapılan söz konusu ayırım, öğreti ve içtihatlarda uzun bir süre kabul görmüştür. Ancak zamanla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, malvarlığında ortaya çıkan zararlar bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir⁶⁰⁵. Bu kabulün altında yatan temel sebep ise sorumluluk hukuku sisteminde, şahıs varlığı zararları ile malvarlığı zararları arasında farklı bir muameleyi gerektirecek bir ayırımın yapılmamış olmasıdır. Birçok hâlde, malvarlığı zararının ortaya çıktığı hâllerde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, şahıs varlığı zararının ortaya çıktığı hâllerde ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı doğrudur. Ancak bu kıstas tesadüfî bir nitelikte olup, her durumda iki kurumu birbirinden ayırt etmek için kullanılamaz⁶⁰⁶.

c. Amaç Kriteri

Öğretide ileri sürülen amaç kriterine göre, bir sözleşmenin içeriği üçüncü kişinin kişiliğiyle ilgili hususları içeriyorsa, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme; bu kişinin malıyla ilgili hususları içeriyorsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanır⁶⁰⁷. Sözleşmenin amacına göre yapılan değerlendirmeler neticesinde, üçüncü kişinin kişiliğinin korunmasının ön planda olduğu kanaatine ulaşırsa, bu kişi sözleşmenin koruma alanına dâhil edilecektir⁶⁰⁸. Ancak sözleşme ile üçüncü kişinin malı da dâhil olmak üzere, yalnızca “malın” korunması amaçlanıyorsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulama alanı bulacaktır⁶⁰⁹. Ne var ki yukarıda da vurgulandığı üzere, şahıs varlığı zararı-malvarlığı zararı kriteri zamanla terk edilmiştir. Bunun dışında koruma yükümlülükleri, malvarlığına ilişkin değerler bakımından da söz

⁶⁰⁴ OETKER, BGB § 249, N. 291; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 734; HÜBNER/SAGAN, s. 744; VON GRAFFENRIED, s. 294, N. 634; IDEN, s. 767; PUHLE, s. 106; LANGE/SCHIEHMANN, s. 482; VON SCHROETER, Haftung, s. 349.

⁶⁰⁵ OETKER, BGB § 249, N. 291; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 734; HÜBNER/SAGAN, s. 744; VON GRAFFENRIED, s. 294, N. 634; IDEN, s. 767; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 217; PUHLE, s. 106; LANGE/SCHIEHMANN, s. 482; VON SCHROETER, Haftung, s. 349; LEE, s. 112.

⁶⁰⁶ HÜBNER/SAGAN, s. 744; VON GRAFFENRIED, s. 294, N. 634; LANGE/SCHIEHMANN, s. 482; VON SCHROETER, Haftung, s. 349.

⁶⁰⁷ TRAUGOTT, s. 67.

⁶⁰⁸ TRAUGOTT, s. 67.

⁶⁰⁹ TRAUGOTT, s. 67.

konusu olur⁶¹⁰. Dolayısıyla iki kurumun bu kriter dikkate alınarak sağlıklı bir şekilde birbirinden ayırt edilmesi mümkün değildir.

d. Öngörülebilirlik-Tesadüfilik Kriteri

Bu kritere göre⁶¹¹, zararın üçüncü kişide ortaya çıkması, zarar veren kişi bakımından tesadüf teşkil ediyorsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması gerekir. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin gündeme geldiği hâllerde, borçlunun sözleşmenin koruma alanına giren kişileri öngörebilmesi gerekir. Üçüncü kişinin zarar görmesinin borçlu bakımından tesadüf olması, bu durumun öngörülemediği anlamına gelir. Dolayısıyla öngörülebilirliğin olmadığı bu hâllerde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması da mümkün değildir. Bu görüş, tesadüfiliği öngörülebilirliğin zıttı olarak algılamaktadır. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, tesadüfilik öngörülebilirliğin karşıtı değildir. Aksine bu şart, borçlu için dışsal durumları ifade etmektedir. Nitekim kurumun yıllar boyunca uygulama alanlarından birini oluşturan gönderme yoluyla satışlarda, sözleşmeye taraf olmayan alıcının, borçlu taşıyıcı bakımından öngörülebilir olmadığı söylenemez. Bu da söz konusu kriterin iki kurumu birbirinden ayırt etme hususunda elverişli olmadığını göstermektedir.

e. Riskin (Zararın) Birikmesi-Riskin (Zararın) Kayması Kriteri

Bahse konu iki kurumun birbirleriyle olan sınırlarının çizilmesinde en fazla kullanılan kriter, riskin birikmesi (*Risikohäufung*) ve riskin kayması (*Risikoverlagerung*) kriteridir⁶¹². Buna göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, zarar alacaklıdan üçüncü kişiye kaydığı için borçlunun hesaplanabilir sorumluluk riskinde herhangi bir artış olmamaktadır⁶¹³. Buna karşın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, borçlunun, alacaklının yanında üçüncü kişinin zararını da tazmin etme durumu ortaya çıkabilir. Bu da onun sorumluluk riskinde bir artış meydana geldiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla üçüncü kişinin zarar

⁶¹⁰ TRAUGOTT, s. 68.

⁶¹¹ TRAUGOTT, s. 71.

⁶¹² TRAUGOTT, s. 72; STAMM, s. 393; EKKENGA/KUNTZ, Vor § 249, s. 137, N. 337; MARTI-SCHREIER, N. 306; WEISS, s. 10; GOMILLE, s. 622; BREDEMEYER, s. 103; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; HÜBNER/SAGAN, s. 745.

⁶¹³ TRAUGOTT, s. 72; STAMM, s. 393; EKKENGA/KUNTZ, Vor § 249, s. 137, N. 337; MARTI-SCHREIER, N. 306; WEISS, s. 10; GOMILLE, s. 622; BREDEMEYER, s. 103; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; HÜBNER/SAGAN, s. 745.

gördüğü bir olayda, borçlunun sorumluluk riskinde bir artış meydana geliyorsa, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, bu tip bir risk artışının olmadığı, zararın yalnızca kaydığı/yer değiştirdiği hâllerde ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmalıdır⁶¹⁴.

f. Değerlendirme

Öğreti ve yargı uygulamalarında söz konusu kurumları birbirinden ayırt etmek adına birçok kriter geliştirilmiştir. Elbette ki bu kadar fazla kriter üzerinden hareket eden bu arayışın, temel bir sebebi bulunmaktadır. O da bu iki kurumun birbirinden ayrılmasının oldukça zor olmasıdır. Hâkim öğretinin geliştirmiş olduğu riskin artması-riskin kayması kriteri, bu hususta teorik olarak en güçlü kıstastır. Gerçekten de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı hâllerde, borçlunun sorumluluk riskinde bir artış olmaktadır. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde ise, zarar alacaklıda değil de üçüncü bir kişide ortaya çıkmaktadır. Bu da riskin yalnızca yer değiştirdiği anlamına gelir.

Genel kural bu olmakla birlikte, alacaklı zarar görmemesine rağmen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı ya da alacaklının da zarar görmesine karşın dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâller mevcuttur. Nitekim dolaylı temsil ilişkileri bakımından istisnai bazı hâllerde, alacaklı da zarar görmesine rağmen dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmaktadır. Bunun yanında, üçüncü kişinin zararının, alacaklının muhtemel zararından yüksek olduğu hâllerde de sorumluluk riskinin arttığı kabul edilebilir.

Öğretide *Traugott*, bu hususları da göz önünde bulundurarak, yeni kıstaslar geliştirmeye odaklanmıştır. Riskin kayması-riskin artması kriterine bir nebze olsun bağlı kalan yazar, risk artışını belirlemek için referans noktası belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Traugott* 'a göre⁶¹⁵, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, dikkate alınması gereken referans noktası, üçüncü bir kişinin katılımının olmadığı hâllerdir. Bir başka deyişle, bu tip hâllerde normal olan üçüncü kişinin yerine alacaklının zarar görmesidir. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde, özel durumlar sebebiyle alacaklı yerine üçüncü bir kişi zarar görmektedir. Bu

⁶¹⁴ **TRAUGOTT**, s. 72; **STAMM**, s. 393; **EKKENGA/KUNTZ**, Vor § 249, s. 137, N. 337; **MARTI-SCHREIER**, N. 306; **WEISS**, s. 10; **GOMILLE**, s. 622; **BREDEMEYER**, s. 103; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 732; **HÜBNER/SAGAN**, s. 745.

⁶¹⁵ **TRAUGOTT**, s. 90 vd.

kurumun uygulandığı hâllerde, üçüncü bir kişinin katılımı olmadan da somut olay düşünebilmektedir. Bir olayın üçüncü kişinin katılımı olmaksızın düşünülemediği hâllerde, zarara ilişkin risk asıl olarak üçüncü kişide ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde zararın alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kaymasından da bahsedilemeyecek ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uygulanacaktır⁶¹⁶. *Traugott* ayrıca, yüksek kişiselindeki hukuki değerlerin (*höchstpersönlicher Rechtsgüter*) ihlal edildiği hâllerde de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir⁶¹⁷.

Alman öğretisinde, iki kurumu birbirinden ayırt etmek için kullanılan kriterlerden biri de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin edim yükümlülüğünün ihlali sebebiyle zarar gördüğü ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı ihtimallerde ise koruma yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle zararın ortaya çıktığıdır⁶¹⁸. Ne var ki Alman Federal Mahkemesi'nin, edim yükümlülüklerinin ihlal edildiği hâllerde de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabileceğine ilişkin kararları mevcuttur⁶¹⁹. Nitekim mahkemenin önüne gelen bir olayda, mirasbırakan, kızının mirastan daha fazla pay almasını sağlamak adına vasiyetname yapmak istemiştir. El yazılı vasiyetname yapmak istemeyen bu kişi, avukatının yardımı ile resmi vasiyetname yapmanın daha uygun olacağını düşünmüştür. Ancak avukat, hukuki destek konusunda biraz gecikmiş ve bu kişi kızı lehine vasiyetname yapamadan vefat etmiştir. Kendisine düşen miras payı ile yetinmek zorunda kalan mirasbırakanın kızı, söz konusu durumu öğrenmiş ve avukata vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmediği için dava açmıştır. Mahkeme bu olayda, mirasbırakanın kızının da sözleşmenin koruma alanı içine girdiğine karar vermiş ve avukata karşı olan tazminat taleplerini onaylamıştır.

Federal Mahkeme'nin bu tutumuyla hem üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulama alanı genişlemiş hem de iki kurumu birbirinden ayırt etmekte kullanılan bir kıstas daha ortadan kalkmıştır.

⁶¹⁶ TRAUGOTT, s. 94.

⁶¹⁷ TRAUGOTT, s. 94.

⁶¹⁸ GOTTWALD, BGB § 328, N. 182.

⁶¹⁹ BGH, Urteil vom 13.07.1994-IV ZR 294/93, https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/njw95_51.htm, E.T.07.05.2024.

Kanaatimizce bu iki kurumu birbirinden ayırt etmekte kullanılan kriterler arasında teorik olarak en güçlü olanı, riskin artması-kayması kriteridir. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, öncelikle borçlu bakımından sorumluluk riskinin artıp artmadığı incelenmelidir. Bu incelemeden ikna edici bir sonuca ulaşılmadığı takdirde, söz konusu kurumların uygulanma şartları incelenmeli ve her ikisinin de şartları sağlanmışsa, bir sonraki başlıkta detaylı şekilde açıklanacağı üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu öncelikle uygulanmalıdır.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasında, yapısal bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Nitekim dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde, alacaklının talep hakkının yanına üçüncü kişinin zararı çekilirken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, üçüncü kişinin zararının yanına bağımsız bir talep hakkı çekilmektedir⁶²⁰. Bunun bir yansıması olarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde üçüncü kişinin zararı alacaklı tarafından ileri sürülürken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, bağımsız bir talep hakkına sahip olan üçüncü kişi, kendi zararlarının tazminini talep edebilmektedir⁶²¹.

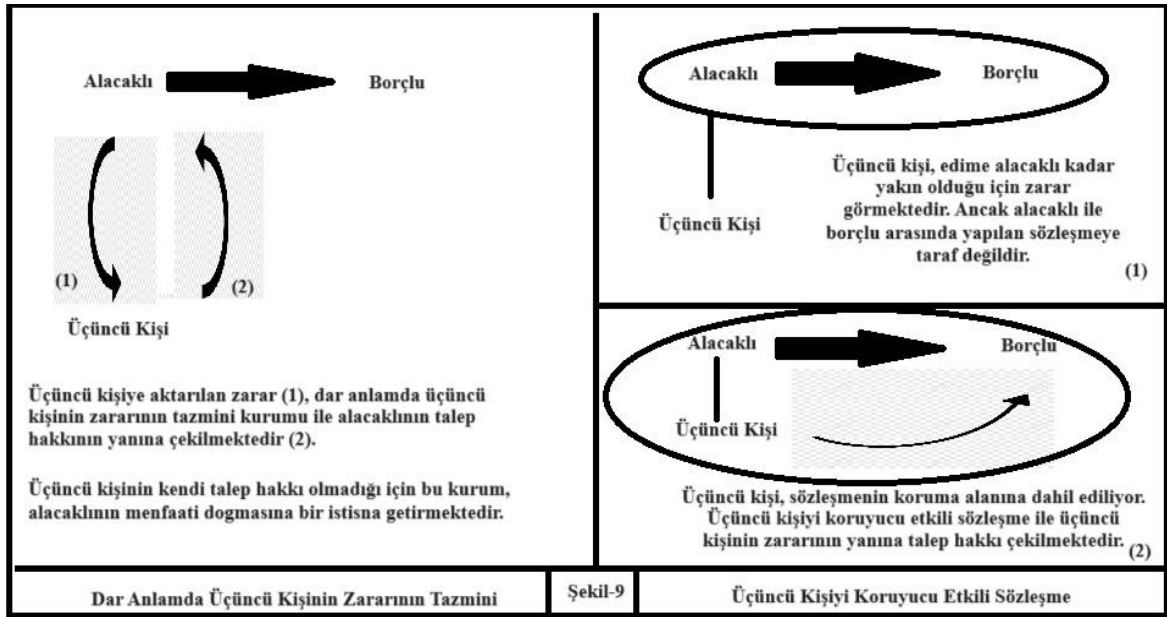
Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarında, talep hakkına sahip olan kişilerin farklı olması, bu kurumların istisna getirdiği temel ilkelerin de farklılaşmasına yol açmaktadır. Nitekim dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde alacaklı, üçüncü bir kişinin zararının tazminini talep ettiğinden, alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirilmektedir⁶²². Bu ihtimalde borç ilişkilerinin nispileği prensibi görünürde de olsa muhafaza edilmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise, borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü bir kişiye doğrudan bağımsız bir talep hakkı verildiği için borç ilişkilerinin nispileği prensibine açık bir istisna getirilmektedir⁶²³.

⁶²⁰ **MEDICUS/LORENZ**, N. 29; **BÄRTSCHI**, s. 423; **GOERTH**, s. 28; **VON GRAFFENRIED**, s. 292, N. 632; **PLATE/GEIER**, s. 1765; **IDEN**, s. 772; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 349; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, § 249, N. 342.

⁶²¹ **MEDICUS/LORENZ**, N. 29; **BÄRTSCHI**, s. 423; **GOERTH**, s. 28; **VON GRAFFENRIED**, s. 292, N. 632; **PLATE/GEIER**, s. 1765; **IDEN**, s. 772; **VON SCHROETER**, Haftung, s. 349; **GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN**, § 249, N. 342.

⁶²² **MARTI-SCHREIER**, N. 6; **HÜBNER/SAGAN**, s. 743; **NEUNER**, Dritter, s. 127; **TRAUGOTT**, s. 15; **FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER**, s. 385; **VON GRAFFENRIED**, s. 289, N. 621.

⁶²³ **MARTI-SCHREIER**, N. 6; **KLEIN**, s. 13.



5. Kurumlar Arasındaki Yarışma Sorunu

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde hem dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hem de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlanması mümkündür. Konut kiralamak isteyen bir babanın, oğlundan dolayı temsilci sıfatıyla kira sözleşmesi akdetmesini istediği bir ihtimalde, her iki kurumun da uygulanması akıllara gelebilir⁶²⁴. Bu tip bir ilişkide kiralananda mevcut olan bir ayıptan ötürü, dolaylı temsil olunan babanın zarar görmesi hâlinde, kira sözleşmesine taraf olan çocuk, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla babasının uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir. Bunun yanında baba, kira sözleşmesine taraf olan oğlunun aile üyelerinden biri olduğu için kira sözleşmesinin koruma alanında yer almaktadır. Bu da babanın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan bağımsız bir talep hakkı olduğu anlamına gelir. Bahse konu bu ihtimalde, bu kurumlardan kaynaklanan taleplerin yarışıp yarışmayacağı, yarışmayacaksa hangi kuruma öncelik verileceği soruları ortaya çıkmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre⁶²⁵, her iki kurumu birbirinden ayırt etmek oldukça zor olduğu için taleplerin yarıştığı kabul edilmelidir. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Hübner/Sagan*, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun hukuki temeline göre ikili bir ayırım yapmıştır. *Hübner/Sagan*'a göre⁶²⁶, üçüncü kişiyi koruyucu etkili

⁶²⁴ Örnek için bkz. ÇELT, Üçüncü Kişi, s. 143.

⁶²⁵ HÜBNER/SAGAN, s. 746; STAMM, s. 381.

⁶²⁶ HÜBNER/SAGAN, s. 746.

sözleşmenin hukuki temeli, taraf iradelerinde görülürse, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna öncelik verilmelidir. Zira bu hâlde öngörülebilirlik şartı daha katı uygulanmalı, bu şartın sağlanamadığı birçok hâl bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ön plana çıkarılmalıdır. Ancak kurumun hukuki temeli olarak BGB § 311/Abs. III hükmü görülecekse, kanundan kaynaklanan bu kuruma öncelik vermek gerekecektir.

Taleplerin yarışacağını söyleyen bazı yazarlar ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin her durumda öncelikle uygulanmasının kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır⁶²⁷. Bu yazarlara göre, üçüncü kişi, bazı hâllerde zararının alacaklı vasıtasıyla ileri sürülmesini de isteyebilir. Dolayısıyla bu hususta mutlak bir belirleme yapılmamalı, üçüncü kişinin menfaatine göre bir pozisyon alınmalıdır.

Öğretide hâkim olan görüş ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun herhâlde öncelikle uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre⁶²⁸, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borç ilişkilerinin nispileği ilkesine bir istisna getirdiği için bu kurum bakımından daha ağır şartlar öngörülmüştür. Hâl böyle iken üçüncü kişi bakımından daha elverişli olan bu kurumun şartları sağlandığı sürece, öncelikle uygulanmasının önünde herhangi bir engel de bulunmamaktadır.

Öğretide hâkim olan görüşün haklı olarak ifade ettiği üzere, her iki kurumun da şartları sağlandığı takdirde, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı bahşeden üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye öncelik verilmesi daha uygun olur. Bunun yanında talep hakkına farklı iki kişinin sahip olduğu hâllerde, taleplerin nasıl yarıştığını açıklamak da kolay değildir. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunda, talep hakkına alacaklı sahip iken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede bu hak üçüncü kişindir. Bir an için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde, alacaklının sahip olduğu hakkı, üçüncü kişiye devretmesi ihtimali düşünülebilir. Zira bu ihtimalde, talep hakkına aynı kişi sahip olacaktır. Ancak bu da taleplerin yarışması bağlamında farklı bir problemi beraberinde getirmektedir. Zira her iki kurumun da uygulanma şartlarından biri, üçüncü kişinin korunması gerekliliğidir. Eğer her iki kurumun da şartları sağlanırsa, iki kurumun birbirini engellemesi durumu ortaya çıkar. Bir başka deyişle, dar anlamda

⁶²⁷ VON GRAFFENRIED, s. 292, N. 637.

⁶²⁸ BÄRTSCHI, s. 426; MARTI-SCHREIER, N. 268; OETKER, BGB § 249, N. 293; TRAUGOTT, s. 100; GOTTWALD, BGB § 328, N. 195; LANGE/SCHIEMANN, s. 485; VON SCHROETER, Haftung, s. 349; OK, s. 239.

üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı ihtimalde, üçüncü kişinin zararının tazmini bu kurum sayesinde mümkün olduğu için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun şartları sağlanamamaktadır. Zira bu hâlde, üçüncü kişinin korunması gerekliliği de ortadan kalkar. Tersî durum üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı hâller bakımından da geçerlidir. Bu da uygulayıcıyı fasit bir daire içerisinde sokmaktadır. Bu daireden çıkabilmek için kurumlardan birine öncelik vermek gerekir. İşte bu noktada şartları daha ağır olan ve üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı veren üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna öncelik verilmelidir. Bu kurumun şartlarının sağlanamadığı hâllerde ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini uyarınca bir çözüm imkânının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNUN UYGULANMASI

I. GENEL OLARAK

Bir olayda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanma şartları sağlandığı takdirde, bu uygulamanın nasıl gerçekleştirileceği sorusu akıllara gelir. Alacaklı, kurumun kabul gören klasik görünümünde, taraf olduğu borç ilişkisine dayanarak üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini borçludan talep etmektedir. Ne var ki kurumun uygulanma şekli bakımından ileri sürülen tek görüş bu değildir. Nitekim öğretilerde bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde, tıpkı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede olduğu gibi üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilebileceğini ileri sürmektedir. Hâl böyle iken üçüncü kişinin zararının tazmininin, kim tarafından talep edileceği sorusuna bir yanıt bulmak gerekmektedir. Dolayısıyla bu bölümde incelenecek ilk mesele, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin talep hakkına¹ kimin sahip olacağıdır.

¹ Çalışmanın ilerleyen başlıklarında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan alacağın devredilmesi, takasa konu olması gibi hususlar ele alınmıştır. Bir başka deyişle, çalışmanın bazı başlıklarında talep hakkı ifadesi kullanılırken; devir, takas gibi alacak hakkı kapsamında ele alınan hususlarda ise alacak hakkı ifadesi kullanılmıştır. Hâl böyle iken alacak hakkı ile talep hakkı kavramları arasındaki ilişkinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki alacak hakkının kaynağı, borç ilişkileridir. Talep hakkının kaynağı ise yalnızca borç ilişkileri değildir. Nitekim aynı taleplerin ileri sürüldüğü hâllerde, alacak hakkının varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla geniş anlamda talep hakkı, alacak hakkını da içine alan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Ancak yalnızca borç ilişkilerine bakıldığı takdirde, talep hakkı ile alacak hakkı aynı anlama gelebilir. Öğretilerde borç ilişkilerinde alacak hakkı ile talep hakkının aynı anlama gelip gelmediği meselesi hakkında farklı fikirler ortaya atılmıştır. Öğretilerde kabul edilen ilk görüşe göre, borç ilişkilerinde alacak hakkı ile talep hakkı aynı anlama gelmez. Alacak hakkı; konusu, doğuş anı ve kapsadığı yetkiler bakımından dar anlamda talep hakkından daha geniş bir kavramdır. Nitekim dar anlamda talep hakkı, borç ilişkisinde borçludan, borçlanılan edimi isteme hakkı vermektedir. Ancak alacak hakkı, talepten başka hak ve yetkileri de bünyesinde barındırır. İcra yoluyla takip yetkisi, tazminat talep etme hakkı, tasartuf yetkisi, yenilik doğuran haklar, def'i hakları ve yan haklar, alacak hakkının içinde yer alan haklardır. Dar anlamda talep hakkında ise bu tip hak ve yetkilerden bahsedilemez. Bizim de katıldığımız diğer görüşe

Bunun yanında, üçüncü kişinin zararının alacaklı tarafından ileri sürüldüğü temel yapıya ilişkin bazı noktaların da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, temel amacı üçüncü kişinin tatmin edilmesi olan bir kurumun, bu durumu nasıl sağlayacağını tespitidir. Bir başka deyişle, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, üçüncü kişinin uğramış olduğu zararların tazmini için devreye sokulmaktadır. Ne var ki kurumun klasik görünümünde, üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmini, alacaklı tarafından talep edildiği için elde edilen tazminatın alacaklının malvarlığında kalma ihtimali bulunmaktadır. İşte bu noktada, nihai olarak üçüncü kişinin tatmin edilmesini sağlayacak araçların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu da alacaklının tazminat talebini veya borçludan elde ettiklerini devretme yükümlülüğü ile sağlanabilir. Çalışmanın bu bölümünde ele alınacak konulardan biri de bu yükümlülüğün nasıl tesis edileceği meselesidir.

Alacaklının devir yükümlülüğü tesis edildikten sonra incelenmesi gereken bir diğer husus da üçüncü kişinin alacaklının iflas tehlikesine karşı korunmasıdır. Zira alacaklının devir yükümlülüğü kabul edilse bile, bazı hâllerde alacaklının iflas etme tehlikesi baş gösterebilir. Alacaklının iflas etmesi, nihai olarak üçüncü kişinin yararlanması gereken bir malvarlığı değerinin, iflas masasına girmesi sonucunu doğurur. Bu tehlikenin nasıl bertaraf edileceği meselesi de bu bölümde ele alınacak konu başlıklarından birini oluşturmaktadır.

Birçok kez vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini sağlamak adına geliştirilmiştir. Ancak öğretilerde bazı yazarlar, tazmin edilecek zararı, çeşitli yönlerden sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bu sınırlandırma yapılırken ise, malın objektif değeri ve alacaklının

göre ise, borç ilişkilerinde talep hakkı ile alacak hakkının aynı anlama geldiğini söylemek mümkündür. Karşıt görüşün alacak hakkının içeriğine dahil olduğunu ifade ettiği hakların, talep hakkına bağlı, bir başka deyişle onun içeriğine giren hak ve yetkiler arasında yer aldığını kabul etmek mümkündür. Bu noktada yalnızca muaccel olmayan alacaklar bakımından bir ayırım yapılabilir. Nitekim alacağın muaccel olmadığı hâllerde, alacak hakkı doğmuşken, talep hakkının varlığından bahsedilemez. Bu istisna haricinde, borç ilişkilerinde alacak hakkı ile talep hakkının aynı anlama geldiğinin kabul edilmesi gerekir. Alacak hakkı ile dar anlamda talep hakkının farklı anlama sahip olduğunu savunan yazarlar için bkz. **VON TUHR/PETER**, s. 15 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 13; **EREN**, Genel Hükümler, s. 78, N. 214. Alacak hakkı ile dar anlamda talep hakkının aynı anlama geldiğini savunan yazarlar için bkz. **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, § 4, s. 42, N. 8; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. I, s. 22, N. 80

varsayımsal zararı gibi kriterlerden faydalanılmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde incelenecek hususlardan bir diğeri de üçüncü kişinin zararının tazmininde, zararın içeriği bakımından herhangi bir sınırlamanın söz konusu olup olmadığıdır. Bu meseleyle bağlantılı olarak, tazminatın belirlenmesi de ele alınacak ve özellikle alacaklı ile üçüncü kişinin kusurunun, tazminatın tespit edilmesindeki rolü üzerinde durulacaktır.

Bu bölümde incelenecek son husus ise borçlunun, alacaklı ve üçüncü kişiye karşı sahip olduğu def'i ve itirazlardır. Özellikle borçlunun takas beyanında bulunması hususu, bu incelemenin en önemli başlıklarından birini oluşturacaktır.

Sonuç itibarıyla bu bölümde, daha önceki bölümlerde ana hatları belirlenen dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, somut uyuşmazlıkta nasıl uygulanacağı meselesi ele alınacaktır. Bu inceleme, kurumun uygulandığı olay grupları bakımından faydalı olduğu kadar, söz konusu kurumun yasal görünümü için de önemli olacaktır.

II. TAZMİNAT TALEBİNİN KİM TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLECEĞİ MESELESİ

A. Tazminat Talebinin Alacaklı Tarafından İleri Sürülmesi Gerektiği Görüşü

1. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin şartlar sağlandığı takdirde, alacaklı, üçüncü kişinin zararının tazminini, borçludan talep etme hakkına sahiptir. Kurumun klasik görünümünde, üçüncü kişinin doğrudan bir talep hakkının bulunmadığı, bu kişinin zararının tazmininin alacaklı tarafından ileri sürüleceği kabul edilmektedir². Bu durum, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden önemli bir farkını ifade eder. Nitekim üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, üçüncü kişinin zararının yanına, bağımsız bir talep hakkı çekilmektedir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde ise, alacaklının talep hakkının yanına, üçüncü kişinin zararı

² REINHARDT, s. 117-118; TÄGERT, s. 37; MARTI-SCHREIER, N. 101; BÄRTSCHI, s. 409; PERREN, s. 80-81; GOMILLE, s. 628; OETKER, BGB § 249, N. 294; BREDEMEYER, s. 14; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 734; HÜBNER/SAGAN, s. 744; NEUNER, Dritter, s. 130; TRAUGOTT, s. 109; HARKE, s. 434, N. 439; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; VON GRAFFENRIED, s. 354, N. 771; TSCHUDI, s. 426-427, N. 841; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 99, N. 14.25; HÄRTNER, s. 199, N. 518; PUHLE, s. 86 vd.; BRÖMMELMEYER, s. 348, N. 26.

çekilmektedir. Böylelikle, özel durumlar sebebiyle alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kayan zarar, talep hakkı sahibine döndürülmekte ve birbirinden ayrılan zarar ile talep hakkı, yeniden bir araya getirilmektedir. Kurumun klasik yapısında, tazminat talebinin alacaklı tarafından ileri sürülmesi, söz konusu kurumun üçüncü kişinin zararının tasfiyesi olarak da anılmasına sebep olmuştur. Zira bu durumda, alacaklı üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini sağladığı için zarara sebep olan davranışın sonuçları da ortadan kalkmaktadır. Bu da üçüncü kişinin zararının, alacaklı tarafından tasfiye edilmesi anlamına gelir.

Üçüncü kişinin zararının tazmininin alacaklı tarafından ileri sürülmesi, kurumun istisna getirdiği temel ilkeyi de belirlemektedir. Nitekim bu kurumun uygulandığı hâllerde, bir borç ilişkisinde yalnızca alacaklının uğradığı zararların tazmin edilebileceğini öngören, alacaklının menfaati dogmasına bir istisna getirilmektedir. Üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunmaması, borç ilişkilerinin nispileği prensibinin, görünürde de olsa muhafaza edilmesini sağlamaktadır.

Öğretideki hâkim görüş, üçüncü kişinin zararının tazmini talebinin, alacaklı tarafından ileri sürülmesi gerektiğini kabul etmektedir³. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, yapısal olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden farklı olduğunu savunan bu görüş, söz konusu yaklaşımla kurumun klasik görünümüne sadık kalmaktadır. Bizce de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, tazminat talebinin devri gibi bir durum söz konusu olmadığı sürece, üçüncü kişinin zararının tazmini, alacaklı tarafından ileri sürülmelidir.

Bu görüşü kabul etme sebeplerimizden ilki, üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkına sahip olduğu hâllerde, borç ilişkilerinin nispileği ilkesine bir istisna getirilmesidir. Daha önce de vurgulandığı üzere, borç ilişkilerinin nispileği ilkesinin önemli bir istisnası olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından daha ağır şartlar öngörülmüştür. Nitekim bu kuruma başvurabilmek için borçlunun, edime yakınlığından ötürü zarar görebilecek üçüncü kişilerin çevresini öngörebilmesi gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin

³ REINHARDT, s. 117-118; TÄGERT, s. 37; MARTI-SCHREIER, N. 101; BÄRTSCHI, s. 409; PERREN, s. 80-81; GOMILLE, s. 628; OETKER, BGB § 249, N. 294; BREDEMEYER, s. 14; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 734; HÜBNER/SAGAN, s. 744; NEUNER, Dritter, s. 130; TRAUGOTT, s. 109; HARKE, s. 434, N. 439; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 307, N. 611; VON GRAFFENRIED, s. 354, N. 771; TSCHUDI, s. 426-427, N. 841; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 99, N. 14.25; HÄRTNER, s. 199, N. 518; PUHLE, s. 86 vd.; BRÖMMELMEYER, s. 348, N. 26.

zararının tazmininde ise öngörülebilirlik şartı aranmamaktadır. Hâl böyle iken, borç ilişkilerinin nispileği prensibi görünürde de olsa muhafaza edilmeli, üçüncü kişinin zararının tazmini, alacaklı vasıtasıyla sağlanmalıdır.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazminindeki klasik yapı, sorumluluğun tesis edilmesi için varlığı gerekli olan şartların ispatını da kolaylaştırmaktadır. Zira söz konusu şartların sağlandığını, borç ilişkisine taraf olan bir kişi daha kolay ispatlayabilecektir⁴. Üçüncü kişinin zarar gördüğü hâllerde, borç ilişkisinin ayrıntılarını bilecek durumda olan kişi ise, alacaklıdır.

Dolayısıyla tüm bu sebepler göz önünde bulundurulduğunda, öğretide hâkim olan görüşün benimsediği klasik yapı üzerinden ilerlenmeli, özel bir kanun hükmü veya tazminat talebinin devri gibi bir durum söz konusu olmadığı müddetçe, üçüncü kişinin kendisine ait bir talep hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.

Ne var ki üçüncü kişinin zararının alacaklı vasıtasıyla tasfiyesinin kabul edildiği hâllerde, birtakım belirsizlikler de beraberinde gelmektedir. Bu belirsizliklerden ilki, açacağı davadan herhangi bir menfaat elde etmeyen alacaklının, bu davanın kendisine getireceği yükleri de düşünerek borçludan talepte bulunmak istememesi hâlidir. Söz konusu ihtimalde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartları sağlanmasına karşın üçüncü kişinin zararı tazmin edilmeksizin varlığını sürdürecektir. Bu noktada alacaklıyı harekete geçirmeye zorlayacak bir yükümlülüğün tesis edilmesi gerekir.

Üçüncü kişinin zararının alacaklı vasıtasıyla ileri sürüldüğü hâllerde ortaya çıkabilecek bir diğer belirsizlik de alacaklının borçludan elde ettiği tazminatı, üçüncü kişiye devretmemesidir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması ile alacaklının zenginleşmesi amaçlanmamaktadır⁵. Bu durumun bir yansıması olarak da tazmin sürecinin sonunda, üçüncü kişinin tatmin edilmesi önem arz eder. Bu tatmini sağlamanın yolu da alacaklının, borçludan elde ettiklerini üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olduğunun kabulünden geçmektedir.

Ancak yukarıda bahse konu olan yükümlülüklerin tesis edilebilmesi için bir hukuki temel bulunması şarttır. Kurumun uygulanması gerektiğini kabul etmek, tek başına bu hukuki temelin inşasında bir anlam ifade etmez. Bu noktada söz konusu yükümlülüğün

⁴ Aynı yönde bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 414.

⁵ **MARTI-SCHREIER**, N. 394; **OETKER**, BGB § 249, N. 295; **VON GRAFFENRIED**, s. 371-372, N. 818; **HÄRTNER**, s. 202, N. 526; **VERWEYEN**, s. 572.

nereden kaynaklandığının da açıklanması gerekir. Çalışmanın devam eden başlıklarında, alacaklının yukarıda bahsi geçen yükümlülüklerinin hukuki temelini neler olabileceği üzerinde durulacaktır.

2. Alacaklının Talebi İleri Sürme veya Devretme Yükümlülüğü

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu çerçevesinde, üçüncü kişinin zararlarının tazmin edilebilmesi için alacaklının bu hususta borçludan bir talepte bulunması gerekir. Ancak yukarıda da vurgulandığı üzere, alacaklı her durumda bu talebi ileri sürmek istemez. Öğretide bu sakıncayı ortadan kaldırmak adına, alacaklının talebi ileri sürme veya en azından devretme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir⁶. Söz konusu hukuki yükümlülük tesis edilirken ise farklı hukuki temellerden yola çıkılmaktadır. Takip eden başlıklarda, bu yükümlülüğün hukuki temeli hakkında ileri sürülen görüşler ele alınacaktır.

a. İkame Değerin (*Stellvertretendes Commodum*) Devredilmesi Gerektiğine İlişkin Kuralın Kıyasen Uygulanması Gerektiği Görüşü

aa. İkame Değer Kavramı

İkame değer, edimin ifasının imkânsızlaştığı hâllerde gündeme gelen bir kavramdır. Buna göre, borçlu, edimin ifasının imkânsızlaştığı durumlarda, ortadan kalkan edimin yerine bir değer elde ediyor veya bundan ötürü üçüncü kişiye karşı bir tazminat talep etme hakkı kazanıyorsa, elde ettiği değeri ya da tazminat talep etme hakkını, alacaklıya devretmekle yükümlüdür⁷. Borçlunun yok olan edim yerine elde ettiği sigorta bedeli veya

⁶ MARTI-SCHREIER, N. 394; BÄRTSCHI, s. 414; GOMILLE, s. 628; OETKER, BGB § 249, N. 294; PETERSEN, s. 89, N. 9; TRAUGOTT, s. 18; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER, s. 387; VON GRAFFENRIED, s. 371-372, N. 818; BROX/WALKER, N. 16; PLATE/GEIER, s. 1778; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 88, N. 14.25; HÄRTNER, s. 200, N. 521; LOOSCHELDERS/MAKOWSKY, s. 211; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 14; LANGE/SCHIEHMANN, s. 473; VON SCHROETER, Haftung, s. 348; GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMAN, BGB § 249, N. 343.

⁷ EMMERICH, Volker; Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, KRÜGER, Wolfgang (ed.), 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022, BGB § 285, N. 1; BECKER, OR Art. 119, s. 617-618; N. 1; VON BÜREN, Bruno; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag, Zürich 1964, s. 389; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 109-110; N. 2594; KOLLER, Alfred; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Handbuch des Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2023, s. 868, N. 54.28; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1009; EREN, Genel Hükümler, s. 1479, N. 4142; SEROZAN, Borçlar, § 16, s. 292, N. 16; ÖNAY, Işık; Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer

satış sözleşmesine konu olan bir taşınmazın idare tarafından kamulaştırılması durumunda ödenen kamulaştırma bedeli gibi değerler, ikame değer olarak kabul edilmektedir⁸.

İkame değerın devri meselesi, Alman hukukunda açıkça düzenlenmiştir. Nitekim BGB § 285/Abs. I hükmüne göre⁹, borçlu, BGB § 275/Abs. I-III uyarınca edimi ifa etmekle yükümlü olmadığı durumlarda, edim yerine bir tazminat veya tazminat talebi elde etmişse, alacaklı, edim yerine elde edilen ikame değerın kendisine devredilmesini talep edebilecektir. Alman hukukunda hâl böyle iken İsviçre-Türk hukukunda, bu meseleye ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüşe göre, bu yönde bir düzenleme olmamasına karşın alacaklı, borçludan ikame değerın devrini isteyebilecektir¹⁰.

İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüşün bu kabulünün altında ise bazı sebepler yatmaktadır. Nitekim bazı yazarlar, edimin ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan adaletsiz durumun ortadan kaldırılması gerektiğini vurgulamakta, ikame değerın devredilmesi ile borçlu ve alacaklının malvarlığı değerleri arasındaki dengenin yeniden tesis edileceğini savunmaktadır¹¹. Diğer bazı yazarlar ise, ikame değerın devredilmesini, menfaatleri zedelenen alacaklının tatmini olarak değerlendirmektedir¹². Bu yazarlara göre, ikame değerın devredildiği hâllerde, borçluya ek bir yükümlülük

Kavramları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 317; **GÜNDOĞDU**, Fatih; Borca Aykırılık Hâllerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 304 vd.

⁸ **VON BÜREN**, s. 389; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 109-110; N. 2594; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1009-1010; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1479, N. 4142; **SEROZAN**, Borçlar, § 16, s. 292, N. 16; **GÜNDOĞDU**, s. 304.

⁹ BGB § 285/Abs. I: *“Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.”*

¹⁰ **BECKER**, OR Art. 119, s. 617-618; N. 1; **VON BÜREN**, s. 389; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 109-110; N. 2594; **KOLLER**, Obligationenrecht, s. 868-869, N. 54.28; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1009; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1479, N. 4142; **SEROZAN**, Borçlar, § 16, s. 292, N. 16; **ÖNAY**, s. 317; **GÜNDOĞDU**, s. 305.

¹¹ **EMMERICH**, BGB § 285, N. 2; **LEHMANN**, Matthias/**ZSCHACHE**, Sabine; “Das stellvertretende commodum”, Juristische Schulungen (JuS), H. 6, 2006, s. 502.

