

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ
SÖZLEŞME**

Hazırlayan
Nil Karabağ

2501040327

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Şener AKYOL

İstanbul 2007

ÖZ

Çalışmamızın konusu üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacı, tarafı olmadığı bir sözleşmenin ihlalinden kaynaklanabilecek tehlikelere en az taraflar kadar maruz kalan üçüncü kişilerin haksız fiil hükümleri yerine sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunmasını sağlamaktır. Borçlar Kanunu’nda söz konusu kuruma ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Pozitif hukuk tarafından düzenlenmeyen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme Alman Doktrini ve Alman Federal Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Bunun yanında Türk ve İsviçre hukuklarında da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye duyulan ilgi gittikçe artmaktadır. Amacımız kanunda düzenlenmemesi ve nisbilik prensibi ilkesine bir istisna oluşturması nedeniyle gerek hukuki dayanağı gerekse uygulanmasının koşulları bakımından tartışmalı olan bu kurumu Türk Hukuku açısından incelemektir.

ABSTRACT

Subject of our study is “agreements with protective effects on third parties”. As the third parties are to face as much risks as the actual parties of the agreements, the intended aim of the agreements with protective effects on third parties is to protect third parties’ interests on the grounds of principles arising from breach of agreements rather than applying basic principles of tortious liability. There are no specific regulations in the content of Law of Obligations concerning this issue and all of the applicable principles have been developed on case-law basis by German Federal Court as well as by German legal doctrine. It is not certain as to which principles should be applied to the agreements with protective effects on third parties, since it is not regulated by the substantive law. Therefore and due the fact that it constitutes an exception for the general principle of relative liability in law of obligations, the issue is considered as being controversial. Our main object is to examine this controversial concept in terms of Turkish Law.

ÖNSÖZ

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kanunda düzenlenmeyen, Alman doktrin ve içtihatlarıyla geliştirilmiş bir hukuki kurumdur. Söz konusu kurumun amacı tarafı olmadığı sözleşmenin konusunu oluşturan edime yakınlıkları dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin, haksız fiil hükümleri yerine sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan doğrudan bir tazminat hakkına kavuşturulmalarıdır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle hukuki dayanağı ve uygulanma alanı bulabilmesi için gereken koşullar bakımından tartışmalı bir kurum olduğunu söylemek gerekir. Belirtmemiz gerekir ki bu kurum Alman Hukuku'nda doksan yılı aşkın bir süredir uygulanmasına rağmen orada da konu ile ilgili tartışmalar nihayetlenmemiştir. Alman Medeni Kanunu'na, 01.01.2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukuku'nun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun¹ ile “Hukuki İşlemler ve Hukuki İşlem Benzeri Borç İlişkileri” başlıklı, 311. paragraf eklenmiştir. Böylelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme nihayet Alman Hukuku'nda söz konusu paragrafın üçüncü fıkrasında bir edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak ifadesini bulmuştur.

Bu çalışma ile güdülen amaç, nisbilik prensibine önemli bir istisna oluşturan ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bulunan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin Türk Hukuku bakımından incelenmesidir. Bu aşamada Alman Hukuku'nda ileri sürülen tartışmalardan yola çıkılarak bu kurumun hukuki dayanağı ve uygulama alanı bulması için aranan koşullar bakımından bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

Beni bu konuda çalışmaya sevk eden ve çalışmanın her aşamasında katkılarıyla bana yol gösteren ve çalışmamız için gerekli kaynakların toplanmasında yardımlarını esirgemeyen saygıdeğer Danışman Hocam Prof. Dr. Şener Akyol'a

¹ 26.11.2001 tarihli Kanun, BGBl. I. 2001, s. 3138.

sonsuz teŖekkürlerimi sunarım. Çalışmanın hazırlanması aşamasında değerli görüş ve katkılarıyla bana yol gösteren sayın Kürsü Hocalarım Doç. Dr. İlhan Helvacı ve Doç. Dr. Halil Akkanat’a bana ayırdıkları vakit ve verdikleri emek için çok teŖekkür ederim.

Ayrıca çalışmalarım esnasında bana sağladığı kaynaklar ve paylaştığı değerli görüşleriyle daima destek olan saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye verdiği maddi ve manevi destek için çok teŖekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMA CETVELİ	ix
GİRİŞ	1
I. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN AMACI, TARİHÇESİ VE ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARINI TAZMİN KURUMUNDAN AYRILMASI.....	5
A. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeye İhtiyaç Duyulmasının Nedeni	5
1. Nisbilik Prensibi.....	5
2. Haksız Fiil Hükümleri ile Sözleşme Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Kıyaslanması	9
3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Amacı	13
B. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Tarihçesi ve Gelişimi	16
1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Bakımından	16
2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Uygulama Alanı Bulabilmesinin Şartları ve Diğer Unsurları Bakımından	20
C. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin Kurumunun Birbirinden Ayrılması	23
1. Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin Kurumu	23
2. Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin Kurumunun Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeden Farkı	25
II. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN HUKUKİ DAYANAĞI	29
A. Genel Olarak	29
B. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Üçüncü Şahıs Yararına Tam Sözleşme	31
1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme (BK. m. 111/I)	31

2. Üçüncü Kişi Yararına Tam Sözleşme	34
3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeyi Üçüncü Şahıs Yararına Tam Sözleşmeye Dayandıran Görüş	37
C. Sözleşmenin Yorumlanması ve Tamamlanması Suretiyle Sözleşmenin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkisinin Tesisi	41
1. Sözleşmenin Yorumlanması	41
2. Sözleşmenin Tamamlanması.....	43
3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Sözleşmenin Yorumlanması Ve Tamamlanması Görüşü	47
D. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Örf ve Adet Hukuku	52
E. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Hâkimin Yarattığı Hukuk.....	55
1. Kanun Boşluğu.....	55
2. Kanun Boşluğu Çeşitleri	57
a. Hüküm İçi Boşluk (Lücken Intra Legem)	57
b. Hüküm Dışı Boşluk (Lücken Praeter Legem).....	58
3. Alman Hukuku’nda Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeyi Hâkimin Yarattığı Hukuka Dayandıran Görüş	64
F. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Koruma Yükümlülükleri ve Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi.....	69
1. Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler	69
a. Edim Yükümlülükleri.....	70
b. Yan Yükümlülükler.....	74
c. Koruma Yükümlülükleri	77
2. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi.....	81
3. Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisinin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağını Teşkil Ettiğine İlişkin Görüş	87
G. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağına İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	89
1. Üçüncü Şahıs Yararına Tam Sözleşmenin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağını Teşkil Ettiğine İlişkin Görüş	89

2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Sözleşmenin Yorumlanması Ve Tamamlanması Görüşü	92
3. Türk Hukuku'nda Hâkimin Yarattığı Hukukun Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Değerlendirilmesi	95
4. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü	99
a. Türk Hukuku'nda Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü	99
b. İsviçre Hukuku'nda Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü	103
5. Kendi Görüşümüz	107
III. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI	112
A. Sözleşmeye Aykırılık Hükümleri Uyarınca Korunacak Olan Üçüncü Kişilerin Sınırlandırılması	112
1. Genel Olarak	112
2. Edime Yakınlık	114
3. Üçüncü Kişinin Korunmasında Alacaklının Menfaatinin Olması	120
4. Öngörülebilirlik	127
5. Üçüncü Kişinin Korunma İhtiyacının Bulunması	130
B. Edim Yükümlülüklerin İhlali Halinde Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Sorunu	133
C. Üçüncü Kişinin Korunan Hukuki Değerleri	136
D. Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Borç İlişkisinin Üçüncü Kişinin Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerine Dayanan Tazminat Talebi Üzerindeki Etkisi	138
1. Genel Olarak	138
2. Sorumsuzluk Anlaşmasının Üçüncü Kişinin Tazminat Talebine Etkisi	141
3. Birlikte Kusur	146
4. Zamanaşımı	149
SONUÇ	153
KAYNAKÇA	156