¹² **VON BÜREN**, s. 389.

yüklenmemektedir¹³. Bu durumun bir sonucu olarak da kanunda açıkça bir düzenleme yer almasa da ikame değerin devredilmesi gerekecektir.

İkame değerin talep edilebilmesi için edimin ifasının sonradan imkânsızlaşması gerekir¹⁴. Öğretide hem kusursuz sonraki imkânsızlık hem de kusurlu sonraki imkânsızlık hâllerinde, ikame değerin talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵. İkame değerin devredilebilmesi için aranan bir diğer şart, bu değerin, edimi imkânsızlaştıran olay sonucunda elde edilmesidir¹⁶. Bir başka deyişle, edimi imkânsızlaştıran olay ile ikame değerin elde edilmesi arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. Öğretide, söz konusu illiyet bağının türü hakkında çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar, doğal illiyet bağını yeterli görürken¹⁷, bazıları ise ikame değer ile elde etme arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁸. İkame değerin talep edilebilmesinin bir diğer şartı ise, alacaklının irade beyanıdır¹⁹. Nitekim borçlunun ikame değeri devretme yükümlülüğü, ancak alacaklı tarafından bu yönde bir talep geldiği hâllerde söz konusu olur. Alacaklı ikame değerin devredilmesini talep etmesine karşın, borçlu bu değeri veya üçüncü kişiye karşı sahip olduğu alacak hakkını devretmezse, borçlunun alacaklıya karşı borçlanacağı kabul edilmektedir. Ancak borçlunun söz konusu borcunun kapsamı hakkında bazı tartışmalar bulunmaktadır.

¹³ GÜNDOĞDU, s. 305.

¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1008; EREN, Genel Hükümler, s. 1479, N. 4142; SEROZAN, Borçlar, § 16, s. 292, N. 16; ÖNAY, s. 326; GÜNDOĞDU, s. 307. Alman hukukunda ikame değer, yalnızca imkânsızlık hâlinde değil, BGB § 275/Abs. II-III hükümlerinde düzenlenen fiili imkânsızlık ve şahsi sebeplerden ötürü beklenilmezlik hâllerinde de talep edilebilir. Bu hususta bkz. EMMERICH, BGB § 285, N. 1.

¹⁵ SEROZAN, Borçlar, § 16, s. 292, N. 16; ÖNAY, s. 327; GÜNDOĞDU, s. 307.

¹⁶ İkame değerin türleri bakımından yapılan ayrımlardan biri *commodum ex re-commodum ex negotiatione* ayrımıdır. *Commodum ex re* olarak adlandırılan ikame değerler, imkânsızlığa sebep olan olayın doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. *Commodum ex negotiatione* ise imkânsızlığı doğuran olayın doğrudan sonucu olarak meydana gelmeyen ikame değerlerdir. Günümüzde her iki ikame değerin de alacaklı tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca bkz. LEHMANN/ZSCHACHE, s. 504; ÖNAY, s. 327-328; GÜNDOĞDU, s. 308.

¹⁷ LORENZ, Stephan; Recht der Schuldverhältnisse iç. Beck'sche Online-Kommentar, HAU, Wolfgang/POSECK, Roman (ed.), 70. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2024, BGB § 285, N. 9; GÜNDOĞDU, s. 308.

¹⁸ EMMERICH, BGB § 285, N. 18.

¹⁹ GÜNDOĞDU, s. 306.

Öğretideki bir görüşün haklı olarak ifade ettiği üzere²⁰, ikame değer alacağının kapsamı, imkânsızlaşan edimin değeriyle sınırlıdır. Dolayısıyla borçluya verilecek olan ikame değer miktarı, edimin değerinden fazla ise alacaklı ancak imkânsızlaşan edimin değerinin kendisine devredilmesini talep edebilir.

Alman hukukunda ileri sürülen karşıt görüşe göre ise²¹, alacaklının, ikame değer devrini talep ettiği hâllerde, bu değer imkânsızlaşan edimin değerinden daha az veya daha fazla olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu itibarla borçlu, elde ettiği ikame değer tümünü alacaklıya devretmekle yükümlüdür.

Alacaklı, ikame değeri talep ettiği durumlarda, kendisine ait karşı edimi ifa etmekle yükümlüdür²². Ancak bu noktada, ikame değer karşı edimin değerinden düşük olduğu hâller bakımından ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekir.

Öğretide hâkim olan görüşe göre²³, ikame değer, karşı edimin değerinden düşük olduğu söz konusu ihtimalde, karşı edimin de aynı oranda indirilmesi gerekir. Bu görüşe karşı çıkan yazarlara göre ise²⁴, alacaklının ikame değeri talep etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim bu değer devredilebilmesi için alacaklının bu yönde bir irade beyanının bulunması gerekir. Özellikle kusurlu sonraki ifa imkânsızlığının ortaya çıktığı hâllerde, alacaklının tazminat ile ikame değer arasında seçim yapma imkânı bulunmaktadır. Bu noktada tercihini ikame değerden yana kullanan alacaklıya, karşı edimin miktarını indirme hakkı tanınmamalıdır.

Öğretide ileri sürülen üçüncü bir görüşün haklı olarak ifade ettiği üzere²⁵, karşı edimin indirilip indirilemeyeceği meselesinde belirleyici olan husus, ayrıca bir tazminat talep edilip edilmediğidir. Buna göre, alacaklı, ikame değer yanında tazminat da talep etmişse, karşı edimi azaltılmaksızın yerine getirecektir. Alacaklının tazminat talep etmediği hâllerde ise, karşı edimin oransal olarak indirilmesi gerekir. Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, imkânsızlığın borçlunun kusuru olmaksızın gerçekleştiği hâllerde, alacaklı tazminat talep edemeyecektir. İkame değer daha çok kusursuz sonraki

²⁰ **KELLER**, Max/**SCHOB**, Christian; Das Schweizerische Schuldrecht Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Bd. I, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 250-251.

²¹ **EMMERICH**, BGB § 285, N. 30.

²² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1009; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1480, N. 4145.

²³ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 111, N. 2602; **SEROZAN**, Borçlar, § 16, s. 292, N. 16; **GÜNDOĞDU**, s. 311.

²⁴ **KOLLER**, Obligationenrecht, s. 870, N. 54.35.

²⁵ **GÜNDOĞDU**, s. 311.

imkânsızlıkta gündeme geldiği dikkate alındığında, ikame değerin karşı edimin değerinden daha az olduğu birçok durumda, karşı edim de aynı oranda azaltılacaktır.

bb. İkame Değerin Devredilmesine İlişkin Kuralın Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Kurumunda Kıyasen Uygulanması

Daha önce de vurgulandığı üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini talebinin alacaklı tarafından ileri sürüldüğü hâllerde, elde edilen tazminattan nihai olarak üçüncü kişinin faydalanmasını sağlayacak araçların geliştirilmesi önem arz eder. Bunun için de alacaklının, elde ettiklerini veya tazminat talep etme hakkını alacaklıya devretmesi gerekir. Söz konusu devri sağlamak adına, alacaklının bu hususta bir yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, bu yükümlülüğü tesis etmek için bir hukuki temelin bulunması şarttır. İşte bu noktada, bazı yazarlar tarafından, söz konusu temeli ikame değerin devrine ilişkin prensiplerin sağlayabileceği ifade edilmektedir²⁶.

İkame değerin, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu tamamlayacağını kabul eden bahse konu görüşlerden önce, bu değerin talep edilmesine ilişkin prensiplerin uygulanması ile söz konusu kuruma olan ihtiyacın ortadan kalkacağını kabul eden yaklaşımlar da bulunmaktaydı²⁷. Ancak öğretilde haklı olarak vurgulandığı

²⁶ MARTI-SCHREIER, N. 84; BÄRTSCHI, s. 415; PETERSEN, s. 89, N. 9; VON GRAFFENRIED, s. 301, N. 646; HÄRTNER, s. 200, N. 521; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 14.

²⁷ Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin 112 II 235 sayılı kararı oldukça dikkat çekicidir. Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen söz konusu olayda, bir taşınmaz ürün kirası sözleşmesine konu edilmiş ve kiracı kiraladığı bu taşınmazı alt kira sözleşmesi ile alt kiracıya kiralamıştır. Ardından kiraya verenin kira konusu taşınmazı başka bir kişiye devretmesi sebebiyle hem asıl kira sözleşmesi hem de alt kira sözleşmesi sona ermiş ve sözleşmenin sona ermesi sebebiyle alt kiracı zarara uğramıştır. Mahkeme, alt kiracının, asıl kiraya verene karşı tazminat talep etme hakkının olmadığını vurgulamış ancak bu kişinin asıl kiracıya karşı talepte bulunabileceğini ifade etmiştir. Ne var ki kararda davacı alt kiracının bu talebinin gerçek bir tazminat talebi olmadığı, aksine bu talebin ikame değere ilişkin bir talep olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu karar belirli açılardan problemlidir. Nitekim bu kararda asıl kiracının, kiraya verene karşı ikame değerden doğan bir talebi olduğu varsayılmıştır. Ancak söz konusu olayda, asıl kiracının, alt kiracıya karşı sorumlu olup olmadığı, bir başka deyişle sorumluluk menfaatinin bulunup bulunmadığı meselesi ele alınmamıştır. Asıl kiracının sorumluluk menfaatinin bulunmaması demek, herhangi bir zarara uğramadığı anlamına gelmektedir. Zararı olmayan bir kişinin de tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Tüm bu değerlendirmeler bizi dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna yöneltmektedir. Zira söz konusu kurumun uygulandığı hâllerde, talep hakkına sahip olan kişinin zararı bulunmazken, zarara uğrayan kişinin ise talep hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu olayda öncelikle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla alacaklı

üzere, ikame değere ilişkin talep hakkının, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yerini alması mümkün değildir²⁸.

Zira üç köşeli bir hukuki ilişkide karşılaşılabilecek tek ifa engeli, imkânsızlık değildir. Üçüncü kişi, diğer ifa engelleri sebebiyle de zarar görebilir. İmkânsızlığın söz konusu olmadığı hâllerde, alacaklının da herhangi bir sorumluluğu yoksa borçludan talepte bulunma imkânı sağlayan bir mekanizmanın geliştirilmesi gerekmektedir. Zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı bu gibi durumlar bakımından da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, alacaklının (çalışmanın terminolojisinde üçüncü kişi) ikame değerini talep edebilmesi için borçlunun (çalışmanın terminolojisinde alacaklı), üçüncü kişiye (çalışmanın terminolojisinde borçlu) karşı hâli hazırda bir talep hakkının bulunması gerekir²⁹.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklı borç ilişkisine taraf olmasına karşın herhangi bir zarara uğramadığı için tazminat talep edememektedir. İşte bu noktada, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu devreye girmekte, talep hakkına sahip olan kişinin bu hakkının yanına, bir başka kişinin zararı çekilmektedir. İkame değer ise ancak bu aşamadan sonra gündeme gelebilir. Zira dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması ile zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi çözüme kavuşturulmuş olur. Elde edilen tazminatın veya bu tazminata ilişkin talep hakkının devredilmesi aşamasında ise ikame değere ilişkin kurallardan faydalanılabilir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin, nihai olarak üçüncü kişinin tatmin edilmesini amaçlaması, elde edilen değerlerin veya tazminat talep etme hakkının üçüncü kişiye devredilmesini gerektirir. İkame değer de bu yükümlülüğü tesis eden bir mekanizmadır. Dolayısıyla ikame değer, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun yerini almaktan ziyade, bu kurumu tamamlayan bir araç konumundadır³⁰.

lehine bir talep hakkı yaratılmalı, ardından ikame değer devrine ilişkin kurallar çerçevesinde tazminat talebini veya elde ettiklerini üçüncü kişiye devretme yükümlülüğü üzerinde durulmalıdır. Aynı yönde bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 309 vd.; **ÖNAY**, s. 325. Karar için bkz. <http://relevancy.bger.ch>, E.T.15.07.2024.

²⁸ **MARTI-SCHREIER**, N. 312; **BÄRTSCHI**, s. 427 vd.; **VON GRAFFENRIED**, s. 300 vd., N. 644 vd.; **ÖNAY**, s. 326.

²⁹ **VON GRAFFENRIED**, s. 300, N. 646.

³⁰ **MARTI-SCHREIER**, N. 312; **VON GRAFFENRIED**, s. 301, N. 646; **ÖNAY**, s. 326.

Bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere, ikame değerin devredilmesiyle, alacaklı (çalışmanın terminolojisinde üçüncü kişi) aleyhine bozulan menfaatler dengesi bir nebze olsun düzeltilmektedir. Buradan yola çıkan bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının devir yükümlülüğü bakımından da aynı felsefenin geçerli olacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre³¹, nasıl ki ikame değerin devri zorunlu ise, üçüncü kişinin zararının tazmininin başlıca bir amaç olduğu hâllerde de aynı yükümlülük söz konusu olmalıdır. Tam da bu noktada, alacaklının elde ettiklerini veya en azından talep hakkını devretme yükümlülüğü tesis edilirken, ikame değerin devrine ilişkin ilkeler kıyasen uygulanmalıdır.

Kanaatimizce dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde, ikame değerin devredilmesine ilişkin kuralların kıyasen uygulanması düşünülebilir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, İsviçre-Türk hukukunda, ikame değerin devrine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buradan hareket eden *Oğuzman/Öz*, kanunda bu yönde bir hüküm bulunmaması karşısında, ikame değerle sözleşme ilişkisinin devam edebilmesi için hiç olmazsa somut olayda dürüstlük kuralının da bunu desteklemesi gerektiğini ifade etmiş ve ikame değerin devredilmesine mesafeli yaklaşmıştır³². Hâl böyle iken alacaklının devir yükümlülüğünün tesisinde başka araçlara da başvurmak gerekir. Bu noktada alacaklı ile üçüncü kişinin arasındaki ilişkinin çoğunlukla akdi bir ilişki olduğu göz önünde bulundurularak, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı kontrol edilebilir.

Çalışmanın bundan sonraki başlığında, alacaklının talebi ileri sürme veya devir yükümlülüğünün, üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeden çıkarılıp çıkarılamayacağı meselesi incelenecektir.

b. Sözleşmeden Doğan Yükümlülöklere Dayanma İmkânı

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişki, çoğunlukla bir sözleşme olduğu için alacaklının talebi ileri sürme veya devir yükümlülüğünün tesis edilmesinde, bu sözleşmeden faydalanılabileceği ileri sürölmektedir.

³¹ MARTI-SCHREIER, N. 84; BÄRTSCHI, s. 415; PETERSEN, s. 89, N. 9; VON GRAFFENRIED, s. 301, N. 646; HÄRTNER, s. 200, N. 521; LORENZ, Drittschadensliquidation, s. 14.

³² OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 591-592, N. 1821.

Bu görüşü benimseyen yazarların bir kısmı, belirli bir sözleşme tipinden hareket etmezken³³, bir kısmı da alacaklı ile üçüncü kişi arasında iş görme borcu doğuran bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir³⁴. Önceki bölümde de incelendiği üzere, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin, her durumda vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla alacaklının talebi ileri sürme veya devretme yükümlülüğü ele alınırken, borçlar hukukunun genel hükümleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Dolaylı temsil ve inançlı işlemler gibi vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin uygulanabileceği hâllerde ise, bu sözleşme tipine ait özel hükümlerden faydalanılabilir.

Söz konusu problemin çözümünde, belirli bir sözleşme tipinden hareket etmeyen yazarlar, alacaklının yükümlülüğünün tesisinde yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerden faydalanmaktadır. Ne var ki söz konusu yükümlülükler birbirlerinden farklı anlamlara sahiptir. Bu durumun bir yansıması olarak, ihlal edilmeleri durumunda ortaya çıkacak sonuçlar da farklılaşmaktadır. Dolayısıyla, alacaklının dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bağlamında ortaya çıkan yükümlülüğünü nitelendirebilmek için söz konusu yükümlülüklerin farklarının incelenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Borçlar hukukunda, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler bakımından çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bunlardan biri de edim yükümlülükleri (*Leistungspflichten*)-yan yükümlülükler (*Nebenpflichten*) ayrımıdır³⁵. Edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülüğü (*Hauptleistungspflichten*) ve yan edim yükümlülükleri (*Nebenleistungspflichten*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁶.

³³ MARTI-SCHREIER, N. 84; BÄRTSCHI, s. 415; HÄRTNER, s. 200, N. 521.

³⁴ Öğretide *Schott*, vekâlet sözleşmesi başlığı yerine iş görme borcu doğuran sözleşmeler başlığını kullanmış, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler dışında, diğer iş görme sözleşmelerine ait hükümlerin de uygulanabileceğini ifade etmiştir (SCHOTT, s. 64).

³⁵ KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung OR, s. 52-53, N. 91; EREN, Genel Hükümler, s. 31, N. 87; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 24, N. 60-61.

³⁶ KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung OR, s. 52-53, N. 91; KOLLER, Obligationenrecht, s. 19, N. 2.56; EREN, Genel Hükümler, s. 31, N. 88; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 24, N. 60-61.

Bir sözleşmenin tipini belirleyen yükümlülüğe, asli edim yükümlülüğü adı verilir³⁷. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin türünü ve tipini tayin etmektedir. Sözleşme ilişkilerinde borçlunun asıl borcu, asli edim yükümlülüğünü yerine getirmektir. Ne var ki bir sözleşme ilişkisinde yalnızca asıl borç bulunmamaktadır. Nitekim sözleşme ilişkisine dâhil olan kişilerin yan borçlarının varlığından da bahsedilebilir. TBK m. 26 hükmünde düzenlenen sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde özgürce belirleyebilirler. Dolayısıyla ilgili sınırlamalara uyulduğu sürece, asıl borç dışında yan borçlar bakımından da bir düzenleme yapılması mümkündür. Yan edim yükümlülükleri; sözleşmeden, kanundan veya dürüstlük kuralından kaynaklanabilir³⁸. Borçlunun edim yükümlülüğünü ihlal ettiği hâllerde, ifa davası açılabilir. Alacaklının ifa davası açma hakkı hem asli edim yükümlülükleri hem de yan edim yükümlülükleri bakımından geçerlidir³⁹.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, edim yükümlülüklerinin yanında bazı yan yükümlülükler de mevcuttur. Yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüklerine bağımlı yükümlülüklerdir⁴⁰. Bu durumun bir sonucu olarak, söz konusu yükümlülüklerin ihlali hâlinde, borçluya bağımsız ifa davası açılamaz⁴¹. Ancak borçlunun bu yükümlülüklerine aykırı davranması sonucunda alacaklı bir zarar görmüşse, borçludan tazminat talep edilebilecektir⁴².

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunda, alacaklının talebi ileri sürme veya en azından devretme yükümlülüğü bulunduğunu kabul eden yazarlardan bazıları, bu yükümlülüğün bir yan edim yükümlülüğü olduğunu ileri sürmektedir⁴³. Bu

³⁷ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Allgemeine Einleitung OR, s. 53, N. 93; **KOLLER**, Obligationenrecht, s. 19, N. 2.56; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, § 2, s. 7, N. 7; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 5, N. 15; **EREN**, Genel Hükümler, s. 31, N. 88; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 24, N. 60.

³⁸ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Allgemeine Einleitung OR, s. 54-55, N. 94; **EREN**, Genel Hükümler, s. 34, N. 95; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 24, N. 61.

³⁹ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Allgemeine Einleitung OR, s. 54-55, N. 94; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 24, N. 61.

⁴⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 37, N. 101.

⁴¹ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Allgemeine Einleitung OR, s. 53, N. 91; **KOLLER**, Obligationenrecht, s. 19, N. 2.58; **EREN**, Genel Hükümler, s. 37, N. 101; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 24, N. 61.

⁴² **KRAMER/SCHMIDLIN**, Allgemeine Einleitung OR, s. 53, N. 91; **EREN**, Genel Hükümler, s. 37, N. 101; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 24, N. 61.

⁴³ **MARTI-SCHREIER**, N. 84; **VON GRAFFENRIED**, s. 354, N. 772.

yazarlara göre, ilgili yükümlülük, borçlunun ediminin ifasını doğru bir şekilde sağlamasını temin etmektedir⁴⁴. Bu yönüyle söz konusu yükümlülük, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirilmelidir⁴⁵.

Öğretide diğer bazı yazarlar ise, talebi ileri sürme veya devretme yükümlülüğünü, yan yükümlülük olarak nitelendirmektedir⁴⁶.

Kanaatimizce, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının talebi ileri sürme veya devretme yükümlülüğünü, bir yan yükümlülük olarak nitelendirmek mümkündür. Nitekim yan yükümlülüklerin çeşitli alt görünüşleri mevcut olup, bunlardan biri de iş birliği yapma yükümlülüğüdür (*Mitwirkungspflichten*). Bir sözleşmede her iki taraf da kendisinin izlediği özel amacın gerçekleşmesini ister. Bunun istenmesi, çoğunlukla caiz ve meşru kabul edilmektedir. Taraflar, asli edimler bakımından güttükleri temel amacı izlerken, sözleşmenin karşı tarafından belirli davranışlarda bulunmasını istediklerinde, kaynağını dürüstlük kuralından alan iş birliği yapma yükümlülüğünün varlığından bahsedilir⁴⁷. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde temel amaç, üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesidir. Üçüncü kişinin genellikle alacaklı ile yaptığı sözleşme sebebiyle bu durumda olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kurumun hedeflediği amaca ulaşmak için alacaklının iş birliğine ihtiyaç duyulduğu ortadadır. İşte bu noktada talebi ileri sürme veya devretme yükümlülüğünün, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeden kaynaklanan, iş birliği yapma yükümlülüğü olduğu, bu sebeple de yan yükümlülük olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

3. Alacaklının Elde Ettiklerini Devretme Yükümlülüğü

Bir önceki başlıkta, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde, alacaklının, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin talebi ileri sürmesine veya bu talebi devretmesine ilişkin yükümlülüğü üzerinde durulmuştu. Bu başlıkta ele alınacak temel mesele ise, alacaklının bu hususta harekete geçip başarılı olduğu hâllerde, borçludan elde ettiklerini, üçüncü kişiye devretmesine ilişkin yükümlülüğünün temelini ne olabileceğidir.

⁴⁴ MARTI-SCHREIER, N. 84; VON GRAFFENRIED, s. 354, N. 772.

⁴⁵ VON GRAFFENRIED, s. 354, N. 772.

⁴⁶ BÄRTSCHI, s. 415; HÄRTNER, s. 200, N. 521.

⁴⁷ KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung OR, s. 55, N. 96; EDİS, s. 322-323.

Birçok kez vurgulandığı üzere, alacaklının üçüncü kişinin zararını tasfiye ettiği hâllerde, borçludan elde ettiklerini üçüncü kişiye devretmesi gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması ile güdülen temel amacın tazminattan nihai olarak üçüncü kişinin yararlanması olduğu düşünüldüğünde, bu devir bir zorunluluk arz etmektedir.

Alacaklının elde ettiklerini devretmesine ilişkin yükümlülüğü bakımından borçlar hukukunun genel hükümlerinden faydalanılabileceği gibi niteliğine uygun düştüğü ölçüde özel hükümlerden de faydalanılabilir.

Daha önce de incelendiği üzere, bu husus bakımından faydalanılacak prensiplerden ilki, ikame değer devrine ilişkin kurallardır⁴⁸. İlgili başlıkta vurgulandığı gibi ikame değer devredilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımın altında bazı sebepler yatmaktadır. Bu sebeplerden en önemlisi, ikame değer, yalnızca imkânsızlaşan edim sebebiyle alacaklının malvarlığına dâhil olduğu, hâl böyle iken bu değer alacaklıya verilmesi gerektiği düşüncesidir. Dikkatli bir şekilde incelendiğinde, benzer bir durumun dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim alacaklının borçludan elde ettiği değer, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi amacıyla bu kişinin malvarlığına dâhil olmaktadır. Dolayısıyla bu değerden de nihai olarak üçüncü kişi faydalanmalı, ikame değer devrine ilişkin prensipler çerçevesinde, alacaklının, elde ettiklerini üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Önceki başlıkta da ele alındığı üzere⁴⁹, alacaklının elde ettiklerini devretmesi bakımından, niteliği itibarıyla yan bir yükümlülük olan iş birliği yapma yükümlülüğünden de faydalanılabilir. Bu yükümlülük uyarınca, alacaklı, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi için bu kişiyle iş birliği yapmakla yükümlüdür. Bu kapsamda alacaklı, nasıl ki üçüncü kişinin zararının tazmini amacıyla borçludan talepte bulunuyorsa, talep sonucu elde ettiklerini de üçüncü kişiye devretmek zorundadır. Alacaklının söz konusu devre yanaşmadığı hâllerde ise, yan yükümlülöklere aykırı bir davranış gündeme geleceği için alacaklının tazminat sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Alacaklının elde ettiklerini devretme yükümlülüğünün hukuki temeli noktasında, borçlar hukukunun genel hükümlerinden faydalanılabileceği gibi niteliğine uygun düştüğü ölçüde özel bazı hükümlerden de faydalanılabilir. Bu noktada dikkate alınması

⁴⁸ Bu hususta bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, a.

⁴⁹ Bu hususta bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, b.

gereken sözleşme ise, bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesidir. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, vekâlet sözleşmesine ait hükümler dolaylı temsil ve inançlı işlemlere ilişkin olay grubu bakımından kıyasen uygulanabilir. Diğer olay grupları bakımından ise kıyasen uygulama mümkün gözükmemektedir. Hatta karma inançlı işlemler bakımından da bu hükmün kıyasen uygulanması mümkün değildir. Zira söz konusu hükümler, çoğunlukla vekilin, kendi adına vekâlet veren hesabına hareket ettiği hâller bakımından önem taşımaktadır. Karma inançlı işlemler ise, inanılan kişinin menfaatine yapıldığı için vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin kıyasen uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Hâl böyle iken ilgili hüküm yalnızca dolaylı temsil ve saf inançlı işlemlerle sınırlı olarak uygulanmalı, olay grubunun niteliğine uygun düşmediği hâllerde kıyasen bir uygulama gündeme gelmemelidir.

Alacaklının borçludan elde ettiklerini üçüncü kişiye devretmesi bakımından yararlanılabilecek özel hüküm ise, TBK m. 508'dir. *“Hesap verme”* kenar başlıklı söz konusu hüküm uyarınca, *“vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.”* Söz konusu hükümden yola çıkılarak, alacaklının borçludan elde ettiklerini üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olduğu söylenebilir.

Bu noktada önemli bir hususun da vurgulanması gerekir. Her ne kadar bu çalışmada, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin talebin alacaklı tarafından ileri sürülmesi gerektiği görüşü benimsenmiş olsa da vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin kıyasen uygulandığı bazı hâllerde, üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunması da mümkündür⁵⁰. Nitekim TBK m. 507/f. III hükmünde, alt vekâlet ilişkilerinde, vekâlet verenin, vekilin alt vekile karşı olan taleplerini, doğrudan alt vekile karşı ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Yine TBK m. 509/f. I hükmünde, vekilin kendi adına vekâlet veren hesabına hareket ettiği durumlarda, üçüncü kişiden olan alacağının, vekâlet verene devri öngörülmüştür. Daha önce de vurgulandığı üzere, söz konusu hükümler zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemine çözüm getirmemektedir. Ancak zarar ve talep hakkı, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla yeniden bir araya getirilmekte ve böylelikle alacaklıya tazminat talep etme hakkı tanınmaktadır. Bu ihtimalde, alacaklının talep hakkının içi, üçüncü kişinin zararı ile doldurulmaktadır. Dolayısıyla burada TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509/f. I hükümlerinin devreye

⁵⁰ MARTI-SCHREIER, N. 335; BÄRTSCHI, s. 414; KOLLER, Haftung, s. 303.

girebileceği zemin oluşmuş durumdadır⁵¹. Bunun bir sonucu olarak, bazı hâllerde üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Zira üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının olduğu hâllerde, bu kişi kendisi talepte bulunabileceği için alacaklının elde ettiklerini devretmesinden de kural olarak bahsedilemeyecektir.

Sonuç itibarıyla, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı bazı hâllerde, alacaklının elde ettikleri devretme yükümlülüğünü tesis ederken, vekâlet sözleşmesinde hesap verme borcunu düzenleyen TBK m. 508 hükmünden faydalanılabilir. Ancak her bir somut olay bakımından, TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509/f. I hükümleri uyarınca üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının olup olmadığı da öncelikle kontrol edilmelidir⁵².

Son olarak ifade etmek gerekir ki, alacaklının, üçüncü kişinin zararının tazminini talep edip tazminatı kazandığı hâllerde, söz konusu tazminatın üçüncü kişiye devri bakımından, sözleşme hukuku kurallarına göre bir çözüm bulunamıyorsa, sebepsiz zenginleşme⁵³ veya vekâletsiz iş görmeye⁵⁴ ilişkin hükümler uygulanabilir.

Öğretide üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini temin etmek üzere daha radikal yöntemler üzerinde de durulmaktadır. Nitekim bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temel ilkelerine bağlı kalmakla birlikte, alacaklının, tazminatı yalnızca üçüncü kişiye ödenmek kaydıyla talep edebileceğini vurgulamaktadır. Çalışmanın takip eden başlığında, tazminatı kimin tahsil edebileceğine ilişkin bahse konu mesele hakkında ileri sürülen görüşler incelenecektir.

4. Tazminatı Kimin Tahsil Edeceği Meselesi

Tazminat talebinin yalnızca alacaklı tarafından ileri sürebileceğini kabul eden yazarlar, alacaklının, tazminatın kendisine ödenmesini mi yoksa sadece üçüncü kişiye ödenmesini mi isteyebileceği hususunda farklı fikirler ortaya atmaktadır. Bu tartışma bir önceki başlıkta ele alınan problemle de oldukça yakından ilişkilidir. Nitekim alacaklının, tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesini talep edebileceği kabul edilirse, alacaklının elde ettiklerini devretme yükümlülüğünden de bahsedilemeyecektir. Hâl böyle iken bu yükümlülüğü temin edecek yolların araştırılmasına da gerek kalmayacaktır.

⁵¹ MARTI-SCHREIER, N. 335; BÄRTSCHI, s. 414; KOLLER, Haftung, s. 303.

⁵² MARTI-SCHREIER, N. 335; BÄRTSCHI, s. 414; KOLLER, Haftung, s. 303.

⁵³ BÄRTSCHI, s. 418.

⁵⁴ BÄRTSCHI, s. 418; TANDOĞAN, Tazmin, s. 339-340.

Öğretide bu hususta ileri sürülen ilk görüş, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü bir kişinin zararı tasfiye edildiği için tazminatın alacaklı tarafından, doğrudan doğruya üçüncü bir kişiye ödenmek üzere istenebileceği yönündedir⁵⁵. Başka bir deyişle, alacaklı, tazminatın üçüncü kişiye devredilmek üzere, önce kendisine ödenmesini talep edemeyecektir. Bu ihtimalde hâkim tarafından, tazminatın doğrudan doğruya üçüncü kişiye ödenmesi hakkında bir hüküm verileceği için alacaklının haksız bir şekilde zenginleşmesinin de önüne geçilecektir⁵⁶.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, alacaklı, tazminatın yalnızca kendisine ödenmesini talep edebilir⁵⁷. Bu görüşü kabul edilen yazarlara göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, borç ilişkilerinin nispiliği prensibi görünürde de olsa muhafaza edilmektedir. Bu prensibin korunması adına, alacaklı tazminatın kendisine ödenmesini talep etmelidir⁵⁸.

Öğretide kabul edilen üçüncü ve son görüşe göre ise, alacaklı tazminatın kendisine ödenmesini isteyebileceği gibi üçüncü kişiye ödenmesini de isteyebilir⁵⁹.

Yukarıda bahsi geçen hususta bir karar vermeden önce, ileri sürülen bu görüşlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk görüş, alacaklının talebinin, tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesine yönelik olabileceğine ilişkindir. Bu görüş, usul ekonomisi ilkesinin hayata geçirilmesi için elverişli görünmektedir. Zira bu ihtimalde, tazminatı doğrudan üçüncü kişi elde edeceği için ayrıca bir devir prosedürüne de ihtiyaç kalmayacaktır. Ayrıca bu yöntem, tazminatın alacaklının alacaklıları tarafından haczedilmesinin de önüne geçecektir.

Ancak bu görüş bakımından, usul hukukunu ilgilendiren noktalarda, bazı problemlerin ortaya çıkması muhtemeldir. Nitekim usul hukuku kurallarına göre, bir

⁵⁵ VON TUHR, s. 566; REINHARDT, s. 118; KOLLER, Obligationenrecht, s. 1058, N. 61.22; TANDOĞAN, Tazmin, s. 332.

⁵⁶ TANDOĞAN, Tazmin, s. 332.

⁵⁷ REGELSBERGER, Ferdinand; "Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden den durch Vertragsbuch ein Dritter erleidet" iç. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41, 1900, s. 280; SCHOTT, s. 58.

⁵⁸ SCHOTT, s. 55.

⁵⁹ KRÜCKMANN, s. 309; MARTI-SCHREIER, N. 355.

davada taraf olmayan üçüncü kişiler hakkında karar verilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁰. Dolayısıyla her ne kadar dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü bir kişinin zararı tazmin edilse de hükme konu tazminatın, davaya taraf olan alacaklıya verilmesi gerekir. Tazminat talebinin, yalnızca üçüncü kişiye ödeme yapılmasına yönelik olması gerektiğini ileri süren yazarlar, usul hukukuna ilişkin bahse konu problemin, üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin prensiplerin uygulanması ile aşılabileceğini düşünmektedir. Bu görüşe göre⁶¹, nasıl ki üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren kişi, vaat edene karşı, üçüncü kişiye edada bulunması için dava açabiliyorsa, aynı prensip dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde de geçerli olmalı ve alacaklı, üçüncü kişiye edada bulunması için borçluya dava açabilmelidir.

Ne var ki bu görüşe ilişkin endişeler bununla sınırlı değildir. Nitekim alacaklının üçüncü kişiye karşı, hapis hakkına⁶² ilişkin bir menfaati olabilir. Bu ihtimalde tazminatın

⁶⁰ **KURU**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 3049; **BORAN GÜNEYSU**, Nilüfer; Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 213.

⁶¹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 332.

⁶² Öğretide *Tandoğan* bahse konu hapis hakkının, “BGB § 273 hükmünde düzenlenen, kendi edasını alıkoymak şeklinde tezahür eden şahsi mahiyette bir hapis hakkının icrası” olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu hükümde “kaçınma hakkı” (*Zurückbehaltungsrecht*) düzenlenmiş, taraflara, aynı hukuki ilişki yüzünden kendisine borçlanılan karşı edim kendi eline geçinceye kadar, kendi edimini ifa etmekten kaçınma hakkı veren şahsi nitelikte bir hapis hakkı tanınmıştır. Ne var ki söz konusu hakka ilişkin bir düzenleme İsviçre-Türk hukukunda bulunmamaktadır. Türk hukukunda yasal bir zemine oturtulmuş genel nitelikteki kaçınma haklarına çeşitli kanunlarda rastlamak mümkündür. TMK m. 950’de hüküm altına alınan hapis hakkı, TMK m. 994’te düzenlenen alıkoyma hakkı ve TMK m. 97, 98’de düzenlenen def’i hakları bunlara örnek olarak gösterilebilir. Ancak uygulamada, edimin ifasından kaçınma hakkı tanınmasını gerekli kılan ancak yukarıda bahsedilen kurumların kapsamına girmeyen ve kanunda açıkça düzenlenmeyen bazı durumların ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir. Öğretide bu durumun açık bir boşluk olarak değerlendirilerek ilgili boşluğun doldurulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu boşluk doldurulurken, dürüstlük kuralından faydalanılmakta ve BGB § 273 hükmünde düzenlendiği gibi bir hapis hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Söz konusu hapis hakkı, hakkın konusunun paraya çevrilebilirliği ve borçlunun iadeyi talep eden alacaklının rızası ile iade konusuna zilyet olup olmadığı hususlarında, aynı etkisi bulunan hapis hakkından ayrılmaktadır. Öte yandan ödemezlik def’inde edimler arasında mübadele ilişkisi bulunması gerekirken, söz konusu hapis hakkı bakımından bu tip bir mübadelenin varlığı aranmaz. Öğretide bu farklılıklar göz önünde bulundurularak, söz konusu hapis hakkı, “şahsi hapis hakkı” (*obligatorisches Retentionsrecht*) olarak adlandırılmıştır. Öğretide *Serozan*, bu hapis hakkını karşılamak üzere, “eksik hapis hakkı”, Barlas ise, “kişisel nitelikte alıkoyma

doğrudan üçüncü kişiye ödenmesi, alacaklının sahip olduğu hapis hakkının kullanılmasına engel teşkil edebilir⁶³.

Bahse konu iki problem göz önünde bulundurulduğunda, alacaklının, tazminatın üçüncü kişiye vermek üzere kendisine ödenmesini talep etmesi, daha makul görünmektedir. Bunun yanında hem talebin alacaklı tarafından ileri sürülmesini kabul etmek hem de tazminatın ancak üçüncü kişiye ödenmesi gerektiğini ileri sürmek de tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. Zira tazminattan, doğrudan doğruya üçüncü kişinin yararlanması arzu ediliyorsa, borç ilişkilerinin nispiliği prensibine bir istisna getirilerek, bu kişiye bağımsız bir talep hakkı verilebilir. Ancak bir taraftan bu prensibi muhafaza etmeye çalışırken, diğer taraftan da bu prensibi zedeleyecek bir yaklaşım benimsemek tutarlı olmayacaktır.

5. Alacaklının Dava Açmada Hukuki Yararının Bulunup Bulunmadığı Meselesi

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının gündeme geldiği hâllerde, ortaya çıkabilecek usuli bazı sorunların da çözüme kavuşturulması gerekir. Bunların başında da niteliği itibarıyla bir dava şartı olan hukuki yarar meselesi gelmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 114 hükmünde, dava şartları düzenlenmiş olup, aynı hükmün I-h fıkrasında, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm uyarınca hukuki yarar, davanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir dava şartı olduğu için bu şartın yokluğu davanın usulden reddedilmesi sonucunu doğurur⁶⁴.

hakkı", ifadelerini kullanmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 332, dpn. 43; **VON TUHR/ESCHER**, s. 68 vd.; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 29, N. 2216; **KOLLER**, Obligationenrecht, s. 662 vd., N. 40.23 vd.; **SEROZAN**, Borçlar, § 6, s. 96-97, N. 21; **BARLAS**, Nami; Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 74-75; **PEKMEZ**, Cüneyt; Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 379 vd.

⁶³ Öğretide hapis hakkının kullanılamaması tehlikesinin, tazminatın üçüncü kişiye ödenmesi yerine tevdi edilmesi ve üçüncü kişiyle alacaklı arasındaki uyuşmazlığın sonuçlandırılmasına müteakip üçüncü kişiye ödenmesi suretiyle bertaraf edilebileceği ileri sürülmektedir. **VON TUHR**, s. 571; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 332-333.

⁶⁴ **ALANGOYA**, H. Yavuz/**YILDIRIM**, M. Kâmil/**DEREN-YILDIRIM**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 190; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**,

Öğretide hukuki yarar, “davacının talep ettiği şeye bağlanan, hukuki ve meşru, doğrudan ve kişisel, doğmuş ve güncel olması durumunda bu talebi kabule şayan kılan ve yokluğu hâlinde davacının dava yetkisinin olmadığı değer” olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Hukuki yararın, çoğunlukla hukuken korunmaya değer bir hak inkâr veya ihlal edildiğinde ya da bir zarar ortaya çıktığında var olduğu kabul edilir⁶⁶.

Öğretide bu yaklaşım çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Nitekim söz konusu unsurların hukuki yararı tespit ederken dikkate alınması, bir başka deyişle maddi hukuk ile bağlantı kurulması, uyuşmazlığın esasına girilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu da niteliği itibarıyla dava şartı olan ve yokluğu davanın usulden reddedilmesine yol açan hukuki yarar bakımından isabetsiz olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. Bu eleştiri, usul hukuku teorisi anlamında doğru olsa da birçok durumda hukuki yararın tespiti için belirli ölçüde uyuşmazlığın esasına girmek durumunda kalınır. Daha önce de vurgulandığı üzere, hukuki yararın tespitinde çoğunlukla maddi hukuktan faydalanılmaktadır. Hâl böyle iken söz konusu durum bir nev’i zorunluluk arz etmektedir.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklı, üçüncü bir kişinin zararının tazmin edilmesi için dava açmaktadır. Bu ihtimalde alacaklı, her ne kadar borç ilişkisinin bir tarafı olsa da kendisinin herhangi bir zararının bulunmaması, bu davayı açmakta hukuki bir yararının da olmadığı şüphesini doğurmaktadır. Özellikle de alacaklının talebinin üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine yönelmesi, söz konusu şüpheyi oldukça artıran bir husustur. Bu durum, kurumun uygulanmasının yaygın olmadığı hukukumuzda, açılan davanın usulden reddedilmesine sebep olabilecek niteliktedir.

Ancak önceki başlıklarda da incelendiği üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde, alacaklının talebi ileri sürme veya devretme noktasında, üçüncü kişiye karşı bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu da alacaklının, üçüncü kişinin zararının tazmininin talep edilmesi hususunda hukuki bir

Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 212, N. 79; TANRIVER, Süha; Medeni Usul Hukuku C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 636 vd.

⁶⁵ HANAĞASI, Emel; Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 345.

⁶⁶ POSTACIOĞLU, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 196; HANAĞASI, s. 346.

⁶⁷ HANAĞASI, s. 346.

yararının bulunduğu anlamına gelir⁶⁸. Zarar ve talep hakkının kurumun uygulanması ile yeniden bir araya getirilmesi, bu yararın varlığını ortaya koyan bir durumdur.

Öğretide, alacaklının dava açmadaki hukuki yararının ispatı bakımından, başkasının hakkını takip yetkisindeki (dava takip yetkisi) prensiplerden de faydalanılabileceği ifade edilmektedir⁶⁹. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklı, borç ilişkisine taraf olduğu için taraf sıfatına sahiptir⁷⁰. Dolayısıyla bu ihtimalde takip yetkisine ilişkin prensipler, ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir.

Başkasının hakkını takip yetkisinde, dava takip yetkilisinin hem davayı takip etme konusunda hem de uyuşmazlık konusunda hukuki yararının bulunması gerekmektedir⁷¹. Söz konusu hukuki yararın tespitinde ise, dava takip yetkisinin bulunduğu hâllerde karşılaşılan üçlü ilişkiden, ikisi önem arz eder. Bunlardan ilki, dava takip yetkisinin temelini teşkil eden, dava takip yetkilisi ile asıl hak sahibi arasındaki iç ilişki, diğeri ise asıl hak sahibi ile karşı taraf arasındaki maddi hukuk ilişkisidir⁷².

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişi ile borçlu arasında herhangi bir borç ilişkisi bulunmadığı için (veya haksız fiilde olduğu gibi elverişli olmadığı için), incelemeye tabi tutulması gereken ilişkiler, alacaklı-borçlu ve alacaklı-üçüncü kişi arasındaki ilişkilerdir. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkideki hukuki yarar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlanması ile gerçekleşmektedir. Zira bu kurum vasıtasıyla birbirinden ayrılan zarar ve talep hakkı, yeniden bir araya getirilmektedir. Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişki bakımından bir değerlendirme yapıldığında, alacaklının talep hakkını ileri sürme veya en azından devretmeye ilişkin bir yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Dolayısıyla bu ilişki bakımından da hukuki yarar şartının sağlandığı rahatlıkla söylenebilir.

⁶⁸ MARTI-SCHREIER, N. 346 vd.

⁶⁹ MARTI-SCHREIER, N. 347.

⁷⁰ MARTI-SCHREIER, N. 347.

⁷¹ LÖTSCHER, Cordula; Die Prozessstandschaft im schweizerischen ZivilprozessGrundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, s. 91, N. 211; DİŞEL, Buse; Dava Takip Yetkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 159.

⁷² DİŞEL, s. 160.

Sonuç itibarıyla, alacaklının, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna dayanarak borçludan talepte bulunduğu hâllerde, açılan dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmemeli, uyuşmazlığın esasına girilerek kurumun uygulanma şartlarının sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmelidir. Hukuki yarar şartı bakımından maddi hukukun, usul hukukunun bir adım önünde ilerlediği gerçeği göz önünde bulundurulmalı, maddi hukuk tarafından izin verilenler, usul hukuku vasıtasıyla engellenmemelidir⁷³.

Hukuki yarar ile bağlantılı bir diğer mesele de üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmini bakımından bu kişinin rızasının gerekip gerekmediğidir. Daha önce de vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile alacaklının zenginleşmesi amaçlanmaz⁷⁴. Bu sebeple de alacaklının, borçludan elde ettiklerini devretmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte üçüncü kişinin, kendisinin uğradığı zararın tazminini istememesi de ihtimal dâhilindedir. Nitekim üçüncü kişi, borçlu ile arasındaki özel bir ilişki sebebiyle zararının tazmin edilmesini arzu etmeyebilir⁷⁵. Bu ihtimalde alacaklı ile borçlu arasında bir dava sürecinin yürütülmesi anlamsız olacaktır. Ayrıca borçlu, dava sebebiyle alacaklıya ödeme yapmışsa, bu ödemenin geri alınmasına yönelik bağımsız bir dava sürecinin izlenmesi de gerekecektir. Bu noktada alacaklının boşa çaba göstermesinin ve zenginleşmesinin önüne geçmek için üçüncü kişinin rızası aranmalıdır⁷⁶. Söz konusu rıza dava açılmadan önce izin şeklinde verilebilir⁷⁷. Açılan davada, dosyada rızaya ilişkin bir husus yoksa HMK m. 115/f. II hükmü uyarınca kesin süre verilmeli, bu sürede üçüncü kişinin rızası sağlanamazsa, dava hukuki yarar yokluğundan ötürü usulden reddedilmelidir⁷⁸.

6. Üçüncü Kişinin Davaya Katılımı

Alacaklının üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini talep ettiği bazı hâllerde, bu davaya üçüncü kişinin katılımı da gerekebilir. Özellikle de alacaklının, davada başarısız

⁷³ MARTI-SCHREIER, N. 347.

⁷⁴ MARTI-SCHREIER, N. 348.

⁷⁵ MARTI-SCHREIER, N. 348.

⁷⁶ MARTI-SCHREIER, N. 350.

⁷⁷ MARTI-SCHREIER, N. 350.

⁷⁸ MARTI-SCHREIER, N. 350.

olması sebebiyle üçüncü kişinin kendisinden talepte bulunacağını düşündüğü durumlarda, bu davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesi gündeme gelir⁷⁹.

Davanın ihbarı müessesesi, HMK m. 61’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, taraflardan biri, davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat tamamlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir. İhbar yazılı şekilde yapılır ve ihbarın içeriğinde, ihbar sebepleri ile tahkikatın hangi aşamada olduğuna ilişkin bilgi verilir.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının HMK m. 61 vd. hükümleri uyarınca, davayı üçüncü kişiye ihbar etmesi mümkündür⁸⁰. Davanın kaybedilme ihtimalinde üçüncü kişi, alacaklının dava sürecini özensiz yürüttüğünü ve böylelikle kendisine karşı olan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürebilir. İşte bu noktada üçüncü kişinin kendisine karşı olabilecek taleplerinden çekinen alacaklı, açtığı davayı ona ihbar edebilir.

Alacaklının davayı ihbar etmesine binaen, üçüncü kişinin davaya fer’i müdahil olarak katılması da mümkündür⁸¹. Türk hukukunda fer’i müdahale kurumu, HMK m. 66 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. HMK m. 66 hükmüne göre, üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar davada fer’i müdahil olarak yer alabilir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde temel amaç, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi olduğu için alacaklının davayı kazanmasında üçüncü kişinin de hukuki yararının bulunduğu söylenebilir⁸². Zira dava sonucunda verilecek karar, üçüncü kişinin hukuki durumunu da etkilemektedir. Bu da üçüncü kişinin davaya müdahil olma hususunda menfaati olduğunu gösteren bir durumdur.

İhbar ve fer’i müdahalenin üçüncü kişiye olan etkisi, HMK m. 69 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, fer’i müdahilin yer aldığı asıl davada hüküm, yalnızca taraflar hakkında verilmektedir. Fer’i müdahil ile yanında davaya

⁷⁹ ÜSTÜNDAĞ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 384; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 180, N. 732; TANRIVER, s. 572.

⁸⁰ MARTI-SCHREIER, N. 357.

⁸¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 384-385; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 159; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 180, N. 733; TANRIVER, s. 573; PEKCANITEZ, Hakan/MERİÇ, Nedim; Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahâle, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 220 vd.

⁸² MARTI-SCHREIER, N. 359.

katıldığı kişi arasında bir rücu ilişki söz konusu ise, fer'i müdahilin asıl davada yanlış karar verildiğine ilişkin iddiası dinlenmez. Ne var ki müdahil, zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katılmışsa veya yanında davaya katıldığı kişi iddia ve savunma imkânlarının kullanılmasını engellemişse ya da müdahil kişinin bilmediği iddia ve savunmalar, yanında davaya katıldığı tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılamamışsa, bu kişinin yargılamayı hatalı yürüttüğü iddiası ileri sürülebilir. Fer'i müdahale bakımından gündeme gelen bu sonuçlar, davanın ihbarı bakımından da geçerlidir. Nitekim HMK m. 64 hükmünde, ihbar edilen davada verilen hükmün ihbar eden kişiye etkisi bakımından, HMK m. 69/f. II hükmünün kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir.

7. Üçüncü Kişiye Dava Takip Yetkisi Verilip Verilemeyeceği Meselesi

Önceki başlıklarda da ifade edildiği üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun köklerinin bulunduğu Alman hukukundaki çoğunluk görüşü, üçüncü kişinin zararının tazmininin, alacaklı tarafından ileri sürüleceğini kabul etmektedir. Bu görüşü kabul eden yazarlardan bazıları, alacaklının üçüncü kişiye dava takip yetkisi verebileceğini, bu sayede tazminattan nihai olarak yararlanacak üçüncü kişinin dava sürecine dâhil olabileceğini vurgulamaktadır⁸³. Alman hukukunda kabul edilen bu görüşün, hukukumuzda da geçerli olup olmayacağını inceleyebilmek için dava takip yetkisine ilişkin genel prensiplerin incelenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda dava takip yetkisine ilişkin temel düzenleme, HMK m. 52'de yer almaktadır. İlgili hükme göre, dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisini ifade eder. Söz konusu yetki, kanunda gösterilen istisnalar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Dava takip yetkisi, genellikle uyuşmazlığın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin tarafına aittir⁸⁴. Dolayısıyla maddi hukuk ilişkisinin tarafları, kural olarak tek başına davayı takip etmeye yetkilidir⁸⁵. Ancak istisnai durumlarda, maddi hukuk ilişkisinin dışında kalan üçüncü bir kişi de davayı yürütebilir. Üçüncü bir kişinin başkasına ait olan bir hakkı ileri sürerek davaya taraf olması ve söz

⁸³ ESSER/SCHMIDT, s. 268; BÜDENBENDER, NJW, s. 988; GOMILLE, s. 628; OETKER, BGB § 249, N. 294; HENN, s. 377; LEE, s. 93.

⁸⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 118; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 155, N. 627; LÖTSCHER, s. 25, N. 47; TANRIVER, s. 523; DİŞEL, s. 64.

⁸⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 118; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 155, N. 627; TANRIVER, s. 523; DİŞEL, s. 64.

konusu davayı kendi adına yürütebilmesi için maddi hukuk ilişkisinin dışında kalan bu kişiye, özel bir dava takip yetkisinin verilmesi gerekir⁸⁶.

Başkasının hakkını takip yetkisi temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilkine, “*kanuni dava takip yetkisi*” (*gesetzliche Prozessstandschaft*) adı verilir⁸⁷. Kanuni dava takip yetkisinde, kanun, hak sahibi dışında üçüncü bir kişiye, kendi adına dava takip yetkisi vermektedir⁸⁸. Başkasının hakkını takip yetkisinin diğer türü ise, “*iradi dava takip yetkisi*”dir (*gewillkürte Prozessstandschaft*)⁸⁹. İradi dava takip yetkisinde, hak sahibi kişi, sahip olduğu dava takip yetkisini üçüncü bir kişiye devretmektedir⁹⁰.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini, bağımsız bir kurum olarak kanunda düzenlenmediğinden, bu kurumun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişiye kanuni bir dava takip yetkisi verildiğinden söz edilemez. Bir başka deyişle, konu ile olan bağlantısı sebebiyle ele alınması gereken dava takip yetkisi türü, iradi dava takip yetkisidir⁹¹.

İradi dava takip yetkisi, 20. yüzyılın başlarında Almanya’da kabul edilmiştir⁹². Alman hukukunda bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüş olsa da birtakım şartların sağlanması koşuluyla, iradi dava takip yetkisinin verilebileceği kabul edilmektedir⁹³. Ancak aynı durum, İsviçre-Türk hukuku bakımından geçerli değildir. Zira İsviçre-Türk hukukundaki temel yaklaşım, iradi dava takip yetkisi verilemeyeceği yönündedir⁹⁴. Hukukumuzda dava takip yetkisini düzenleyen HMK m. 53 hükmü de bu yaklaşımı

⁸⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 118; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 629, N. 155; TANRIVER, s. 523; DİŞEL, s. 64.

⁸⁷ WETH, Stephan; Allgemeine Vorschriften iç. Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz Musielak/Voit Kommentar, 21. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2024, ZPO § 51, N. 19; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 120; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 156, N. 634; LÖTSCHER, s. 64, N. 142; DİŞEL, s. 74.

⁸⁸ WETH, ZPO § 51, N. 19; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 118; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 156, N. 634; LÖTSCHER, s. 64, N. 142; DİŞEL, s. 74.

⁸⁹ WETH, ZPO § 51, N. 26, 26a; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 120; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 156, N. 634; LÖTSCHER, s. 255, N. 606; DİŞEL, s. 97.

⁹⁰ WETH, ZPO § 51, N. 25; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 120; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 156, N. 634; LÖTSCHER, s. 255, N. 606; DİŞEL, s. 97.

⁹¹ ESSER/SCHMIDT, s. 268; BÜDENBENDER, NJW, s. 988; GOMILLE, s. 628; OETKER, BGB § 249, N. 294; HENN, s. 377; LEE, s. 93.

⁹² LÖTSCHER, s. 255, N. 606; DİŞEL, s. 97.

⁹³ Alman hukukunda davalı taraf bakımından iradi dava takip yetkisinin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir (WETH, ZPO § 51, N. 26).

⁹⁴ LÖTSCHER, s. 256, N. 607; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 156, N. 634; DİŞEL, s. 100.

destekler niteliktedir. Nitekim ilgili hükümde, dava takip yetkisinin, kanunda gösterilen istisnai hâller dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirleneceği düzenlenmiştir. Bu durumun bir yansıması olarak, hak sahibi dışında üçüncü bir kişinin dava takip yetkisine sahip olabilmesi için kanunda bu yönde açık bir düzenlemenin varlığı gerekir. Dava takip yetkisinin, kanunda gösterilen istisnai hâller dışında maddi hukuka ilişkin haktan bağımsız olarak devredilemeyeceğini öngören bu prensip göz önünde bulundurulduğunda, hak sahibi dışında üçüncü bir kişiye iradi dava takip yetkisinin verilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

Sonuç itibarıyla, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde, alacaklının üçüncü kişiye dava takip yetkisi verebileceğine ilişkin bahse konu görüşün, hukukumuzda uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira İsviçre-Türk hukukunda üçüncü kişinin davayı kendi adına takip edebilmesi için ilgili temel hakka da sahip olması gerekir. Bu da ancak alacaklının dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla elde ettiği alacak hakkını, üçüncü kişiye devretmesiyle mümkün olabilir. Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, alacaklı, söz konusu kurum vasıtasıyla içini doldurduğu talep hakkını üçüncü kişiye devredebilecektir. Dolayısıyla üçüncü kişinin davayı takip etmesi arzu ediliyorsa, bunun yöntemi iradi dava takip yetkisi değil, alacağın devri olmalıdır.

8. Alacaklının İflas Tehlikesine Karşı Üçüncü Kişinin Korunması Problemi

Üçüncü kişinin zararının alacaklı vasıtasıyla tazmin edildiği hâllerde, alacaklının iflas etmesi ihtimalinde, üçüncü kişinin nasıl korunacağı sorusuna yanıt vermek gerekir. Zira 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 184'üncü maddesinin ilk fıkrası uyarınca, iflasın açıldığı hâllerde, iflas eden kişinin haczi kabil tüm malları, nerede bulunursa bulunsun bir masa teşkil etmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak, alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini talep ettiği ve bu tazminatı elde ettiği hâllerde, söz konusu tazminat da alacaklının iflas masasına dâhil olacaktır. Bu da üçüncü kişinin, alacaklının diğer alacaklıları gibi gameden pay almakla yetinmesi tehlikesini beraberinde getirecektir. Öğretide bu tehlikenin, üçüncü kişiye ayırma hakkının verilmesiyle (*Aussonderungsrecht*) bertaraf edilebileceği ileri sürülmektedir⁹⁵. Ancak söz konusu ayırma hakkının nasıl temellendirileceği meselesi hakkında farklı görüşler ortaya atılmaktadır.

⁹⁵ VON TUHR, s. 574 vd.; TRAUGOTT, s. 107; PUHLE, s. 144; KRÜCKMANN, s. 303 vd.; TANDOĞAN, Tazmin, s. 337.

Öğretide bazı yazarlar, üçüncü kişiye genel olarak bir ayırma hakkı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹⁶. Bu yazarlara göre⁹⁷, borçludan alınan tazminat, başlangıçtan itibaren üçüncü kişiye devredilmesi gereken, gerçek anlamda geçici bir kalem (*echte Durchgangsposten*) niteliğindedir. Hâl böyle iken alacaklının alacaklıları, bu tazminattan faydalanmamalı, tazminat alacağı veya tazminat bedeli (tahsil edildiği durumlarda) iflas masasından ayrılabilmelidir⁹⁸.

Öğretide diğer bazı yazarlar ise, TBK m. 509 (OR Art. 401) hükmünde yer alan ayırma hakkına ilişkin düzenlemeden yararlanılabileceğini ifade etmektedir⁹⁹. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiği durumlarda, üçüncü kişilerden olan alacaklarının vekâlet verene yasal olarak devri düzenlenmiş, ikinci fıkrasında ise vekilin iflas ettiği¹⁰⁰ hâllerde, bu alacağın iflas masasına karşı da ileri sürülebileceği ifade edilmiştir.

Bu hükmün bahse konu problemi çözmekte kullanılabileceğini savunan yazarlardan bazıları, hükmün uygulama alanını yalnızca dolaylı temsil ile sınırlamaktadır. Bu yazarlara göre, söz konusu hüküm istisnai bir mahiyette olduğundan diğer durumlara genişletilmesi mümkün değildir¹⁰¹.

⁹⁶ KRÜCKMANN, s. 303 vd.

⁹⁷ KRÜCKMANN, s. 304.

⁹⁸ KRÜCKMANN, s. 303.

⁹⁹ Alman hukukunda TBK m. 509 (OR Art. 401) hükmüne karşılık gelen düzenleme, HGB § 392'dir. İlgili hüküm uyarınca, komisyoncu tarafından yapılan işlemlerden doğan alacaklar devirden sonra vekâlet veren tarafından borçluya karşı ileri sürülebilir. Ancak söz konusu alacaklar, devredilmemiş bile olsa müvekkil ile komisyoncu veya komisyoncunun alacaklıları arasındaki ilişkide müvekkilin alacağı olarak kabul edilir. Ayrıca bkz. TRAUGOTT, s. 107; PUHLE, s. 143-144. İsviçre-Türk hukuku için bkz. TANDOĞAN, Tazmin, s. 337.

¹⁰⁰ Her ne kadar hükümde, yalnızca vekilin iflasından bahsedilmiş olsa da öğretide haciz, ihtiyati haciz ve konkordato hâllerinde de ayırma hakkının ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. FELLMANN, OR Art. 401, s. 681, N. 133; GEHRER CORDEY, Carole L./GIGER, Gion; Obligationenrecht-Einzelne Vertragsverhältnisse-Art 184-529 OR und Innominatverträge iç. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023, OR Art. 401, s. 1052-1053, N. 13.

¹⁰¹ VON TUHR, s. 575. Öğretide Puhle, HGB § 392 hükmü üzerinden bir değerlendirme yapmış, komisyon sözleşmelerinde vekâlet verenin ayırma hakkını kullanılabileceğini ifade etmiştir. Ancak yazara göre söz konusu hükmün BGB'de düzenlenen diğer dolaylı temsil hâllerine uygulanması mümkün değildir. Puhle, üçüncü kişinin ayırma hakkının, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun doğasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Zira söz konusu kurumun uygulandığı

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise¹⁰², söz konusu hüküm, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı tüm hâllerde uygulanabilir. Ancak bu görüş bakımından *Tandoğan'ın* vurguladığı bir noktaya dikkat çekmek gerekir¹⁰³. O da ilgili hükmün, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini esastan çözmediği ve üçüncü kişinin zarar gördüğü tüm durumlarda, bu kişiye bağımsız bir talep hakkı vermek için kullanılamayacağıdır. Gerçekten de söz konusu düzenleme, yalnızca alacaklının iflas ettiği durumlara özgü olarak, tazminattan üçüncü kişinin faydalanmasını temin etmek adına kıyasen uygulanabilir. Bir başka deyişle, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, tazminat talep etme hakkı alacaklıya aittir. Ancak alacaklının iflası gibi bir durum ortaya çıktığında, üçüncü kişi, alacaklıya karşı olan borçlarını yerine getirirse, yasal devir gerçekleşmiş gibi ayırma hakkını iflas masasına karşı ileri sürebilecektir.

B. Üçüncü Kişiye Bağımsız Bir Talep Hakkı Verilmesi Gerektiği Görüşü

1. Genel Olarak

Daha önce de vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümünde, üçüncü kişinin zararı alacaklı vasıtasıyla ileri sürülmektedir. Ancak öğretilde bazı yazarlar, üçüncü kişiye bir talep hakkı vererek, kurumun klasik görünümünde ortaya çıkması muhtemel olan bazı problemlerin önüne

hâllerde, alacaklının borçluya karşı bir talep hakkı olmasına karşın, bu talep üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi adına ileri sürülmektedir. Dolayısıyla ekonomik açıdan bakıldığında talep hakkının sahibi alacaklı değil, üçüncü kişidir. Tüm bu sebeplerle, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının iflas ettiği durumlar bakımından üçüncü kişiye ayırma hakkı tanınmalıdır (PUHLE, s. 144). Öğretilde *Reinhardt* da komisyon ilişkileri dışında HGB § 392 hükmünün kıyasen uygulanamayacağını ifade etmektedir. Yazara göre, alacaklının üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin talebi, kendi malvarlığının içerisinde yer almamaktadır. Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin talep, iflas edenin malvarlığı içerisinde bulunmuyorsa, üçüncü kişi iflastan etkilenmemeli, bunun bir sonucu olarak da ayırma hakkını kullanabilmelidir. Ancak yazara göre, üçüncü kişi, tazminat alacağının, sadece normal ifa hâlinde gameden kendisine düşebilecek pay nisbetinde ayrılmasını isteyebilir (REINHARDT, s. 121 vd.).

¹⁰² TANDOĞAN, Tazmin, s. 337.

¹⁰³ TANDOĞAN, Tazmin, s. 337.

geçmek istemektedir¹⁰⁴. Üçüncü kişinin, zararlarının tazmin edilmesi için tabiri caizse alacaklıya muhtaç olması, bu görüşün gelişmesinde önemli bir etken olmuştur.

Üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesi gerektiğine ilişkin söz konusu görüşler, kurumla ilgili diğer meselelerde de olduğu gibi yeknesak bir görünüme sahip değildir. Nitekim bazı yazarlar, üçüncü kişiye genel olarak tazminat talep etme hakkı tanıma fikrini taşıırken¹⁰⁵, bazıları da söz konusu talebin, yalnızca alacaklının tazminat talebini ileri sürmekten veya temlik etmekten kaçındığı hâllerle sınırlı olmak üzere bahsedilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁶.

Hemen belirtmek gerekir ki bu çalışmada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümüne sadık kalınmış, üçüncü kişinin zararının, alacaklı vasıtasıyla ileri sürülmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir. Borç ilişkilerinin nispiyeti prensibinin görünürde de olsa muhafaza edilmesi ve kurumu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden ayırt etme kaygısı, bu kabulün altında yatan temel sebeplerdir.

Ne var ki her durumda üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunmadığı söylenemez. Nitekim kanun belirli hâllerde hem dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına hem de üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesine imkân sağlayabilir. Hâl böyle iken, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesini savunan görüşlerin de incelenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda öncelikle ilgili mesele hakkında ileri sürülen farklı görüşler ele alınacaktır. Ardından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı bazı hâllerde, üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkına sahip olabileceği ihtimaller değerlendirilecektir. Son olarak da üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesinin, alacaklının talep hakkına olan etkisi ile bu kabulün beraberinde getireceği mükerrer ödeme riski problemi üzerinde durulacaktır.

¹⁰⁴ **MÜLLER-ERZBACH**, Rudolf; “Reichsgericht und Interessenjurisprudenz”, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Festgabe der juristischen Fakultäten zu 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts), Bd. II, Berlin und Leipzig 1929, s. 161 vd.; **VON TUHR**, s. 581 vd.; **VON TUHR/ESCHER**, s. 113-114; **OK**, s. 159-160.

¹⁰⁵ **MÜLLER-ERZBACH**, Interessenjurisprudenz, s. 165.

¹⁰⁶ **VON TUHR/ESCHER**, s. 113-114; **VON TUHR**, s. 581 vd.

2. Üçüncü Kişiy e Her Durumda Bağımsız Bir Talep Hakkı Verilmesi Gerektiğini Savunan Görüş

Öğretide bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişiy e bağımsız bir talep hakkı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu yazarlara göre¹⁰⁷, üçüncü kişinin, borçludan alacaklının yardımı olmaksızın tazminat talep edebilmesini, doğrudan doğruya kanundan çıkarmak pek de mümkün değildir. Öğretide bu durum göz önünde bulundurularak, menfaatlerin bağdaştırılmasına dayalı bir yöntem (*Interessenjurisprudenz*) benimsenmektedir¹⁰⁸. Bu görüşün temsilcilerinden olan *Müller-Erzbach*, üçüncü kişinin zararının tazmini problemini dolaylı temsil bağlamında ele almış, menfaatlerin bağdaştırılması yöntemi ve Alman içtihatları dikkate alındığında, temsil olunan üçüncü kişiy e bağımsız bir talep hakkı verilebileceğini ifade etmiştir¹⁰⁹. *Müller-Erzbach*, Alman mahkeme içtihatları üzerinden yaptığı inceleme sonucunda, üçüncü kişinin hesabına hareket edilmediği durumlarda bile üçüncü kişinin zararının tazmininin onaylanacağını vurgulamış, özellikle üçüncü bir kişinin menfaatinin sözleşmeye dâhil edilerek muhafaza altına alındığı durumlarda bu kabulün geçerli olacağını ifade etmiştir¹¹⁰.

Müller-Erzbach dışındaki bazı yazarlar da üçüncü kişinin zararının tazmininin gerekli olduğu hâllerde, üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunabileceğini ifade etmiş, bu görüşü inşa ederken de olması gereken hukukun bu yönde ilerlediğine vurgu yapmıştır¹¹¹.

3. Üçüncü Kişiy e Belirli Durumlarla Sınırlı Olmak Üzere Bağımsız Bir Talep Hakkı Verilmesi Gerektiği Görüşü

Öğretide *Von Tuhr*, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde, üçüncü kişiy e, doğrudan borçluya başvurma hususunda bir talep hakkı bahsedilebileceğini kabul etmekte ancak bu imkânı belirli durumlarla sınırlamaktadır¹¹². Yazara göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun

¹⁰⁷ Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 342.

¹⁰⁸ **MÜLLER-ERZBAHCH**, Rudolf; Die Grundsätze der Mittelbaren Stellvertretung, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1905, s. 30; **MÜLLER-ERZBACH**, Interessenjurisprudenz, s. 161 vd.

¹⁰⁹ **MÜLLER-ERZBACH**, Mittelbaren Stellvertretung, s. 30.

¹¹⁰ **MÜLLER-ERZBACH**, Interessenjurisprudenz, s. 165.

¹¹¹ Bu yazarlar için bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 343.

¹¹² **VON TUHR/ESCHER**, s. 113.

uygulama alanı bulduğu hâllerde, alacaklı, tazminat talebini borçluya karşı ileri sürmekten veya bu hakkı üçüncü kişiye devretmekten imtina edebilir¹¹³. Bu ihtimalde üçüncü kişi, borçlunun davranışları sebebiyle uğradığı zararın tazminini, alacaklı vasıtasıyla sağlayamayacaktır. Yazar en azından bu hâllerde, üçüncü kişiye, doğrudan borçluya başvurma imkânı verecek bir talep hakkı bahşedilmesinin uygun olacağını ifade etmektedir¹¹⁴. Ancak bu hususta *Von Tuhr*, alacaklının talebi ileri sürmekten kaçınması veya devirden imtina etmesi gerektiği şartının yanında, üçüncü kişinin önemli zorlukları bertaraf etmeksizin, alacaklıya dava açamamasının da gerekli olduğuna vurgu yapmaktadır. Öğretide, alacaklının borç ödeme hususunda acze düşmesinin, önemli zorlukları bertaraf etmeksizin dava açamama hâline örnek olarak gösterilebileceği ifade edilmektedir¹¹⁵.

Öğretide *Tandoğan* ise, üçüncü kişinin edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hâllerde, bu kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesi gerektiği görüşünü ayrı bir başlık altında incelemektedir¹¹⁶. Önceki bölümlerde de vurgulandığı üzere, *Tandoğan*, üçüncü kişinin edime yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü durumları, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi içerisinde değerlendirmektedir. Ancak bugün gelinen noktada, üçüncü kişinin edime yakınlığı sebebiyle zarar gördüğü hâller, bağımsız bir kurum olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında ele alınmaktadır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borç ilişkilerinin nispiyeti prensibine getirilen bir istisna olduğu için bu kurumun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin borçluya karşı bağımsız bir talep hakkı bulunmaktadır. Bu itibarla, söz konusu görüşün artık dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi içerisinde değerlendirilmesine gerek kalmamıştır.

4. Kanunun İmkân Sağladığı Hâller

Önceki bölümlerde de incelendiği üzere, Kanun'da belirli hâller bakımından üçüncü kişiye, borçludan talepte bulunma imkânı verilmiştir. Söz konusu düzenlemelere örnek olarak TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509/f. I hükümleri gösterilebilir. İlgili düzenlemeler, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasını dışlayan düzenlemeler değildir. Zira her iki hükümde de vekilin, alt vekile veya üçüncü kişiye (çalışmanın terminolojisinde borçlu) karşı sahip olduğu haklara vurgu yapılmış,

¹¹³ VON TUHR/ESCHER, s. 113.

¹¹⁴ VON TUHR/ESCHER, s. 113.

¹¹⁵ TANDOĞAN, Tazmin, s. 343.

¹¹⁶ TANDOĞAN, Tazmin, s. 346 vd.

TBK m. 507/f. III hükmünde, vekâlet verenin de bu haklara sahip olabileceği, TBK m. 509/f. I hükmünde ise söz konusu hakların vekâlet verene yasal olarak devredilebileceği düzenlenmiştir.

Daha önce de vurgulandığı üzere¹¹⁷, söz konusu düzenlemelerin yarattığı asıl problem, belirli durumlarda zarar görmeyen vekilin, alt vekile veya işlem yaptığı kişiye karşı tazminat talep etme hakkının bulunmamasıdır. Vekilin bu yönde bir talep hakkının bulunmaması, vekâlet vereni de etkilemekte, bu durumun bir sonucu olarak ya vekâlet veren söz konusu hakka sahip olmamakta ya da vekile ait olmayan bir hak vekâlet verene yasal olarak devredilememektedir.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde ise, vekil bu kurum sayesinde üçüncü kişinin (vekâlet verenin) zararlarının tazminini talep etme hakkına sahip olmaktadır. İşte bu noktada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu takiben, ilgili hükümler devreye girebilir. Nitekim söz konusu kurum vasıtasıyla vekâlet veren kişinin zararı, vekilin talep hakkının yanına çekilmekte, vekilin (alacaklı) zararının bulunmadığı savunmasına itibar edilmemektedir. Vekilin, alt vekile veya işlem yaptığı kişiye karşı dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan bir talep hakkının bulunması, aynı hakka TBK m. 507/f. III uyarınca vekâlet verenin de sahip olması anlamına gelmektedir. Keza vekilin, vekâlet veren hesabına, kendi adına hareket ettiği hâllerde, söz konusu hakkın TBK m. 509/f. I uyarınca vekâlet verene yasal olarak devredilmesi de mümkündür. Her iki ihtimalde de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmasına karşın, ilgili hükümler sebebiyle üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkının bulunduğundan söz edilir¹¹⁸. Dolayısıyla gerek alt vekâlet ilişkilerinde gerekse de alacağın yasal olarak vekâlet verene devredildiği söz konusu hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümünün uygulanmasına gerek yoktur. Bir başka deyişle, söz konusu ihtimallerde üçüncü kişi, alacaklının yardımına ihtiyaç duymaksızın borçludan talepte bulunabilecektir.

Sonuç itibarıyla her ne kadar bu çalışmada, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin zararının alacaklı vasıtasıyla tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmiş olsa da TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509/f. I

¹¹⁷ Birinci Bölüm, V, A, 2, b, gg-hh.

¹¹⁸ BÄRTSCHL, s. 414; VON GRAFFENRIED, s. 308, N. 664; MARTI-SCHREIER, N. 335.

hükümlerinin aradığı şartlar sağlanmışsa, üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

5. Üçüncü Kişiy e Tazminat Talep Etme Hakkı Verilmesinin Alacaklının Talep Hakkına/Taraf Sıfatına Olan Etkisi

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde, üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkı onaylandığı takdirde, alacaklının talep hakkının/ taraf sıfatının ne olacağı sorusuna da bir yanıt bulmak gerekecektir. Bir başka deyişle, söz konusu ihtimalde, üçüncü kişiy e ek bir aktif taraf sıfatı mı verilmekte, yoksa üçüncü kişiy e aktif taraf sıfatının verilmesi ile alacaklının aktif taraf sıfatı ortadan mı kalkmaktadır? Bu soruya tutarlı bir yanıt verebilmek için üçüncü kişinin talebinin hukuki dayanağının ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Zira söz konusu hukuki dayanağa göre, soruya verilen yanıtta da değişiklik olacaktır.

Öğretide bu hususta akla ilk gelen hüküm, TBK m. 509/f. I'dır (OR Art. 401)¹¹⁹. İlgili hüküm uyarınca, vekilin kendi adına ve vekâlet veren kişi hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin, vekile karşı olan bütün borçlarını ifa ettiğı anda kendiliğinden vekâlet verene geçer. Söz konusu düzenleme ile vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiğı hâllerde, üçüncü kişi ile yaptığı iş ve işlemlerden doğan alacakların, vekâlet verene yasal olarak devredilmesi düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin bağımsız talep hakkının gerekçelendirilmesinde söz konusu hükümden faydalanılacaksa, üçüncü kişinin talep hakkına binaen alacaklının taraf sıfatının/ talep hakkının da sona ereceğinin kabulü gerekir¹²⁰. Zira yasal devir ile alacaklının sahip olduğu hak, üçüncü kişiy e devredilmektedir. Alacağın devri niteliğı itibarıyla bir tasarruf işlemi¹²¹ olduğu için alacaklının hakkı da sona erecek, maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkı olmayan alacaklının, aktif taraf sıfatı da devam etmeyecektir.

Üçüncü kişinin talep hakkının temellendirilmesinde yararlanılabilecek bir diğ er hüküm ise, TBK m. 507/f. III'tür. Söz konusu hükümle gerek caiz olan alt vekâlette gerekse de caiz olmayan alt vekâlette, vekâlet verene, vekilin kendi yerine koyduğu kişiy e

¹¹⁹ MARTI-SCHREIER, N. 318.

¹²⁰ Aynı yönde bkz. MARTI-SCHREIER, N. 318.

¹²¹ Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki yasal devirde herhangi bir hukuki işlem bulunmadığı için tasarruf işleminin varlığından da bahsedilemez. Ancak iradi devre ve du devrin sonuçlarına ilişkin hükümler, aksine bir kural bulunmadıkça yasal devre de uygulanacaktır. Dolayısıyla alacağın devrine ilişkin tasarruf işlemi nasıl bir sonuç doğuracaksa, yasal devrin gerçekleştiğı hâllerde de aynı sonuçlar doğacaktır.

karşı sahip olduğu hakları, doğrudan o kişiye karşı ileri sürme hakkı tanınmıştır. Bu hüküm, kanundan doğan müteselsil alacaklılık (*Solidargläubigerschaft*) hâllerine de örnek olarak gösterilmektedir¹²².

Birden çok alacaklının her birinin, borçludan alacağın tamamını isteme hakkına sahip olduğu durumlarda, müteselsil alacaklılığın varlığından bahsedilir¹²³. Bu ihtimalde borçlu, alacaklılardan birine borcu ödemekle borcundan kurtulacaktır (TBK m. 169/f. II). Birden fazla alacaklının bulunduğu hâllerde, temel kural kısmi alacaklılıktır (*Teilgläubigerschaft*)¹²⁴. Bir başka deyişle, müteselsil alacaklılık, istisnai bir durum olup, tıpkı müteselsil borçlulukta olduğu gibi ya bir sözleşmeden ya da doğrudan doğruya kanundan doğar¹²⁵. TBK m. 507/f. III hükmü ise vekâlet veren ile vekilin, alt vekile karşı müteselsil alacağa sahip olduğu, kanundan doğan bir müteselsil alacaklılık ilişkisidir. Müteselsil alacaklılıkta, “çokluk prensibi” (*Mehrheitprinzip*) uyarınca, alacaklı sayısı kadar alacak bulunmaktadır¹²⁶.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, öğretide üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkının temellendirilmesinde, müteselsil alacaklılığın yasal görünümlerinden biri olan TBK m. 507/f. III hükmünden de yararlanılmaktadır¹²⁷. Bu noktada, üçüncü kişinin talep hakkının temellendirilmesinde söz konusu hükümden faydalanılacaksa, alacaklının aktif taraf sıfatının/talep hakkının da devam ettiği sonucuna ulaşılabacaktır. Zira bu hükümden yararlanan yazarlar, alacaklı ile üçüncü kişi arasında, müteselsil alacaklılığa benzer bir

¹²² KOLLER, *Obligationenrecht*, s. 1298, N. 76.02; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 630, N. 89.11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 351, N. 3665; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 327; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1377, N. 3809; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 510, N. 1440.

¹²³ VON TUHR/ESCHER, s. 290; KOLLER, *Obligationenrecht*, s. 1298, N. 76.02; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 630, N. 89.11; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 327; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 351, N. 3665; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1376-1377, N. 3807; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 507, N. 1434.

¹²⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 628, N. 89.05; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1376, N. 3806; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 510, N. 1440.

¹²⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 291; KOLLER, *Obligationenrecht*, s. 1300, N. 76.09; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 351, N. 3665; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1377, N. 3808; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 510, N. 1440.

¹²⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 630, N. 89.12; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1378, N. 3812; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 509, N. 1437.

¹²⁷ MARTI-SCHREIER, N. 318.

durumun olduğunu vurgulamaktadır¹²⁸. Müteselsil alacaklılıkta, alacaklı sayısı kadar alacak bulunduğu için bu durumun bir sonucu olarak alacaklının alacak hakkı da devam edecektir¹²⁹. Alacaklının alacak hakkının varlığını sürdürmesi, bu kişinin taraf sıfatının da aynen devam etmesi anlamına gelmektedir.

Öğretide üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkının gerekçelendirilmesinde hâkimin hukuk yaratmasından da faydalanılabileceği ileri sürülmektedir¹³⁰. Bu yaklaşım inşa edilirken, iki kişinin de aktif taraf sıfatının bulunmasının, avantajları ve dezavantajları üzerinde durulmaktadır. Nitekim öğretide hem alacaklının hem de üçüncü kişinin aktif taraf sıfatının bulunmasının, yanlış bir kişi tarafından açılan dava sonucunda yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçebileceği ifade edilmektedir¹³¹. Yine dolaylı temsil durumlarında üçüncü kişinin anonim olarak kalma isteği karşısında, alacaklının taraf sıfatının devam etmesinin yararlı olabileceği düşünülmektedir¹³². Tüm bu avantajlarına karşın her iki kişinin de aktif taraf sıfatının bulunmasının, borçlu bakımından mükerrer ödeme yapma tehlikesini ortaya çıkardığı da ifade edilmektedir¹³³.