KISALTMALAR CETVELİ

AcP	: Archiv für die zivilistische Praxis
Abs.	: Absatz
Abt.	: Abteilung
A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AJP	: Aktuelle juristische Praxis
Anh.	: Anhang
Art.	: Artikel
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
Bd.	: Band
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH.	: Bundesgerichtshof
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK.	: Borçlar Kanunu
bs.	: Bası
BT.	: Bundestag
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
Einl.	: Einleitung
FS	: Festschrift
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
JIB	: Juristische Informationsblätter
JuS	: Juristische Schulung
JZ.	: Juristische Zeitung
m.	: madde
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MK.	: Türk Medeni Kanun
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
N	: Kenar numarası
No.	: Numara
OR.	: Obligationenrecht
recht	: recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	: sayfa
TK.	: Ticaret Kanunu
Urt.	: Urteil (Karar)
v.	: von
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
yay. haz.	: yayına hazırlayan
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

GİRİŞ

Türk ve İsviçre hukuklarında da bir çok hukuk sisteminde olduğu gibi, borç ilişkileri bakımından nisbilik prensibi geçerlidir. Buna göre borç ilişkileri ancak tarafları bakımından hüküm ve sonuç doğururlar. Taraflar dışında üçüncü bir kişiden dar anlamda borcun ifası talep edilemeyeceği gibi, üçüncü kişiler de tarafı olmadıkları bir sözleşmeden doğan borcun ifasını talep edemezler. Bunun doğal sonucu olarak da borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla üçüncü kişilerden tazminat talebinde bulunulamaz. Yine üçüncü kişiler de sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşmeden doğan borcun ihlali nedeniyle gördükleri zararların tazminini talep etme hakkına sahip değildirler.

Nisbilik prensibi gereğince sözleşmeden doğan borcun ihlali dolayısıyla zarar gören üçüncü kişiler ancak haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) başvurabileceklerdir. Buna göre üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmaları kural olarak mümkün değildir. Borçlar Kanunu bu bakımdan ikili bir sorumluluk ayrımı öngörmüş ve sözleşmesel sorumluluğa ancak sözleşme taraflarını tabi tutmuştur.

Ne var ki sözleşmeye aykırılık hükümlerinin zarar göreni birçok bakımdan (yardımcı şahsın verdiği zarar, kusurun ispatı, korunan hukuki varlıklar ve tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından) haksız fiil hükümlerine nazaran daha etkin bir şekilde korumaya elverişli olması nedeniyle nisbilik prensibi ve kanunun öngördüğü sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu ayrımı bazı durumlarda aşılmaya çalışılmıştır. Böylelikle culpa in contrahendo, akdin müspet ihlali ve son olarak da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumları ortaya çıkmıştır.

Bunların yanında Alman Hukuku'nda borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesi sonucu alacaklının dışında tesadüfen üçüncü kişilerin zarar gördükleri durumlarda, kısacası zarar gören ile tazminat talep etme hakkına sahip olan kişinin

özdeş olmadığı durumlarda uygulama alanı bulan ve üçüncü kişinin zararının alacaklı tarafından borçluya karşı ileri sürülebilmesini hedefleyen üçüncü şahsın zararını tazmin kurumu geliştirilmiştir.

Biz çalışmamızı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna özgülemiş bulunmaktayız. Alman Hukuku'nda yıllardır süre gelen tartışmalarla geliştirilerek uygulanan söz konusu kurum son yıllarda Türk ve İsviçre hukuklarında da ilgi görmektedir. Ne var ki Türk ve İsviçre hukuklarında kanunda düzenlenmeyen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme henüz bir hukuki dayanağa oturtulamamıştır. Söz konusu kurumun hukuki dayanağına ilişkin tartışmalar etkilerini üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması için aranan koşullar bakımından da göstermiştir.

Bu güçlüklerin en temel nedeni söz konusu kurumun borç ilişkilerinin temel prensiplerinden olan nisbilik prensibi ile bağdaştırılmasının güç olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki bazı somut olaylarda nisbilik prensibine sıkı sıkıya bağlı kalmak da adalet hissini zedelemekte ve hukukun idesi olan adalet ile kolay kolay bağdaştırılamamaktadır. Ailesi ile birlikte oturmak için bir ev kiralayan kimsenin evin iyi dezenfekte edilmemesi nedeniyle bir zarara uğraması halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanabilmesi, onunla birlikte evi paylaşan aile bireylerinin ise aynı sebepten ötürü gördükleri zararlar dolayısıyla ancak haksız fiil hükümlerine başvurabilmeleri bu örneklerden bir tanesidir. Örneğimizde üçüncü kişi edime yakınlığından dolayı sözleşmenin ihlal edilmesi ile ortaya çıkan risklere en az sözleşme tarafı olan alacaklı kadar maruz kalmaktadır. Ancak buna rağmen kanunda öngörülmüş bulunan sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğu ayrımı dolayısıyla yalnızca haksız fiil hükümleri uyarınca korunabilmektedir.

Bu ve bunun gibi yaşanan birçok farklı örnekte, gerçekleşmekte olan adaletsizliğin farkına varan Alman Mahkemeleri, içtihatları ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin doğmasına sebep olmuşlardır. Buna göre söz konusu kurumun amacı sözleşmeden doğan borcun ihlali sonucu en az alacaklı kadar zarar

görebilecek kimselerin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan doğrudan bir tazminat talebine kavuşturulmalarıdır.

Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme vasıtasıyla bazı adaletsizlikleri giderme yolunda yine farklı bazı adaletsizliklere yol açma tehlikesi göz ardı edilmemelidir. İfade edilmek istenen, koruma yükümlülüklerinin ihlali sonucu oluşan risk alanına giren her üçüncü kişiye sözleşmesel bir koruma sağlanamayacağıdır. Zira bu durumda borçlunun sorumluluğu adalete aykırı bir şekilde genişlemekte ve onun için öngörülemez bir hale gelmektedir. Bu nedenle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı borçlu tarafından önceden öngörülebilecek şekilde sınırlanmalıdır.

Bunların dışında ayrıca belirtmek isteriz ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme satım sözleşmesi veya bağışlama sözleşmesi gibi özel bir sözleşme türünü ifade etmemektedir. Burada ifade edilen esasen sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisidir. Şartları mevcut olduğu sürece her tür sözleşme üçüncü kişiyi koruyucu etkili olabilmektedir. Ancak “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” tabiri doktrin ve uygulama tarafından yaygın bir biçimde kullanılmaktadır. Biz de bu nedenle çalışmamızda sözleşmelerin üçüncü kişiyi koruyucu etkisini ifade etmek üzere “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” tabirini kullandık.

Bütün bu hususları göz önünde bulundurarak çalışmamızda öncelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacını, tarihçesini ve gelişimini inceledik. Ayrıca üçüncü şahsın zararını tazmin kurumu ile arasındaki farkları ortaya koyduk.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, söz konusu kurumun hukuki dayanağına ilişkin görüşleri aktarmamızın ve eleştirmemizin ardından ayrı bir başlıkta kendi görüşümüzü gerekçelendirmeye çalıştık.

Yüksek Lisans Tezimizin son bölümünü ise, kanunda öngörülen sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğun arasındaki sınırın belirsizleşmemesi için dikkatle

incelenmesi gereken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesinin koşullarına ayırdık.