Sonuç itibarıyla, kurumun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkının verileceği görüşü benimsendiği takdirde, alacaklının da aktif taraf sıfatının devam edeceği sonucuna ulaşılabilir¹³⁴. Ne var ki yukarıda da vurgulandığı üzere,

¹²⁸ VON TUHR, s. 582.

¹²⁹ MARTI-SCHREIER, N. 318.

¹³⁰ MARTI-SCHREIER, N. 318.

¹³¹ MARTI-SCHREIER, N. 321.

¹³² MARTI-SCHREIER, N. 321.

¹³³ MARTI-SCHREIER, N. 321.

¹³⁴ Öğretide *Marti-Schreier* alacaklı ile üçüncü kişinin ihtiyari dava arkadaşı olarak dava açabileceğini ifade etmektedir. İhtiyari dava arkadaşlığı, HMK m. 57 hükmünde düzenlenmiştir. Dava arkadaşlığının bu türü, kanunda belirtilen hâllerde, herhangi bir zorunluluk olmaksızın birden fazla davacı veya davalının, bağımsız bir şekilde yargılamada taraf olarak yer alması şeklinde tanımlanmaktadır. HMK m. 57’de, davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olduğu, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğduğu veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girdiği, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olduğu hâllerde, birden fazla kişinin birlikte dava açabilecekleri gibi onlara karşı birlikte dava açılabilmesi hükmü altına alınmıştır. İhtiyari dava arkadaşlığının tesisi, kural olarak davacı veya davacıların iradesine bırakılmıştır. İhtiyari dava arkadaşlığı müessesesi, usul ekonomisini sağladığı gibi gerçeğe ulaşma ve çelişkili kararları önleme konusunda da elverişli bir araç konumundadır. *Marti Schreier*’e göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişiye de talep hakkı verildiğinde, alacaklı ve üçüncü kişinin talepleri aynı olaya dayanacak ve hukuki

alacaklının aktif taraf sıfatının bulunması, borçlunun mükerrer ödeme yapma riskini de beraberinde getirmektedir. Öğretide bu riski bertaraf etmek adına çeşitli çözüm önerileri ileri sürülmüştür. Konuyla olan ilgisi sebebiyle, bir sonraki başlıkta, borçlunun mükerrer ödeme riskini ortadan kaldırmaya yönelik söz konusu görüşler üzerinde durulacaktır.

6. Üçüncü Kişiye Talep Hakkı Verilmesi Durumunda Gündeme Gelecek Olan Mükerrer Ödeme Riski

Üçüncü kişinin dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan kaynaklanan bir talep hakkının bulunduğu kabul edildiği takdirde, borçlunun hem alacaklıya hem de üçüncü kişiye tazminat ödemesi ihtimal dâhilindedir. Nitekim bu hâlde alacaklı ve üçüncü kişi, borçluya karşı zararın tazmini (üçüncü kişinin zararı) için talepte bulunma hakkına sahiptir. Ancak hem alacaklıya hem de üçüncü kişiye tazminat ödenmesi, zararın yalnızca bir kere tazmin edilebileceği prensibine aykırılık teşkil edecektir. İşte bu noktada borçlunun mükerrer ödeme yapma riskini en aza indirecek hukuki önlemlerin alınması gerekir.

Öğretide bu hususta ileri sürülen ilk önlem, derdestlik itirazıdır. Derdestlik, davanın açılmasıyla başlayan ve kural olarak dava sonucunda verilmiş olan hükmün, şekli anlamda kesinleşmesiyle son bulan, usul hukukundan kaynaklı bir askı durumunu ifade eder¹³⁵. Derdestlik, HMK m. 114/f. I-ı hükmü uyarınca dava şartı olup¹³⁶, davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır. Derdestlik itirazı, usul ekonomisi prensibinin hayata geçirilmesine katkı sağladığı gibi davacının dürüst olmayan davranışlarının da önüne geçmektedir¹³⁷. Bunun yanında söz konusu dava şartı ile kamu yararı gerçekleştirilerek, aynı konu hakkında birbiriyle çelişkili kararların verilmesi tehlikesi de bertaraf edilmektedir¹³⁸.

sebeap aynı veya benzer olacaktır. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde, alacaklı ile üçüncü kişi arzu ettikleri takdirde, ihtiyari dava arkadaşı olarak dava açabilirler. Bu hususta bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 363 vd. İhtiyari dava arkadaşlığı hakkında bkz. **SAÇAR**, Ömer Faruk; Medeni Usul Hukukunda İhtiyari Dava Arkadaşlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 23 vd.

¹³⁵ **TANRIVER**, s. 661.

¹³⁶ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda derdestlik ilk itiraz olarak düzenlenmişti. Ancak söz konusu Kanun döneminde de derdestliğin dava şartı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **ÜSTÜNDAĞ**, s. 312-313; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 193;

¹³⁷ **TANRIVER**, s. 662.

¹³⁸ **TANRIVER**, s. 662.

Bir davada derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için bazı şartların sağlanması gerekir. Bunlardan ilki, aynı davanın, aynı mahkemede ya da başka mahkemelerde iki kere açılmış olmasıdır¹³⁹. Derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için aranan diğer şart, ilk davanın açılmış ve hâlen görülmekte olmasıdır¹⁴⁰. Bu hususta aranan son şart ise, birinci dava ile ikinci davanın aynı olmasıdır¹⁴¹. İlk dava ile ikinci davanın aynı dava olduğundan bahsedebilmek için her iki davanın; taraflarının, konusunun ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir¹⁴².

Öğretide hem alacaklının hem de üçüncü kişinin tazminat talebinde bulunduğu hâllerde, borçlunun zaman itibarıyla daha sonra açılan davada derdestlik itirazını ileri sürebileceği ifade edilmektedir¹⁴³. Ne var ki söz konusu davalarda, tarafların aynı olduğundan bahsedilemez. Zira bir davada, davacı tarafta alacaklı yer alırken, diğer davada davacı, üçüncü kişidir. Dolayısıyla söz konusu hâllerde, borçlunun derdestlik itirazını ileri sürmesi imkân dâhilinde değildir.

İsviçre öğretisinde bu problemi aşmak için müteselsil alacaklılığa ilişkin kurallardan faydalanılabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁴. Nitekim müteselsil alacaklılığın bulunduğu hâllerde, alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye başvurmuş olduğu kendisine bildirilmedikçe borçlu, müteselsil alacaklılardan dilediği birine ifada bulunabilir (TBK m. 169/f. III). İsviçre öğretisinde, müteselsil alacaklılardan birinin, borçlu aleyhine dava açtığı durumlarda, ilk dava açanın davası devam ettiği sürece diğer alacaklıların dava açamayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁵. Bir başka deyişle, söz konusu hâllerde, her ne kadar davanın tarafları aynı olmasa da borçlu derdestlik itirazını ileri sürebilecektir.

Kanaatimizce, söz konusu görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Öncelikle, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkının verildiği her durumda, alacaklı ve üçüncü kişinin müteselsil alacaklı hâline geldiğinden söz edilemez. Bir an için müteselsil alacaklılığa ilişkin hükümlerin uygulanması kabul edilse bile bu kabul, derdestlik

¹³⁹ **BİLGE**, Necip/**ÖNEN**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 418 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 217, N. 904; **TANRIVER**, s. 663.

¹⁴⁰ **BİLGE/ÖNEN**, s. 418; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 217, N. 904; **TANRIVER**, s. 663.

¹⁴¹ **BİLGE/ÖNEN**, s. 418; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 217, N. 904; **TANRIVER**, s. 664.

¹⁴² **BİLGE/ÖNEN**, s. 418-419; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 217, N. 904; **TANRIVER**, s. 664.

¹⁴³ **MARTI-SCHREIER**, N. 373 vd.

¹⁴⁴ **MARTI-SCHREIER**, N. 376.

¹⁴⁵ **MARTI-SCHREIER**, N. 376.

itirazının ileri sürülebileceği anlamına gelmez. Nitekim öğretide *Tanriver'in* haklı olarak vurguladığı üzere, birden fazla kişinin, aynı sebeple, aynı konuda, aynı kişiye karşı dava açma hakkına sahip olduğu hâllerde, içlerinden birinin açmış olduğu davada, derdestlik itirazı ileri sürülemez¹⁴⁶. Yazar bu noktada müteselsil alacaklılık örneğinden yola çıkmaktadır. *Tanriver'e* göre, müteselsil alacaklılığın bulunduğu hâllerde, müteselsil alacaklılardan biri, alacağın tahsili için dava açmış ve bu dava devam ederken diğer müteselsil alacaklı ikinci bir dava açacak durumdaysa, borçlu bu ikinci dava bakımından derdestlik itirazını ileri süremez¹⁴⁷. Zira her iki davanın konuları ve dava sebebi aynı olsa bile, tarafları aynı değildir¹⁴⁸. Dolayısıyla dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesi durumunda ortaya çıkabilecek mükerrer ödeme riski, derdestlik itirazının ileri sürülmesi ile önlenemeyecektir.

İsviçre öğretisinde mükerrer ödeme tehlikesine karşı ileri sürülen bir diğer hukuki imkân da bekletici sorun kurumudur¹⁴⁹. Bazı durumlarda, davanın esastan incelenip hükme bağlanması, başka bir mahkemede görülen veya henüz görülmemesine rağmen görülmesi gereken davanın sonuçlandırılmasına ya da idari bir makamın tespitine bağlı olabilir. İşte bu gibi hâllerde davayı gören mahkeme, icra etmekte olduğu yargılamayı, diğer mahkemede görülmekte olan ya da görülmesi sağlanması gereken dava ya da idari makamın kararına kadar erteleyebilir¹⁵⁰. Bekletici sorun olarak adlandırılan bu mesele, HMK m. 165'te hüküm altına alınmıştır. Bu kurum, aynı konu hakkında birbiriyle çelişen kararların verilmesinin önüne geçmesinin yanı sıra usul ekonomisi ilkesinin de gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır¹⁵¹.

Öğretide, alacaklı veya üçüncü kişinin derdest davaya rağmen kendisinin de dava açtığı ancak uyuşmazlık konusunun aynı olmadığı gerekçesiyle daha sonra açılan davadaki derdestlik itirazının reddedildiği ihtimal ele alınmış ve bu problemin çözümünde bekletici sorun kurumundan faydalanılabileceği ifade edilmiştir¹⁵². Söz

¹⁴⁶ TANRIVER, s. 665.

¹⁴⁷ TANRIVER, s. 665.

¹⁴⁸ TANRIVER, s. 665.

¹⁴⁹ MARTI-SCHREIER, N. 379.

¹⁵⁰ POSTACIOĞLU, s. 144 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 186 vd.; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 316 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 315, N. 1346; TANRIVER, s. 735.

¹⁵¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 315, N. 1346; TANRIVER, s. 736.

¹⁵² MARTI-SCHREIER, N. 379.

konusu görüşe göre, bekletici mesele yapılabilmesi için davalardan birinin sonucunun, diğer davanın sonucuna bağlı olması gerekir¹⁵³. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde borçlu, diğer davada davacı konumunda olan kişiye ödeme yaptığı itirazında bulunabileceğinden, ilgili ihtimalde hâkim, daha fazla ilerlemiş olan davayı bekletici sorun olarak nitelendirerek, daha az ilerlemiş davayı erteleyebilecektir¹⁵⁴.

Daha önce de ifade edildiği üzere, bu çalışmada, üçüncü kişinin talep hakkının bulunduğu görüşü kabul edilmemiştir. Ancak bazı yasal düzenlemeler sebebiyle üçüncü kişinin de talepte bulunabileceği hâller mevcuttur. Söz konusu hâller bakımından bir değerlendirme yapıldığında, TBK m. 509/f. I hükmünün geçerli olduğu hâllerde, alacaklının aktif taraf sıfatının/talep hakkının varlığından bahsedilemeyecektir. Zira söz konusu ihtimalde, alacaklının sahip olduğu hak, yasal devrin gerçekleşmesiyle üçüncü kişinin malvarlığına dâhil olmaktadır. TBK m. 507/f. III hükmünün devreye girdiği hâllerde ise üçüncü kişinin rızası dikkate alınarak bir çözüm yolu bulunabilir. Nitekim daha önce de vurgulandığı üzere, alacaklının dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna dayanarak üçüncü kişinin zararının tazminini isteyebilmesi için üçüncü kişinin bu hususta rızasının bulunması gerekir. Söz konusu rıza ile alacaklının bu davayı açmakta hukuki bir yararının olup olmadığı değerlendirilecektir. Alacaklının dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna dayanarak dava açtığı ve üçüncü kişinin de bu davaya rıza gösterdiği hâllerde, üçüncü kişi kendisi bir dava süreci yürütmek istemeyecektir. Üçüncü kişinin rızaya rağmen dava açtığı hâllerde ise açılan dava ya hukuki yarar yokluğundan reddedilmeli ya da daha fazla ilerlemiş olan dava bekletici sorun yapılarak yargılama ertelenmelidir.

III. ZARARIN HESABINDA KİMİN ŞAHSININ DİKKATE ALINACAĞI PROBLEMİ

A. Genel Olarak

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması, zarar tespiti yapılırken kimin şahsının dikkate alınacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Zira üçüncü kişi zarar gördüğünde, söz konusu zararın miktarının, alacaklıda meydana gelme ihtimali bulunan zararın miktarından az veya fazla olması mümkündür. Üçüncü

¹⁵³ MARTI-SCHREIER, N. 379.

¹⁵⁴ MARTI-SCHREIER, N. 379.

kişide ortaya çıkan zararın, alacaklıda ortaya çıkacak olan zarardan daha az olması durumunda, yukarıda ele alınan problemin çözümü oldukça kolaydır. Zira bu kurumun uygulanması ile ne alacaklının ne de üçüncü kişinin zenginleşmesi arzu edildiğinden, borçlunun yalnızca üçüncü kişide meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir¹⁵⁵. Dolayısıyla bu gibi hâllerde zararın tespiti bakımından üçüncü kişinin durumu dikkate alınacaktır.

Ne var ki her durumda sorunun cevabı bu denli kolay değildir. Nitekim üçüncü kişinin zararının, alacaklının zararından fazla olma ihtimali de bulunmaktadır. Bu durumda borçlunun, üçüncü kişide ortaya çıkan tüm zararı tazmin etmekle yükümlü olup olmadığı meselesi tartışmalı bir husustur.

Öğretide bazı yazarlar, borçlunun sorumluluğunun malın veya edimin objektif değeriyle sınırlı olduğunu savunurken¹⁵⁶, bazıları da söz konusu sorumluluğun, alacaklıda ortaya çıkabilecek varsayımsal zarar ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir¹⁵⁷. Bunun dışında öğretide bazı yazarlar, borçlunun sorumluluğunun, üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilirliğine bağlı olduğunu vurgularken¹⁵⁸, bazıları da öngörülebilirlik şartı aramaksızın üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceğini düşünmektedir¹⁵⁹. Çalışmanın bu başlığında, söz konusu mesele hakkında ileri sürülen görüşler üzerinde durulacaktır.

B. Objektif Değerle Sınırlandırma Görüşü

Bu görüşün temsilcilerine göre¹⁶⁰, üçüncü kişinin zararının tazminine, zarar verilen şeyin veya yerine getirilmeyen edimin objektif değeri nispetinde izin verilmelidir.

¹⁵⁵ MARTI-SCHREIER, N. 421.

¹⁵⁶ NEUNER, Interesse, s. 299 vd. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Tazmin, s. 302 vd.

¹⁵⁷ HECK, Philippe; Grundriss des Schuldrechts, J.E.B Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1929, s. 53. Benzer yönde bkz. EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 138 vd., N. 340 vd. Ayrıca bkz. MARTI-SCHREIER, N. 422; TANDOĞAN, Tazmin, s. 304.

¹⁵⁸ VON BÜREN, s. 80; KELLER, Roland; Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Zürich 2004, s. 196.

¹⁵⁹ ARMBRÜSTER, s. 86; BÄRTSCHI, s. 415; TÄGERT, s. 36; TRAUGOTT, s. 18-19; OETKER, BGB § 249, N. 298; VON SCHROETER, Drittschadensliquidation, s. 24; TANDOĞAN, Tazmin, s. 306 vd.; LANGE/SCHIEMANN, s. 468.

¹⁶⁰ NEUNER, Interesse, s. 299 vd.

Üçüncü kişinin zararının, şeyin veya edimin objektif değerinden yüksek olduğu durumlarda, söz konusu değeri aşan kısım bakımından tazminat sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için borçlunun bu durumu, alacaklı ile olan ilişkisinde açık veya örtülü bir şekilde kabul etmiş olması gerekir¹⁶¹. Aksi bir yaklaşım benimsendiği takdirde, tazminat borçlusu, üçüncü kişinin menfaatinin bulunmadığı beklentisine karşın daha fazla tazminat ödemekle yükümlü olacaktır¹⁶². Bu sonucun hakkaniyete aykırı olacağını düşünen söz konusu görüşün temsilcileri, borçlunun tazminat sorumluluğunu, şeyin/edimin objektif değeri ile sınırlama yoluna gitmektedir.

C. Alacaklının Varsayımsal Zararıyla Sınırlandırma Görüşü

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre¹⁶³, borçlunun tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar tespit edilirken, alacaklıda meydana gelebilecek varsayımsal zarar miktarı, bir başka deyişle normal şartlar altında alacaklının uğraması muhtemel olan zarar miktarı dikkate alınmalıdır. Sözleşmenin normal rizikosunu ön plana çıkaran bu görüş, zarar veren kişinin, kendi iradesiyle girdiği hukuki ilişkilerde zarara sebep olan davranışlarının sonucunu hesaplayarak risk analizi yaptığını, buna karşılık gelen güvenin de korunmaya değer bir güven olduğunu vurgulamaktadır¹⁶⁴. Borçlunun üçüncü kişinin katılımı sebebiyle daha ağır bir sorumluluk taşımaması gerektiğini ifade eden bu görüş uyarınca¹⁶⁵, varsayımsal bir zarar hesabı yapılmalı, yapılan hesaplama sonucunda alacaklının varsayımsal zararını aşan miktar bakımından, borçlunun herhangi bir sorumluluğunun olmadığı kabul edilmelidir.

D. Üçüncü Kişinin Menfaatinin Öngörülebilirliğini Kıstas Alan Görüş

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre¹⁶⁶, üçüncü kişinin tüm zararlarının tazmin edilebilmesi için üçüncü kişinin menfaatinin borçlu tarafından öngörülebilir olması

¹⁶¹ NEUNER, Interesse, s. 299-300.

¹⁶² NEUNER, Interesse, s. 300.

¹⁶³ HECK, s. 53; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 138 vd., N. 340 vd.; OK, s. 198.

¹⁶⁴ EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 141-142, N. 349.

¹⁶⁵ EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 141-142, N. 349.

¹⁶⁶ VON BÜREN, s. 80; KELLER, s. 196. Öğretide *Marti-Schreier*'e göre, sözleşmenin akdedildiği sırada üçüncü kişinin menfaati borçlu bakımından öngörülebilir (zararın alacaklıda değil de üçüncü kişide ortaya çıkmasının öngörülebilir olması) ise, bu kişinin tüm zararı tazmin edilmelidir. Üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olmadığı durumlarda ise ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken, alacaklının sözleşmenin ifasında bir menfaati olduğuna ilişkin bir hipotez

gerekmektedir. Bu kişinin menfaatinin öngörülebilir olmadığı durumlarda ise borçlunun sorumluluğu, edimin objektif değeriyle sınırlı olmalıdır¹⁶⁷. Bu görüşün temsilcileri, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye odaklanmakta ve bu sözleşmenin kurulma anında üçüncü kişinin menfaatine yapıldığının öngörülmesinin yeterli olacağını ifade etmektedir¹⁶⁸. Bunun yanında, üçüncü kişinin kim olduğu veya menfaatinin ne düzeyde olduğunun öngörülmesi gibi bir şart ise aranmamaktadır¹⁶⁹.

E. Üçüncü Kişinin Zararının Sınırlandırma Olmaksızın Tazmin Edilmesi Gerekliği Görüşü

Öğretide hâkim olan ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre¹⁷⁰, üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesi için tazminat edilecek zararın şeyin/edimin değeriyle sınırlı olması gerekmediği gibi, bu kişinin menfaatinin öngörülebilir olmasına da gerek yoktur. Bu görüşü benimseyen yazarlar, yaklaşımlarını inşa ederken birkaç noktadan hareket etmektedir.

Bunlardan ilki, borçlunun tazminat sorumluluğuna ilişkin risklerin sınırlarının, normal şartlarda bile belirli olmamasıdır¹⁷¹. Bir başka deyişle, alacaklının zarar gördüğü hâllerde de bu kişinin menfaati, kişisel ilişkileri ve edimin onun malvarlığının bütünü içinde arz ettiği değer, borçlu bakımından belirli olmayan bir riski ifade etmektedir¹⁷².

üzerinden hareket edilmelidir. Eğer borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları, üçüncü kişinin uğradığı zarar gibi bir zararın ortaya çıkmasına (hipotez bakımından alacaklının uğrayacağı zarar) sebep olabilecek nitelikteyse, bir başka deyişle zarar ile davranış arasında uygun nedensellik varsa, borçlu üçüncü kişinin tüm zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, yukarıda belirtilen hipotez kapsamında sözleşmenin ihlalinin yeterli sebep olmadığı zararın, bir kısmı için tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur. Burada belirleyici olan, söz konusu zararın tarafsız üçüncü bir kişinin bakış açısından öngörülebilir olup olmadığıdır. Geçmişe yönelik tahmin metodunu (*retrospektive Prognose*) kullanan *Marti-Schreier*, temel olarak uygun nedensellik (*adäquat kausalität*) ve öngörülebilirlik (*erkennbarkeit/vorhersehbarkeit*) kriterlerinden faydalanmaktadır. Bu hususta bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 425.

¹⁶⁷ Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 275-276.

¹⁶⁸ **BECKER**, OR Art. 97, s. 474, N. 47.

¹⁶⁹ **BECKER**, OR Art. 97, s. 474, N. 47.

¹⁷⁰ **ARMBRÜSTER**, s. 86; **BÄRTSCHL**, s. 415; **TÄGERT**, s. 36; **TRAUGOTT**, s. 18-19; **OETKER**, BGB § 249, N. 298; **VON SCHROETER**, Drittschadensliquidation, s. 24; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 306 vd.; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 468.

¹⁷¹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 306-307.

¹⁷² **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 306.

Nitekim borçlu, kendi alacaklısının bütün ilişkilerini ve malvarlığının özel durumunu her zaman kesin olarak bilemez. Dolayısıyla alacaklı yerine üçüncü kişinin geçmesinin, borçlunun genel risk durumunu çok da fazla artırdığından söz edilemez.

Bu görüşü benimseyen yazarların diğer hareket noktası ise, alacağın devridir¹⁷³. Buna göre alacağın devredildiği hâllerde, devirden sonra borçluya yüklenebilecek bir ifa engeli ortaya çıkarsa, zarar tespitinde yeni alacaklının menfaati dikkate alınacaktır¹⁷⁴. Üstelik bu ihtimalde borçlunun devirden haberdar olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁷⁵. Alacağın devrinde durum böyle iken, borçlunun gözünden bakıldığında, zararın alacaklıda mı yoksa üçüncü kişide mi ortaya çıktığının onun açısından tesadüf olduğu dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından da aynı kabul geçerli olmalıdır¹⁷⁶.

Ne var ki söz konusu yaklaşım bakımından, borçlunun sorumluluğunun ölçüsü noktasında hakkaniyete aykırı olabilecek bazı sonuçların önüne geçecek araçlara da ihtiyaç bulunmaktadır. Zira söz konusu kurumun temel söylemi, borçlunun sorumluluk riskini artırmamasıdır. Ancak bu görüş benimsendiği takdirde, borçlunun alacaklının varsayımsal zararından daha fazla bir zarardan sorumlu olması ihtimal dâhilindedir. Öğretide bu sorunun üstesinden gelmek için TBK m. 52 (OR Art. 44, BGB § 254) hükmünden faydalanılmaktadır¹⁷⁷. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, zarar görenin, zarar doğuran fiile razı olması veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması hâlinde, tazminatın hâkim tarafından indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilceği düzenlenmiştir.

¹⁷³ **ARMBRÜSTER**, s. 85; **BÄRTSCHL**, s. 416; **VON CAEMMERER**, s. 359; **TÄGERT**, s. 36; **TRAUGOTT**, s. 18; **VON SCHROETER**, Drittschadensliquidation, s. 25; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 307; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 468.

¹⁷⁴ **ARMBRÜSTER**, s. 85; **BÄRTSCHL**, s. 416; **VON CAEMMERER**, s. 359; **TÄGERT**, s. 36; **TRAUGOTT**, s. 18; **VON SCHROETER**, Drittschadensliquidation, s. 25; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 307; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 468.

¹⁷⁵ **ARMBRÜSTER**, s. 85; **BÄRTSCHL**, s. 416; **VON CAEMMERER**, s. 359; **TÄGERT**, s. 36; **TRAUGOTT**, s. 18; **VON SCHROETER**, Drittschadensliquidation, s. 25; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 307; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 468.

¹⁷⁶ **ARMBRÜSTER**, s. 85; **BÄRTSCHL**, s. 416; **VON CAEMMERER**, s. 359; **TÄGERT**, s. 36; **TRAUGOTT**, s. 18; **VON SCHROETER**, Drittschadensliquidation, s. 25; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 307; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 468.

¹⁷⁷ **TRAUGOTT**, s. 19; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 469; **VON CAEMMERER**, s. 359; **TÄGERT**, s. 36; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 308.

Bu hükümden yola çıkan bazı yazarlar, borçlunun, üçüncü kişiyle ilgili özellik arz eden durumlar sebebiyle, alacaklının varsayımsal zararından daha fazla miktarda zarardan sorumlu olabileceği hakkında alacaklı tarafından uyarılmamasını, ortak kusur olarak nitelendirmiş ve TBK m. 52/f. I hükmü uyarınca tazminattan indirim yapılabileceğini ifade etmiştir¹⁷⁸. Kanaatimizce borçlunun, üçüncü kişinin zararından, yukarıda bahsedilen sınırlamalar uygulanmaksızın sorumlu olmasının getirebileceği bazı sonuçları dengelemesi bakımından söz konusu yaklaşım isabetli görünmektedir.

IV. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Gerek sözleşmesel sorumlulukta gerekse de haksız fiil sorumluluğunda sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde zarar veren, zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalmayı gidermek zorundadır. Maddi tazminatın temel amacı, zarar verici olay meydana gelmeseydi zarar gören kişinin malvarlığı hangi durumda olacak idiyse, o durumun yeniden tesis edilmesidir¹⁷⁹.

Maddi tazminat, kural olarak, zarar görenin malvarlığında meydana gelen tüm azalmayı karşılamalıdır. Alman hukukunda “*ya hep ya hiç ilkesi*” (*Aller oder Nichts Prinzip*)¹⁸⁰ şeklinde ifade edilen bu ilke, hukukumuzda “*tam tazmin ilkesi*” (*Totalreparation*) olarak adlandırılmaktadır¹⁸¹. Ne var ki söz konusu ilkenin her durumda katı bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Zira somut olayda gerçekleşen bazı özel durumlar sebebiyle, tazminattan birtakım indirimlerin yapılması ve böylelikle tazminat miktarının zarar miktarından daha az olması gerekebilir.

Bu düşünceden hareket eden kanun koyucu, TBK m. 51 ve m. 52’de düzenlenen bazı durumları, tazminattan indirim sebebi olarak kabul etmiştir. Nitekim TBK m. 51/f.

¹⁷⁸ TRAUGOTT, s. 19; LANGE/SCHIEHMANN, s. 469; VON CAEMMERER, s. 359; TÄGERT, s. 36; TANDOĞAN, Tazmin, s. 308.

¹⁷⁹ VON TUHR/PETER, s. 114; LARENZ, Schuldrechts, s. 424; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 252-253; EREN, Genel Hükümler, s. 873, N. 2386.

¹⁸⁰ FLUME, BGB § 249, N. 43.

¹⁸¹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 106, N. 15.07; FISCHER, Willi/BÖHME, Anna/GÄHWILER, Fabian; Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell Füssli Kommentar, KREN KOSTKIEWICZ, Jolante/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland (ed.), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023, OR Art. 43, s. 302, N. 12; EREN, Genel Hükümler, s. 873, N. 2387.

I'de, tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığı göz önünde bulundurularak hâkim tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Yine TBK m. 52/f. I'de, zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olduğu, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olduğu veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırdığı hâllerde, hâkimin tazminatı indirebileceği yahut tamamen kaldırabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı hükmün diğer fıkrasında ise, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsünün, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olduğu hâllerde, hakkaniyet de gerektiriyorsa tazminattan indirim yapılabileceği öngörülmüştür. İlgili hükümler, kanundan doğan bir borç ilişkisi olan haksız fiil sorumluluğu bakımından uygulanan hükümlerdir. Ancak TBK m. 114/f. II hükmü uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâlinde de uygulanacaktır. Dolayısıyla sözleşmesel sorumlulukta da zarar ve tazminat tespit edilirken, TBK m. 50 vd. hükümleri dikkate alınacaktır.

Bir önceki başlıkta da ifade edildiği üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının değil üçüncü kişinin zararı dikkate alınır. Tazminatın üst sınırı olan söz konusu zarar tespit edildikten sonra, tazminatın belirlenmesi aşamasına geçilir. Ne var ki bu kurumun uygulandığı hâllerde tazminatın belirlenmesi, iki kişinin yer aldığı borç ilişkilerine nazaran daha karmaşıktır. Nitekim bu ihtimalde, talep hakkına sahip olan kişi alacaklı iken, zarara uğrayan ise üçüncü kişidir. Bu noktada tazminattaki indirim sebeplerini belirlerken kimin şahsının dikkate alınacağı sorusu ortaya çıkar. Örneğin zarar görenin kusuru meselesi değerlendirilirken, alacaklının mı yoksa üçüncü kişinin mi yahut her ikisinin de mi kusuru dikkate alınacaktır? Zira söz konusu ilişkide zarar gören kişi, üçüncü kişidir. Ancak alacaklı da borçlu ile olan ilişkide taraf olduğu için zararın doğmasına veya artmasına yol açabilecek konumdadır. Aynı tartışmalar, üçüncü kişinin veya alacaklının rızası bakımından da geçerlidir. Bu itibarla çalışmanın bu başlığında, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınan, zarar görenin kusuru ve rızası meselesi ele alınacaktır.

B. Zarar Görenin Kusuru Meselesi

1. Genel Olarak

Sorumluluğu gerektiren bir davranışın sonucu olarak ortaya çıkan zararın meydana gelmesinde birçok etken bulunabilir. Nitekim zarar veren kişinin davranışının yanında, zarar gören kişinin davranışı, üçüncü kişinin davranışı ya da tarafların denetimi dışında

kalan başka faktörler de zararın ortaya çıkmasına birlikte sebep olabilir¹⁸². Bu gibi hâllerde, ortaya çıkan zararın sorumluluğu, tek başına zarar veren kişiye yüklenemez. Bu noktada, sorumluluğun kurulmasında ve tazminatın belirlenmesi aşamasında tüm bu faktörler göz önünde tutulmalıdır.

Daha önce de vurgulandığı üzere, TBK m. 52/f. I hükmünde, zarar görenin, zararın doğmasında veya artmasında yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması hâlinde, hâkimin tazminattan indirim yapabileceği düzenlenmiştir¹⁸³. İlgili düzenlemede, iki farklı durum öngörülmüş olup, bunlardan ilki, zarar görenin, zararın meydana gelmesine katılması iken, diğeri de bu kişinin daha önce doğmuş olan zararın artmasına sebep olmasıdır. İlk durum öğretide, “*ortak (müterafik/birlikte) kusur*” (*Mitverschulden*) olarak adlandırılırken¹⁸⁴, diğeri de “*zararı azaltma külfeti*”

¹⁸² BAYSAL, Başak; Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 9.

¹⁸³ Bu mesele incelenirken, zarar görenin kusuru ile illiyet bağının kurulması arasındaki ilişkiye de değinmekte fayda vardır. Nitekim zarar gören kişinin davranışları illiyet bağına kesecek ağırlıkta olabilir. Bu noktada zarar gören kişinin davranışlarının ne zaman illiyet bağına kesecek ağırlıkta olduğunun tespit edilmesi gerekir. Öğretide bazı yazarlar bu tespiti, zarar gören kişinin kusurunun ağırlığına göre yapmaktadır. Bu yazarlara göre, zarar görenin davranışının illiyet bağına kesmesi için kusurun kast veya ağır ihmal düzeyinde olması gerekir. Bu görüşe katılmayan yazarlara göre ise bu mesele, kusur derecelendirmesi yapılmadan salt bir illiyet bağı sorunu olarak ele alınmalıdır. Bu sayede zarar görenin, zararın ortaya çıkmasına olan etkisi kusurdan bağımsızlaştırılarak değerlendirilir. Bir başka deyişle, zarar görenin davranışının illiyet bağına kesmesi için kusurlu olması aranmaz. Bu noktada söz konusu davranışın, zararın inhisari nedeni olması yeterlidir. Kanaatimizce, ikinci görüş daha isabetlidir. Dolayısıyla, önce zarar görenin davranışının, zararın inhisari sebebi olup olmadığı incelenmelidir. Eğer söz konusu davranış zararın inhisari sebebi ise zarar görenin davranışı sebebiyle illiyet bağı kesilecek ve zarar veren kişinin sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Zarar görenin davranışı, illiyet bağına kesecek ağırlıkta değilse, sorumluluk doğacak ancak zarar görenin kusurunun derecesine göre tazminatın belirlenmesi yoluna gidilecektir. Sonuç itibarıyla, hangi görüş benimsenirse benimsensin, zarar görenin kusurunun tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olabilmesi için illiyet bağının kesilmemiş olması gerekir. Zarar görenin davranışının illiyet bağına kestiği hâllerde, tazminatta indirim yapılmasına ilişkin bir değerlendirmeye de lüzum kalmayacaktır. Bu husustaki tartışmalar için bkz. BAYSAL, s. 164 vd.

¹⁸⁴ BREHM, OR Art. 44, s. 303, N. 18; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 117, N. 16.13; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 321; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 597-598; BAYSAL, s. 39; KURT, L. Müjde; “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 64, S. 3, 2015, s. 779.

(*Schadenminderungspflicht*) başlığı altında incelenmektedir¹⁸⁵. Zarar görenin kusuru kavramı ise hem ortak kusuru hem de zararı azaltma külfetini¹⁸⁶ içine alan çatı bir kavramdır¹⁸⁷.

2. Tazminatın Belirlenmesinde Ortak Kusurun Etkisi

a. Üçüncü Kişinin Ortak Kusuru

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin, zararın doğmasında kusuru bulunuyorsa, söz konusu kusur dikkate alınarak tazminattan indirim yapılabileceği gibi tazminata hiç hükmedilmemesi de mümkündür¹⁸⁸. Nitekim ortak kusurun tazminatın belirlenmesi aşamasındaki rolünü

¹⁸⁵ BREHM, OR Art. 44, s. 321, N. 48; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 118, N. 16.14; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 322; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 597-598; BAYSAL, s. 40 vd.; KURT, s. 779; ALTUNOK ORMANCI, Pınar; Zararı Azaltma Külfeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 12.

¹⁸⁶ Her ne kadar zararı azaltma külfeti, zarar görenin kusuru başlığı altında incelense de zararı azaltma külfetine aykırı bir davranışın aynı zamanda kusurlu bir davranış olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Hâkim olan görüşe göre, zararı azaltma külfetine aykırı olan davranış, aynı zamanda kusurlu bir davranıştır. Kusurlu davranışın mutlaka hukuka aykırı olmasının gerekmediğini savunan bu görüş, zarar görenin, zararın artmaması için kendisinden beklenen özeni göstermemesi durumunda kusurlu olduğunu kabul etmektedir. Zararı azaltma külfetine aykırı davranışların hukuka aykırı olmadığına bilincinde olan bu yaklaşım, kusuru isabetli bir şekilde, hukuka aykırılıktan bağımsız olarak tanımlamaktadır. Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise, bir davranışın kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için aynı davranışın aynı zamanda hukuka aykırı olması da gerekir. Zararı azaltma külfeti niteliği itibarıyla bir yükümlülük olmadığı için hukuka aykırılıktan da bahsedilemez. Ayrıca hukuk düzeni, kişinin başkalarına zarar verdiği bazı hâlleri hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir. Kişinin kendi zararını artırdığı durumlarda, hukuk düzeni tarafından yasaklanan bir davranış olmadığı için hukuka aykırılıktan da bahsedilemez. Dolayısıyla zararı azaltma külfetine aykırı davranışlar, teknik anlamda bir kusur olarak nitelendirilemez. Kanaatimizce, hukuka aykırı olmayan davranışlar da kusurlu davranışlar kapsamında değerlendirilebilir. Hâl böyle iken zararı azaltma külfetinin, zarar görenin kusuru başlığı altında incelenmesinde de herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Bu husustaki tartışmalar için bkz. BREHM, OR Art. 44, s. 321, N. 48; LUTERBACHER, Thierry; Die Schadenminderungspflicht-Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, Zürich 2005, s. 131, N. 191; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 118, N. 16.14; BAYSAL, s. 42-43; KURT, s. 797.

¹⁸⁷ Bu hususta bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 321-322; BAYSAL, s. 35.

¹⁸⁸ MARTI-SCHREIER, N. 429 vd.; OETKER, BGB § 249, N. 294; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; GOERTH, s. 29; IDEN, s. 770; DERANCO, Daniel/WEBER, Vincent; "Mitverschulden Dritter im Schadensrecht", Juristische Ausbildung (JA), S. 2, 2021, s. 152-153; LANGE/SCHIEHMANN, s.

düzenleyen TBK m. 52/f. I hükmünde, açıkça “zarar gören” ifadesine yer verilmiştir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun şartlarının sağlandığı hâllerde, zarara gören üçüncü kişi olduğu için söz konusu hüküm uyarınca tazminat belirlenirken, üçüncü kişinin ortak kusurunun dikkate alınması gerekir¹⁸⁹. Bu noktada üçüncü kişinin zararının, alacaklı tarafından ileri sürülmesinin ise herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁹⁰.

Öğretide *Tandoğan*, TBK m. 52/f. I hükmünde açıkça “zarar gören” ifadesine yer verilme bile hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda, bizzat üçüncü kişinin kusuruyla sebebiyet verdiği zararların tazmininin, yalnızca borçluya yüklenmemesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁹¹.

İsviçre öğretisinin temsilcilerinden olan *Marti-Schreier* ise, üçüncü kişinin ortak kusurunun, tazminatın belirlenmesine olan etkisi bakımından farklı ihtimallere göre değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre, üçüncü kişinin talep hakkının onaylandığı hâllerde, bu kişinin zararın meydana gelmesine katkıda bulunan ortak kusuru da dikkate alınmalıdır¹⁹². Zira alacaklı, zararın ortaya çıkmasına kadar geçen dönemde, zararın meydana gelmesi bakımından hukuki ve genellikle fiili olarak etkide bulunacak bir konumdadır. Ancak zararın meydana gelmesinde üçüncü kişinin ortak bir kusuru varsa, bu durum tek başına, onun zararın ortaya çıkmasındaki etkisini gösterir niteliktedir¹⁹³. Dolayısıyla zarar meydana geldiği anda üçüncü kişinin ortak bir kusuru varsa, söz konusu durum tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır.

Yazarın ele aldığı diğer ihtimal ise dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumun klasik görünümü olan, üçüncü kişinin kendine ait bir talep hakkının bulunmadığı durumlardır. *Marti-Schreier*, bu ihtimalde üçüncü kişinin ortak kusurunun

481; **EKKENGA/KUNTZ**, Vor BGB § 249, s. 147, N. 364; **REINHARDT**, s. 125; **LEE**, s. 93; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 352.

¹⁸⁹ **MARTI-SCHREIER**, N. 429 vd.; **OETKER**, BGB § 249, N. 294; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 732; **GOERTH**, s. 29; **IDEN**, s. 770; **DERANCO/WEBER**, s. 152-153; **LANGE/SCHIEMANN**, s. 481; **EKKENGA/KUNTZ**, Vor BGB § 249, s. 147, N. 364; **REINHARDT**, s. 125; **LEE**, s. 93; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 352.

¹⁹⁰ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 352.

¹⁹¹ **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 352.