Son bölümü takip eden sonuç kısmında ise çalışmamızla ilgili kısa bir özetin yanında vardığımız sonuçları yine kısaca aktarmaya çalıştık.

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN AMACI, TARİHÇESİ VE ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARINI TAZMİN KURUMUNDAN AYRILMASI

A. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeye İhtiyaç Duyulmasının Nedeni

1. Nisbilik Prensibi

Borçlar Hukuku alanında hâkim olan irade serbestisi prensibi, tarafların sözleşme yapmak özgürlüğüne sahip olmalarının yanında, yapmak istedikleri sözleşmenin konusunu da, kanunda yer alan emredici hukuk kurallarını göz önünde bulundurarak, diledikleri gibi belirleyebilmelerini (BK. m. 19, AY m. 48/1) ifade etmektedir¹. İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile geçerli bir şekilde kurulan sözleşmeler kendilerini bağlar ve onlar, bu sözleşme vasıtasıyla hak sahibi olurlar ve yükümlülük altına girerler.

Doğaldır ki, iki tarafın iradelerinin uyuşmasıyla kurulan bir sözleşme ancak taraflarına hak sağlar ve ancak taraflarını borç altına sokar. Bunun yanında bir sözleşmenin konusunun miras yoluyla intikali mümkün olan hak ve borçlardan oluşması halinde borç ilişkileri tarafların mirasçıları bakımından da hüküm ve sonuç doğurabilirler². Ancak bunun haricinde sözleşmenin tarafları dışındaki üçüncü kişiler kural olarak sözleşmeye dayanarak herhangi bir talepte bulunamazlar ve yine tarafı olmadıkları bir sözleşme dolayısıyla borç altına girmezler. Bu prensibe borç

¹ Tekinay Selahattin S. / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 362 vd.; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 4 bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 18 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 9 bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s. 18; Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 32, 33.

² Haluk Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963, s. 20, 21.

ilişkisinin nisbiliği adı verilmektedir³. Bu anlamda borç ilişkilerinin nisbiliği prensibinin, sözleşme serbestisi prensibinin bir uzantısı olduğunu söyleyebiliriz⁴. Zira iki tarafın iradeleri doğrultusunda oluşturdukları bir sözleşmenin üçüncü kişileri de hukuken bağlaması veya taraf iradelerinin hilafına üçüncü kişilere bazı haklar bahşetmesi mümkün değildir⁵.

Görüldüğü üzere borç ilişkilerine hâkim olan temel prensiplerden biri olan nisbilik prensibinden iki önemli sonuç çıkmaktadır⁶.

Nisbilik prensibi öncelikle sözleşmeden doğan dar anlamda borcun ifasının yalnızca borçludan talep edilebileceğini ifade eder. Buna göre alacaklı borcun ifasını yalnızca borçludan talep edebilecek, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere ifa talebini yöneltemeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak da borcun ihlali nedeniyle görülen zararın tazmini ancak borçludan talep edilebilecektir.⁷

İkinci olarak da nisbilik prensibi, sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesinin yalnızca alacaklı tarafından istenebileceği sonucunu doğurmaktadır. Böylelikle sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler borcun ifasını talep edemeyecekleri gibi, kural olarak borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine

³ Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 20 vd.; Josef Esser/ Eike Schmidt, **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, Band I, 6. Aufl., Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1984, s. 79; Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18**, Bd. VI, 1. Abt., Bern, Stämpfli & Cie AG Verlag, 1986, Einl. N 44; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 60; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku: Genel Bölüm**, C. I, (Kocayusufpaşaoğlu Necip / Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdülkadir, “Borçlar Hukuku, Genel Bölüm” adlı eser kapsamında hazırlanan fakat henüz tamamlanmamış olan fasiküllerden yararlanılmıştır.), § 2 N 19; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 17, 24; Eren, **a.g.e.**, s. 20; Samuel Siegerist, **“Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht”** (Zürich Üniversitesi, yayımlanmamış tez), 1997, s. 3; Kırca, **a.g.e.**, s. 32 vd.

⁴ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 45; Siegerist, **a.g.e.**, s. 3; Kırca, **a.g.e.**, s. 33.

⁵ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 45.

⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 21; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 79; Yeşim Atamer, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, **Yargıtay Dergisi**, C. 22, Ocak-Nisan 1996, sayı 1-2, s. 99 vd., s. 100.

⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 21; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 79; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 44; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 19; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 17.

getirmemesinden dolayı zarar görmeleri halinde de sözleşmeye dayanarak herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaklardır⁸.

Nisbilik prensibi günümüze Roma Hukuku'ndan gelmektedir. Ancak Roma Hukuku'nda nisbilik prensibinin sonuçları daha sıkı idi. Buna göre bir sözleşmenin üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuç doğurmasının mümkün olmamasının yanı sıra, bir sözleşme ile taraflar dışındaki üçüncü bir kişinin menfaatinin gözetilmiş olması da yasaklanmış bulunmakta idi⁹.

Bugün ise nisbilik prensibi kanunda açıkça ifade edilmiş olmamakla birlikte, Borçlar Kanunu'nun içerdiği, "Borçların Üçüncü Şahıs Hakkındaki Tesiri" başlıklı fasılda yer alan hüküm ve benzeri düzenlemelerden çıkarılmaktadır¹⁰. Söz konusu fasılda yer alan BK. m. 111 hükmünden yola çıkarak günümüzde nisbilik prensibinin Roma Hukuku'na nazaran yumuşatıldığını söyleyebiliriz. Zira üçüncü şahıs yararına sözleşme ile taraflar sözleşmede üçüncü kişilerin menfaatlerine yer verebilmektedirler. Ayrıca BK. m. 111/II hükmü ile kanun koyucu taraflara kurdukları sözleşme ile üçüncü bir şahsa hak kazandırabilme imkânı vermektedir. Söz konusu madde uyarınca taraflar üçüncü şahıs yararına tam sözleşme kurarak, üçüncü kişiye sözleşme konusu edimi doğrudan talep etme hakkı verebilmektedirler. Buna göre üçüncü şahıs yararına tam sözleşmenin nisbilik prensibi açısından bir istisna teşkil ettiğini söylemek mümkündür¹¹.

⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 22; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 79; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 44; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 19; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 17; Kırca, **a.g.e.**, s. 35.

⁹ Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 1; Siegerist, **a.g.e.**, s. 4; Kırca, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁰ Bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 21 dpn 86: "Akitlerin nisbiliği prensibi, Fransız MK. md. 1165 de sarahaten ifade edilmiştir; mezkûr hükme göre: <<mukaveleler sadece âkit taraflar için hüküm husule getirirler: üçüncü şahıslar için zararlı bir netice doğuramazlar ve onlara ancak md. 1121 de derpiş edilen halde faydalı olabilirler.>>"; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 45; Siegerist, **a.g.e.**, s. 3; Kırca, **a.g.e.**, s. 35.

¹¹ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 59; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 220; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 25 vd.; Atamer, **a.g.m.**, s. 101.

Kanun koyucu üçüncü şahıs yararına tam sözleşme dışında da münferit hükümlerle nisbilik prensibinin bazı durumlarda sonuç doğurmasını engellemiştir¹².

Bu hallerden bir tanesi şerh verilerek etkisi kuvvetlendirilebilen nispi haklardır. Kanun koyucu kanunda sınırlı sayıda olmak üzere bazı nispi hakların tapu kütüğüne şerh verilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini öngörmüştür (MK. m. 1009). Önalım (MK. m. 735), alım ve geri alım (MK. m. 736) hakları etkisi kuvvetlendirilmiş nispi haklara örnek olarak gösterilebilir¹³. Kanun tarafından sınırlı sayıda belirlenen bu haklar şerhten sonra o taşınmaz üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmekte ve böylelikle nisbilik prensibinin, sözleşmeden doğan borcun ifasının yalnızca borçludan talep edilebileceğine ilişkin sonucuna bir istisna getirilmiş bulunmaktadır¹⁴.