¹⁹² **MARTI-SCHREIER**, N. 431, 432.

¹⁹³ **MARTI-SCHREIER**, N. 431.

dikkate alınıp alınmayacağı meselesinin sorgulanabilir olduğuna vurgu yapmaktadır¹⁹⁴. Alman hukukundaki hâkim görüşün, üçüncü kişinin kusurunun da dikkate alınması gerektiği yönünde olduğunu belirten yazar, *Henn'in* aksi yöndeki fikirlerini tartışma konusu yapmaktadır¹⁹⁵.

Nitekim *Henn*, ortak kusurun talep hakkına sahip kişi bakımından dikkate alınması gerektiğini ifade etmiş, üçüncü kişinin kendisine ait bir talep hakkı bulunmadığı için bu kişinin ortak kusurunun hesaba katılmasını temellendirmenin, teorik anlamda zor olduğunu vurgulamıştır¹⁹⁶. *Henn* de Alman hukukundaki hâkim görüşün, üçüncü kişinin ortak kusurunun dikkate alınması gerektiği yönünde olduğuna dikkat çekmiş, bu görüşün temeli olarak da Alman Federal Mahkemesi'nin yaklaşımını göstermiştir.

Mahkeme, yazarın incelemeye konu ettiği kararlarda, borçlunun sorumluluğunun genişletilmesinin bu kişiye yüklediği yükün, üçüncü kişinin ortak kusurunun dikkate alınması ile dengelendiğine vurgu yapmıştır¹⁹⁷. Bu yaklaşımı ikna edici bulmayan *Henn*, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin aksine, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, sorumluluğun soyut olarak aynı kaldığını ifade etmiş ve söz konusu dengelemenin teorik anlamda yeterli olmadığını belirtmiştir¹⁹⁸.

Marti-Schreier ise, *Henn'in* söz konusu kararı değerlendirirken bazı hususları gözden kaçırdığına işaret etmektedir. Nitekim *Marti-Schreier'e* göre¹⁹⁹, mahkeme dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu, normal sözleşmesel sorumlulukla karşılaştırmamaktadır. Aksine bu ihtimalde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hiç uygulanmadığı, dolayısıyla borçlunun herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı bir durumla karşılaştırma yapılmaktadır. Nitekim söz konusu kurum hiç uygulanmasaydı, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması sebebiyle borçlunun herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktı. Kurumun tanınması, borçlunun hiç gündeme gelmeyecek olan sorumluluğunu ortaya çıkardığı için sorumluluktan kurtulmayı

¹⁹⁴ **MARTI-SCHREIER**, N. 432.

¹⁹⁵ Bu hususta bkz. **MARTI-SCHREIER**, N. 432.

¹⁹⁶ *Henn*, kurumun ortak kusurun dikkate alınmasındaki çözümlerinin, sonuç yönünden makul olduğunu ifade etmekle birlikte teorik temellendirmenin zayıf kaldığına vurgu yapmaktadır. Bu durumun bir yansıması olarak *Henn*, üçüncü kişiye talep hakkı vererek, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin üstesinden gelmeye çalışmaktadır (**HENN**, s. 291).

¹⁹⁷ BGH, Urteil vom 20. 1. 2005 - I ZR 95/01, E.T.05.08.2024.

¹⁹⁸ **HENN**, s. 291.

¹⁹⁹ **MARTI-SCHREIER**, N. 432.

engellediği ölçüde bir sorumluluk genişlemesinin bulunduğu kabul edilebilir. Hâl böyle iken üçüncü kişinin ortak kusurunun bulunmadığı hâllerde, tazminatta indirim yapılmıyorken, bu kişinin kusurunun bulunduğu ihtimalde de söz konusu kusur dikkate alınarak tazminat hesabı yapılmalıdır.

b. Alacaklının Ortak Kusuru

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği durumlarda, alacaklı da kusurlu davranışlarıyla zararın doğmasına sebep olabilir. Bu noktada alacaklının ortak kusurunun, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Alman hukukundaki temel yaklaşıma göre, alacaklı, üçüncü kişinin ifa yardımcısı veya kanuni temsilcisi olmasa da alacaklının ortak kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmelidir²⁰⁰. Almanya’da zarar görenin kusurunun düzenlendiği temel hüküm, BGB § 254’tür. Söz konusu hükümde temel olarak²⁰¹, ortak kusur ve zararı azaltma külfeti düzenlenmiş, hükmün ikinci fıkrasının son cümlesinde BGB § 278 hükmüne atıfta bulunulmuştur. BGB § 278’de ise, borçlunun kendi kusuru kadar, kanuni temsilcileri ile borcunu yerine getirmek için kullandığı şahısların kusurlarından ötürü de sorumlu olduğu düzenlenmiştir²⁰².

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, zarar gören kişinin kanuni temsilcilerinin ve yardımcılarının ortak kusuru tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaktadır. Ne var ki yukarıda da vurgulandığı üzere, öğretildeki hâkim görüş,

²⁰⁰ OETKER, BGB § 249, N. 294; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; GOERTH, s. 29; PLATE/GEIER, s. 1772-1773; HENN, s. 291; DERANCO/WEBER, s. 153; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 22; PUHLE, s. 147; LANGE/SCHIEHMANN, s. 481; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 147, N. 363.

²⁰¹ BGB § 254: “(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.”

²⁰² BGB § 278: “Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.”

alacaklı, üçüncü kişinin kanuni temsilcisi veya yardımcısı olmasa da bu kişinin ortak kusurunun da hesaba katılması gerektiğini ifade etmektedir²⁰³.

İsviçre-Türk hukukundaki yazarlar da Alman hukukundaki hâkim görüşün izinden gitmektedir. Bu yazarların isabetli bir şekilde ifade ettiği üzere, üçüncü kişi nasıl ki alacaklının taraf olduğu borç ilişkisine dayanarak zararının tazminini sağlayabiliyorsa, tazminatın hesaplanmasında alacaklının ortak kusurunun dikkate alınmasına da hakkaniyet gereği katlanmak durumundadır²⁰⁴.

Öğretide *Tandoğan*, alacaklının ortak kusurunun, tazminatın belirlenmesinde hesaba katılması gerektiği görüşünü temellendirilirken, BGB § 334 hükmünden de faydalanılabileceğini ifade etmektedir²⁰⁵. Söz konusu hüküm, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, vaat eden kişinin, sözleşmeden doğan itirazlarını, üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceğini düzenlemektedir²⁰⁶. *Tandoğan* bu hükümden hareket ederek, borçlunun, alacaklının ortak kusurunu ileri sürebileceğini vurgulamaktadır. Bu yaklaşıma göre, zarar ve talep hakkı birbirinden ayrılmasaydı, borçlu, alacaklının ortak kusurunu tazminattan indirim sebebi olarak ileri sürebilecekti. Bu noktada yalnızca dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması sebebiyle söz konusu imkân borçlunun elinden alınmamalı, tıpkı üçüncü kişi yararına sözleşmede olduğu gibi borçlu, alacaklıya karşı sahip olduğu savunma haklarını, üçüncü kişinin zararının tazmin edildiği hâllerde de kullanabilmelidir.

²⁰³ OETKER, BGB § 249, N. 294; BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; GOERTH, s. 29; PLATE/GEIER, s. 1772-1773; HENN, s. 291; DERANCO/WEBER, s. 153; TEICHMANN, Vor BGB § 249, N. 22; PUHLE, s. 147; LANGE/SCHIEMANN, s. 481; EKKENGA/KUNTZ, Vor BGB § 249, s. 147, N. 363.

²⁰⁴ MARTI-SCHREIER, N. 429, 430; TANDOĞAN, Tazmin, s. 353-354.

²⁰⁵ TANDOĞAN, Tazmin, s. 353. Alman öğretisinde, BGB § 334 hükmünün kıyasen uygulanması fikri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bağlamında ileri sürülmektedir. Öğretide bazı yazarlar, ilgili hükmün üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde de kıyasen uygulanabileceğini ifade ederken, bu görüşe karşı çıkan yazarlar ise söz konusu kurumun uygulanması ile üçüncü kişiyle borçlu arasında yeni ve bağımsız bir borç ilişkisi meydana geldiğini, dolayısıyla alacaklının (sözleşme tarafının) ortak kusurunun, üçüncü kişiye karşı etkili olmayacağını vurgulamaktadır. Bu husustaki tartışmalar için bkz. BROCKMANN/KÜNNEN, s. 732; HÜBNER/SAGAN, s. 744; NEUNER, Dritter, s. 130; TRAUGOTT, s. 58-59; BROX/WALKER, N. 15, 16; HENN, s. 286; IDEN, s. 768; DERANCO/WEBER, s. 152 vd.; GOTTWALD, BGB § 328, N. 203 vd.; PUHLE, s. 146.

²⁰⁶ BGB § 334: "Einwendungen aus dem Vertrag stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu."

Öğretide *Marti-Schreier* ise, üçüncü kişiye talep hakkı verilip verilmemesine göre bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre, üçüncü kişinin doğrudan talepte bulunma hakkının reddedildiği hâllerde, alacaklının ortak kusuru dikkate alınmalıdır²⁰⁷. Yazara göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde asıl menfaatin üçüncü kişiye ait olması, alacaklının zararın meydana gelmesini önlemek için kendi adına mümkün olan her şeyi yapma külfetini ortadan kaldırmaz. Yazar, üçüncü kişinin talep hakkının onaylandığı hâllerde de alacaklının ortak kusurunun dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır²⁰⁸. Yazara göre, alacaklı, zararın meydana gelmesine hukuki ve fiili olarak etki edebilecek durumdadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin aktif taraf sıfatı da olsa alacaklının zararın doğumunda etkili olan kusuru, tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır.

Öğretide azınlıkta olan karşıt görüşe göre ise, tazminatın belirlenmesi aşamasında, talep hakkına sahip olan kişinin ortak kusurunun dikkate alınmasını teorik olarak temellendirmek oldukça güçtür²⁰⁹. Bu görüşün inşasında kullanılan ilk argüman, alacaklının, üçüncü kişinin kanuni temsilcisi veya yardımcısı olmamasıdır²¹⁰. Bunun yanında, alacaklının ortak kusurunun bulunduğu hâllerde, üçüncü kişiye karşı sorumlu olması da mümkündür. Hatırlanacağı üzere, alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumlu olması, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Nitekim bu hâlde alacaklının sorumluluk menfaati adı verilen kendi zararı ortaya çıkacak ve zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığından da söz edilemeyecektir²¹¹. Ancak bu görüşü benimseyen yazarlar da istisnai durumlarda alacaklının, ortak kusuruna rağmen üçüncü kişiye karşı sorumlu olmayabileceğini, dolayısıyla bu hâllerde BGB § 254 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, alacaklının ortak kusurunun dikkate alınacağını ifade etmektedir²¹².

²⁰⁷ MARTI-SCHREIER, N. 429.

²⁰⁸ MARTI-SCHREIER, N. 430.

²⁰⁹ WEISS, s. 14.

²¹⁰ WEISS, s. 14.

²¹¹ WEISS, s. 14.

²¹² WEISS, s. 14.

3. Zararı Azaltma Külfetine Aykırı Davranışların Hukuki Sonucu

a. Genel Olarak Zararı Azaltma Külfeti

Zararı azaltma külfeti, zarar verici bir fiile maruz kalan kişinin, söz konusu fiilin yarattığı ekonomik sonuçları azaltmak ve bunların artmasının önüne geçmek için durumun gerektirdiğı bütün makul tedbirleri alma ödevi olarak tanımlanmaktadır²¹³. Zararın düşük tutulması için bazı hâllerde söz konusu zararın artırılmaması gerekirken, bazı hâllerde ise zararın azaltılması gerekir. Dolayısıyla zararı azaltma külfeti, zararın artırılmamasına da içine alan bir kavramdır²¹⁴. Tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının yaratabileceğı olumsuz sonuçları engellemek adına geliştirilen bu külfet hem sözleşmeden doğan sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaktadır²¹⁵.

TBK’da zarar gören kişinin, zararı azaltma külfetinin bulunduğunu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, TBK m. 52/f. I hükmünde, zarar görenin “zararın artmasında etkili olmuş olması” ifadesine yer verilerek bu külfete dolaylı bir yollamada bulunulmuştur²¹⁶. Zararı azaltma külfetinin hukuki temeli, TMK m. 2/f. I’de

²¹³ WEBER, Stephan; “Die Schadenminderungspflicht-eine metamorphe Rechtsfigur”, Haftpflicht-und Versicherungsrechtstagung, KOLLER, Alfred (ed.), St. Gallen 1999, s. 137; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 118, N. 16.14; BREHM, OR Art. 44, s. 320 vd., N. 47 vd.; KURT, s. 776; ALTUNOK ORMANCI, s. 12.

²¹⁴ BREHM, OR Art. 44, s. 321, N. 48; BAYSAL, s. 42; KURT, s. 776. Viyana Satım Sözleşmesi olarak da bilinen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) 77’inci maddesinde, sözleşmenin ihl line dayanan tarafın, mahrum kalınan k r dâhil olmak üzere, sözleşmenin ihl linden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorunda olduğı, bu kişinin ilgili önlemleri almaması hâlinde, sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunan tarafın, zararın azaltılabilecek olduğı miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebileceğı düzenlenmiştir. Sonuç itibarıyla, Avrupa Özel Hukuku’nun uyumlaştırılması çalışmalarının önemli bir ayağı olan bu anlaşmada, zararı artırmama külfetinden değil, zararı azaltma (Mitigation of Damages) külfetinden bahsedilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. BRUNNER, Christoph/SCH FER, Friederike; Mitigation of Damages iç. Commentary on the UN Sales Law (CISG), BRUNNER, Christoph/GOTTLIEB, Benjamin (ed.), Kluwer Law International, 2019, Art. 77, N. 1 vd.

²¹⁵ LUTERBACHER, s. 117, N. 173; KURT, s. 777; ALTUNOK ORMANCI, s. 10;

²¹⁶ BREHM, OR Art. 44, s. 322, N. 48b; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 322; BAYSAL, s. 41; KURT, s. 778.

düzenlenen dürüstlük kuralıdır²¹⁷. Nitekim söz konusu kural uyarınca zarar gören, zararını mümkün oldukça düşük seviyede tutmak için makul tedbirleri almak durumundadır.

Zarar görenin zararın azaltılmasına ilişkin ödevi, niteliği itibarıyla bir külfettir (*Obliegenheit*)²¹⁸. Bir başka deyişle, söz konusu ödevi aykırı davranılması durumunda, zarar görenin hukuki sorumluluğundan bahsedilemez. Bu durumun bir sonucu olarak, zarar veren, zarar görene karşı ifa davası açamayacağı gibi tazminat da talep edemez²¹⁹. Dolayısıyla söz konusu külfete aykırılık hâlinde, zarar görenin elde edeceği tazminattan indirim yapılarak, bu kişinin hukuki durumu dezavantajlı bir hâle getirilir²²⁰.

Daha önce de vurgulandığı üzere, zararı azaltma külfeti, zarar görenin ortak kusuruyla birlikte, zarar görenin kusuru başlığı altında incelenmektedir. Zararı azaltma külfeti ile zarar görenin ortak kusuru arasındaki fark ise, zamansaldır. Nitekim zararın meydana gelmesinde etkili olan kusurlu davranışlar ortak kusur teşkil ederken, zararı azaltma külfetinden bahsedebilmek için zarar verenin sorumluluğunu gerektiren olayın ortaya çıkmış olması gerekir²²¹.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, tıpkı ortak kusur meselesinde olduğu gibi üçüncü kişinin ve alacaklının zararı azaltma külfetine aykırı davranışlarının, tazminatın belirlenmesine nasıl etki edeceği sorusu akıllara gelmektedir. Bu doğrultuda çalışmanın devam eden başlıklarında önce üçüncü kişinin ardından da alacaklının söz konusu külfete aykırı davranışlarının hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

b. Üçüncü Kişinin Zararı Azaltma Külfeti

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, borç ilişkisine taraf olduğu için talep hakkı bulunan alacaklı zarara uğramazken, zarar

²¹⁷ BREHM, OR Art. 44, s. 321, N. 48; LUTERBACHER, s. 117, N. 173; EREN, Genel Hükümler, s. 880, N. 2407; KURT, s. 778. Öğretide, zarar görenin, makul önlemler almak suretiyle engelleyebileceği zararların tazminini istemesinin, çelişkili davranış yasağına (*venire contra proprium factum*) aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. BAYSAL, s. 40-41.

²¹⁸ BREHM, OR Art. 44, s. 321, N. 48; LUTERBACHER, s. 122, N. 181; BAYSAL, s. 43; KURT, s. 779; ALTUNOK ORMANCI, s. 17.

²¹⁹ BAYSAL, s. 43; KURT, s. 779; ALTUNOK ORMANCI, s. 18.

²²⁰ BAYSAL, s. 43; KURT, s. 779; ALTUNOK ORMANCI, s. 18.

²²¹ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 321-322; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 597-598; EREN, Genel Hükümler, s. 880, N. 2407; KURT, s. 779.

gören üçüncü kişinin ise talep hakkı bulunmamaktadır. Hâl böyle iken üçüncü kişinin zararı azaltma külfetinin bulunup bulunmadığına ilişkin bir şüphe ortaya çıkmaktadır.

Önceki başlıklarda da ele alındığı üzere, zararı azaltma külfetine dolaylı da olsa yollama yapan TBK m. 52/f. I hükmünde, zarar görenin, zararın artmasında etkili olduğu hâllerde, tazminattan indirim yapılabileceği gibi tazminatın tamamen kaldırabileceği de düzenlenmiştir. Dolayısıyla zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde, üçüncü kişi zarar gördüğü için tıpkı ortak kusurun hesaba katılmasında olduğu gibi üçüncü kişinin zararı azaltma külfetine aykırı davranışları dikkate alınarak tazminatın belirlenmesi yoluna gidilmelidir²²².

Öğretide *Marti-Schreier*'e göre²²³, üçüncü kişi kendisine yabancı olan borç ilişkisinin avantajlarından faydalanmak istiyorsa, bu ilişkiden kaynaklanan külfetlere de katlanmak durumundadır.

Tazminat belirlenirken, üçüncü kişinin ortak kusurunun da dikkate alınması gerektiğini savunan görüşleri temellendirmenin, teorik anlamda zor olduğu savunan *Henn*, aynı değerlendirmeleri zararı azaltma külfeti bakımından yapmamaktadır. Nitekim yazara göre, zararın meydana gelmesinden sonra ortaya çıkan zararı azaltma külfeti bakımından, üçüncü kişinin kusurlu davranışı tam olarak dikkate alınmalıdır²²⁴.

Kaynağını dürüstlük kuralında bulan zararı azaltma külfeti uyarınca, zarar gören, zararını en düşük seviyede tutmak için makul olarak kendisinden alması beklenebilecek tedbirleri almak durumundadır²²⁵. Makul tedbirlerin ne olduğu, TMK m. 4 (hâkimin takdir yetkisi) çerçevesinde, somut olayın tüm şartları göz önünde bulundurularak hâkim tarafından belirlenecektir²²⁶. Bu noktada hâkim, söz konusu takdir yetkisini kullanırken objektif ve sübjektif bazı kriterlerden faydalanır.

Alınacak tedbirin zararı azaltma bakımından ne kadar elverişli olduğu, tedbirin maliyeti ve piyasa şartları gibi kıstaslar, bu hususta kullanılabilecek objektif

²²² **MARTI-SCHREIER**, N. 429 vd.; **OETKER**, BGB § 249, N. 294; **BROCKMANN/KÜNNEN**, s. 732; **GOERTH**, s. 29; **IDEN**, s. 770; **DERANCO/WEBER**, s. 152-153; **LANGE/SCHIAMANN**, s. 481; **EKKENGA/KUNTZ**, Vor BGB § 249, s. 147, N. 364; **REINHARDT**, s. 125; **LEE**, s. 93; **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 352.

²²³ **MARTI-SCHREIER**, N. 442.

²²⁴ **HENN**, s. 291.

²²⁵ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 118, N. 16.14; **BREHM**, OR Art. 44, s. 320 vd., N. 47 vd.; **KURT**, s. 776; **ALTUNOK ORMANCI**, s. 12.

²²⁶ **LUTERBACHER**, s. 127, N. 187; **KURT**, s. 781.

kriterlerdendir²²⁷. Bunun yanında zarar görenin yaşı, eğitim durumu, mesleği, sağlık durumu, zekâ ve yetenek düzeyi gibi ölçütler de tedbirin makullüğünün belirlenmesinde yararlanılabilecek sübjektif kriterlerdendir²²⁸.

Bu noktada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, bahse konu sübjektif kriterler bakımından kimin şahsının dikkate alınacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Nitekim üçüncü kişiden makul olarak beklenen tedbirlerin, alacaklıdan beklenen tedbirlerden az veya çok olması mümkündür. Bu durum da borçlu bakımından iyileşme veya kötüleşme anlamına gelebilir. Hâl böyle iken yalnızca dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması sebebiyle borçlunun durumu ağırlaştırılmamalı, üçüncü kişinin zararı azaltma külfeti değerlendirilirken, onun sübjektif özellikleri dikkate alınmalıdır²²⁹.

c. Alacaklının Zararı Azaltma Külfeti

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklının herhangi bir zarara uğramaması, bu kişinin zararı azaltma külfetinin bulunup bulunmadığı sorusunu akıllara getirmektedir. Öğretide bu hususta, tıpkı ortak kusur meselesinde ileri sürüldüğü gibi alacaklının zararı azaltma külfetine aykırı davranışlarının, tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına sebep olacağı kabul edilmektedir²³⁰. Bu kabulün altında yatan temel gerekçe ise, alacaklının borçlu ile olan ilişkisinde üçüncü kişinin zararının tazminini talep edip, bu kişinin yükümlülüklerine/ödevlerine uymasını isterken, diğer taraftan kendisinin zararı artırıcı davranışlar sergilemesinin önüne geçmektir²³¹. Gerçekten de alacaklı, borçlunun kendi yükümlülüklerine uymasını talep edecekse, zararı azaltma bakımından üzerine düşenleri de yapmak durumundadır.

Son olarak, yukarıda da vurgulandığı üzere, alınması gereken makul tedbirlerin belirlenmesinde, objektif ve sübjektif bazı kriterlerden faydalanılmaktadır. İşte bu noktada sübjektif kriterler bakımından, tıpkı üçüncü kişide olduğu gibi alacaklının şahsı

²²⁷ KURT, s. 781.

²²⁸ KURT, s. 782.

²²⁹ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 443, 444.

²³⁰ MARTI-SCHREIER, N. 438.

²³¹ MARTI-SCHREIER, N. 438.

dikkate alınarak belirleme yapılmalıdır²³². Zira aksi bir kabul, borçlunun durumunun ağırlaşması anlamına gelebilir.

C. Üçüncü Kişinin veya Alacaklının Rızasının Tazminata Olan Etkisi

1. Genel Olarak

Öğretide zarar görenin kusurlu sayılabileceği hâller incelenirken, söz konusu incelemeye ortak kusur ve zararı azaltma külfetine aykırılık dışında, mağdurun hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan rızası da dâhil edilmektedir²³³. Bu meseleye ilişkin olarak, TBK m. 63 hükmünde, zarar görenin rızasının, zarar verenin davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldıracacağı düzenlenmiştir. Yine TMK m. 24/f. II hükmünde, kişilik hakkının zedelendiği hâllerde, kişinin rızasının, davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıracacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla zarar gören kişinin geçerli rızası, hukuka aykırılığı bertaraf edeceği için zarar veren kişinin de herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Ne var ki her durumda rızanın hukuken geçerli olduğundan bahsedilemez. Örneğin rızanın TMK m. 23'e aykırı olduğu hâllerde, fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmayacaktır. Ancak bu ihtimalde de TBK m. 52/f. I uyarınca tazminat indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere²³⁴, her durumda geçersiz bir rızanın varlığı, zarar görenin kusurlu olduğu anlamına gelmez. Nitekim rıza, irade bozukluğu gibi bir sebepten ötürü de geçersiz olabilir²³⁵. Bu durumda zarar görenin kusurundan söz edilemeyeceği için zarar görenin rızasını, zarar görenin kusuru başlığı altında incelemek uygun olmayacaktır. Dolayısıyla zarar gören kişinin rızası, ortak kusur ve zararı azaltma külfetine aykırılık hâllerinden farklı bir tazminattan indirim sebebidir²³⁶. Bu çalışmada zarar görenin rızası meselesi, söz konusu durum göz önünde bulundurularak, ortak kusur ve zararı azaltma külfetine aykırılık hâllerinden bağımsız olarak ele alınmıştır.

²³² MARTI-SCHREIER, N. 440.

²³³ TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 321.

²³⁴ Bu hususta bkz. BAYSAL, s. 46.

²³⁵ BAYSAL, s. 46.

²³⁶ Sorumluluğun kurulması bakımından mağdurun rızası, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bir sorun iken, zarar görenin kusuru, illiyet bağına ilişkin bir meseledir. Nitekim zarar verici fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasına rağmen, mağdurun geçerli rızası sebebiyle hukuka aykırılık ortadan kalkarsa, sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. Bu sebeple sorumluluğun söz konusu iki ayrı unsuruna ilişkin bu kavramlar, farklı başlıklar altında incelenmelidir. Bu hususta bkz. BAYSAL, s. 44.

2. Üçüncü Kişinin veya Alacaklının Rızası Meselesi

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gündeme geldiği hâllerde, üçüncü kişi veya alacaklı, zarar verici fiile rıza göstermiş olabilir. Bu ihtimalde tazminattan indirim yapıp yapılamayacağı veya tazminatın tamamen kaldırılıp kaldırılamayacağı her iki kişi bakımından da ayrı ayrı incelenmelidir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, üçüncü kişinin hukuka aykırı fiile rıza gösterdiği ve bu rızanın hukuken geçerli olduğu hâllerde, borçlunun sorumluluğuna gidilemeyecektir²³⁷. Bunun yanında üçüncü kişinin verdiği rıza geçersiz olsa bile TBK m. 52/f. I uyarınca tazminattan indirim yapılması gerekir. Yine üçüncü kişinin, zararın meydana gelmesinden sonra tazminat talep etmek istememesi de ihtimal dâhilindedir. Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, alacaklının, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna dayanarak borçludan talepte bulunabilmesi için üçüncü kişinin rızası gerekir. Üçüncü kişinin tazminat talep etmek istememesi, alacaklıya bu konuda rızasını açıklamadığını gösterir. Böyle durumlarda kurumun uygulanmasına izin verilmemeli, alacaklı eğer bir dava açmışsa, söz konusu dava hukuki yarar yokluğundan, usulden reddedilmelidir²³⁸.

Öğretide alacaklının zarar doğurucu fiile rıza göstermesi hâlinde de tazminatın indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilmesi kabul edilmektedir²³⁹. Ancak bu noktada

²³⁷ TANDOĞAN, Tazmin, s. 352.

²³⁸ Bu noktada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin tazminat talep etme hakkına sahip olmamasına rağmen zarar doğurucu fiile veya dava açmaya nasıl rıza göstereceği sorusu akıllara gelmektedir. Nitekim bir kişi sahip olmadığı bir hak üzerinde tasarruflarda da bulunamaz. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, talep hakkına sahip olmayan üçüncü kişinin zararlarının tazmin edilebilmesi adına geliştirilmiş bir kurumdur. Hâl böyle iken onun zararlı sonucu doğuracak fiile rıza göstermesinin ya da kendi zararının alacaklı tarafından talep edilmesine rıza göstermemesinin birtakım sonuçları olmalıdır. Bu da bazı durumlarda tazminatın indirilmesi iken, bazı durumlarda ise hukuki yarar yokluğundan kurumun uygulanmaması olacaktır. Öğretide *Reinhardt*, üçüncü kişinin tazminatı istememesi durumunda bu beyanın dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, burada hukuki-teknik anlamda bir ibradan (*Erläss im juristisch-technischen Sinne*) bahsedilemez. Zira üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye taraf değildir. Bu hususta bkz. **REINHARDT**, s. 126.

²³⁹ Öğretide *Tandoğan*, alacaklının ortak kusuru veya zarar verici fiile rızası dikkate alınarak tazminattan indirim yapıp yapılamayacağı meselesini ele almış ve bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Ne var ki yazarın temel sorusu hem ortak kusura hem de alacaklının rızasına ilişkin olsa da yaptığı değerlendirmede yalnızca alacaklının ortak kusuru üzerinde durmuştur. Yazarın diğer eserlerinde kullandığı sistematik incelendiğinde, zararın doğumunda etkili olan kusur ile zarar görenin rızası

önemli bir meseleyi gözden kaçırmamak gerekir. Öyle ki alacaklının üçüncü kişinin zarara uğramasına rıza göstermesi, çoğunlukla bu kişiye karşı sorumlu olması sonucunu doğurur. Üçüncü kişinin alacaklıdan talepte bulunabildiği söz konusu hâllerde, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkmayacağı için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına da lüzum kalmayacaktır. Dolayısıyla alacaklının rızasını da tazminattan indirim sebebi olarak kabul eden söz konusu görüşe, bu yönüyle ihtiyatlı yaklaşmak gerekir.

V. DAR ANLAMDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ KURUMUNUN UYGULANDIĞI HÂLLERDE DEF’İ VE İTİRAZLARIN İLERİ SÜRÜLMESİ

A. Genel Olarak Def’i ve İtirazlar

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, ilişkinin üç köşesinde de farklı kişilerin yer alması, kimin, kime karşı, hangi savunma mekanizmalarını devreye sokacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Buradaki savunma mekanizmalarından kasıt ise, maddi hukuka dayanan savunma imkânlarından olan, def’i (*Einrede*) ve itirazlardır (*Einwendung*). Söz konusu savunma mekanizmaları, bazı yönleriyle birbirinden farklılaştığı için dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, söz konusu savunma imkânlarının özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak daha uygun olacaktır²⁴⁰.

Def’i, borçlunun borçlu bulunduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasını sağlayan bir savunma yolu olarak tanımlanmaktadır²⁴¹. Def’i

hususlarını, zarar görenin kusuru başlığı altında incelediği görülmektedir. Hâl böyle iken, *Tandoğan’ın* alacaklının rızasını, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir husus olarak gördüğü sonucuna ulaşılabilir. Bu hususta bkz. **TANDOĞAN**, Tazmin, s. 353-354. Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, Mes’uliyet, s. 321-322.

²⁴⁰ Bir önceki başlıkta ele alınan ortak kusur, zararı azaltma külfetine aykırılık ve zarar görenin rızası da niteliği itibarıyla maddi hukuka ilişkin savunma imkânlarından olan itirazlar arasında değerlendirilir. Ancak söz konusu itiraz sebeplerinin, tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması sebebiyle, ilgili müesseseler tazminatın belirlenmesi başlığı altında incelenmiştir.

²⁴¹ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 35, N. 4.36; **BERGER**, s. 26, N. 96; **EDİS**, s. 361; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 17; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 315, N. 1009; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, II, § 10, s. 295, N. 17; **DURAL**, Mustafa/SARI, Suat; Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 206, N. 1295; **DEMİRBOĞA**, Dursun Ali; Hakların Korunmasında İspat Kuralları ve Resmi

hakkı, başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan karşı haklardandır²⁴². Def'i niteliği itibarıyla bir hak olduğu için hak sahibi bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir²⁴³. Def'i, hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz²⁴⁴. Hâkimin def'iyi dikkate alabilmesi için bu hakkın, hak sahibi tarafından ileri sürülmesi gerekir²⁴⁵.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin zararı, alacaklı tarafından ileri sürülmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak borçlu, alacaklı ile olan borç ilişkisinden doğan tüm def'ileri, bu kişiye karşı ileri sürebilecektir²⁴⁶.

Borçlunun ileri sürebileceği def'iler hususundaki asıl tartışma ise, üçüncü kişinin talep hakkının bulunduğunu kabul eden görüşler bakımından ortaya çıkar. Nitekim söz konusu görüş kabul edildiği takdirde, borçlunun, alacaklı ile olan ilişkisinde sahip olduğu def'ileri, üçüncü kişiye karşı ileri sürüp süremeyeceği sorusu akıllara gelmektedir.

Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, üçüncü kişinin talep hakkının onaylandığı hâllerde, müteselsil alacaklılığa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir²⁴⁷. Dolayısıyla söz konusu mesele hakkında değerlendirme yapılırken, müteselsil alacaklılığa ilişkin kurallardan faydalanılabilir. Bu noktada öncelikle, müteselsil alacaklılığa uygulanan kurallardan hangisinin dikkate alınacağını tespit

Sicil ve Senetlerin İspat Kuvveti iç. Medeni Hukuk-I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Ders Kitabı, **İKİZLER**, Metin/**TÜZÜNER**, Özlem (ed.), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 261.

²⁴² **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 35, N. 4.36; **BERGER**, s. 26, N. 96; **EDİS**, s. 361; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 17; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 315, N. 1009; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, II, § 10, s. 295, N. 17; **DURAL/SARI**, s. 206, N. 1295; **DEMİRBOĞA**, s. 261.

²⁴³ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 35, N. 4.36; **BERGER**, s. 26, N. 96; **EDİS**, s. 361; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 316, N. 1012; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, II, § 10, s. 295, N. 17; **DURAL/SARI**, s. 206, N. 1295; **DEMİRBOĞA**, s. 261.

²⁴⁴ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 35, N. 4.36; **BERGER**, s. 26, N. 96; **EDİS**, s. 361; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 316, N. 1012; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, II, § 10, s. 295, N. 17; **DURAL/SARI**, s. 206, N. 1295; **DEMİRBOĞA**, s. 261.

²⁴⁵ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 35, N. 4.36; **BERGER**, s. 26, N. 96; **EDİS**, s. 361; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 316, N. 1012; **SEROZAN/ENGİN/ATAMER**, II, § 10, s. 295, N. 17; **DURAL/SARI**, s. 206, N. 1295; **DEMİRBOĞA**, s. 261.

²⁴⁶ **BÄRTSCHL**, s. 416; **TRAUGOTT**, s. 109; **VON GRAFFENRIED**, s. 272, N. 584; **MARTI-SCHREIER**, N. 450.

²⁴⁷ Bu hususta bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 5.

edilmesi gerekir. Borçlunun, alacaklı ile olan ilişkide sahip olduğu def'ileri üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi, alacaklının, üçüncü kişinin durumunu ağırlaştırması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, ele alınması gereken temel mesele, müteselsil alacaklılığın bulunduğu hâllerde, alacaklılardan birinin, diğerinin (veya diğerlerinin) hukuki durumunu ağırlaştırıp ağırlatıramayacağıdır.

Öğretide, kanunda açık bir hüküm yer almamasına rağmen müteselsil alacaklılardan birinin, diğer alacaklıların durumunu ağırlatıramayacağı kabul edilmekte, bu hususta TBK m. 165 hükmünün kıyasen uygulanabileceği düşünülmektedir²⁴⁸. Bu fikirden hareketle, alacaklının, üçüncü kişinin durumunu ağırlatıramayacağı, dolayısıyla ödemezlik def'i veya alacaklının borçluya süre verdiğiine ilişkin savunmaların, üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğinin düşünülebileceği ifade edilmektedir²⁴⁹.

Ne var ki öğretide *Marti-Schreier*, müteselsil alacaklılığa ilişkin hükümlerin, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından ancak kıyasen uygulanabileceğini, borçlunun alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye iradesiyle katılmadığını, dolayısıyla onun korunmasında özel bir dikkat gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır²⁵⁰. Yazara göre, alacaklıya karşı sahip olunan def'ilerin, üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmesi hususunda TBK m. 188/f. I (OR Art. 169/Abs. I) hükmünden faydalanılabilir²⁵¹. İlgili hüküm uyarınca, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Her ne kadar söz konusu kurum bakımından üçüncü kişinin talep hakkına sahip olduğu hâllerde bir devir söz konusu olmasa da borçlunun alacaklı dışında başka bir talep hakkı sahibi ile karşılaşmasına sebep olan olaylarda, kendisinin bir etkisi bulunmamaktadır. Alacağın devrinde de borçlunun, yeni alacaklıyla karşılaşmasında bir dahli bulunmamaktadır. Tüm bunlar değerlendirildiğinde, aynı felsefe burada da geçerli olmalı, borçlu alacaklıya karşı sahip olduğu def'i haklarını, üçüncü kişiye de ileri sürebilmelidir²⁵².

Bu çalışmada kabul edilen görüşe göre ise, üçüncü kişinin talep hakkı, TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509 hükmünün uygulandığı hâllerde söz konusu olmaktadır. Bu noktada TBK m. 509'un kapsamına giren hâllerde, borçlunun, alacaklıya karşı sahip

²⁴⁸ VON TUHR/ESCHER, s. 323; EREN, Genel Hükümler, s. 1380, N. 3819.

²⁴⁹ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 452.

²⁵⁰ MARTI-SCHREIER, N. 452.

²⁵¹ MARTI-SCHREIER, N. 453.

²⁵² MARTI-SCHREIER, N. 453.

olduğu def'ileri, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Zira söz konusu ihtimalde, alacağın devri hükümleri uygulama alanı bulacak ve TBK m. 188/f. I hükmü uyarınca, borçlu devri öğrendiği sırada devredene (alacaklıya) karşı sahip olduğu savunmaları, devralana (üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilecektir. Yine TBK m. 507/f. III hükmünün devreye girdiği hâllerde de borçlu, alacaklıya (ilk vekile) karşı sahip olduğu def'ileri, üçüncü kişiye (vekâlet verene) karşı da kullanabilecektir. Nitekim bu hâlde, vekâlet verenin, alt vekile karşı olan hakları içerik ve kapsam bakımından, vekilin, alt vekile karşı olan haklarına tabi olduğu için alt vekâlet sözleşmesinden doğan def'ilerin üçüncü kişiye (vekâlet verene) karşı ileri sürülmesi mümkün hâlde gelecektir²⁵³.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, gündeme gelecek bir diğer savunma imkânı da itirazdır. İtiraz, bir hakkın doğumuna engel olan ya da hakkı sona erdiren olguların ileri sürülmesidir²⁵⁴. Davaya konu olan borcun ifa ile sona erdiğine, davanın temelini teşkil eden hukuki işlemin geçersizliğine veya hak düşürücü süre geçtiği için hakkın sona erdiğine ilişkin savunmalar, niteliği itibarıyla itirazdır²⁵⁵. Def'iden farklı olarak, itiraz teşkil eden bir husus ileri sürülmüş olmasa dahi, dava dosyasındaki bilgilerden söz konusu itirazın varlığı anlaşılıyorsa, hâkimin bunu re'sen dikkate alması gerekir²⁵⁶.

Alacaklının dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna dayanarak üçüncü kişinin zararının tazminini talep ettiği hâllerde, bu taleple karşı karşıya kalan borçlu, hakkın doğumuna veya sona erdiğine ilişkin itirazları, alacaklıya karşı ileri

²⁵³ OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm; Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband): Art. 184-418 iç. Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zürich 1936, OR Art. 399, s. 1486, N. 11; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 474.

²⁵⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 35, N. 4.35; EDİS, s. 361; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; OĞUZMAN/BARLAS, s. 314, N. 1007; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, II, § 10, s. 294-295, N. 16; DURAL/SARI, s. 205, N. 1293; DEMİRBOĞA, s. 261.

²⁵⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 35, N. 4.35; EDİS, s. 361; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; OĞUZMAN/BARLAS, s. 314, N. 1007; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, II, § 10, s. 294-295, N. 16; DURAL/SARI, s. 205, N. 1293; DEMİRBOĞA, s. 261.

²⁵⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 35, N. 4.35; EDİS, s. 361; OĞUZMAN/BARLAS, s. 314, N. 1007; SEROZAN/ENGİN/ATAMER, II, § 10, s. 294-295, N. 16; DURAL/SARI, s. 205, N. 1293; DEMİRBOĞA, s. 261.

sürebilecektir²⁵⁷. Öğretide üçüncü kişinin doğrudan talep hakkını onaylayan görüşler incelendiğinde, aynı itirazların üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceği ifade edilmektedir²⁵⁸. Dolayısıyla ister talebin alacaklı tarafından ileri sürülmesi gerektiği görüşü isterse de üçüncü kişi tarafından ileri sürülebileceği görüşü benimsensin, borçlu hakkın doğmadığına veya sona erdiğine ilişkin savunmalardan faydalanabilecektir. Ayrıca borçlu bu savunmayı ileri sürmese de hâkim dosyanın içeriğinden hakkın doğmadığını veya sona erdiğini anlayabiliyorsa, bu durumu re'sen dikkate almalıdır.