Kanunda nisbilik prensibinin, sözleşmeden doğan borcun ifasının yalnızca alacaklı tarafından istenebileceğine ve üçüncü kişilerin sözleşmeye dayanarak herhangi bir tazminat talep edemeyeceğine ilişkin sonucu bakımından da bir takım istisnalar öngörülmüştür.

Bunlara ilk olarak BK. m. 259/III hükmü örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hüküm alt kiracının kiralananı müsaade edilenin dışında kullandığı takdirde, kiraya verene alt kiracıdan bu hususa uymasını talep etme yetkisi vermektedir. Bunun dışında BK. m. 332/II hükmü de nisbilik prensibine önemli bir istisna getirmektedir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasında işverenin işçiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bazı koruma yükümlülükleri düzenlenmiştir. İkinci

¹² Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 59; Atamer, **a.g.m.**, s. 100 vd.

¹³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁴ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 51, 59; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 35 vd.; Atamer, **a.g.m.**, s. 100; Aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 25: Yazarlara göre şerhin iki etkisi bulunmaktadır. Birincisi borç ilişkisini eşyaya bağlı borç durumuna koyan etki, ikincisi ise şerhin munzam etkisidir. Buna göre şerhi eşyaya bağlı borç ilişkisi durumuna sokan etkinin nisbilik prensibine istisna teşkil etmesi söz konusu değildir. Bu hususu tam olarak şu şekilde ifade edilmektedir: “ Bu etkinin borç ilişkisinin nisbiliği kavramına istisna teşkil eden bir yönü yoktur. Malik kendi döneminde doğan borcun borçlusu durumundadır. Özellik, şerh verilen hakka ilişkin sözleşmenin tarafı olmayan yeni malikin mülkiyet hakkı sebebiyle bir borçla yükümlü olmasındadır.” Buna göre şerhin yalnızca munzam etkisi nisbilik prensibine istisna oluşturmaktadır. Zira borç ilişkisi ancak bu durumda üçüncü kişilere etki etmektedir.

fıkra da ise söz konusu yükümlölüklerin ihlali nedeniyle işçinin ölmesi halinde, işçinin yardımından mahrum kalanların dahi bu yüzden uğradıkları zararları sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebileceği ifade edilmektedir. Söz konusu hükümler de bu anlamda nisbilik prensibine kanun tarafından öngörülen istisnalardandır¹⁵.

2. Haksız Fiil Hükümleri ile Sözleşme Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Kıyaslanması

Bir borç ilişkisi olan sözleşmenin nisbiliği sonucu, tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle zarar gören üçüncü kişiler, kural olarak bu zararlarının tazminini sözleşme hükümleri uyarınca talep edemeyeceklerdir. Onlar bu şekilde uğradıkları zararların tazminini ancak şartları mevcutsa haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) göre talep edebilmektedirler¹⁶.

Borçlar Kanunu bu bakımdan ikili bir sorumluluk ayrımı öngörmüştür. Sözleşmeden doğan bir borcun ihlali nedeniyle oluşan sorumluluk sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi tutulurken, genel davranış kurallarının ihlali dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğa haksız fiil hükümleri uygulanmaktadır¹⁷.

Bir kişi kendi iradesi ile kurduğu sözleşmesel ilişkide, karşı tarafa sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşeceği yönünde özel bir güven yaratmakta ve böylelikle herkese karşı yükümlü olduğu genel ve objektif davranış kurallarının üstünde özel (nispi) bir özen gösterme borcu altına girmektedir¹⁸. Haksız fiil

¹⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 75-125; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 59; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 862; Oğuzman, **a.g.e.**, s. 19; Atamer, **a.g.m.**, s. 100; Siegerist, **a.g.e.**, s. 4; Nisbilik prensibine istisna teşkil eden diğer örnekler için bkz. II/G/5 nolu başlık.

¹⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 19; Eren, **a.g.e.**, s. 460 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 35; Siegerist, **a.g.e.**, s. 14 vd; Alman Hukuku bakımından aynı sonuç geçerlidir. Bkz. MüKo/ Peter Gottwald, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432)**, Bd. 2, 3. Aufl., München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, § 328 N 78.

¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 475; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 483; Kırca, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 460, 461; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuk, Genel Bölüm, C. 3, 4. bs., İstanbul, Filiz

hükümlerinin amacı statükoyu (status quo) korumaktır. Sözleşmeye aykırılık hükümleri ise malvarlığını arttırmaya yönelik çıkarın (status ad quem) korunmasını hedeflemektedirler¹⁹. Bunun doğal sonucu olarak da kanun sözleşmenin ihlali suretiyle zarar gören taraflara haksız fiil hükümlerine oranla daha etkin bir koruma sağlamış bulunmaktadır²⁰.

Bu etkin koruma kendisini öncelikle tazmin edilebilecek olan zararlar bakımından göstermektedir. Şöyle ki, saf malvarlığı²¹ zararlarının haksız fiil hükümleri uyarınca tazmini kural olarak mümkün değildir²².

Haksız fiilden söz edebilmek için bir takım şartlar aranır. BK. m. 41/I uyarınca “Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur”. Buna göre haksız fiilin şartları hukuka aykırı fiil, failin kusuru ve bunun sonucunda oluşan zarardır. Bunun dışında zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir²³. Zarar gören ancak bu sayılan şartların varlığı halinde hukuka aykırı fiili işleyen kimseden tazminat talep edebilecektir.

Kitabevi, 2006, § 23 N 1; Anna Ziegltrum, **Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte: Vom “Fürsorgeverhältnis” zu “gegenläufigen” Interessen**, Frankfurt am Main/Bern /New York/Paris, Peter Lang, 1992, s. 8; Kırca, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁹ Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Rona Serozan, “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s. 715 vd., 716.

²⁰ İki sorumluluk türünün genel bir kıyası için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 982; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 379, 380; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 9; Eren, **a.g.e.**, s. 1092 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Serozan, **Armağan**, s. 717; Kırca, **a.g.e.**, s. 36 vd.; Siegerist, **a.g.e.**, s. 14.

²¹ Mutlak hak ihlali teşkil etmeyen malvarlığı zararı

²² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 497; Hüseyin Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 3 N 9 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Kırca, **a.g.e.**, s. 36; Siegerist, **a.g.e.**, s. 15; Alman Hukuku bakımından bkz. Claus-Wilhelm Canaris, “Schutzgesetze,-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, **Festschrift für Karl Larenz**, yay. haz. Claus-Wilhelm Canaris, Uwe Diederichsen, München, Beck’sche Verlag, 1983, s. 84 vd., s. 90 vd.

²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 475 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 491 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 468 vd.; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 2 N 8 vd.

Bugün Türk ve İsviçre hukuklarında hakim olan “objektif hukuka aykırılık teorisine”²⁴ göre, hukuka aykırılık şartının gerçekleşmiş sayılması için mutlak bir hakkın veya söz konusu saf malvarlığını koruma amacı güden bir normun ihlal edilmesi gerekmektedir²⁵. Saf malvarlığı ise mutlak bir hak değildir. Bunun yanında saf malvarlığını korumaya ilişkin bir koruma normu genelde mevcut olmamaktadır²⁶. Bununla birlikte saf malvarlığı zararlarının BK. m. 41/II uyarınca tazmini mümkün görülmektedir²⁷. Söz konusu hüküm uyarınca: “Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına yol açan şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur”. Belirtmek gerekir ki ahlaka aykırı fiilin failin sorumluluğuna yol açması için kasıtlı olması, yani failin zararı bilerek ve isteyerek vermesi gerekmektedir²⁸. Bu nedenle saf malvarlığı zararlarının BK. m. 41/II uyarınca tazmin edilebilmesi oldukça güç koşullara bağlanmıştır.²⁹

Sözleşmesel sorumlulukta ise tazmin edilen zararlar bu anlamda sınırlanmamıştır. Esasen sözleşmeler çoğunlukla malvarlığında hedeflenen bir artışı gerçekleştirmek üzere kurulduğundan sözleşme ilişkisinde en çok saf malvarlığı zararlarının tazmini gündeme gelmektedir³⁰. Bu nedenle de sözleşmesel sorumluluk bakımından saf malvarlığı zararları büyük önem taşımaktadır. Saf malvarlığı zararlarının arz ettiği bu önem dolayısıyla sözleşme sorumluluğunun birinci işlevinin bu tür zararların tazminini sağlamak olduğunu söyleyebiliriz³¹.

²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **a.g.e.**, s. 476; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s. 494; Bu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 545 vd.; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 3 N 11 vd.; Atilla Altö, **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Bilgilerden Dolayı Hukuki Sorumlulukları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996, s. 101; Kırca, **a.g.e.**, s. 18 vd.

²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **a.g.e.**, s. 478 vd., 482; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s. 493 vd., 497; Eren, **a.g.e.**, s. 553 vd.; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 3 N 4 vd., 9; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Altö, **a.g.e.**, s. 101; Kırca, **a.g.e.**, s. 36.

²⁶ Kırca, **a.g.e.**, s. 36.

²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **a.g.e.**, s. 481, 482; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s. 497; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 3 N 10, 16; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Kırca, **a.g.e.**, s. 20.

²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **a.g.e.**, s. 493; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s. 536; Eren, **a.g.e.**, s. 561; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 3 N 16, 20, § 7 N 13; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Kırca, **a.g.e.**, s. 21.

²⁹ Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Altö, **a.g.e.**, s. 102; Kırca, **a.g.e.**, s. 21.

³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **a.g.e.**, s. 855 vd.; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s. 338; Eren, **a.g.e.**, s. 1009 vd.; Siegerist, **a.g.e.**, s. 15.

³¹ Kırca, **a.g.e.**, s. 36.

Yukarıda belirttiğimiz üzere haksız fiilin varlığı için aranan şartlardan bir tanesi de kusurdur. Maruz kaldığı haksız fiil sonucu zarara uğrayan kimse ancak karşı tarafın kusurunu ispat ettiği takdirde zararının tazminini sağlayabilecektir³². Oysa sözleşmesel sorumlulukta borçlunun kusuru BK. m. 96 uyarınca karine olarak kabul edilmektedir. Burada zarar gören sadece borca aykırılık nedeniyle zarara uğradığını ispat ile mükelleftir. Onun ayrıca borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğü yoktur. Görüldüğü üzere sözleşme sorumluluğunda ispat külfeti yer değiştirmekte ve borçlunun sorumluluktan kurtulabilmek için kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekmektedir³³.

Bu bağlamda ele almak istediğimiz bir diğer husus ise, yardımcı şahısların verdikleri zarardan doğan sorumluluktur. Bu konu haksız fiiller için BK. m. 55, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluklar için ise BK. m. 100 tarafından düzenlenmiştir. Ancak BK. m. 55/I borçlu için bir kurtuluş beyinnesi içermektedir. Şöyle ki, eğer istihdam eden zararın gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve itinaı gösterdiğini yahut gerekli dikkat ve itinaı göstermiş olsaydı dahi zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat ederse yardımcı şahsın verdiği zarardan sorumlu olmaz. BK. m. 100 ise borçlu için böyle bir imkân içermemektedir³⁴. Bunun yanında BK. m. 100'de ifade edilen yardımcı (muavin) şahıs kavramının kapsamı BK. m. 55 hükmünde ifade edilen müstahdem kavramına nazaran daha geniştir. Buna göre bir kimsenin yardımcı şahıs olarak nitelendirilebilmesi için borçlu ile arasında tabiiyet şartı bulunması aranmamakta, borcun ifası tamamen kendisine bırakılan ve ikame edilen şahıslar da bu kapsamda ele alınmaktadır³⁵.

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 577; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 548; Eren, **a.g.e.**, s. 541.

³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 887 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 345, 354; Eren, **a.g.e.**, s.1022; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Kırca, **a.g.e.**, s. 37.

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 901; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 379, 380; Eren, **a.g.e.**, s. 1093; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 8 N 24, 26 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 22 N 3, 4; Altóp, **a.g.e.**, s. 107 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 36, 37; Siegerist, **a.g.e.**, s. 15; Alman Hukuku'nda da ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğa ilişkin § 831 ile yardımcı şahsın sorumluluğuna ilişkin § 278 aynı farklılığı arz etmektedir. Bkz. MüKo/ Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 78.

³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 503, 894, 895, 901 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 364; Eren, **a.g.e.**, s. 1031 vd.; Hatemi, **Sorumluluk**, § 8 N 22; Serozan, **İfa Engelleri**, § 22 N 9; Altóp, **a.g.e.**, s. 108; Kırca, **a.g.e.**, s. 37.

Haksız fiil hükümlerini sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere kıyasla daha elverişsiz hale getiren bir diğer husus ise zamanaşımı süresidir³⁶. Kanun koyucunun haksız fiillerden doğan maddi ve manevi tazminat davası için öngördüğü süreler oldukça kısadır. Buna göre haksız fiil nedeniyle zarar gören şahsın tazminat talebi, zararı ve faili öğrenmesinden itibaren bir yıl ve her halde haksız fiilin gerçekleşmesi anından itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır (BK. m. 60/I). Buna karşılık sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talepleri kural olarak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir (BK. m. 125)³⁷.

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Amacı

Nisbilik prensibi gereği sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişiler sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi karşısında sözleşmesel bir talep hakkına sahip olamayacaklardır. Kanun tarafından nisbilik prensibine getirilen bir istisnanın da (örn. BK. m. 111/II veya BK. m. 332/II) olmaması halinde zarara yol açan hareketin haksız fiil teşkil edip etmediğine bakılacak ve şartları varsa zarar gören haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) başvurulacaktır.

Borçlunun üçüncü kişiye karşı sözleşmesel bir yükümlülük altına girmemiş olması ve borç ilişkilerinin ancak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurması karşısında, üçüncü kişinin gördüğü zararı ancak haksız fiil hükümlerine göre talep edebilmesi doğal karşılanmalıdır. Bu sonuç ilk bakışta adaletli görülmektedir.