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, def'i ve itirazlar bakımından ele alınması gereken bir diğer mesele de takastır²⁵⁹. Nitekim borçlu, söz konusu kurumun uygulandığı hâllerde, aleyhine ileri sürülen tazminat alacağını, alacaklı veya üçüncü kişiden olan alacağı ile takas etmek isteyebilir. Keza alacaklı da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu vasıtasıyla elde ettiği alacak hakkını, takasa konu etme arzusu içinde olabilir. Borçlu ve alacaklının söz konusu isteklerine olumlu veya olumsuz bir cevap verebilmek için takas kurumunun kendine has

²⁵⁷ MARTI-SCHREIER, N. 447, 448.

²⁵⁸ MARTI-SCHREIER, N. 447, 448.

²⁵⁹ Takas ile def'i ve itirazlar arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Takas, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğini taşımakta olup, tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile kullanılmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak, takasa ilişkin şartların sağlanması hâlinde, her iki borç miktarı daha az olan borç tutarınca sona erer. Bununla birlikte takas, davalı tarafından açılmış bir davada da ileri sürülebilir. Takas beyanının davada ileri sürülmesi, iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, davalının mahkeme dışında yapılmış takas beyanını, açılmış davada ileri sürmesidir. Diğeri de takas iradesinin ilk kez, açılmış davada açıklanmasıdır. Mahkeme dışında yapılmış bir takasın, sonradan açılan bir davada ileri sürülmesi, maddi hukuk anlamında bir itiraz (*Einwendung*) teşkil eder. Nitekim yukarıda da vurgulandığı üzere, bir hakkın doğmadığına veya sona erdiğine ilişkin olguların ileri sürülmesi, itiraz niteliğindedir. Takas da borcun sona erdiğine ilişkin bir savunma olduğu için maddi hukuk anlamında bir itirazdır. Dava esnasında takas beyanının açıklanmasının hukuki niteliği konusunda ise farklı fikirler ileri sürülmektedir. Bizim de katıldığımız hâkim görüşüne göre, mahkemede yapılan takas beyanının, mahkeme dışında yapılan takas beyanından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Maddi hukuka ilişkin bu açıklamalara karşın usul hukukunda def'i ve itiraz kavramları, maddi hukuktakinden farklı anlamda kullanılmaktadır. Nitekim usul hukukunda, geniş anlamdaki def'i kavramının içine maddi hukukta itiraz kapsamında değerlendirilen hususlar da dâhil edilmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak, maddi hukukta itiraz olarak nitelendirilen takas beyanı, usul hukukunda def'i olarak nitelendirilmektedir. Bu hususta bkz. ARAL, Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 203 vd.; TOPUZ, Gökçen/TOPUZ, Seçkin; "Takasın Davada İleri Sürülmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 57, S. 3, 2008, s. 720 vd.

özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu amaçla, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, takas beyanının nasıl kullanılacağı meselesi, aşağıda bağımsız bir başlık altında incelenmiştir. Bu doğrultuda öncelikle, takas kurumunun temel özellikleri ve şartları üzerinde durulacak, ardından da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, takas beyanının ileri sürülmesi meselesi ele alınacaktır.

B. Dar Anlamda Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Kurumunun Uygulandığı Hâllerde Takas

1. Genel Olarak Takas

Takas (*Verrechnung*), TBK m. 139 vd. hükümlerinde düzenlenen, borcu ifa dışında sona erdiren sebeplerden biridir. TBK m. 139/f. I hükmünde, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç da muaccel ise, iki tarafın her birinin, borcunu, alacağı ile takas edebileceği düzenlenmiştir.

Öğretide takas, bu hükümden hareketle, karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır²⁶⁰. Takas, hukuki niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olup, tek taraflı, şekle bağlı olmayan ve varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır²⁶¹. Takas bir sözleşme olmadığı için sonuç doğurabilmesi için karşı tarafın kabulüne gerek bulunmamaktadır²⁶². Takas beyanının kullanılması ile hem borçlunun hem de alacaklının

²⁶⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 190; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 565, N. 77.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 244, N. 3201; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Corinne; Verrechnung, Art. 120-126 OR-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation iç. Berner Kommentar, HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2012, OR Art. 120, s. 108-109, N. 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012; EREN, Genel Hükümler, s. 1441, N. 4009; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 600, N. 1841; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 684, N. 1683; ARAL, s. 21; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat; Takas, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 5-6.

²⁶¹ VON TUHR/ESCHER, s. 191; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 565, N. 77.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 244, N. 3202; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Grundlagen, s. 3, N. 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012; EREN, Genel Hükümler, s. 1441-1442, N. 4011; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 601, N. 1845; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 684, N. 1683; ARAL, s. 28; DEVELİOĞLU, s. 14.

²⁶² Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, takas TBK'da düzenlendiği şekliyle yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıyla gerçekleşebileceği gibi irade serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak tarafların anlaşması ile de ortaya çıkabilir. Nitekim tarafların, takas sözleşmesi (*Verrechnungsvertrag*) ile TBK'da

alacağı sona erdiği için bu aynı zamanda bir tasarruf işlemidir²⁶³. Dolayısıyla borçlunun takas beyanının, hüküm ve sonuç doğurabilmesi için söz konusu alacak üzerinde tasarruf yetkisinin de bulunması şarttır²⁶⁴.

Takasın gerçekleşebilmesi için bazı şartların varlığı ve yokluğu aranır. Bir başka deyişle, takasın şartları, olumlu (*positive Voraussetzungen*) ve olumsuz şartlar (*negative Voraussetzungen*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Takasın olumlu şartlarından ilki, takas edilecek alacakların karşılıklı (*Gegenseitigkeit*) olmasıdır²⁶⁵. Söz konusu şartın sağlanabilmesi için takas alacağının (*Verrechnungsforderung*) takas edene ait olması²⁶⁶, takas beyan edilen tarafın takas alacağının borçlusu olması²⁶⁷, takas beyan edilen tarafın esas alacağın (*Hauptforderung*) alacaklısı olması²⁶⁸ ve takas edenin esas alacağın borçlusu olması gerekir²⁶⁹. Ne var ki söz konusu şartın da bir istisnası bulunmaktadır²⁷⁰. Nitekim TBK m. 188/f. II hükmü uyarınca, asıl alacağın üçüncü kişiye devredildiği hâllerde borçlu, devredene karşı sahip

aranan şartlar sağlanmaksızın takasın gerçekleşmesi hususunda anlaşması mümkündür. Bu hususta bkz.

VON TUHR/ESCHER, s. 191; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 565, N. 77.01; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 244, N. 3202; **ZELLWEGE-GUTKNECHT**, Grundlagen, s. 3, N. 4; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1012; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1441-1442, N. 4011; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 601, N. 1845; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 684, N. 1683; **ARAL**, s. 28.

²⁶³ **VON TUHR/ESCHER**, s. 191, dpn. 9; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1013; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1442, N. 4013; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 610, N. 1879.

²⁶⁴ **VON TUHR/ESCHER**, s. 191, dpn. 9; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1013; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1442, N. 4013; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 610, N. 1879.

²⁶⁵ **VON TUHR/ESCHER**, s. 191; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 566, N. 77.04; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 245, N. 3210; **ZELLWEGE-GUTKNECHT**, OR Art. 120, s. 139, N. 138; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1014; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1443, N. 4017; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 602, N. 1851; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 686, N. 1690; **ARAL**, s. 42; **DEVELİOĞLU**, s. 79.

²⁶⁶ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 566, N. 77.04; **ARAL**, s. 44.

²⁶⁷ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 566, N. 77.04; **ARAL**, s. 46.

²⁶⁸ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 566, N. 77.04; **ARAL**, s. 48.

²⁶⁹ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 566, N. 77.04; **ARAL**, s. 48.

²⁷⁰ Alacağın devrinin, karşılıklılık şartının istisnası olduğu hakkında bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 567, N. 77.06; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1444, N. 4021; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 604, N. 1859; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 687, N. 1692; **ARAL**, s. 50 vd.

olduğu alacağı, belirli şartlar altında devredilen alacakla takas edebilir. Takasın olumlu şartlarından ikincisi, takas edenle, karşı tarafın, birbirlerine karşı sahip oldukları alacak ve borçların özdeş (*Gleichartigkeit*) olmasıdır²⁷¹. Ancak özdeş olan alacakların, aynı zamanda miktar itibarıyla da eşit olması gerekmez²⁷². Bunun dışında, alacaklardan her ikisinin veya birinin çekişmeli olması veya alacaklar arasında belirli bir irtibatın bulunmaması (*Konnexität*) da takas hakkının kullanılmasının önünde bir engel teşkil etmez²⁷³. Takas bakımından aranan bir diğer olumlu şart, takas edilecek borcun muaccel olmasıdır²⁷⁴. Bu noktada her iki borcun da muaccel olması şartı ise aranmaz. Bir başka deyişle, takas edilecek borcun muaccel olması (*Fälligkeit*), buna karşılık diğer borcun sadece ifa edilebilir (*Erfüllbarkeit*) olması yeterlidir²⁷⁵. Ancak muaccel olma şartının da bir istisnası bulunmaktadır. Nitekim TBK m. 142’de, borçlunun iflası hâlinde, alacaklıların, kendi alacakları muaccel olmasa bile takas beyanında bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Takasın son olumlu şartı ise, takas edenin alacağının, dava edilebilir (*Klagbarkeit*) bir alacak olmasıdır²⁷⁶. Bu noktada zamanaşımına uğramış

²⁷¹ VON TUHR/ESCHER, s. 194; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 567, N. 77.08; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 246, N. 3216; ZELLWEGER-GUTKNECHT, OR Art. 120, s. 152, N. 198; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1015; EREN, Genel Hükümler, s. 1444, N. 4022; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 604, N. 1860; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 687, N. 1693; ARAL, s. 56; DEVELİOĞLU, s. 126.

²⁷² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 246, N. 3220; EREN, Genel Hükümler, s. 1444, N. 4023; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 688, N. 1693.

²⁷³ VON TUHR/ESCHER, s. 197; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 567, N. 77.11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 247, N. 3222; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 698, N. 1693; ARAL, s. 96.

²⁷⁴ VON TUHR/ESCHER, s. 195; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 568 vd., N. 77.12 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 247, N. 3227; ZELLWEGER-GUTKNECHT, OR Art. 120, s. 116 vd., N. 36 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1017; EREN, Genel Hükümler, s. 1445, N. 4028; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 606, N. 1863, 1864; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 688, N. 1695; ARAL, s. 65; DEVELİOĞLU, s. 140 vd.

²⁷⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 195; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 568 vd., N. 77.12 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 247, N. 3227; ZELLWEGER-GUTKNECHT, OR Art. 120, s. 116 vd., N. 36 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1017; EREN, Genel Hükümler, s. 1445, N. 4028; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 606, N. 1863, 1864; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 688, N. 1695; ARAL, s. 65; DEVELİOĞLU, s. 140 vd.

²⁷⁶ VON TUHR/ESCHER, s. 196; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 568, N. 77.12; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 248, N. 3232;

alacaklar bakımından Kanun'da özel bir düzenleme yapılmış ve TBK m. 139/f. III hükmünde, zamanaşımına uğramış bir alacağın takasının ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması kaydıyla mümkün olduğu ifade edilmiştir.

Takasın olumlu şartlarının yanında olumsuz şartları da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, takas hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılmamasıdır²⁷⁷. Nitekim TBK m. 145 hükmünde, borçlunun takas hakkından önceden feragat edebileceği düzenlenmiştir. Ne var ki buradaki feragat, yalnızca borçlunun iradesine dayanan, tek taraflı bir feragat olmayıp, karşı tarafla akdedilen takastan feragat sözleşmesidir²⁷⁸. Takasın olumsuz şartlarından bir diğeri de kanunun takas hakkını ortadan kaldırmamasıdır²⁷⁹. Nitekim TBK m. 144 hükmünde, bazı alacakların ancak alacaklının rızasıyla takas edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar, haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar ile nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar ancak alacaklının rızasıyla takas edilebilir.

Borçlunun takas beyanını alacaklıya bildirmesiyle takas gerçekleşir ve her iki borç takas edilebilecekleri anda²⁸⁰ daha az olan borç tutarınca sona erer²⁸¹. Takas edilen alacak

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1018; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1446, N. 4030; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 688, N. 1694; **ARAL**, s. 81.

²⁷⁷ **VON TUHR/ESCHER**, s. 199 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 570, N. 77.22; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 249, N. 3235; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1446-1447, N. 4033; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 609, N. 1872; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 690, N. 1700; **ARAL**, s. 102.

²⁷⁸ **VON TUHR/ESCHER**, s. 199 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 570, N. 77.22; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 249, N. 3235; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1446-1447, N. 4033; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 609, N. 1872; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 690, N. 1700; **ARAL**, s. 102.

²⁷⁹ **VON TUHR/ESCHER**, s. 199 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 569, N. 77.18; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 249, N. 3238; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1447, N. 4034; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 691, N. 1702; **ARAL**, s. 109.

²⁸⁰ Yukarıda da vurgulandığı üzere, takas hakkı, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu için bu hakkı kullanmaya yönelik irade beyanının karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurması gerekirdi. Ancak TBK m. 143/f. I hükmünde, her iki borcun takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona ereceği düzenlenmiştir.

²⁸¹ **VON TUHR/ESCHER**, s. 207; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s. 572, N. 78.04; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, Bd. II, s. 252, N. 3250;

ile karşı alacak eşit miktarda ise, takas sonucunda her iki alacak da tamamen ortadan kalkacaktır²⁸².

Önceki başlıkta da vurgulandığı üzere takas, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, ayrıca incelenmesi gereken bir meseledir. Bu doğrultuda çalışmanın devam eden başlıklarında, söz konusu kurumun uygulandığı hâllerde takas beyanının ileri sürülmesi meselesi üzerinde durulacaktır. Bu noktada öncelikle talebin alacaklı tarafından ileri sürüldüğü hâller ele alınacak, ardından da üçüncü kişiye talep hakkı veren görüşler bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

2. Tazminat Talebinin Alacaklı Tarafından İleri Sürüldüğü Hâllerde Takas

a. Alacaklıya Karşı Olan Alacağın Takası

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümünde, üçüncü kişinin zararının tazmini, alacaklı tarafından talep edilmektedir. Dolayısıyla alacak hakkına sahip olan kişi, alacaklıdır. Bu noktada borçlunun, alacaklıya karşı sahip olduğu alacağını (takas alacağı), dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan borcuyla (esas alacak), takas edip edemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki borçlunun takas beyanını ileri sürebilmesi için bir önceki başlıkta ele alınan şartların sağlanması zorunludur. Söz konusu kurumun uygulandığı hâllerde alacaklı, taraf sıfatına sahip olduğu için karşılıklılık şartının sağlandığı söylenebilir²⁸³. Ne var ki alacaklı, talebi kendi zararının tazmini için değil,

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1020 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 1447, N. 4039; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 613, N. 1890; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 692, N. 1706; ARAL, s. 195.

²⁸² VON TUHR/ESCHER, s. 207; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s. 572, N. 78.04; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 252, N. 3250; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1020 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 1447, N. 4039; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 613, N. 1890; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 692, N. 1706; ARAL, s. 195.

²⁸³ Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, takas beyanının ileri sürülmesine ilişkin tartışmalar, takas kurumunun şartlarından biri olan “karşılıklılık” şartı üzerinden yapılmıştır. Öğretilde isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, “karşılıklılık”, takasın asli şartlarından (*Hauptvoraussetzungen der Verrechnung*) biri olup, üç köşeli ilişkilerde (*Dreieckverhältnissen*) bu şartın sağlanıp sağlanmadığının tespiti bakımından zorluklar ortaya çıkmaktadır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, karşılıklılık şartının sağlanması tek başına takasın mümkün olabileceği anlamına gelmez. Bir başka deyişle, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı

üçüncü kişinin zararının tazmini için ileri sürmektedir. Hâl böyle iken, borçlunun takas beyanında bulunup bulunamayacağı hakkında şüpheler ortaya çıkmaktadır.

Bu hususta öğretide ileri sürülen ilk görüşe göre²⁸⁴, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklı tazminatın kendisine ödenmesini isteyebiliyorsa, tazminat borçlusu da alacaklıdan olan alacağı ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan borcunu takas edebilir.

Alacaklının, tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesini talep edebileceğini savunan yazarlara göre ise, bu ihtimalde alacaklar arasında bir özdeşlik (*Gleichartigkeit*) bulunmadığı için takasın olumlu şartlarından biri sağlanamamıştır²⁸⁵.

Öğretide başka bir görüş ise, takas beyanının ileri sürülebilmesini, borçlunun, üçüncü kişinin menfaatini bilip bilmemesine bağlamaktadır. Bu görüşe göre, borçlunun, üçüncü kişinin menfaatini bilmediği hâllerde, söz konusu imkân borçlunun elinden alınmamalıdır²⁸⁶. Ancak bazı hâllerde, borçlunun üçüncü kişinin menfaatinin farkında olması ihtimal dâhilindedir. Bu durumda karşılıklılık şartının sağlanmadığından bahsedilemez. Ancak bu ihtimalde, alacaklı ile borçlu arasında TBK m. 145 (OR Art. 126) uyarınca, zımni bir feragat anlaşması yapıldığı söylenebilir²⁸⁷. Sonuç itibarıyla, borçlu üçüncü kişinin menfaatini bilmiyorsa, takas hakkını kullanabilecek, bu kişinin, üçüncü kişinin menfaatini bildiği hâllerde ise TBK m. 145 uyarınca zımni bir takastan feragat sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir.

Bu son görüşün temsilcileri, takasın mümkün olup olmadığı hususunu incelerken, farklı hükümler bakımından da değerlendirme yapmıştır. Bu noktada ele alınan ilk hüküm

hâllerde takasın mümkün olup olmadığı incelenirken, diğer olumlu ve olumsuz şartların sağlanıp sağlanmadığı da kontrol edilmelidir. Karşılıklılık şartının tespitinin üç köşeli ilişkilerde zorluk teşkil ettiği hakkında bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Bd. II, s. 245, N. 3211.

²⁸⁴ KRÜCKMANN, s. 309-310. *Puhle* 'ye göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, alacaklı ile borçlu arasında "karşılıklılık" şartı sağlandığından ötürü borçlu, alacaklıya karşı sahip olduğu alacak ile bu kurumdan doğan borcunu takas edebilir. Yazara göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise borçlunun böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu ihtimalde, üçüncü kişinin kendi alacak hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla takasın şartlarından biri olan karşılıklılık şartı sağlanamamaktadır. Bu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye göre üçüncü kişi bakımından dezavantajlı sonuçlar doğurmasına sebep olmaktadır (PUHLE, s. 145-146). Aynı yönde bkz. URBAN, s. 157-158.

²⁸⁵ REINHARDT, s. 118-119.

²⁸⁶ MARTI-SCHREIER, N. 460.

²⁸⁷ MARTI-SCHREIER, N. 462.

ise, TBK m. 141'dir (OR Art. 122). Söz konusu hükümde, üçüncü kişi yararına sözleşmenin bulunduğu hâllerde, üçüncü kişi yararına borçlanan kişinin, bu borcu ile sözleşmenin diğer tarafından olan alacağını takas edemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümden hareket eden bazı yazarlar, söz konusu hükümdeki felsefenin, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde uygulanıp uygulanamayacağı üzerine değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Ancak yapılan bu değerlendirme sonucunda, söz konusu hükmün dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır²⁸⁸. Bu sonuca ulaşmadaki en önemli etken ise, üçüncü kişi yararına sözleşmede, borçlunun, üçüncü kişinin menfaatinin farkında olmasıdır²⁸⁹. Ne var ki dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı her durumda, bu tip bir farkındalıktan bahsedilemez. Dolayısıyla iki durumun birbiriyle olan farklılıkları göz önünde bulundurulmalı ve TBK m. 141'in kıyasen uygulanması kabul edilmemelidir.

Yukarıda bahse konu olan görüşün temsilcilerinin yararlanmayı düşündükleri diğer hüküm ise, TBK m. 144/b. 3'tür (OR Art. 125). İlgili hüküm uyarınca, nafaka ve işçi ücreti gibi borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar ancak alacaklının rızasıyla takas edilebilir. Bu hükümden yola çıkan bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde de benzer bir durumun söz konusu olabileceğine dair bir şüphenin ortaya çıktığını ileri sürmektedir²⁹⁰. Hüküm incelendiğinde, nafaka ve işçi ücretleri gibi alacaklar denilerek, bu nitelikteki alacakların örnek olarak sayılması yöntemi tercih edilmiştir. Ne var ki bu kapsama dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan alacağın girdiğini söylemek çok da mümkün değildir. Nitekim öğretide, iktisaden zayıf durumda olan kişilerin hayati ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ve zikredilenlerin dışında kalan diğer alacakların da bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir²⁹¹. Bu tip alacaklara örnek olarak, ölünceye

²⁸⁸ MARTI-SCHREIER, N. 463.

²⁸⁹ MARTI-SCHREIER, N. 463.

²⁹⁰ Bu hususta bkz. MARTI-SCHREIER, N. 461.

²⁹¹ VON TUHR/ESCHER, s. 200-201; ARAL, s. 122. İsviçre öğretisinde söz konusu hükmün kapsamını değerlendirirken daha geniş bir yorum yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, ilgili hüküm ile ne yalnızca “*efektif ifanın korunması*” (*Effektiverfüllungsschutzes*) ne de yalnızca “*asgari geçim düzeyinin teminat altına alınması*” (*Sicherung des Existenzminimums*) amaçlanmıştır. Asgari geçim düzeyinin teminat altına alınması anlayışının, tarihsel olarak çok da yanlış olmadığını ifade eden bu

kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacaklısının alacağı, destekten yoksun kalma tazminatı gibi alacaklar gösterilmektedir²⁹². Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan alacağın bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmadığı için ilgili hükmün uygulanması da söz konusu değildir.

Öğretide, alacaklının dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan alacağı ile borçluya karşı olan borcunu takas edip edemeyeceği de tartışılmaktadır. Bu noktada alacaklının, üçüncü kişinin menfaatinin farkında olduğu, dolayısıyla bu farkındalığa rağmen takas beyanında bulunduğu hâllerde, zımni bir takastan feragatin söz konusu olmayacağı, dolayısıyla takasın geçerli olacağı ancak bu kişinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağı kabul edilmektedir²⁹³.

Kanaatimizce, üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasında bulunan borç ilişkisi sayesinde zararının tazminini sağlayabiliyorsa, borçlunun, alacaklıya karşı olan alacağı sebebiyle takas hakkını kullanmasına da katlanmalıdır. Ancak öğretilerde de haklı olarak ifade edildiği üzere, borçlu, üçüncü kişinin menfaatinin farkındaysa, zımni bir takastan feragat sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir. Bunun yanında alacaklının takas hakkını kullandığı hâllerde ise, bu kişi aralarındaki ilişki çerçevesinde üçüncü kişiye karşı sorumlu olacaktır.

b. Üçüncü Kişiye Karşı Olan Alacağın Takası

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümü bakımından ele alınan bir diğer durum da borçlunun, alacaklının talebine karşı üçüncü kişiden olan alacağını ileri sürerek, takas beyanında bulunup bulunamayacağıdır. Öğretilerde bu soruya haklı olarak olumsuz yanıt verilmektedir²⁹⁴. Nitekim yukarıda da vurgulandığı üzere, takasın olumlu şartlarından biri, takas edilecek alacakların

görüştü, meseleyi daha geniş bir perspektiften ele almayı tercih etmiştir. Nitekim söz konusu görüşe göre, asgari ekonomik geçim; yaşam hakkının (*Rechts auf Leben*), kişisel özgürlüğün (*persönlichen Freiheit*) ve insanlık onurunun (*Menschenwürde*) bir içeriğidir. Bir başka deyişle, söz konusu hüküm ile İsviçre Federal Anayasası'nda kendisine yer bulan, yaşam hakkı, kişisel özgürlük ve insanlık onuru gibi seçilmiş kişisel haklar, özel hukuk düzeyinde, takas hakkının kullanılması bakımından güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla bir borcun, alacaklının “devredilemez kişilik değerleri” (*unübertragbaren Persönlichkeitsgüter*) için ortaya çıktığı durumlarda, takas hakkının kullanabilmesi için alacaklının rızası aranmalıdır. Bu hususta bkz. ZELLWEGER-GUTKNECHT, OR Art. 125, s. 348 vd., N. 74 vd.

²⁹² VON TUHR/ESCHER, s. 200-201; ARAL, s. 122.

²⁹³ MARTI-SCHREIER, N. 464, 465.

²⁹⁴ MARTI-SCHREIER, N. 466.

karşılıklıdır. Bu şartın sağlanabilmesi için takas beyan edilen kişinin, asıl alacağın alacaklısı olması gerekir. Ne var ki dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümünde, üçüncü kişinin kendisine ait bir alacak hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla borçlunun, üçüncü kişiden olan alacağı ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden doğan borcunu takas etmesi mümkün değildir.

3. Tazminat Talebinin Üçüncü Kişi Tarafından İleri Sürüldüğü Hâllerde Takas

a. Alacaklıya Karşı Olan Alacağın Takası

Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, bazı yazarlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişiye bir talep hakkı vermektedir. Bu noktada borçlunun, üçüncü kişinin talebine karşı, alacaklıdan olan alacağına ilişkin bir takas beyanında bulunup bulunamayacağı sorusu akıllara gelmektedir. Söz konusu soruya cevap verebilmek için üçüncü kişinin kendi alacak hakkının bulunduğu hâllerde, alacaklının alacağının devam edip etmediği sorusuna yanıt vermek gerekir. Eğer alacaklının alacağının, dolayısıyla da taraf sıfatının sona erdiği kabul edilirse, alacaklı esas alacağın alacaklısı olamayacağı için (karşılıklılık şartı sağlanamadığından) takas mümkün olmayacaktır.

Alacaklının taraf sıfatının devam ettiği görüşünü benimseyen yazarlar ise, bu ihtimal bakımından müteselsil alacaklılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir²⁹⁵. Müteselsil alacaklılığın söz konusu olduğu hâllerde, müteselsil alacaklılardan biri tarafından ifası talep edilen borcun (esas alacak) borçlusunun, bu borcunu diğer müteselsil alacaklıya karşı sahip olduğu alacak ile takas edemeyeceği kabul edilmektedir²⁹⁶. Aynı esaslar dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazminine de uygulanacak olursa, borçlunun, üçüncü kişinin talebine karşı, alacaklıdan olan alacağını takas etme imkânı bulunmayacaktır²⁹⁷.

Daha önce de vurgulandığı üzere, bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazminini talep etme hakkı, alacaklıya tanınmıştır. Ancak TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509/f. I hükümleri uyarınca, üçüncü kişinin kendi alacak hakkının bulunduğu hâller de olabilir. Dolayısıyla ilgili hükümler bakımından ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekir.

²⁹⁵ Bu hususta bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 4.

²⁹⁶ AEPLI, OR Art. 120 A-B, s. 184, N. 39; VON BÜREN, s. 481; ARAL, s. 47.

²⁹⁷ MARTI-SCHREIER, N. 470, 471.

TBK m. 507/f. III hükmünde, caiz ve caiz olmayan alt vekâlet hâllerinde, vekâlet verenin, vekilin alt vekile karşı sahip olduğu hakları, aralarında herhangi bir akdi ilişki olmamasına rağmen alt vekile de ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Vekâlet verenin, bu hüküm ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun birlikte uygulanması ile kazandığı alacak hakkını, alt vekile karşı ileri sürdüğü hâllerde, alt vekilin, ilk vekilden olan alacağı ile vekâlet verene karşı olan borcunu takas edip edemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Önceki başlıklarda da ifade edildiği üzere, TBK m. 507/f. III hükmü, müteselsil alacaklılığın yasal görünümlerinden biridir. Yukarıda da bahsedildiği gibi öğretide bazı yazarlar, müteselsil alacaklılığın söz konusu olduğu hâllerde, borçlunun, kendisinden talepte bulunan müteselsil alacaklılardan birinin alacağı ile diğer bir alacaklıya karşı sahip olduğu alacağı takas edemeyeceğini vurgulamaktadır²⁹⁸.

Ancak öğretide bazı başka yazarlar ise, TBK m. 507/f. III hükmü bakımından farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Bu görüşe göre, vekâlet verenin alt vekile karşı sahip olduğu hak, alt vekil ile ilk vekil arasındaki sözleşmeden kaynaklandığı ve vekâlet veren, ilk vekilin talebini ileri sürdüğü için bu ilişki bakımından TBK m. 129 (OR Art. 112) ve TBK m. 141 (OR Art. 122) hükümleri uygulanmamalıdır²⁹⁹. Bir başka deyişle, alt vekil, ilk vekile karşı sahip olduğu alacak hakkını, vekâlet verenin alacağıyla takas edebilir³⁰⁰.

Öğretide alt vekilin, ilk vekile karşı alt vekâletten başka sebeplerden kaynaklanan alacaklarını, vekâlet verene karşı takasta kullanıp kullanmayacağı meselesi de incelenmekte ve bu hususta ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu görüşe göre³⁰¹, alt vekil, ilk vekilin, işi vekâlet veren hesabına kendisine bıraktığının farkındaysa, alt vekâletten başka sebeplerden vekile karşı doğan alacağını, vekâlet verene olan borcu ile takas edemez. Alt vekilin bu durumun farkında olmadığı ihtimalde ise takas hakkının kullanılması engellenmemelidir³⁰².

Kanaatimizce, bu noktada öğretide de ifade edildiği üzere, alt vekâletten kaynaklanan alacaklar ile başka bir ilişkiden kaynaklanan alacaklar arasında ayrım

²⁹⁸ AEPLI, OR Art. 120 A-B, s. 184, N. 39; VON BÜREN, s. 481; ARAL, s. 47.

²⁹⁹ FELLMANN, OR Art. 398, s. 538-539, N. 613.

³⁰⁰ FELLMANN, OR Art. 398, s. 538-539, N. 613.

³⁰¹ BECKER, Hermann; Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551 iç. Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 1934, OR Art. 399, s. 552, N. 7; OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art. 399, s. 1486, N. 11.

³⁰² BECKER, OR Art. 399, s. 552, N. 7; OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art. 399, s. 1486, N. 11.

yapılabilir. Bir başka deyişle, alt vekil, alt vekâlet sözleşmesinden doğan alacakları ile vekâlet verene karşı TBK m. 507/f. III hükmünden kaynaklanan borcunu takas edebilir. Zira öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, vekâlet verenin talep (alacak) hakkı bakımından vekilin talep haklarına atıfta bulunulmuştur. Bu durumun bir sonucu olarak da alt vekilin takas beyanında bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Ne var ki aynı değerlendirmeyi alt vekâletten kaynaklanmayan alacaklar bakımından yapmak mümkün değildir. Zira bu ihtimalde, takas bakımından aranan karşılıklılık şartı sağlanamamaktadır. Ancak bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki TBK m. 509/f. I hükmünün, alt vekâlet ilişkisinin bulunduğu hâllerde geçerli olması ihtimali bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira aşağıda da belirtileceği üzere, yasal devrin söz konusu olduğu hâllerde, karşılıklılık şartına bir istisna getirildiği için bu ihtimalde farklı bir yaklaşım benimsenmelidir³⁰³. Yasal devrin söz konusu olmadığı hâllerde ise alt vekilin, yukarıda bahsedildiği şekliyle bir takas hakkı bulunmayacaktır.

Üçüncü kişinin kendine ait alacağının bulunduğu bir diğer durum da TBK m. 509/f. I hükmünün uygulandığı hâllerdir. Söz konusu hükümde alacağın yasal devri düzenlenmiştir. Daha önce de vurgulandığı üzere, takasın olumlu şartlarından biri de karşılıklılıktır. Bu şartın sağlanabilmesi için takas hakkını kullanmak isteyen kişinin, karşı taraftan hem borçlu (esas alacak/borç) hem de alacaklı olması (takas alacağı) gerekir. Ne var ki bu kuralın da bir istisnası bulunmaktadır. Nitekim TBK m. 188/f. I hükmü uyarınca, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilecektir. Takas da söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilebilecek savunmalardandır³⁰⁴. Alacağın hukuki işlemle devredilmesine ilişkin bu hüküm, niteliğine uygun düştüğü ölçüde yasal alacak devirleri bakımından da uygulanacaktır³⁰⁵. Dolayısıyla üçüncü kişinin, TBK m. 509/f. I hükmü uyarınca kendi alacak hakkına sahip

³⁰³ Aynı yönde bkz. **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 475.

³⁰⁴ **LARDELLI**, Flavio; Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Schulthess Verlag, Zürich 2008, s. 80; **KAHVECİ**, Nalan; “Alacağın Devrinde Takas”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 1, 2020, s. 61-62.

³⁰⁵ Öğretide, TBK m. 188 (OR Art. 169) hükmünün, aksi kararlaştırılmadıkça (*özel bir şey belirlenmedikçe/ falls nichts Besonderes bestimmt wird*) yasal (*Forderungsübergang kraft Gesetzes*) ve yargısal (*Forderungsübergang kraft richterlichen Urteils*) alacak devirlerine de uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. **KOLLER**, Alfred; Der Gute und der Böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1985, s. 229, dpn. 899.

olduğu hâllerde, takas hakkının kullanımı bakımından ilgili hüküm (TBK m. 188) dikkate alınmalıdır.

Söz konusu hükmün getirdiği ilkelere göre, borçlunun, alacaklıya karşı sahip olduğu takas alacağı, yasal devrin gerçekleşmesinden önce kazanılmış ve muaccel olmuşsa, borçlu takasın diğer şartları sağlandığı sürece, üçüncü kişiye karşı da takas hakkını kullanabilir³⁰⁶. Nitekim bu ihtimalde takasın şartları, alacağın yasal olarak devrinden önce meydana gelmiştir³⁰⁷. Bunun dışında borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu takas alacağının, asıl alacağın devrinden önce mevcut olmasına rağmen muaccel olmadığı hâllerde ise birtakım şartların sağlanması gerekir. Bu noktada söz konusu ihtimal bakımından ya takas alacağı en geç borçlunun devri öğrendiği ana kadar muaccel olmalı³⁰⁸ ya da (takas alacağı borçlunun devri öğrendiği andan sonraki bir zamanda muaccel olacaksa), esas alacak, takas alacağıyla aynı anda veya takas alacağından daha sonraki bir zamanda muaccel olmalıdır³⁰⁹. Bu iki ihtimal dışında, takas alacağının, alacağın devrinden sonra kazanılması da mümkündür. Söz konusu durumda da TBK m. 188/f. II devreye girecektir. Bir başka deyişle, takas alacağı, alacağın devrinden sonra kazanılmasına rağmen, borçlunun devri öğrenmesinden önce muaccel olmuşsa, borçlu takas beyanında bulunabilecektir³¹⁰. Takas alacağının, borçlunun devri öğrenmesinden sonra muaccel olduğu hâllerde ise, söz konusu alacağın esas alacakla aynı anda veya ondan daha önce muaccel olması gerekir³¹¹.

Sonuç itibarıyla, üçüncü kişinin bağımsız bir talep hakkı olduğu görüşü benimsenirse, borçlunun alacaklıdan olan alacağıyla, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden doğan borcunu (üçüncü kişinin alacağı) takas etme hakkı bulunmamaktadır. Zira söz konusu ihtimalde, takasın olumlu şartlarından biri olan karşılıklılık şartı sağlanamamaktadır.

Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı bazı hâllerde, üçüncü kişinin kendine ait bir alacak hakkının bulunması mümkün olup, bunlardan biri de TBK m. 509/f. I'ın uygulandığı hâllerdir. Söz konusu hüküm, yasal bir alacak devrini öngördüğü için takas hakkının

³⁰⁶ LARDELLI, s. 84; ARAL, s. 73; KAHVECİ, s. 79.

³⁰⁷ LARDELLI, s. 84; ARAL, s. 73; KAHVECİ, s. 79.

³⁰⁸ LARDELLI, s. 85; ARAL, s. 74; KAHVECİ, s. 79.

³⁰⁹ LARDELLI, s. 85; ARAL, s. 74; KAHVECİ, s. 79.

³¹⁰ LARDELLI, s. 90; ARAL, s. 74; KAHVECİ, s. 80-81.

³¹¹ LARDELLI, s. 90; ARAL, s. 74; KAHVECİ, s. 80-81.

kullanımı bakımından da alacağın devrine ilişkin kuralların uygulanması gerekir. Bu da TBK m. 188 hükmünde öngörülen şartların sağlanması hâlinde, borçlunun alacaklıya karşı olan alacağını, üçüncü kişinin dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan kaynaklanan alacağı ile takas edebileceği anlamına gelmektedir. Üçüncü kişinin kendisine ait bir alacak hakkının olduğu TBK m. 507/f. III hükmü bakımından ise karşılıklılık şartı sağlanamadığı için borçlunun, alacaklıdan olan alacağı (alt vekâlet sözleşmesinden kaynaklanmayan alacaklar) ile kurumun uygulanmasından doğan borcunu takas etmesi mümkün değildir.

b. Üçüncü Kişiye Karşı Olan Alacağın Takası

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin kendisine ait bir alacak hakkı olduğu kabul edilirse, borçlu, üçüncü kişiye karşı olan alacağı ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan borcunu takas edebilir³¹². Zira bu ihtimalde takasın olumlu şartlarından olan karşılıklılık şartı sağlanmaktadır. Daha önce de vurgulandığı üzere, bu çalışmada söz konusu görüş benimsenmemiş olsa bile bazı hâllerde üçüncü kişinin kendine ait bir alacak hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu hâllerde de karşılıklılık şartı bakımından herhangi bir problem olmadığı için borçlunun üçüncü kişiye karşı takas hakkını kullanması mümkündür³¹³.

³¹² MARTI-SCHREIER, N. 472.

³¹³ TBK m. 507/f. III bağlamında bkz. FELLMANN, OR Art. 398, s. 539, N. 613. Alacağın devri bağlamında bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1404, N. 3891.

SONUÇ

Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini (*Drittschadensliquidation*) kurumunun ele alındığı bu çalışmada ulaşılan sonuçları, şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile bazı tali hakları ve borçları içeren bir yelpaze olan borç ilişkisi, hukuki işlem veya kanundan doğabilir. Borç ilişkileri, nispi karakterli ilişkilerdendir. Dolayısıyla borç ilişkilerinde kural olarak, yalnızca alacaklı, borçludan talepte bulunabilir. Bu ilişkiye taraf olmayan üçüncü bir kişinin, taraf olmadığı söz konusu borç ilişkisinden ötürü borç altına girmesi veya hak elde etmesi mümkün değildir. Bu durum hem sözleşme hem de kanundan doğan borç ilişkilerinin tipik örneği olan haksız fiil bakımından geçerli olan bir kuraldır. Nispilelik ilkesi, alacaklının menfaati dogması ve objektif hukuka aykırılık teorisiyle birlikte, borç ilişkisine dayanarak tazminat talep edebilecek kişilerin çevresini belirlemektedir. Nitekim alacaklının menfaati dogması, bir sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, yalnızca sözleşmeye taraf olan alacaklının zararlarının tazmin edilebileceğini öngörmek suretiyle, tazminat talep etme hakkının alacaklıda olduğunu vurgulamaktadır. Benzer şekilde objektif hukuka aykırılık teorisi de zarara sebep olan bir fiilin, ne zaman hukuka aykırı olacağını tespit ederek, haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep etmeye yetkili kişileri, dolaylı olarak belirlemektedir. Zira bu teori uyarınca, bir fiil ancak mutlak bir hakkı veya özel koruma normu ile korunan bir hakkı ihlal ettiği takdirde hukuka aykırı olur ve diğer şartlar da sağlandığı sürece haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep edilebilir. Dolayısıyla başkasının fiilinden ötürü zarar gören bir kişinin, haksız fiile dayanarak tazminat talep edebilmesi için bu kişinin mutlak veya özel koruma normu ile korunan bir hakkının ihlal edilmesi gerekir. Bu noktada, bir fiilden ötürü zarar görmesine karşın bahse konu haklarından biri ihlal edilmeyen üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlar, yansıma zarar olarak nitelendirilmekte ve kural olarak bu zararların tazminine imkân bulunmamaktadır. Liberal ekonomiyi merkeze koyan hukuk düzenleri bakımından söz konusu ilkelerin benimsenmesi oldukça önemlidir. Zira bu ilkeler sayesinde, öngörülebilir ve sigortalanabilir sorumluluk risklerinin altına giren kişiler, ekonomik faaliyetlerini özgürce sürdürebilir.