Ancak unutmamak gerekir ki, bir sözleşme sadece tarafları için hüküm ve sonuç doğursa da, tarafları dışında da bir çok kişinin kişilik ve malvarlığı değerlerine

³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 982; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 380; Eren, **a.g.e.**, s. 1093; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 1; Kırca, **a.g.e.**, s. 37; Siegerist, **a.g.e.**, s. 15. Yargıtay'ın deprem kararı

³⁷ Kural on yıllık zamanaşımı süresi olmakla birlikte kanun bazı sözleşmeler (örneğin BK m. 126) için daha kısa süreler öngörmüştür. Bu durumda söz konusu kısa süreler uygulanacaktır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 1036 vd.; Oğuzman, **a.g.e.**, s. 468; Kocayusufoğlu § 2 N 9, dpn. 16; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 468 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1239 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 38 dpn. 178.

farklı oranlarda etki edebilmektedir. Hatta kimi zaman sözleşmenin sonuçları üçüncü kişiler üzerinde en az taraflar üzerinde olduğu kadar etkili olabilmektedir. Örneğin bir işverenin fabrikasına hammadde veya makine almak üzere bir sözleşme yapması halinde, işveren tarafından istihdam edilen işçilerin edime yakınlığı dolayısıyla, sözleşmeden doğan borcun ihlali onları da etkileyebilecektir. Hamile bir kadının doğum yapmak üzere bir hastane ile sözleşme yapması halinde, doğacak olan bebeğin edime olan ve dolayısıyla da sözleşmeye olan yakınlığı tartışmasıdır. Örneğimizde, doktorun yanlış müdahalesi sonucunda çocuğun sakat doğması ihtimalinde, borç ilişkisinin nisbiliği gereği çocuk uğramış olduğu zararı ancak haksız fiil hükümlerine dayanarak talep edebilecektir. Aynı şekilde hammaddenin zehirli olmasından dolayı zarar gören işçi de Borçlar Kanunu'nun öngördüğü ikili sorumluluk ayrımı sonucu sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan bir korumadan yoksun kalacaktır. Oysa doğacak olan bebek edime en az sözleşme tarafı anne kadar yakındır. İşçi ise hammadde veya makine ile bire bir çalışacak kişi olduğundan onun edime neredeyse alacaklı işverenden daha yakın olduğunu söylemek dahi mümkündür.

Bugün hemen her sözleşmenin kendi tarafları dışında da bir grup şahsın hukuki menfaatlerini farklı derecelerde etkilediği kabul edilmektedir³⁸. Sözleşmelerin bu üçüncü kişiler üzerindeki etkisi sözleşmenin sosyal etkisi olarak adlandırılmaktadır³⁹. Hukuki menfaatleri ile tarafı olmadıkları bir sözleşme arasında sıkı bir bağ bulunan şahıslar için aynı zamanda hukuki menfaatlerinin bu sözleşmeden dolayı zarar görmesi tehlikesi de mevcuttur. Bu nedenle de bu şahısların taraflardan birinin koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle zarar

³⁸ Joachim Gernhuber, "Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte", **Festschrift für Arthur Nikisch**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, s. 249 vd., s. 249; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 1; Winfried Puhle, **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadenliquidation**, Frankfurt am Main/Bern, Peter Lang, 1982, s. 7 vd, 32 vd., s. 6.

³⁹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 249.

gördüklerinde, sadece haksız fiil hükümlerine başvurabilmeleri her zaman adaletli sonuçlar doğurmamakta kimi zaman adalet hissini zedeleyebilmektedir⁴⁰.

Bütün bu aktardıklarımız üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacını ortaya koymaktadır. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile hedeflenen, tarafı olmadığı bir sözleşmenin ihlali sonucu oluşan tehlikelerden en az taraflar kadar etkilenen üçüncü kişilerin gördükleri zararı sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebilmeleridir⁴¹. Kısacası sözleşmenin ihlalinden doğan tehlikelere aynı oranda maruz kalan kişilerin farklı derecede korunmalarını engellemektir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması sonucunda nisbilik prensibi aşılmakta ve üçüncü kişi haksız fiil hükümleri yerine tazminat talebi bakımından daha elverişli olan sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanabilmektedir.

Ancak önemle vurgulamak isteriz ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü kişiye asla edim yükümlülüklerini talep hakkı vermemektedir. Söz konusu kurumun amacı sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlali dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin zararlarını sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazmin edebilecekleri doğrudan ve bağımsız bir talep hakkına sahip olmalarıdır⁴².

⁴⁰ Walter Hadding, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Schuldrecht I (§ 241-432)**, Kohlhammer Kommentar, Bd 2, 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Verlag W. Kohlhammer, 1986, Anh. § 328 N 1; Peter Loser Krogh, “Schutzwirkungen zugunsten Dritter”, **Festschrift für Ernst A. Kramer**, yay. Haz. Heinrich Honsell, Basel, Helbing & Lichtenbahn, 2004, s. 579 vd., s. 582; Serozan, **Armağan**, s. 716 vd.

⁴¹ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 1; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 78; Puhle, **a.g.e.**, s. 7; Siegerist, **a.g.e.**, s. 16; Serozan, **Armağan**, s. 717.

⁴² Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 1; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 568; Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası , 1976, s. 102; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Bd. 1, Bd. 2., 7. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, 1998, N 4043; Martin Moser, **Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten**, Bern, Stämpfli Verlag, 1998, s. 12 vd.; Bununla birlikte bazı şartların varlığı halinde üçüncü kişinin zararının edim yükümlülüklerinin ihlalinden doğması durumunda dahi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. III/B nolu başlık.

B. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Tarihçesi ve Gelişimi

1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Bakımından

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme esasen Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin etki alanında bulunan ve bu nedenle zarar gören üçüncü kişiyi, haksız fiil hükümlerinin yetersizliği karşısında daha etkin korumak amacıyla verdiği kararlar sonucu oluşmuştur⁴³. Alman Hukuku'nda da aynen Türk Hukuku'nda olduğu gibi nisbilik prensibi ilkesi hakimdir (BGB § 241). Bu nedenle Alman Mahkemeleri üçüncü kişiye ancak üçüncü şahıs yararına tam sözleşme lehvarı olması halinde sözleşme hükümlerine dayanarak tazminat talep etme hakkı verebilmekteydi. Bunun dışında üçüncü kişi gördüğü zararı, aynen Türk Hukuku'nda olduğu gibi, ancak haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin ettirebilmekteydi⁴⁴.

Ne var ki Alman İmparatorluk Mahkemesi, sözleşmeden doğan borcun ihlalinin arz ettiği tehlike alanında bulunan ve hukuken korunan değerleri bu tehlikelerden etkilenebilen üçüncü kişilerin, taraflardan daha elverişsiz bir şekilde haksız fiil hükümleri uyarınca korunmalarını adalete aykırı bulmuştur⁴⁵. İmparatorluk Mahkemesi kanunda üçüncü kişilerin sözleşme hükümlerine dayanmasına cevaz veren üçüncü şahıs yararına tam sözleşme kurumunu (BGB § 328) kullanarak tespit ettiği bu adaletsizliği gidermeye çalışmıştır⁴⁶. Böylelikle

⁴³ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 2; Hans Joachim Keitel, **Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte**, Frankfurt am Main/Bern /New York/Paris, Peter Lang, 1987, s. 7; Moser, **a.g.e.**, s. 47.

⁴⁴ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 2; Keitel, **a.g.e.**, s. 7; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 11 vd.

⁴⁵ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 2; Keitel, **a.g.e.**, s. 29; Hirth, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁶ RGZ 87, s. 64 vd.; RGZ 91, s. 21vd.; RGZ 127, s. 218 vd.; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 2; Keitel, **a.g.e.**, s. 15; René Alexander Hirth, **Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr**, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, s. 31; Puhle, **a.g.e.**, s. 32; Henning Dahm, **Die**

Mahkeme sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanabilmesi istenen üçüncü kişiler lehine üçüncü şahıs yararına tam sözleşme kurulmuş olduğunu varsaymıştır. Buna göre bir tarafın koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi dolayısıyla zarar gören üçüncü kişinin aşağıda aktaracağımız bazı şartların varlığı halinde sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümler uyarınca doğrudan ve bağımsız bir tazminat hakkına sahip olabileceği kabul edilmiştir⁴⁷. Alman Federal Mahkemesi de İmparatorluk Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihadını devam ettirmiş ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeye dayandırmıştır⁴⁸.

Alman Federal Mahkemesi'nin devam ettirdiği, nisbilik prensibi ve Alman Medeni Kanunu'nun içerdiği ikili sorumluluk ayrımı ile bağdaştırılması güç olan söz konusu kararlar her ne kadar doktrinde sonuç bakımından büyük ölçüde kabul edilmişse de, hukuki dayanağı bakımından eleştirilere maruz kalmıştır⁴⁹. Gerçekten de üçüncü şahıs yararına tam sözleşmenin varlığı için muhakkak üçüncü kişi lehine kararlaştırılmış bulunan bir asli edimin bulunması gerekliliği (BK. m. 111/2, BGB § 328) vardır. Oysa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacı üçüncü kişilere asli edimi talep etme hakkı vermek değildir. Burada hedeflenen üçüncü kişilerin uğradıkları zararları sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebilmeleridir. Kısacası üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme borçlusu, üçüncü kişiye karşı ancak ikincil nitelikte bir yükümlülük yüklenmektedir⁵⁰.

dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, Köln, Müller Botermann Verlag, 1988, s. 1; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 14 vd., 25; Moser, **a.g.e.**, s. 48, 49.

⁴⁷ RGZ 87, s. 64 vd.; RGZ 91, s. 21 vd. ; RGZ 127, s. 218 vd.; Karl Larenz, "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.4.1956- VI ZR 34/55", **Neue Juristische Woche**, 1956, s.1193; Hans Berndt Ziegler, **Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?**, Marburg, Citydruck Würzburg, 1978, s. 20; Puhle, **a.g.e.**, s. 32 vd; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 23.

⁴⁸ BGHZ NJW 1956, 1193; BGH NJW 1957, 1187; bkz. Ziegler, **a.g.e.**, s. 21; Dahm, **a.g.e.**, s. 6 vd; Puhle, **a.g.e.**, s. 33.; Keitel, **a.g.e.**, s. 22 vd; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 41.

⁴⁹ Larenz, **NJW 1956**, s. 1193, 1194; Larenz, **NJW 1960**, s. 79.; Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 262 vd.; Hadding, **Kohlhammer Kommentar**, Anhang § 328 N 4; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 79; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 46 vd; Ziegler, **a.g.e.**, s. 25 vd; Dahm, **a.g.e.**, s. 18 vd.; Puhle, **a.g.e.**, 33; Hirth, **a.g.e.**, s. 85 vd; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 110 vd; Siegerist, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Krogh, **a.g.m.**, s. 580.

⁵⁰ Larenz, **NJW 1956**, s. 1193vd.; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 3, 4; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 79; Dahm, **a.g.e.**, s. 1; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 9.

Larenz 1956 yılında yayınladığı Alman Federal Mahkemesi'nin 25.4.1956 tarihli kararını eleştiren bir makalesinde, üçüncü kişiye edime yakınlığı dolayısıyla sözleşmesel koruma sağlanan durumların üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğine değinmiştir⁵¹. Yazar söz konusu durumda esasen kanun tarafından öngörülme ve üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden daha zayıf bir sözleşme türü söz konusu olduğunu belirtmiş ve bu sözleşmeyi “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak adlandırmıştır⁵². Larenz aynı makalesinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hakim in sözleşmeyi tamamlayıcı yorumuna dayandığını ifade etmiştir⁵³.

Larenz'in söz konusu makalesinden sonra “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” tabiri kullanılmaya başlanmış ve bu tür sözleşmeler üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden farklı bir kurum olarak ele alınmıştır⁵⁴. Ayrıca Alman Federal Mahkemesi de açıkça Larenz'e atıfta bulunarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin görüşünü değiştirmiştir. Bundan sonra Federal Mahkeme yakın bir tarihe kadar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı olarak sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu kabul etmiştir⁵⁵. Bu görüş doktrinde de birçok taraftar bulmuştur⁵⁶.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin farklı bir görüş ileri süren Gernhuber, bu kurumu örf ve adet hukukuna dayandırmıştır⁵⁷. Ancak yazarın bu görüşü uygulama ve doktrin üzerinde etkili olmamıştır.

⁵¹ Larenz, **NJW 1956**, s.1193.

⁵² Larenz, **NJW 1956**, s.1193.

⁵³ Larenz, **NJW 1956**, s.1193 vd.

⁵⁴ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 4; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 79; Keitel, **a.g.e.**, s. 22; Hirth, **a.g.e.**, s. 15; Puhle, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Dahm, **a.g.e.**, s. 1; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 42; Moser, **a.g.e.**, s. 50.

⁵⁵ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 2; Keitel, **a.g.e.**, s. 22; Puhle, **a.g.e.**, s. 35; Dahm, **a.g.e.**, s. 6; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 42; Moser, **a.g.e.**, s. 51; BGH NJW 1965, s. 1757 vd., 1758; BGH NJW 1971, s. 1933vd.; BGH NJW 1975, s. 867vd.; BGH NJW 1977, s. 2208; BGH JZ 1995, s. 306 vd.

⁵⁶ Franz Bydlinski, “Vertraglicher Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter”, **Juristische Blätter**, 1960, s. 259 vd.; Von Ernst von Caemmerer, “Verträge zugunsten Dritter”, **Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag**, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1978, s. 311 vd.; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 6; Dahm, **a.g.e.**, s. 75 vd.

⁵⁷ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 269.

Ne var ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin gelişmeler bununla nihayetlenmemiştir. Canaris'in ortaya attığı bütünsel borç ilişkisi teorisiyle⁵⁸ birlikte, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi dürüstlük kuralına dayandıran yazarların görüşü hızla artmıştır. Larenz dahi bu gelişmelerden sonra görüşünü değiştirerek üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi bir edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirmiştir. Yazar bundan sonra sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin görüşünü eleştirmiş ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hakim in dürüstlük kuralına dayanarak yarattığı hukuka dayandığını ifade etmiştir⁵⁹. Esasen Larenz'in bu görüşü § 311 düzenlemesinin Alman Medeni Kanunu'na alınmasına kadar Alman Hukuku bakımından hakim görüşü oluşturmaktaydı⁶⁰.

Alman Federal Mahkemesi de bazı kararlarında dürüstlük kuralına atıfta bulunmuş, ancak sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin görüşünü değiştirdiğine ilişkin kesin bir ifade kullanmamıştır⁶¹. “Sebze yaprağı olayı” olarak anılan, annesi ile markete giden kız çocuğunun bir sebze yaprağına basarak yaralanması sonucu zarar gördüğü olayda, Alman Federal Mahkemesi sözleşme görüşmeleri aşamasında da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabileceği kararına varmıştır. Ancak Federal Mahkeme özellikle bu olayda henüz bir sözleşme kurulmadığından, kararını sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna (BGB § 157) dayandırmakta güçlük çekmiştir. Kararda hukuki dayanağı ne olursa olsun, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin sözleşme öncesi aşamada da uygulanabileceği ifade edilmiştir⁶².

⁵⁸ Canaris Claus Wilhelm, “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, *Juristische Zeitung*, 1965, s. 475 vd.

⁵⁹ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 14. Aufl., München, Beck Verlag, 1987, s. 226 vd.

⁶⁰ Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis: Begründungen und Änderung Pflichten und Strukturen*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, s. 527; MüKo/Gottwald, *a.g.e.*, § 328 N 80; Keitel, *a.g.e.*, s. 117 vd, 162; Puhle, *a.g.e.*, s. 44, 45.