2. Borçlar hukuku sistemimizde kabul edilen bahse konu ilkeler, öngörülebilir sorumluluk riskini teminat altına alması bakımından önemli olsa da borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilmemesi, bazı hâllerde

hakkaniyete aykırı birtakım sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Nitekim kanun koyucu, belirli durumlarla sınırlı olmak üzere, üçüncü kişilerin zararlarının da tazmin edilebileceğini öngören düzenlemeler yaparak, borçlar hukukuna ilişkin bazı temel ilkeleri esnetme yoluna gitmiştir. Özü itibarıyla taraf iradelerine dayanan ancak yasal bir düzenlemesi de bulunan üçüncü kişi yararına sözleşme, bu nitelikteki düzenlemelerin başında gelmektedir. Benzer şekilde, belirli şartların sağlanması ile ölenin yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceğini öngören TBK m. 53/b. 3 hükmü ile ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi tazminat talep etmesini düzenleyen TBK m. 56 hükmü, bu nitelikteki düzenlemelere örnek olarak verilebilir. Ne var ki üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâller, yasal bir düzenleme yapılan durumlarla sınırlı değildir. Nitekim öğreti ve yargı içtihatlarında bu durum göz önünde bulundurularak, üçüncü kişinin zararının tazmin edilemeyeceğine ilişkin genel kurala istisna getiren bazı kurumlar (teoriler) geliştirilmiştir. Üçüncü kişinin edime yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hâllerde, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye dayanarak talepte bulunabileceğini öngören üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, bunların başında gelmektedir.

3. Bugün gelinen noktada, üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, üçüncü kişilerin zararlarının tazmininde en fazla kullanılan araçlardandır. Ne var ki uygulamada, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme veya kanunda yer alan bir düzenleme vasıtasıyla mümkün olmadığı ancak bu sonucun hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilebileceği durumlara rastlamak mümkündür. Bu durumun tipik örneği ise, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerdir. Söz konusu hâllerde, borçlu (zarar veren), davranışlarıyla zararın ortaya çıkmasına sebep olmakta ancak bahse konu zarar, sözleşmenin tarafı veya fiilin yöneldiği kişi yerine, bu kişi ile hukuki veya fiili bağlantısı bulunan üçüncü bir kişide ortaya çıkmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak talepte bulunma hakkına sahip olan kişi, herhangi bir zarar görmezken, zarar gören üçüncü kişinin ise talep hakkı bulunmamaktadır. İşte bu noktada, “*Drittschadensliquidation*” kurumu kabul edilmiş ve üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilmiştir. Alman öğretisi ve içtihatlarının bir ürünü olan söz konusu kurum sayesinde, alacaklı, üçüncü kişinin zararlarının tazmini için borçludan talepte bulunma hakkına sahip olmaktadır. Böylelikle özel durumlar sebebiyle birbirinden ayrılan zarar ve talep hakkı yeniden bir araya getirilmekte, sözleşmeye veya hukuka aykırı davranışlarıyla zararlı

sonuca sebep olan kişilerin, hakkaniyete aykırı bir biçimde sorumluluktan kurtulması engellenmektedir.

4. “*Drittschadensliquidation*” kurumu, bu çalışmada “*dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini*” şeklinde adlandırılmıştır. Bu ifadenin bir temele oturtulabilmesi için üçüncü kişinin zararının tazmininin, geniş ve dar anlamlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada, üçüncü kişinin zarar gördüğü ancak yasal düzenlemelerin veya taraf iradelerinin bir sonucu olarak söz konusu zararın tazmin edildiği hâller, geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi içinde değerlendirilebilir. Nitekim alacaklı olarak adlandırılan ve talep hakkına sahip olan kişinin, kendisinin de zarar gördüğü hâllerde, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması probleminden bahsedilemez. Zira bu hâlde alacaklının da sorumluluk menfaati olarak adlandırılan bir zararı ortaya çıkacaktır. Bu ihtimalde olağan talep zincirine geri dönülecek, üçüncü kişi alacaklıdan, alacaklı da borçludan talepte bulunabilecektir. Borçlunun alacaklının yardımcısı olarak nitelendirilebileceği hâllerde de sonuç aynıdır. Zira bu ihtimalde alacaklı, üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaktadır. Bunun yanında yasal düzenlemeler vasıtasıyla üçüncü kişinin zararının tazmininin mümkün olduğu hâller mevcuttur. Nitekim haksız fiil sorumluluğuna dayanma imkânının bulunduğu hâller (özellikle ahlaka aykırı olarak bir kişiye kasten zarar verme), borçlunun vekâletsiz iş görmeden dolayı sorumlu olduğu durumlar, üçüncü kişinin rücu alacağına sahip olması veya halefiyet kurallarından faydalanması, destekten yoksun kalma tazminatının gündeme geldiği ihtimaller, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının tazminat talep etme hakkı, alt kira ve kullanım hakkının devri hâlinde kiraya verenin doğrudan talepte bulunma hakkı, bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunun yanında taraf iradelerinin bir yansıması olarak ortaya çıkan üçüncü kişi yararına sözleşme de geniş anlamda üçüncü kişinin zararının tazminine dahil olan bir diğer durumu ifade etmektedir. Öğretide üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini içerisinde değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. Ne var ki Alman öğretisinde, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı durumlar, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini (*Drittschadensliquidation*) kurumu kapsamında ele alınırken, üçüncü kişinin edime yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hâller, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme başlığı altında incelenmektedir. Sonuç itibarıyla, sözleşmede alacaklıda, haksız fiilde ise fiilin yöneldiği kişide meydana gelmesi beklenen zararın, özel durumlar sebebiyle üçüncü bir kişiye kaydığı ancak bu kişinin zararlarının, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme veya kanunda yer alan düzenlemeler

vasıtasıyla tazmin edilemediği durumlar bakımından, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini olarak adlandırdığımız “*Drittschadensliquidation*” kurumu uygulama alanı bulabilir.

5. Zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemine getirilen tek çözüm, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması değildir. Nitekim öğretide, alacaklıya bir zarar atfetmeye çalışan görüşler ile üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı vermek isteyen yaklaşımlara da rastlamak mümkündür. Her iki görüşün de temel gayesi, birbirinden ayrılan zarar ve talep hakkını bir araya getirmektir. Nitekim ilk hâlde, alacaklının da zarara uğradığı kabul edilerek, zararın kaymasından söz edilemeyeceği vurgulanmakta, ikinci durumda ise, zarar gören kişiye talep hakkı verilerek, bu kişinin borç ilişkisine taraf olmadığı itirazı ortadan kaldırılmaktadır. Söz konusu problemi alacaklıya zarar atfederek çözmeye çalışan görüşler incelendiğinde, farklı hukuki temellerden hareket edildiği görülmektedir. Örneğin bazı yazarlar, alacaklının sorumluluk menfaatinin geniş tutma yoluna giderken, bazıları da alacaklının sorumluluk menfaati dışında mameleki veya geçici bir menfaatinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bunun yanında, alacaklının objektif asgari bir zararın ortaya çıktığını savunan yaklaşımlar, haksız fiilde zarar verici fiil sebebiyle meydana gelen bazı yararların denkleştirilmemesi gerektiğine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasını ifade eden görüşler, farazi illiyete ilişkin prensiplerin hayata geçirilmesinin uygun olduğunu savunan düşünceler de alacaklıya zarar atfetmeye çalışan eğilimler arasında değerlendirilebilir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemine getirilen bir diğer alternatif çözüm yolu da üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkının verilmesidir. Konuyla ilgili diğer hususlarda olduğu gibi bu mesele bakımından da farklı yaklaşımlar ileri sürülmektedir. Nitekim öğretide bazı yazarlar, tam üçüncü kişi yararına sözleşme yaratarak üçüncü kişiye bir talep hakkı verme yoluna giderken, bazıları da BGB § 311/Abs. III uyarınca borçlu ile üçüncü kişi arasında özel bir bağlantı bulunduğunu kabul etmektedir. Bunun dışında, alacaklının herhangi bir zarara uğramasa da içi boş bir talep hakkını üçüncü kişiye devredebileceğini kabul eden görüşler, üçüncü kişinin ekonomik mülkiyetinin ihlal edildiğini belirten yaklaşımlar, üçüncü kişinin uğradığı telafi zararların tazmin edilmesi gerektiğini savunan görüşler ile BGB § 844/Abs. I’de (TBK m. 53/b. 1, OR Art. 45/Abs. I) düzenlenen cenaze giderlerinin tazmin edilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını öneren yaklaşımlar da üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkının verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

6. Zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması problemine getirilen alternatif çözümler incelendiğinde, hiçbirinin teorik olarak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan daha güçlü olmadığı göze çarpmaktadır. Dolayısıyla zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyaç devam etmektedir. Ne var ki alacaklıya bir zarar atfeden aynen tazmin görüşü için diğer yaklaşımlara nazaran farklı bir değerlendirme yapılabilir. Zira zarar ve talep hakkının birbirinden ayrılması problemi, temel olarak fark teorisinin uygulanması ile kendisini göstermektedir. Nitekim fark teorisi çerçevesinde yapılan hesaplama neticesinde, talep hakkına sahip olan alacaklının herhangi bir zarara uğramadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla fark teorisinin uygulanmadığı hâllerde, alacaklının kendi zararı olduğu için zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması probleminden de bahsedilemeyecektir. Aynen tazminin mümkün olduğu hâllerde ise, fark teorisi yerine somut zarar teorisi uygulanmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak, aynen tazminin gündeme geldiği ihtimaller bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmasına gerek yoktur. Ancak her durumda aynen tazmin imkânı mevcut olmadığından, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna olan ihtiyaç varlığını sürdürmektedir.

7. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, sözleşmenin ihlalden veya haksız fiilden doğan zararlar bakımından gündeme gelir. Sözleşmeye dayalı dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde, borçlu ile talep hakkına sahip olan alacaklı arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olup, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışları sonucunda alacaklı değil üçüncü bir kişi zarar görmektedir. Haksız fiile dayalı dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde ise, alacaklı ile zarar veren (borçlu) arasında akdi bir ilişki bulunmamaktadır. Ancak burada da zarar verici fiil sebebiyle ortaya çıkan zarar, fiilin yöneldiği kişide değil, üçüncü bir kişide meydana gelmektedir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna ilişkin olay grupları incelendiğinde, kurumun çoğunlukla alacaklı ile borçlu arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hâllerde uygulandığı göze çarpmaktadır.

8. Üç köşeli bir ilişkide, davranışlarıyla zararlı sonuca yol açan borçlunun, talep hakkına sahip olan alacaklının zarara uğramaması, zarara uğrayan üçüncü kişinin ise talep hakkına sahip olmaması sebebiyle sorumluluktan kurtulmasını engellemek adına geliştirilen dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temelini ne olduğu hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Öğretide bazı yazarlar, söz konusu kurumun temelini taraf iradeleri olduğunu savunurken, bazıları da bu hususta örf ve âdet

hukukunun oluştuğunu ifade etmektedir. Öğretide rastlanan bir diğer yaklaşım ise, bu hususta açık bir boşluk olduğu ve hâkimin hukuk yaratma yoluyla bu boşluğu doldurabileceği düşüncesidir. Bazı yazarlar ise, çeşitli kanun hükümlerinden faydalanarak, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temellendirilebileceğini ifade etmektedir. Bu hususta en fazla yararlanılan hüküm ise, OR Art. 97/Abs. I hükmüdür. Söz konusu hükümde, borçlunun yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmediği durumlarda, kusuru olmadığını kanıtlamadığı sürece ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İlgili hükümde borçlunun, alacaklının zararı ile sınırlı bir biçimde sorumlu olduğunun düzenlenmediğini ifade eden bazı yazarlar, zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde de bu hükme dayanarak üçüncü kişinin zararlarının tazmin edilebileceğini vurgulamaktadır. Benzer bir düşünceyi Türk hukukunda *Tandoğan* da paylaşmaktadır. *Tandoğan*'ın bu hususta yararlandığı hüküm ise, eBK m. 96'dır. Yazarın konuyu incelediği monografinin kaleme alındığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükmünde, borçlunun sorumluluğu, OR Art. 97/Abs. I hükmüne paralel olarak, açık bir şekilde alacaklının zararı ile sınırlanmamaktaydı. Ancak 6098 sayılı Kanun'un 112'nci maddesinin yürürlüğe girmesi ile borçlunun alacaklının uğradığı zararlardan ötürü sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bugün gelinen noktada, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temelini, kanun hükümlerinde bulmak mümkün değildir.

9. Türk hukukunda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temellendirilmesinde, örtülü boşluk kavramı ve bu boşluğun doldurulmasında kullanılan bir yöntem olan teleolojik redüksiyondan faydalanılabilir. Somut olayda çözüme kavuşturulması gereken probleme ilişkin olarak kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen hükmün çok geniş kapsamlı ve gerekli istisnalara yer verilmemiş olan kelime anlamının, negatif eşitlik ve kanunun amacı (*ratio legis*) dikkate alındığında, bir sınırlandırmayı gerektirdiği durumlarda, örtülü boşluğun varlığından söz edilmektedir. Zararın, alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kaydığı ve zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde, alacaklının menfaati dogması katı bir şekilde uygulanırsa, borçlu hakkaniyete aykırı bir biçimde sorumluluktan kurtulacaktır. Bu durumun temel sebebi ise, ilgili hâllerde söz konusu kural bakımından gerekli istisnaya yer verilmemiş olmasıdır. İşte bu noktada örtülü bir boşluğun varlığı kabul edilmeli, teleolojik redüksiyon yoluyla alacaklının menfaati dogması sınırlandırılmalıdır. Bir başka deyişle, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrıldığı hâllerde, üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmeli, zararın kaymasının yaratabileceği haksız sonuçlar engellenmelidir.

10. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, ilk kez 1855 yılında Lübeck Temyiz Mahkemesi'nin vermiş olduğu "*Tahta Mantar Kararı*"nda uygulanmıştır. İlgili kurumun, alacaklının menfaati dogması gibi borçlar hukukunun temel ilkelerinden birine istisna getirmesi, belirli durumlarla sınırlı olmak üzere uygulanması gerektiği yaklaşımını yerleştirmiştir. Kurum, bu yaklaşımın bir sonucu olarak yalnızca belirli olay gruplarına uygulanmıştır. Öğretide söz konusu olay gruplarının ortak özellikleri incelenmiş ve kurumun uygulanması için gerekli olan şartlar tespit edilmiştir. Bu itibarla, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanabilmesi için gerekli olan ilk şart, zararın kaymasıdır. Nitekim söz konusu kurumun gündeme geldiği hâllerde, alacaklıda ortaya çıkması gereken zarar, üçüncü bir kişiye kaymaktadır. Kurumun uygulanabilmesi için varlığı aranan bir diğer şart, özel durumların varlığıdır. Zira ilgili hâllerde zarar, alacaklıdan üçüncü kişiye özel bir durum sebebiyle kaymaktadır. Özel durum, bir kanun hükmü olabileceği gibi taraflar arasında yapılan bir anlaşma da olabilir. Alacaklının menfaati dogmasına istisna getirilebilmesi için aranan bir diğer şart ise, zararın kaymasının borçlu bakımından tesadüfi bir nitelik taşımasıdır. Bu şart ile borçlunun kendisi bakımından tesadüf olan bir zarar kaymasına dayanarak sorumluluktan kurtulması engellenmeye çalışılmaktadır. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı bulabilmesi için sağlanması gereken bir diğer şart, üçüncü kişinin korunması gerekliliğidir. Bir başka deyişle, bu kurumun gündeme gelebilmesi için üçüncü kişinin borçluya karşı eşdeğer bir talep hakkına sahip olmaması gerekir. Zira bu ihtimalde üçüncü kişi borçluya karşı doğrudan talepte bulunabilecektir. Keza üçüncü kişinin alacaklıya karşı talepte bulunduğu hâllerde de herhangi bir korunma ihtiyacından bahsedilemez. Zira bu hâlde olağan talep zincirine geri dönülecek, üçüncü kişi, alacaklıdan, alacaklı da kendi sorumluluk menfaati için borçludan talepte bulunabilecektir. Üçüncü kişinin korunma ihtiyacı bakımından yapılması gereken asıl tartışma, üçüncü kişinin, borçluya karşı haksız fiilden kaynaklı bir talebinin bulunması hâlidir. Bu noktada koruma ilişkileri olay grubu ile sınırlı olmak üzere, üçüncü kişinin borçluya karşı olan haksız fiilden kaynaklanan taleplerinin, korunmaya olan ihtiyacını ortadan kaldırmayacağını kabul etmek gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması bakımından aranan son şart ise, kurumun alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile dışlanmamasıdır. Tüm bu şartlar sağlandığı takdirde, üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilecek ve alacaklı üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini borçludan talep

edebilecektir. Bunun dışında, kurumun uygulanması için borçlunun üçüncü kişinin menfaatini öngörebilmesi gibi bir şart ise aranmayacaktır.

11. Çalışmanın birçok başlığında vurgulandığı üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, belirli olay grupları dikkate alınarak geliştirilmiştir. Dolayısıyla zaman içerisinde, öncelikle somut uyuşmazlığın ilgili olay gruplarından birine dâhil olup olmadığı kontrol edilmiş, bu kontrol sonucunda söz konusu olay gruplarından birinin mevcut olduğu tespit edilmişse, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulama alanı bulmuştur. Öğretide, dolaylı temsil, hasar riskinin geçtiği bazı hâller, koruma ilişkileri ve inançlı işlemlerde, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılabilmesi gözlemlenmiş ve bu dört olay grubunda ilgili kurumun uygulanabileceği kabul edilmiştir. Hatta öyle ki birtakım olay gruplarına ilişkin değerlendirmeler yasal düzenlemelere de yansımış, bazı kanunlarda dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun görünümüne yer verilmiştir. Bu nitelikteki düzenlemelere TTK m. 871/f. I ve TBK m. 576 hükümleri örnek olarak gösterilebilir. Ne var ki bu çalışmada ulaşılan sonuçlara göre, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanacağı olay grupları, öğretide kabul edilen dört olay grubu ile sınırlı değildir. Nitekim kanaatimizce zarar ve talep hakkının birbirinden ayrıldığı, zararın alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kaydığı diğer durumlarda da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulama alanı bulabilir. Bu hâllere örnek olarak dolaylı finansal kiralama sözleşmelerinde, kiralayanın malın ayıplı olmasından ötürü sorumlu olmaması hâli gösterilebilir. Zira ilgili ihtimalde, kiralayan, kiracının seçimi ve talebi üzerine, kira konusunu bir başka kişiden temin etmekte ancak sağlanan malın ayıplı olmasından ötürü herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu hâlde malın ayıbından dolayı kiracı herhangi bir zarar görmüşse, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması problemi ortaya çıkmaktadır. Nitekim söz konusu ilişkide, kiracı zarar görmesine karşın, kiralayan ile satıcı veya üretici arasındaki sözleşmeye taraf değildir. Sözleşmeye taraf olan kiralayanın ise ayıptan dolayı sorumluluğu bulunmadığı için zararı yoktur. İşte bu gibi hâllerde, üçüncü kişinin zararı alacaklının talep hakkının yanına çekilmeli ve alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini talep etmesine izin verilmelidir.

12. Öğretide, belirli bir edimi konu edinen ve her seferinde taraflardan biri değişmek üzere birbirini takip eden zincirleme sözleşmelerde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Zira ilgili hâllerde, zararın alacaklıdan üçüncü kişiye doğru kayması değil, takip eden zincir boyunca zararın birikmesi söz konusudur. Zararın birikmesi, borçlu bakımından çığ gibi

büyüyen bir sorumluluk riski yarattığından, zincirleme sözleşmeler bakımından dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanmaması gerekir. Nitekim zincirleme sözleşmelerin önemli bir görünümü olan ürün sorumluluğu hâllerinde de üreticinin/imalatçının sözleşmesel sorumluluğu kabul edilmemiş, kusursuz sorumluluk esasına dayanan bir haksız fiil sorumluluğu inşa edilmiştir. Ancak öğretide bazı yazarların haklı olarak belirttiği gibi zincirleme sözleşmelerde, zincirin ilk halkasında yer alan üçüncü kişinin zararının tazmini hususunda, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması düşünülebilir. Bu ihtimalde, zincirin ilk halkasında yer alan üçüncü kişiye, alacaklıdan bir zarar kayması olup olmadığı kontrol edilmeli, bu soruya olumlu yanıt veriliyorsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu uygulanmalıdır. Ancak kurumun zincirleme sözleşmelerde uygulanması bu durumla sınırlı kalmalı, zincirin diğer halkalarında yer alan üçüncü kişilere doğru bir genişletme yapılmamalıdır.

13. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ortaya çıktığı hâllerde, temel olarak üç kurumun uygulanması gündeme gelmektedir. Bunlar, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumlarıdır. Üçüncü kişinin zararının tazmini ile ilgili olarak bir problemin ortaya çıktığı hâllerde, sırasıyla söz konusu kurumların şartlarının sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmelidir. Bir başka deyişle, öncelikle alacaklı ile borçlu arasında, üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. İlgili incelemenin ardından, taraflar arasında böyle bir hukuki işlem yapılmadığı sonucuna ulaşırsa, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmalıdır. Bu noktada söz konusu kurumun uygulanması için varlığı gerekli olan, edime yakınlık, alacaklıya yakınlık, üçüncü kişinin korunması gerekliliği ve öngörülebilirlik şartları kontrol edilmelidir. Ele alınan somut olayda söz konusu şartlar sağlanamamışsa, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması için gerekli olan şartların varlığı araştırılmalıdır. Üçüncü kişinin zararının tazmini problemine çözüm getiren üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumları, çeşitli yönleriyle dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden ayrılmaktadır. Nitekim üçüncü kişi yararına sözleşme, tarafların iradesine dayanırken, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininde böyle bir durum yoktur. Öğretide dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininin de taraf iradelerine dayanabileceği ifade edilse de böyle bir anlaşmanın bulunduğu hâllerde, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulü gerekir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini ile

üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim söz konusu iki kurum, bir madalyonunun iki ayrı yüzü olarak değerlendirilmiş ve kurumları birbirinden ayırt etmek için bazı kriterler geliştirilmiştir. Bu noktada, sözleşme tipi, zarar türü, amaç, öngörülebilirlik-tesadüfîlik ve riskin (zararın) birikmesi-riskin (zararın) kayması gibi kriterlerden faydalanılmaktadır. Bu çalışmada yapılan değerlendirmelere göre, ilgili kriterlerden teorik olarak en güçlü olanı, riskin (zararın) birikmesi-riskin (zararın) kaymasıdır. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, üçüncü kişi, alacaklının yanında veya tek başına zarar görmektedir. Ancak dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde üçüncü kişi alacaklının yerine zarar görmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak ilk ihtimalde, riskte/zararda birikme söz konusu olurken, diğer ihtimalde ise riskte/zararda bir kayma (yer değiştirme) meydana gelmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu arasındaki farklar bununla sınırlı değildir. Nitekim üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, tazminat talep etme hakkı üçüncü kişiye verilirken, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde üçüncü kişinin zararının tazmini, alacaklı tarafından talep edilmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin üçüncü kişi bakımından avantajlı olması, söz konusu kurumun dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazminine nazaran öncelikle uygulanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin yaşandığı bir uyuşmazlıkta, her iki kurumun da şartları sağlanmışsa, öncelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uygulanmalıdır.

14. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümünde, üçüncü kişinin zararı, alacaklının talep hakkının yanına çekilmekte ve alacaklı, üçüncü kişinin zararının tazminini borçludan talep etmektedir. Öğretide bazı yazarlarca, üçüncü kişiye bağımsız bir talep hakkı verilmesi gerektiği görüşü savunulsa da TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509 hükümlerinde öngörülen istisnalar dışında, üçüncü kişinin kendisine ait bir talep hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.

15. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı bulunduğu hâllerde, üçüncü kişinin zararının tazmininin alacaklı tarafından talep edilmesi, bazı problemleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim alacaklı, bir başka kişinin zararının tazmini için talepte bulunma hususunda isteksiz davranışlar sergileyebilir. Yine bu kişi tazminat talebini ileri sürmesine karşın elde ettiği değeri üçüncü kişiye devretmekten kaçınabilir. İşte bu noktada, tazminattan nihai olarak üçüncü kişinin yararlanmasını ve alacaklının zenginleşmemesini sağlayacak hukuki araçların

geliştirilmesi gerekmektedir. Bu da ancak alacaklının talebi ileri sürme veya borçludan olan alacağını ya da ondan elde ettiklerini üçüncü kişiye devretme hususunda bir yükümlülüğünün bulunduğu kabulü ile mümkündür. Ne var ki sadece alacaklının bu yönde bir yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek, tek başına yeterli değildir. Bir başka deyişle, bu noktada alacaklının söz konusu hukuki yükümlülüğünün temelini ne olduğunun da tespit edilmesi gerekir. Bu hususta yararlanabilecek ilk temel, edimin imkânsızlaştığı hâllerde, edimin yerine geçen değer, alacaklıya (çalışmada üçüncü kişi) devredilmesi gerektiğini ifade eden, ikame değer devrine ilişkin kurallardır. Bunun yanında, alacaklı ile üçüncü kişi arasında genellikle bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğu için sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler dayanma imkânı da bulunmaktadır. Üçüncü kişinin, zararlarının tazmini için alacaklının harekete geçmesine muhtaç olması, bu yükümlülüğün niteliği itibarıyla bir yan yükümlülük olan iş birliği yapma yükümlülüğü olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla alacaklının bu yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde, üçüncü kişi yan yükümlülüğün ihlali sebebiyle tazminat davası açabilecektir. Tüm bunların yanında, alacaklının talebi ileri sürme veya devretme yükümlülüğünün tesisi bakımından borçlar hukukunun özel hükümlerinden de faydalanmak mümkündür. Bu noktada özellikle alacaklının elde ettiklerini devretmesine ilişkin yükümlülüğünü temellendirmek için vekilin hesap verme borcunu düzenleyen TBK m. 508 hükmünün kıyasen uygulanması düşünülebilir. Alacaklının elde ettiklerini devretme yükümlülüğünü sözleşmesel bir temele oturtmak mümkün değilse, son aşamada, vekâletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca bir çözüm bulmak uygun görünmektedir.

16. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, tazminatı kimin tahsil edeceği meselesi de cevap bulunması gereken bir sorudur. Öğretide bazı yazarlarca, mahkemenin verdiği hükmün, tazminatın üçüncü kişiye ödenmesine yönelik olması gerektiği ifade edilse de usul hukukuna ilişkin kurallar ve alacaklının şahsi hapis hakkına ilişkin menfaati göz önünde bulundurulduğunda, tazminatın alacaklıya ödenmesi gerekir. Nitekim üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine ve dolayısıyla açılmış olan davaya taraf değildir. Usul hukuku kurallarına göre, bir davada taraf olmayan üçüncü kişiler lehine hüküm kurulamaz. Bunun yanında alacaklının üçüncü kişi ile olan ilişkisinden doğan şahsi nitelikteki bir hapis hakkına ilişkin menfaati bulunabilir. Dolayısıyla tazminatın üçüncü kişiye ödenmesine ilişkin mahkeme hükmü, usul hukuku kurallarına aykırılık teşkil edeceği gibi alacaklının hapis hakkına ilişkin menfaatini de zedeleyecektir.

17. Alacaklının üçüncü bir kişinin zararının tazminini dava yoluyla borçludan talep ettiği hâllerde, bu davayı açmada herhangi bir hukuki yararının olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Bu noktada dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması ve uygulanmaması ihtimallerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Çalışmada birçok kez ifade edildiği üzere, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu, talep hakkına sahip olan kişinin zarar görmediği, zarar gören kişinin ise borç ilişkisine taraf olmadığı için talep hakkına sahip olmadığı hâller bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu kurumun uygulanmadığı ihtimalde, alacaklı herhangi bir zarar görmediği için talep hakkına sahip olsa da tazminat talebini ileri sürme hususunda hukuki yararı bulunmayan bir kişidir. İlgili kurumun uygulandığı ihtimalde ise, alacaklının zarar görmediği için içi boş olan talep hakkı, üçüncü kişinin zararı ile doldurulmakta ve böylelikle zarar ile talep hakkı yeniden bir araya getirilmektedir. Dolayısıyla bu noktada kurumun uygulanması ile hukuki yarar şartı sağlanmaktadır. Hâl böyle iken kurumun uygulama alanı bulduğu hâllerde, alacaklının açtığı dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmemelidir. Ancak bu noktada üçüncü kişinin rızasının, hukuki yararın tespiti bakımından da önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Nitekim üçüncü kişi, çeşitli sebeplerle borçludan talepte bulunmak istemeyebilir. Bu ihtimal bakımından gereksiz bir dava sürecini engellemek ve alacaklının zenginleşmesinin önüne geçmek adına, alacaklının açtığı davada üçüncü kişinin rızasının bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir. Dava açılmasına karşın üçüncü kişinin rızasına ilişkin bir bilgi yoksa eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmeli, bu sürede eksiklik tamamlanamazsa, dava hukuki yarar yokluğundan ötürü usulden reddedilmelidir.

18. Üçüncü kişinin, alacaklı ile borçlu arasındaki davaya katılarak, süreci takip edebilmesini sağlayacak hukuki imkânların tespiti, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanması bakımından önem arz eden bir diğer husustur. Bu noktada üçüncü kişi, alacaklının ihbarı üzerine veya kendi talebiyle davaya fer'i müdahil olarak katılabilecektir. Alman öğretisinde, üçüncü kişiye iradi dava takip yetkisi verilebileceği ileri sürülmüşse de Türk hukukunda iradi dava takip yetkisi kabul edilmediğinden, üçüncü kişinin bu imkânı kullanarak davayı takip edebilmesi mümkün değildir.

19. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, üçüncü kişinin zararı dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Öğretide, tazmin edilecek zararın edimin objektif değeriyle veya alacaklının varsayımsal zararıyla sınırlı olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bazı yaklaşımlar da üçüncü kişinin zararının

herhangi bir sınırlama olmaksızın tazmin edilmesini, borçlunun üçüncü kişinin menfaatini öngörebilmesine bağlamaktadır. Bu çalışmada benimsenen görüşe göre ise, üçüncü kişinin uğradığı zarar, edimin objektif değeri, alacaklının varsayımsal zararı veya öngörülebilirlik sınırlamaları dikkate alınmaksızın hesaba katılmalıdır. Ancak üçüncü kişinin uğradığı zarar, alacaklının uğrayacağı varsayımsal zarardan fazlaysa ve bu hususta borçluya herhangi bir uyarı yapılmamışsa, ortak kusur dikkate alınarak tazminattan indirim yapılabilir.

20. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, zarar tespiti yapıldıktan sonra, tazminatın belirlenmesi aşamasına geçilir. Bu noktada ortak kusur, zararı azaltma külfetine aykırılık ve zarar görenin rızası gibi hususların, kimin şahsı dikkate alınarak değerlendirileceği meselesi gündeme gelmektedir. Ortak kusur bakımından bir değerlendirme yapıldığında, üçüncü kişi zarar gördüğü için bu kişinin ortak kusurunun tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerekir. Yine alacaklı da borç ilişkisine taraf olduğu için zararın ortaya çıkmasına etki edebilecek konumdadır. Hâl böyle iken üçüncü kişi nasıl ki alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin avantajlarından faydalanıyorsa, tazminat belirlenirken alacaklının ortak kusurunun hesaba katılmasına da katlanmak durumundadır. Benzer şekilde hem üçüncü kişinin hem de alacaklının zararı azaltma külfetine aykırı davranışları, tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalı, zararı azaltacak tedbirin ne ölçüde yeterli olacağını belirleyen sübjektif kriterler, alacaklı ve üçüncü kişinin şahsına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yine zarar gören kişinin sorumluluğu ortadan kaldırmayan rızası incelenirken üçüncü kişinin rızasının, tazminattan indirim sebebi olacağı kabul edilmelidir. Öğretide alacaklının rızasının da bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilse de bu rıza genellikle alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumlu olmasını gerektirdiğinden, ilgili ihtimalde dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulanıp uygulanamayacağı şüphelidir. Nitekim bu hâlde, alacaklı üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağı için sorumluluk menfaati ortaya çıkacak, zarar ile talep hakkının birbirinden ayrılması probleminden de bahsedilemeyecektir.

21. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde borçlu, alacaklı ile olan ilişkisinden kaynaklanan def'i ve itirazları, alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Bu noktada alacaklının üçüncü bir kişinin zararının tazminini talep etmesi önem arz etmeyecek, üçüncü kişi nasıl ki alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden faydalanıyorsa, dezavantajlarına da katlanmak durumunda kalacaktır. Bu çalışmada üçüncü kişinin doğrudan talep hakkının onaylandığı TBK m. 507/f. III ve TBK

m. 509 hükümlerinin uygulandığı hâllerde de borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz ve def'ileri, üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Nitekim ilk ihtimalde, vekâlet verenin (üçüncü kişi), alt vekile (borçlu) karşı olan hakları bakımından vekilin (alacaklı) haklarına atıf yapıldığı için böyle bir durum kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiği hâllerde, bu kişinin işlem yaptığı kişiye karşı olan alacak haklarının, vekâlet verene yasal olarak devrini düzenleyen TBK m. 509 bakımından da aynı durum geçerlidir. Nitekim bu ihtimalde, alacağın devrine ilişkin hükümler, yasal devir hâlleri bakımından da kıyasen uygulanacaktır. Dolayısıyla ilgili durumda TBK m. 188/f. I hükmü devreye girecek, borçlu (vekilin işlem yaptığı kişi) devri öğrendiği sırada devredene (dolaylı temsilci-vekil) karşı sahip olduğu savunmaları, devralana (temsil olunan-vekâlet veren) karşı da ileri sürebilecektir.

22. Takas, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde, ileri sürülebilecek itiraz ve def'ilerle ilgili olarak özellik arz eden bir durumu ifade etmektedir. Nitekim borçlu veya alacaklı, söz konusu kurumun uygulandığı hâllerde, takas beyanında bulunmak isteyebilir. Takas beyanında bulunmak için olumlu ve olumsuz bazı şartların sağlanması gerekse de dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bakımından üzerinde durulması gereken şart, takas edilecek alacakların karşılıklı olması anlamına gelen karşılıklılıktır. Zira üç köşeli bir hukuki ilişkide, takas beyanının ileri sürülebilmesi bakımından tespiti en zor olan şart budur. Bu noktada, alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini talep ettiği hâllerde borçlu alacaklıya karşı sahip olduğu alacağı, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden doğan borcuyla takas etmek isteyebilir. Bu ihtimalde karşılıklılık şartı sağlandığından, takasın diğer şartları sağlandığı sürece, borçlunun takas beyanında bulunması mümkündür. Ne var ki öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, borçlu üçüncü kişinin menfaatinin farkındaysa, alacaklı ile borçlu arasında zımni bir takastan feragat sözleşmesinin yapıldığı kabul edilebilir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulandığı hâllerde gündeme gelen bir diğer durum ise, borçlunun üçüncü kişiye karşı sahip olduğu alacak ile bu kurumdan doğan borcunu takas etmek istemesidir. Ne var ki bu hâlde, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan doğan alacağın sahibi alacaklı olacağı için takasın olumlu şartlarından biri olan karşılıklılık şartı sağlanamayacaktır. Borçlu dışında alacaklı da dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden kaynaklanan alacağı ile borçluya karşı olan başka bir borcunu takas etmek isteyebilir. Bu ihtimalde karşılıklılık şartı sağlanacak ve zımni bir takastan feragat sözleşmesinin varlığından da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla takas mümkün olacak

ancak alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumluluğu gündeme gelecektir. Dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun klasik görünümü dışında, üçüncü kişinin kendisine ait bir talep hakkının bulunduğu TBK m. 507/f. III ve TBK m. 509 hükümleri bakımından ise takasın bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki her iki hüküm bakımından da üçüncü kişi ile borçlunun birbirlerine karşı sahip olduğu alacaklar için takas mümkündür. Bu noktada asıl tartışma ise, borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu alacak ile üçüncü kişiye karşı olan borcunu takas edip edemeyeceğidir. Söz konusu soruya, TBK m. 509 hükmünde düzenlenen yasal devir hâli bakımından yanıt vermek oldukça kolaydır. Nitekim bu hâlde, TBK m. 188/f. II hükmü devreye girecek ve borçlu (vekilin/temsilcinin işlem yaptığı kişi) ilgili hükümdeki şartların sağlanması koşuluyla, alacaklıya (vekil/dolaylı temsilci) karşı sahip olduğu alacağı için takas beyanında bulunabilecektir. TBK m. 507/f. III hükmünün uygulandığı hâllerde ise, borçlu (alt vekil) alt vekâlet sözleşmesinden dolayı alacaklıya (ilk vekil) karşı sahip olduğu alacak ile üçüncü kişinin (vekâlet veren) alacağını takas edebilecektir. Zira bu hükmün uygulandığı hâllerde, vekâlet verenin hakları bakımından, ilk vekilin haklarına atıfta bulunulmuştur. Bu durumun bir yansıması olarak alt vekilin, vekile karşı alt vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan alacak hakkını, takasta kullanabilmesi gerekir. Ancak aynı durum, alt vekâlet sözleşmesi dışındaki alacaklar bakımından geçerli değildir. Nitekim bu hâlde, karşılıklılık şartı sağlanamamaktadır. Dolayısıyla TBK m. 509 hükmü uyarınca yasal bir devir söz konusu olmadığı müddetçe, borçlunun (alt vekil) alt vekâlet dışındaki bir alacağını, dar anlamda üçüncü kişinin zararının tazmininden doğan borcu ile takas etmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Aslı** : “Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir Mi?”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 4, 2022, s. 1-31.
- AEPLI, Viktor** : Das Erlöschen der Obligationen Art. 114-126 OR iç. Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zürich 1991.
- AKÇAAL, Mehmet** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2012, s. 253-290.
- AKÇURA KARAMAN, Tuba** : “7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nun 6. Maddesi ile Düzenlenen Ürün Sorumluluğuna “Uygunsuzluk” ve “Zarar” Unsurları Açısından Eleştirel Bakış”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 199, Mart 2023, s. 78-97.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla** : Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- AKINTÜRK, Turgut** : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya** : Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem** : Vekâlet İlişkileri iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ, M. Turgut** (ed.), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- AKÜNAL, Teoman** : “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C. 14, S. 5, Temmuz-1988, s. 222-237.
- AKYOL, Şener** : Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Anılış: **AKYOL**, Yorum).

- AKYOL, Şener** : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976. (Anılış: **AKYOL, Üçüncü Şahıs**).
- AKYOL, Şener** : Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009. (Anılış: **AKYOL, Temsil**).
- ALANGOYA, H.** : Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Yavuz/YILDIRIM, M.**
- Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis**
- ALBAYRAK, Hakan** : Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ALTAŞ, Hüseyin** : Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- ALTAŞ, Hüseyin/KURT, Leyla** : “İnançlı İşlemler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2011, s. 1-27.
- Müjde**
- ALTOP, Atillâ** : Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990.
- ALTUNOK ORMANCI, Pınar** : Zararı Azaltma Külfeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ARAL, Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- ARMBRÜSTER, Christian** : “Vertragliche Haftung für Drittschäden”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1993, s. 71-92.
- ATAMER, Yeşim M.** : “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996, s. 99-132.

- ATAMER,** Yeşim : “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 2, 2021, s. 543-588.
- M./KURTULAN GÜNER,** Gökçe
- AYANOĞLU MORALI,** Ahu : Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- AYDINCIK,** Şirin : “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 1, 2006, s. 131-194.
- AYDOĞDU,** Murat/**KAHVECİ,** Nalan : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- AYDOS,** Oğuz Sadık : Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- BARLAS,** Nami : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1992.
- BÄRTSCHI,** Harald : Verabsoluierte Relativität, Schulthess Verlag, Zürich 2009.
- BAŞ SÜZEL,** Ece : Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme-Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- BAŞALP,** Nilgün : Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- BAYGIN,** Cem : “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 345-377.
- BAYSAL, Başak** : Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- BECKER, Hermann** : Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht iç. Berner Kommentar, **BECKER, Hermann** (ed.), 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1945.
- BECKER, Hermann** : Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551 iç. Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 1934.
- BERG, Hans** : “Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, Juristische Schulungen (JuS), H. 6, 1977, s. 363-367.
- BERGER, Bernhard** : Allgemeines Schuldrecht Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2018.
- BIERI, Reto** : “Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR Einblick in eine Mauerblümchen-Bestimmung des Haftpflichtrechts”, Aktuelle Juristische Praxis, 2008, s. 549-559.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun** : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer** : Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- BOZBEL, Savaş** : Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- BÖCKLI, Peter** : Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2022.

- BREDEMEYER**, Dierk : “Das Prinzip Drittschadensliquidation”, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2019, s. 102-107.
- BREHM**, Roland : Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen iç. Berner Kommentar, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2021.
- BREITSCHMIDT**, Peter/**EGGEL**, Martin/**EITEL**, Paul/**FANKHAUSER**, Roland/**GEISER**, Thomas/**JUNGO**, Alexandra : Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023.
- BROCKMANN**, Tim/**KÜNNEN**, Simon : “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2019, s. 729-734.
- BROX**, Hans/**WALKER**, Wolf-Dietrich : Allgemeines Schuldrecht, 47. Auflage, München 2023.
- BRÖMMELMEYER**, Christoph : Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020.
- BRUNNER**, Hans-Ulrich : Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1991.
- BRUNNER**, Christoph/**KLINGLER**, Désirée/**MAUERHOFER**, Marc : Introductory Remarks to Arts. 66–70 iç. Commentary on the UN Sales Law (CISG), **BRUNNER**, Christoph/**GOTTLIEB**, Benjamin (ed.), Alphen aan den Rijn, The Netherlands; Frederick, MD: Wolters Kluwer, 2019.
- BRUNNER**, Christoph/**SCHÄFER**, Friederike : Mitigation of Damages iç. Commentary on the UN Sales Law (CISG), **BRUNNER**, Christoph/**GOTTLIEB**, Benjamin (ed.), Kluwer Law International, 2019.

- BUSCHE, Jan** : Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, **HENSSLER, Martin** (ed.), 9. Auflage, München 2023.
- BÜDENBENDER, Ulrich** : “Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung-eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), H. 14, 2000, s. 986-992. (Anlıs: **BÜDENBENDER, NJW**).
- BÜDENBENDER, Ulrich** : “Wechselwirkungen zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation”, Juristen Zeitung (JZ), 50. Jahrg., Nr. 19, 1995, s. 920-928. (Anlıs: **BÜDENBENDER, JZ**).
- BÜHLER, Theodor** : Der Werkvertrag iç. Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zürich 1998.
- BÜHLER, Roland** : Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell Füssli Kommentar, **KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland** (ed.), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2023.
- CANARIS, Claus-Wilhelm** : “Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, Juristen Zeitung (JZ), Nr. 15/16, 1965, s. 475-482. (Anlıs: **CANARIS, Ansprüche**).
- CANARIS, Claus-Wilhelm** : Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983. (Anlıs: **CANARIS, Lücken**).

- CANARIS, Claus Wilhelm** : Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H. Beck Verlag, München 1971. (Anılış: **CANARIS**, Vertrauenshaftung).
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar** : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- ÇAKAR, M. Sait** : Türkçe-Almanca, Almanca-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- ÇAKIRCA, Seda İrem** : Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- ÇAMOĞLU, Ersin** : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- ÇELT, Damla Özden** : Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2024. (Anılış: **ÇELT**, Üçüncü Kişi).
- ÇELT, Damla Özden** : “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2021, s. 73-114.
- ÇİÇEKLİ, Ali Fuat** : “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usul ve Takip Hukuku Yönünden)”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2022, s. 1067-1154.
- ÇİLENTİ KÖNURALP, Ayşen** : Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

- DALCI, Nurcihan** : “TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 49-78.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan** : Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 vd md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (Anılış: **DALCI ÖZDOĞAN**, Müteselsil Sorumluluk).
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan** : “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 33-52. (Anılış: **DALCI ÖZDOĞAN**, Yorum).
- DEMİR, Mehmet** : “Avrupa Birliği, Almanya ve Belli Bazı Ülkelerde İlaç Üretim Sorumluluğuna İlişkin Yasal Sistemler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2, 2010, s. 15-31.
- DEMİR, Mehmet** : “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010, s. 96-128.
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali** : Hakların Korunmasında İspat Kuralları ve Resmi Sicil ve Senetlerin İspat Kuvveti iç. Medeni Hukuk-I, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Ders Kitabı, **İKİZLER, Metin/TÜZÜNER, Özlem** (ed.), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- DENİZ ÇAKMAKLI, Hande** : Alım veya Satım Konusunda Komisyon Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- DERANCO, Daniel/WEBER, Vincent** : “Mitverschulden Dritter im Schadensrecht”, Juristische Ausbildung (JA), S. 2, 2021, s. 145-155.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat** : Takas, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- DİŞEL, Buse** : Dava Takip Yetkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- DOĞAN, Murat** : Kira Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ, M. Turgut** (ed.), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Anılış: **DOĞAN, Kira**).
- DOĞAN, Murat** : Komisyon Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ, M. Turgut** (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- DOĞAN, Murat** : “Konaklayanların Getirdikleri Eşyanın Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınmasından Otel İşletenin Sorumluluğu”, Turizm-Sağlık ve Hukuk Sempozyumu, Nevşehir 2015, s. 61-83. Anılış: (**DOĞAN, Konaklayan**).
- DOĞU, Hakkı Mert** : “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 2, 2022, s. 1138-1154.
- DÖNMEZ, Ünsal** : “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 381-406.
- DRUEY, Jean Nicolas/DRUEY JUST, Eva/GLANZMANN, Lukas** : Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2021.
- DURAK, Yasemin** : “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2017, s. 239-288.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut** : Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, C. IV, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

- DURAL, Mustafa/SARI, Suat** : Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- DÜRR, David** : Einleitung, Art. 1-7 ZGB-Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht iç. Zürcher Kommentar, **GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg** (ed.), 3. Auflage, Zürich 1998.
- EBERT, Ina** : Inhalt der Schuldverhältnisse iç. Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, **WESTERMANN, Harm** Peter/**GRUNEWALD, Barbara/MAIER-REIMER, Georg** (ed.), 16. Auflage, Ottoschmidt Verlag, Köln 2020.
- EDİS, Seyfullah** : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997.
- EKKENGA, Jens/KUNTZ, Thilo** : Bearbeitet von §§ 249-254 iç. Soergel Kommentar, 13. Auflage, W. Kohlhammer Verlag, 2014.
- EMMERICH, Volker** : Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, **KRÜGER, Wolfgang** (ed.), 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022.
- ERDEM, Mehmet** : “6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2017, s. 175-191.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024. (Anılış: **EREN, Genel Hükümler**).

- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022. (Anılış: **EREN**, Özel Hükümler).
- EREN, Fikret** : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1975. (Anılış: **EREN**, İlliyet Bağı).
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek** : Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ERLÜLE, Fulya** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay’ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 1087-1117.
- ERNST, Wolfgang** : Ausschluss der Leistungspflicht iç. Münchener Kommentar, **KRÜGER, Wolfgang** (ed.), 9. Auflage, München 2022.
- ERTEN, Ali** : Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara 1977.
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike** : Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2000.
- FATZER, Peter Kurt** : Sachgewährleistung beim Finanzierungsleasing von mobilen Investitionsgütern, Zürich 1999.
- FELLMANN, Walter** : Der einfache Auftrag, Art. 394-406 ORSchweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse iç. Berner Kommentar, **HAUSHEER, Heinz** (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1992.

- FIKENTSCHER,** Wolfgang/**HEINEMANN,** Andreas : Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 11th revised Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin-Boston 2017.
- FISCHER,** Willi/**BÖHME,** Anna/**GÄHWILER,** Fabian : Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell Füssli Kommentar, **KREN KOSTKIEWICZ,** Jolante/**WOLF,** Stephan/**AMSTUTZ,** Marc/**FANKHAUSER,** Roland (ed.), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023.
- FLUME,** Johannes W. : Recht der Schuldverhältnisse iç. Beck'scher Online Kommentar, **HAU,** Wolfgang/**POSECK,** Roman (ed.), 68. Edition, 2023.
- FORSTMOSER,** Peter/**MEIER-HAYOZ,** Arthur/**NOBEL,** Peter : Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1996.
- FOUNTOULAKIS,** Christiana : "Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte", Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 2018, s. 95-99.
- FRITZ,** Karina Nunes : Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht, Ein Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik, De Gruyter Verlag, Berlin-Boston 2018.
- FUCHS,** Maximilian/**PAUKER,** Werner/**BAUMGÄRTNER,** Alex : Delikts-und Schadenersatzrecht, 9. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2017.
- FURRER,** Andreas/**MULLER-CHEN,** Markus/**ÇETİNER,** Bilgehan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- GAUCH,** Peter : Der Werkvertrag, 6. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019.

- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2020. (Anliss: **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENE GGER, Bd. I).**
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2020. (Anliss: **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENE GGER, Bd. II).**
- GAUTSCHI, Georg** : Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 iç. Berner Kommentar, **BECKER, Hermann** (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1962. (Anliss: **GAUTSCHI, OR).**
- GAUTSCHI, Georg** : Der Werkvertrag iç. Berner Kommentar, **MEIER-HAYOZ, Arthur** (ed.), 2. Auflage, Bern 1967.
- GEBHART, Albert/SPAHN, Peter/ACHILLES, Alexander** : Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, J Guttentag Verlag, Berlin 1897.
- GEHRER CORDEY, Carole L./GIGER, Gion** : Obligationenrecht Einzelne Vertragsverhältnisse Art 184-529 OR und Innominatverträge iç. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023.
- GERNHUBER, Joachim** : “Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte”, Festschrift für

- Arthur Nikisch, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1958, s. 249-274. (Anılış: **GERNHUBER**, Dritte).
- GERNHUBER**, Joachim : Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1989. (Anılış: **GERNHUBER**, Schuldverhältnis).
- GEZDER**, Ümit : Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- GIGER**, Hans : Der Leasingvertrag, Stämpfli Verlag, Bern 1977. (Anılış: **GIGER**, Leasing).
- GIGER**, Hans : Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR iç. Berner Kommentar, **MÜLLER**, Regina Aebi/**MÜLLER**, Christoph (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2020. (Anılış: **GIGER**, OR).
- GOERTH**, Andreas : “Die Drittschadensliquidation”, Juristische Arbeitsblätter (JA), H. 1, 2005, s. 28-31.
- GOMILLE**, Christian : “Die Drittschadensliquidation im System des Haftungsrechts”, Juristische Ausbildung (JURA), (6), 2017, s. 619-629.
- GONZENBACH**, Rainer : Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1987.
- GOTTWALD**, Peter : Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022.
- GÖNENSAY**, Samim/**BİRSEN**, Kemaleddin : Miras Hukuku, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963.
- GRECO**, Alessio : “National Report on the Transfer of Movables in Italy” iç. National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, **FABER**, Wolfgang/**LURGER**, Brigitta (ed.), European Law Publishers, Munich 2011.

- GRUNDMANN, Stefan** : Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022.
- GRUNDMANN, Stefan/RENNER, Moritz** : “Vertrag und Dritter-Zwischen Privatrecht und Regulierung”, Juristen Zeitung, 68. Jahrg. N. 8, 2003, s. 379-389.
- GRÜNEBERG, Christian** : Inhalt der Schuldverhältnisse iç. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.
- GSELL, Beate/KRÜGER, Wolfgang/LORENZ, Stephan/REYMAN, Christoph** : Recht der Schuldverhältnisse iç. Gross Kommentar, **GSELL, Beate** (ed.), C. H. Beck Verlag, München 2022.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Anılış: **GÜMÜŞ, C. I**).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014. (Anılış: **GÜMÜŞ, C. II**).
- GÜNDOĞDU, Fatih** : Borca Aykırılık Hâllerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- GÜNDÜZ, Ş. Deren** : Olumlu Zarar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- GÜNER-ÖZBEK, Meltem Deniz** : “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Konışmento ve Konışmentonun İspat Kuvveti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 233-254.
- GÜRSOY, Kemal Tahir** : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, Ankara 1972, s. 143-197.

- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol** : Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- GÜRTEN, Kadir** : “Receptum Nautarum”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2013, s. 275-294.
- GÜVENÇ, Özgür** : Taşınmazların İnançlı İşlemlerle Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- HAGEN, Horst** : Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1971.
- HANAĞASI, Emel** : Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- HARCHUT, Robert F.** : “Products Liability- Restatement (Second) of Torts- Section 402A- Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases- After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania”, Villanova Law Review, C. 24, S. 5, 1979, s. 1035-1058.
- HÄRTNER, Stefan** : Referenzwertmanipulationen aus zivilrechtlicher Perspektive, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Bd/Nr. 139, **WEBER, Rolf H./SETHE, Rolf/EMMENEGGER, Susan** (ed.), Schulthess Verlag, Zürich 2022.
- HAVUTÇU, Ayşe** : Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- HECK, Philippe** : Grundriss des Schuldrechts, J.E.B Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1929.
- HELLWIG, Konrad** : Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, Neudruck der Ausgabe, Leipzig 1899.

- HELVACI, İlhan** : Türkçe-Fransızca-Almanca-İngilizce Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Terimleri ve Kullanım Örnekleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- HENN, Thomas** : Zur Daseinsberechtigung der so genannten “Drittschadensliquidation”, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 412, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- HERBER, Rolf/HARM, Eva-Maria** : Transportrecht iç. Münchener Kommentar, **SCHMIDT, Christine** (ed.), 5. Auflage, C.H Beck Verlag, München 2023.
- HESS, Hans-Joachim** : Produkthaftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993 iç. Stämpfli Handkommentar, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 1993.
- HESS, Marcus/KRUMMENACHER, Peter** : Sachgewährleistung und Gefahrtragung beim Leasing iç. Leasingrecht-Ausgewählte Fragen, **KOLLER, Alfred** (ed.), Stämpfli Verlag, 2007.
- HIGL, Peter/BÜHLMANN, Anton/WILDISEN, Christoph** : Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253- 273c OR), Art. 253- 265 OR iç. Zürcher Kommentar, **SCHMID, Jörg** (ed.), 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019.
- HONSELL, Heinrich** : “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 255-271.
- HONSELL, Heinrich** : Römisches Recht, Springer Verlag, 8. Auflage, Salzburg 2015. (Anılış: **HONSELL, Römisches Rect**).
- HONSELL, Heinrich** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Auflage, Stämpfli Verlag,

- Bern 2017. (Anılış: **HONSELL**, Besonderer Teil).
- HUGUENIN**, Claire : Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019.
- HÜBNER**, Leonhard/**SAGAN**, Adam : “Die Abgrenzung von Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation”, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2013, s. 741-747.
- IDEN**, Daniel : “Einführung: Einbeziehung Dritter in Schulverhältnisse und Drittschadensliquidation”, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 6, 2012, s. 766-773.
- İMRE**, Zahit/**ERMAN**, Hasan : Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2022.
- İNAN**, Ali Naim : “<<Culpa in Contrahendo>>-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma”, Adalet Dergisi, Y. 45, S. 7, 1954, s. 878-887.
- İNCEOĞLU**, M. Murat : Ürün Sorumluluğunda Sorumlular iç. Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, **ATAMER**, Yeşim M./**BAYSAL**, Başak (ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 81-92.
- JÄGGLI**, Peter/**GAUCH**, Peter/**HARTMANN**, Stephan : Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation iç. Zürcher Kommentar, **SCHMID**, Jörg (ed.), 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2014.
- JAHNKE**, Jürgen : “Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch”, Recht und Schaden (r+s), H. 3, 2003, s. 89-98.

- JEAN-PHILIPPE, Klein** : Stellvertretung iç. Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- JUNKER, Michael** : “Das wirtschaftliche Eigentum als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 193, H. 4, 1993, s. 348-363. (Anılış: **JUNKER**, Wirtschaftliche Eigentum).
- JUNKER, Michael** : Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht, C. H. Beck Verlag, München 2001. (Anılış: **JUNKER**, Vertretung im Vertrauen).
- KAHVECİ, Nalan** : “Alacağın Devrinde Takas”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 1, 2020, s. 55-92.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu** : Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- KANIŞLI, Erhan** : “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, s. 1413-1468. (Anılış: **KANIŞLI**, Ürün).
- KANIŞLI, Erhan** : Ürün Sorumluluğunda Zarar iç. Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, **ATAMER**, Yeşim M./**BAYSAL**, Başak (ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 173-238. (Anılış: **KANIŞLI**, Zarar).
- KAPANCI, Kadir Berk** : Ahlâka Aykırı Bir Fiile Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- KARABAĞ BULUT, Nil** : Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.

- KARAKAŞ,** Fatma : “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu
Tülay/SÖĞÜTLÜ **ERİŞGİN,** Zararın Belirlenmesi”, Banka ve Ticaret
Özlem Hukuku Dergisi, C. 23, S. 3, 2006, s. 157-183.
- KARAMAN,** Yasin : Ontolojinin Sınırları: Platon’un Khôra
Kavramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara
2019.
- KARASU,** Rauf/**SULUK,** : Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Seçkin
Cahit/**NAL,** Temel Yayıncılık, Ankara 2023.
- KARTAL,** Dilşah Buşra : Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, On İki Levha
Yayınları, İstanbul 2021.
- KELLER,** Roland : Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation
und des Vertrages mit Schutzwirkung
zugunsten Dritter unter besonderer
Berücksichtigung des englischen Rechts,
Dissertation der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung
der Würde eines Doktors der
Rechtswissenschaft, Zürich 2004.
- KELLER,** Max/**GABI,** Sonja : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II,
Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Helbing &
Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main
1988.
- KELLER,** Max/**SCHOBI,** : Das Schweizerische Schuldrecht Allgemeine
Christian Lehren des Vertragsrechts, Bd. I, Helbing &
Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am
Main 1988.
- KESER,** Yıldırım : Ürün Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara
2021.
- KILIÇOĞLU,** Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Genişletilmiş 27. Bası, Turhan Kitabevi,

- Ankara 2024. (Anılış: **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024. (Anılış: **KILIÇOĞLU**, Özel Hükümler).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. : “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 1974, s. 395-446. (Anılış: **KILIÇOĞLU**, Sigorta).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. : Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Sevinç Matbaası, Ankara 1978. (Anılış: **KILIÇOĞLU**, Halefiyet).
- KILIÇOĞLU**, Kumru : Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- KIRAC ADIR**, Esmâ : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- KIRCA**, Çiğdem : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004. (Anılış: **KIRCA**, Bilgi Verme).
- KIRCA**, Çiğdem : “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119. (Anılış: **KIRCA**, Boşluk).
- KIRCA**, Çiğdem : Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007. (Anılış: **KIRCA**, Ürün).
- KLEIN**, Karen : “Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im deutschen Recht”, Türk-Alman

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD), C. 3, S. 1, 2021, s. 3-22.
- KLETT, Barbara/MÜLLER, Dominique** : “Rechtsentwicklung zum PrHG und PrSG”, Haftung und Versicherung (HAVE)/ Responsabilité et Assurances (REAS), H. 4, 2018, s. 438-442.
- KLUCKHOHN, Wilhelm** : “Zwei Fragen des Schadenersatzrechts”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 111, 1914, s. 406-438.
- KOCAAĞA, Köksal** : Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- KOCABAŞ, Gediz** : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 3, 2014, s. 273-302. (Anılış: **KOCABAŞ, Destekten Yoksun Kalma**).
- KOCABAŞ, Gediz** : “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2021, s. 165-210.
- KOCAMAN, Arif B.** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Üçlü Borç İlişkileri Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi (Temsil-Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme -Alacağın Devri -Havale)”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı III, 26-27 Mayıs 2012, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 251-264.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

- KOLLER, Alfred** : Der Gute und der Böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1985.
- KOLLER, Alfred** : Der Werkvertrag iç. Berner Kommentar, **HAUSHEER, Heinz** (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1998. (Anlış: **KOLLER, OR**).
- KOLLER, Alfred** : “Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten”, Ohne jegliche Haftung Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer, **BÖHME, Anna/GÄHWILER, Fabian/THEUS SIMONI, Fabiana/ZÜBERBÜHLER, Ivo** (ed.), Schulthess Verlag, Zürich 2016, s. 295-310. (Anlış: **KOLLER, Haftung**).
- KOLLER, Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Handbuch des Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2023. (Anlış: **KOLLER, Obligationenrecht**).
- KRAMER, Ernst A.** : Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, 2019.
- KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno** : Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht iç. Berner Kommentar, **MEIER-HAYOZ, Arthur** (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 1986.
- KRAUSKOPF, Patrick** : Der Vertrag zugunsten Dritter, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 2000.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta** : OR Kommentar iç. Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023.
- KULA, Nil** : Türk Eşya Taşıma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- KUNTALP, Erden** : Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988.
- KURT, L. Müjde** : “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFĐ), C. 64, S. 3, 2015, s. 775-814.
- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2011.
- KUTLU SUNGURBEY, Ayfer** : Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, Yasa Yayınları, İstanbul 1988.
- LAHAV, Alexandra D.** : “A Revisionist History of Products Liability”, Michigan Law Review, C. 122, S. 3, 2023, s. 509-559.
- LANGE, Heinrich** : “Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 18. Jahrgang, H. 15, 1965, s. 657-665.
- LANGE, Hermann/SCHIEMANN, Gottfried** : Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- LARDELLI, Flavio** : Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Schulthess Verlag, Zürich 2008.
- LARENZ, Karl** : “BGH: Lieferungsvertrag zugunsten Bediensteter des Bestellers”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1956, s. 1193-1194.
- LARENZ, Karl** : “Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und Sozialer Kontakt”, Monatsschrift für Deutsches Recht,

- H. 9, 1954, s. 515-518. (Anılış: **LARENZ**, Culpa in Contrahendo).
- LARENZ**, Karl : Lehrbuch Des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teils, 14. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 1987. (Anılış: **LARENZ**, Schuldrechts).
- LARENZ**, Karl/**CANARIS**, Claus-Wilhelm : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 1995.
- LEE**, Seongbum : Rechtsethische Auslegung im Schadensrecht Eine Betrachtung zur Drittschadensliquidation, Duncker&Humblot, Berlin 2020.
- LEHMANN**, Matthias/**ZSCHACHE**, Sabine : “Das stellvertretende commodum”, Juristische Schulungen (JuS), H. 6, 2006, s. 502-507.
- LOCHER**, Horst/**LÖFFELMANN**, Peter : “Drittschadensliquidation bei Verletzung bauvertraglicher Pflichten?”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1982, s. 970-973.
- LOOSCHELDERS**, Dirk/**MAKOWSKY**, Mark : “Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter”, Rechtsbrücke (Hukuk Köprüsü Dergisi), N. 4, S. 4, 2013, s. 721-728.
- LORENZ**, Stephan : “Grundwissen: Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, Juristische Schulung (JuS), 2021, s. 817-820. (Anılış: **LORENZ**, Schutzwirkung).
- LORENZ**, Stephan : “Grundwissen – Zivilrecht: Drittschadensliquidation”, Juristische Schulung (JuS) 2022, s. 13-15. (Anılış: **LORENZ**, Drittschadensliquidation).
- LORENZ**, Stephan : Recht der Schuldverhältnisse iç. Beck’sche Online-Kommentar, **HAU**, Wolfgang/**POSECK**, Roman (ed.), 70. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2024.
- LÖTSCHER**, Cordula : Die Prozessstandschaft im schweizerischen ZivilprozessGrundsätze, Auswirkungen und

- Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016.
- LUTERBACHER, Thierry** : Die Schadenminderungspflicht-Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, Zürich 2005.
- LUTHER, Christoph** : “Kompensations Schadensersatz statt Drittschadensliquidation”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 213, s. 572-603.
- MARKESINIS, Sir** : The German Law of Contract A Comparative Treatise, **BINGHAM, Lord/HIRSCH, Günter** (ed.), 2. Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006.
- MARTI-SCHREIER, Leonora** : Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung, **HAUSHERR, Heinz** (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2015.
- MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan** : Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2021.
- MEDICUS, Dieter/PETERSEN, Jens** : Bürgerliches Recht, 28. neu bearbeitete Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2021.
- MOMMSEN, Friedrich** : Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- MOSKRICH, Elisabeth** : OR Kommentar iç. Orell Füssli Kommentar, **KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland** (ed.), 4. Auflage, 2023.

- MUNZINGER, Walther** : Schweizerisches Obligationenrecht: erster Entwurf, 1871.
- MÜLLER, Christoph** : Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht iç. Berner Kommentar, **MÜLLER, Regina Aebi/MÜLLER, Christoph** (ed.), Stämpfli Verlag AG, Bern 2018.
- MÜLLER-ERZBAHCH, Rudolf** : Die Grundsätze der Mittelbaren Stellvertretung, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1905. (Anılış: **MÜLLER-ERZBACH, Mittelbaren Stellvertretung**).
- MÜLLER-ERZBACH, Rudolf** : “Reichsgericht und Interessenjurisprudenz”, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Festgabe der jüristischen Fakultäten zu 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts), Bd. II, Berlin und Leipzig 1929, s. 161-177. (Anılış: **MÜLLER-ERZBACH, Interessenjurisprudenz**).
- NEUNER, Jörg** : “Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen”, Juristen Zeitung, 54. Jahrg., Nr. 3, 1999, s. 126-136. (Anılış: **NEUNER, Dritter**).
- NEUNER, Robert** : “Interesse und Vermögensschaden”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 133(3), 1931, s. 277-314. (Anılış: **NEUNER, Interesse**).
- NOMER, Halûk N.** : “Farazi İlliyet Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 413-420. (Anılış: **NOMER, İlliyet**).
- NOMER, Halûk N.** : “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk

- Borçlar Kanunu'nun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 249-255. (Anılış: **NOMER**, Rücu).
- NOMER**, Haluk : Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç Nami/**ENGİN**, Baki İlkey İlişkileri, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- OEHR**, Isabella/**STUPP**, Eric : Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse, Art 184-529 OR und Innominatverträge iç. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, **HOCHSTRASSER**, Michael/**HUBER-PURTSCHERT**, Tina/**MAISSEN**, Eva (ed.), 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2023.
- OERTMANN**, Paul : Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Rechte, De Gruyter Verlag, 1901.
- OETKER**, Hartmut : Recht der Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2022. (Anılış: **OETKER**, BGB).
- OETKER**, Hartmut : “Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation”, Juristische Schulungen (JuS), 2001, s. 833-841. (Anılış: **OETKER**, Drittschadensliquidation).
- OĞUZ**, Arzu : “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XLI, S. 1-4, 1989-1990, s. 225-284.
- OĞUZMAN**, M. : Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kemal/**BARLAS**, Nami Kavramlar, 29. Bası On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023. (Anılış: **OĞUZMAN/ÖZ, C. 1**).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022. (Anılış: **OĞUZMAN/ÖZ, C. 2**).
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe** : Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- OK, Orcan** : Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.
- ORUÇ, Murat** : Satım Sözleşmesinde Riskin Geçiş, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- ORAL, Tuğçe** : “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 1, 2023, s. 121-142.
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm** : Das Obligationenrecht 2. Teil (Halbband): Art. 184-418 iç. Zürcher Kommentar, Schulthess Verlag, Zürich 1936.
- ÖNAY, Işık** : Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ÖNEN, Yaşar/ŞANBEY, Cemil Ziya** : Almanca-Türkçe Sözlük, C. I, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu Yayınları, No: 546, Ankara 1993.
- ORAL, Tuğçe** : “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün

- Sorumluluğu Kapsamında Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 1, 2023, s. 121-142.
- ÖZÇELİK, S. Barış** : “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2283-2303.
- ÖZDEMİR, Furkan** : İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019. (Anılış: **ÖZDEMİR**, İnançlı İşlem).
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa** : Eser Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ**, M. Turgut (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Anılış: **ÖZDEMİR**, Eser).
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa** : “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 349-369. (Anılış: **ÖZDEMİR**, İntikal).
- ÖZEL, Çağlar** : “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2001, s. 81-106.
- ÖZSUNAY, Ergun** : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası,

- İstanbul 1968. (Anılış: **ÖZSUNAY**, İnançlı Muameleler).
- ÖZSUNAY**, Ergun : “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. X, S. 1, 1979, s. 97-158. (**ÖZSUNAY**, Yapımcı).
- ÖZTAN**, Bilge : İmalâtçının Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 1982.
- ÖZTÜRK**, Gülay : İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- PAPANIKOLAOU**, Panajotis : Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Ein Beitrag zu der Dogmatik des Vertrags zugunsten Dritter, Duncker & Humbolt, Berlin 1977.
- PARLAK BÖRÜ**, Şafak : “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, 2017, s. 231-272.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**MERİÇ**, Nedim : Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahâle, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- PEKMEZ**, Cüneyt : Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- PERREN**, Ruben : “Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 140, 2004, s. 58-81.
- PETER**, Hans : “Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler”, **KARADENİZ**, Özcan (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 1-4, Ankara 1964, s. 529-539.

- PETERS, Frank** : “Zum Problem der Drittschadensliquidation”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 180, H. 4, 1980, s. 329-372.
- PETERSEN, Jens** : Der Dritte im Zivilrecht, De Gruyter Verlag, Berlin-Boston 2018.
- PLATE, Jürgen/GEIER, Anton** : Das gesamte examensrelevante Zivilrecht, 7. Auflage, Springer Verlag, Berlin 2021.
- POLAT, Cemre** : “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 4, 2021, s. 973-1041.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.** : Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975.
- PUHLE, Winfried** : Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main-Bern 1982.
- REETZ, Peter** : Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer vollstreckungsrechtlicher Probleme, Schulthess Verlag, Zürich 2006.
- REGELSBERGER, Ferdinand** : “Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden den durch Vertragsbuch ein Dritter erleidet” iç. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41, 1900, s. 251-288.
- REINHARDT, Rudolf** : Der Ersatz Des Drittschadens, Mannheim/Berlin/Leipzig 1933.
- RUSCH, Arnold F.** : “Schadenersatz für entgangenes Erbe?”, AJP, S. 672, Dike Verlag, 2012, s. 672-678.
- SAÇAR, Ömer Faruk** : Medeni Usul Hukukunda İhtiyari Dava Arkadaşlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- SANLI, Kerem Cem** : Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi iç. Ürün Sorumluluğu, ATAMER,

- Yeşim M./**BAYSAL**, Başak (ed.), Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 57-79.
- SCHMID**, Jörg : Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR iç. Zürcher Kommentar, **GAUCH**, Peter (ed.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1993.
- SCHOTT**, Gottlob : Die Schadensliquidation aus dem Interesse eines Dritten, Inaugural Dissertation, Göttingen 1931.
- SCHÖNLE**, Herbert : Kauf und Schenkung iç. Zürcher Kommentar, **GAUCH**, Peter (ed.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1993.
- SCHWENZER**, Ingeborg/**FOUNTOULAKIS**, Christiana : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020.
- SEÇER**, Öz : Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020.
- SEROZAN**, Rona : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, **BAYSAL**, Başak/**SANLI**, Kerem Cem (ed.), Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022. (Anılış: **SEROZAN**, Borçlar).
- SEROZAN**, Rona : “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129. (Anılış: **SEROZAN**, Edim).
- SEROZAN**, Rona : Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014. (Anılış: **SEROZAN**, Eşya).

- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay** : Miras Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, B. İlkay/ATAMER, Yeşim M.** : Serozan Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- SERT SÜTÇÜ, Selin** : Satış Sözleşmesi iç. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, **ÖZ, M. Turgut** (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- SEVEN, Vural** : “Taşıma Hukukunda “Gönderilenin” Aktif Taraf Sıfatı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 169-170, Eylül-Ekim 2018, s. 9-29.
- SİRMEN, A. Lâle** : Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- SONNENSCHN, Jürgen** : “Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte -und immer neue Fragen”, Juristische Arbeitsblätter (JA), H. 5, 1979, s. 225-231.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem** : Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem** : Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- STADLER, Astrid** : Vertrag zugunsten Dritter iç. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021.
- STAMM, Jürgen** : “Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 884 Abs. 1 BGB”, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 203, H. 3, 2003, s. 366-398.

- STEHLE, Bernhard** : “Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Recht 2014, s. 257-263.
- STEUERWALD, Karl** : Almanca Türkçe Sözlük, Otto Harrassowitz Verlag-ABC Kitabevi, Wiesbaden-İstanbul 1990.
- STÜRNER, Michael** : “Zur Anwendung der Drittschadensliquidation bei von Drittem vertraglich übernommener Haftung”, JURA, Aktuelle Rechtsprechung in der JURA-Kartei (JK), Bd. 38, H. 7, 2016, s. 825.
- ŞENOCAK, Zarife** : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1995.
- TÄGERT, Hans** : Die Geltendmachung des Drittschadens, Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht, H. 1, Heid in Hols 1938.
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008. (Anılış: **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. I/1).
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, C. I/2, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008. (Anılış: **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. I/2).
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Anılış: **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, C. II).
- TANDOĞAN, Halûk** : “La Réparation Du Dommage Causé A Un Tiers” iç. Mélanges Roger Secrétan, Imprimerie Corbaz, Montreux 1964, s. 305-323.

- TANDOĞAN, Halûk** : Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963. (Anılış: **TANDOĞAN**, Tazmin).
- TANDOĞAN, Halûk** : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957. (Anılış: **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme).
- TANDOĞAN, Halûk** : “Otelcilerin Mes’uliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 12, S. 3-4, 1955, s. 201-239. (Anılış: **TANDOĞAN**, Otelci).
- TANDOĞAN, Halûk** : Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Anılış: **TANDOĞAN**, Mes’uliyet).
- TANRIVER, Süha** : Medeni Usul Hukuku C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- TEICHMANN, Arndt** : Kommentierung zu Vor § 249-253 iç. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, **STÜRNER, Rolf** (ed.), 18. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2021.
- TEKİNALP, Ünal** : Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- TEKİNAY, Selahattin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Sulhi/**AKMAN**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Sermet/**BURCUOĞLU**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Halûk/ALTOP, Atillâ**
- THUME, Karl-Heinz** : Transportrecht iç. Münchener Kommentar, **SCHMIDT, Christine** (ed.), 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2023.
- TOPUZ, Murat** : Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023. (Anılış: **TOPUZ**, Finansal Kiralama).

- TOPUZ, Murat** : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020. (Anılış: **TOPUZ**, Zarar).
- TOPUZ, Gökçen/TOPUZ, Seçkin** : “Takasın Davada İleri Sürülmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 57, S. 3, 2008, s. 719-732.
- TRAUGOTT, Rainer** : Das Verhältnis von Drittschadensliquidation und Vertraglichem Drittschutz, Duncker & Humblot, Berlin 1997.
- TSCHUDI, Markus Patrick** : Der Direktanspruch des Berechtigten gegenüber Dritten, **DUBEY, Jacques/STOCKLI, Hubert** (ed.), Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- TWIGG-FLESNER, Christian/CANAVAN, Rick/MACQUEEN, Hector** : Atiyah and Adams’ Sale of Goods, 13. Edition, Harlow, England 2016.
- URBAN, Werner** : Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Vergleichende Untersuchung zur Integration in ein System des vertraglichen Drittschutzes, Josef Eul Verlag, Köln 1989.
- UYGUR, Atiye B.** : “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 1-2, 2006, s. 171-195.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel** : Şeklî Eşya Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.
- VIEWEG, Klaus** : Schadenersatzrecht iç. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

- Eckpfeiler des Zivilrecht, De Gruyter Verlag, Berlin 2008.
- VON BALLMOOS,** : OR Kommentar, Kommentar zum
Thomas/**KREN**
KOSTKIEWICZ, Jolanta
Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell
Füssli Kommentar, **KREN KOSTKIEWICZ,**
Jolanta/**WOLF,** Stephan/**AMSTUTZ,**
Marc/**FANKHAUSER,** Roland (ed.), 4.
Auflage, Schulthess Verlag, 2023.
- VON BÜREN,** Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag, Zürich
1964.
- VON CAEMMERER,** Ernst : “Das Problem Des Drittschadenersatzes”,
Zeitschrift Des Bernischen Juristenvereins, Bd.
100, H. 8, 1964, s. 341-382.
- VON GRAFFENRIED,** : Schadloshaltung des Dritten in
Caroline zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen,
HAUSHERR, Heinz (ed.), Stämpfli Verlag,
Bern 2019.
- VON SCHROETER,** Hans : Die Drittschadensliquidation in europäischen
Ulrich Privatrechten und im deutschen
Kollisionsrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt
am Main 1994. (Anlış: **VON SCHROETER,**
Drittschadensliquidation).
- VON SCHROETER,** Hans : “Die Haftung für Drittschaden”, Juristische
Ulrich Ausbildung (JURA), H. 7, 1997, s. 343-349.
(Anlış: **VON SCHROETER,** Haftung).
- VON TUHR,** Andreas : “Eigenes und Fremdes Interesse bei
Schadenersatz aus Verträgen”, Grünhuts Z. 25,
1898, s. 529-581.
- VON TUHR,** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Andreas/**ESCHER,** Arnold
Obligationenrechts, Zweiter Bd., 3. Auflage,
Schulthess Verlag, Zürich 1974.

- VON** **TUHR**, : Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Andreas/**PETER**, Hans Obligationenrechts, Erster Bd., 3. Auflage,
Schulthess Verlag, Zürich 1979.
- WAGNER**, Gerhard : Schuldrecht, Besonderer Teil IV §§ 705–853
Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
Produkthaftungsgesetz iç. Münchener
Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck Verlag,
München 2024.
- WEBER**, Rolf H. : Dreipersonen-Verhältnisse im Schuldrecht, iç.
Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber
Amicorum für Hermann Schulin, **VOGT**,
Nedim Peter/**ZOBL**, Dieter (ed.), Helbing &
Lichtenhahn, Basel 2002.
- WEBER**, Stephan : “Die Schadenminderungspflicht-eine
metamorphe Rechtsfigur”, Haftpflicht-und
Versicherungsrechtstagung, **KOLLER**, Alfred
(ed.), St. Gallen 1999, s. 133-177.
- WEBER**, Rolf : Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR
H./**EMMENEGGER**, Susan Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das
Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen
iç. Berner Kommentar, 2. Auflage, Stämpfli
Verlag, Bern 2020.
- WEBER**, Rolf H./**VON** : Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113
GRAFFENRIED, Caroline OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das
Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen
iç. Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern
2022.
- WEIMAR**, Peter : Die gesetzlichen Erben; Die
Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit,
Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen
iç. Berner Kommentar, **HAUSHEER**,
Heinz/**WALTER**, Hans Peter (ed.), Stämpfli
Verlag, Bern 2009.

- WEISS, Alexander** : “Die Drittschadensliquidation – alte und neue Herausforderungen”, Juristische Schulungen (JuS), 2015, s. 8-14.
- WESTERMANN, Harm Peter** : Einzelne Schuldverhältnisse iç. Münchener Kommentar, 8. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2019.
- WETH, Stephan** : Allgemeine Vorschriften iç. mit Zivilprozessordnung mit Gerichtverfassungsgesetz Musielak/Voit Kommentar, 21. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2024.
- WIEGAND, Wolfgang** : Mobiliarsicherheiten Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat-und verfahrensrechtlicher Sicht, Stämpfli Verlag, Bern 1998.
- WILLBURG, Walter** : “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, Jhering. Jb. Bd. 82, 1932, s. 51-148.
- WOLF, Stephan** : Schweizerisches Erbrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2020.
- YAVUZ, Cevdet** : Türk-İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak** : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022.
- YELMEN, Adem** : “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2949-2966.

- YENİCE, A. Özge** : Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu Hükümleri (CISG) Işığında Gönderme Satımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- YETİŞ SAMLI, Kübra** : “Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 1, 2007, s. 303-349.
- YÜCE,** Aydın : “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Alber/**KÖROĞLU, Emre** Hukuki Sorumluluğunda Yansıma Yoluyla Zarar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 543-555.
- YÜKSEL, Sera Reyhani** : Vekâletsiz İş Görme Kısa Şerhi, **TOKBAŞ, Hakan** (ed.), Aristo Yayınları, İstanbul 2018.
- YÜNLÜ, Semih** : Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- ZÄCH, Roger/KÜNZLER,** Adrian : Stellvertretung iç. Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2014.
- ZELLWEGER-** : Verrechnung, Art. 120-126 OR-
GUTKNECHT, Corinne Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation iç. Berner Kommentar, **HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter** (ed.), Stämpfli Verlag, Bern 2012.
- ZEVKLİLER,** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, Aydın/**GÖKYAYLA, K. Emre** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ZIMMERMANN** : “Ueber die Verbindlichkeit Desjenigen, der mit einem Commissionair, ohne dass dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten

erwachsenen Schadens, Neues Archiv für
Handelsrecht, Bd. 1, 1858.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://www.digitale-sammlungen.de>.

<https://www.fedlex.admin.ch>.

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

<https://www.juris.de>.

<https://www.kazanci.com.tr>.

<https://www.legalbank.net>.

<https://www.lexpera.com.tr>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.turcademy.com/tr>.

<https://www.unidroit.org>.