⁶¹ Hirth, *a.g.e.*, s. 32, 51 vd.; Puhle, *a.g.e.*, s. 44; Dahm, *a.g.e.*, s. 6; Ziegltrum, *a.g.e.*, s. 42, 43, 109; Atamer, *a.g.m.*, s. 112; BGH NJW 1975, s. 867, 869; BGH NJW 1976, s. 712; BGH NJW 1978, s. 883: “Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kökü dürüstlük kuralına dayanmaktadır”.

⁶² Hirth, *a.g.e.*, s. 52; Puhle, *a.g.e.*, s. 30; BGH NJW 1976, s. 713: Alman Federal Mahkemesi bu kararda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin o güne kadar verilen kararlarda sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandırıldığını belirterek, önemli olanın üçüncü kişinin sözleşmenin

Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki bir temele oturtulmasında yaşanan güçlükler nedeniyle söz konusu kurum bugün dahi bazı yazarlar tarafından reddedilmektedir⁶³.

2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Uygulama Alanı Bulabilmesinin Şartları ve Diğer Unsurları Bakımından

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin gelişme gösterdiği diğer bir husus ise uygulanması için aranan şartlar bakımından gerçekleşmiştir.

Doğaldır ki sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesinden etkilenen her üçüncü kişi bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması kabul edilmemektedir. Aksi takdirde kanun tarafından benimsenen sorumluluk ayrımının muhafaza edilmesi tamamen imkansız hale gelecektir. Bir tarafın koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle zarar gören kimsenin sözleşme ile arasındaki ilişkinin belirli bir yoğunlukta olması gerekmektedir. Bu yoğunluğun tayini bakımından Alman İmparatorluk Mahkemesi bazı koşullar öngörmüştür. Buna göre üçüncü kişinin zarar verene karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan, doğrudan ve bağımsız bir tazminat talebine sahip olabilmesi için:

1. Edime yakınlık,
2. Alacaklının üçüncü kişiye karşı Aile veya İş Hukuku'ndan doğan özen ve koruma yükümlülüğü altında olması,

koruyucu etkisine alınmasının sözleşmenin amacı ve dürüstlük kuralı ile bağdaşması olduğunu belirtmiştir.

⁶³ Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 15; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2003, N 87.05; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi reddeden yazarlar, haksız fiil hükümlerinin yeniden düzenlenmesi ile bu kuruma gerek kalmayacağını savunmaktadırlar.

3. Üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının üçüncü kişiye karşı Aile veya İş Hukuku'ndan doğan özen ve koruma yükümlülüğü altında olmasının borçlu tarafından öngörülebilirliği aranmaktaydı⁶⁴.

Söz konusu koşullara zaman içinde üçüncü kişinin korunma ihtiyacı içinde bulunması şartı eklenmiştir. Buna göre üçüncü kişinin esasen sözleşme hukukuna dayanan bir tazminat talebine sahip olduğu durumlarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye gerek kalmadığı görüşü hem uygulama hem de doktrin tarafından kabul edilmiştir⁶⁵.

Ancak alacaklının üçüncü kişiye karşı koruma ve özen yükümlülüğü altında bulunması koşulu doktrin tarafından büyük ölçüde eleştirilmiştir⁶⁶. Alman Federal Mahkemesi de daha sonra verdiği kararlarında alacaklının üçüncü kişinin korunması hususunda haklı bir menfaatinin olmasını yeterli görmüştür⁶⁷. Ancak Federal Mahkeme bundan sonra bir adım daha atarak alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin birbirine tamamen zıt olduğu durumlarda dahi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi uygulamıştır⁶⁸. Böylelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı giderek genişletilmiştir.

İlk zamanlarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi titizlikle uygulayan Alman Federal Mahkemesi, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk arasındaki sınırı da korumak amacıyla, ancak kişilik haklarına verilen zararların üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunmasını mümkün görmekteydi. Ancak doktrin tarafından ileri sürülen, üçüncü kişiye bir kere sözleşme

⁶⁴ Keitel, **a.g.e.**, s. 24; Hirth, **a.g.e.**, s. 35; Dahm, **a.g.e.**, s. 4; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 59 vd.; BGH NJW 1959, s. 1676, 1677.

⁶⁵ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 17; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 92; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 531; Hirth, **a.g.e.**, s. 83; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 44; BGH NJW 1978, s. 883; BGH NJW 1987, 2510.

⁶⁶ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 88; Keitel, **a.g.e.**, s. 106 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Dahm, **a.g.e.**, s. 86 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 126; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 158 vd.; 192, 194.

⁶⁷ BGH NJW 1977, s. 1916; BGH NJW 1973, 2059 vd.; BGH NJW 1980, 589; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, 3 328 N 89; Hirth, **a.g.e.**, s. 58; Dahm, **a.g.e.**, s. 8 vd.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 90 vd; Moser, **a.g.e.**, s. 53 vd.

⁶⁸ BGH JZ 1995, s. 306; BGH JZ 1998, s. 624 vd., 625 ; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 216; Moser, **a.g.e.**, s. 57; Krogh, **a.g.m.**, s. 582.

hükümlerine dayanma hakkı verdikten sonra artık kişilik hakkında oluşan zararlar ile malvarlığı zararları arasında bir ayırım yapılmaması gerektiği görüşü sonuç bulmuş ve Federal Mahkeme malvarlığı zararlarını da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamına almıştır⁶⁹.

Bunun dışında üçüncü kişi ancak koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde doğrudan sözleşme hükümlerine dayanan bir tazminat talebine sahip olabilirken, Alman Federal Mahkemesi verdiği bazı kararlarında somut olay adaletini sağlamak amacıyla edim yükümlülüklerinin ihlalinin doğan zararların da üçüncü kişi tarafından sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edilebileceğine hükmetmiştir⁷⁰. Mahkeme'nin bu yöndeki kararları doktrinde de bazı yazarlar tarafından kabul görmüştür⁷¹.

Bütün bu aktarılanlar sonucunda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından yaratılan ve Alman Federal Mahkemesi ve doktrin tarafından geliştirilen bir kurum olduğunu söylemek mümkündür. Alman Federal Mahkemesi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması bakımından bir taraftan doktrinde ileri sürülen görüşleri dikkate almış, diğer taraftan somut olay adaletine büyük önem vermiştir.

⁶⁹ BGH NJW 1977, s. 1916 vd.; BGH NJW 1977, s. 2074; JZ 1995, s. 306 vd. Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 2, 18; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, 3 328 N 95; Keitel, **a.g.e.**, s. 25; Hirth, **a.g.e.**, s. 55vd.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 45.

⁷⁰ BGH NJW 1977, 2074; BGH NJW 1983, s. 1053; BGH NJW 1984, s. 355; BGHZ 76, s. 259 vd., s. 262; BGHZ 86, s. 240 vd., s. 249; BGHZ 89, s. 95 vd., s. 104; BGH JZ 1995, s. 306vd.; BGH JZ 1998, s. 624 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 28 vd; Hirth, **a.g.e.**, s. 40 vd, 67 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 51.

⁷¹ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 94; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 534 vd., 538; Hirth, **a.g.e.**, s. 120, 133 vd.

C. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin Kurumunun Birbirinden Ayrılması

1. Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin Kurumu

Üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan borcun ihlali nedeniyle gördüğü zararın sözleşme hükümleri uyarınca tazmin edilmesini hedefleyen bir diğer kurum ise üçüncü şahsın zararını tazmin kurumudur⁷².

Söz konusu kurumunun uygulama alanı bulduğu halleri kısaca özetlemek gerekirse: Bazı durumlarda borçlunun sözleşmeden doğan borcu ihlal etmesi nedeniyle normal şartlar altında alacaklının bir zarara uğraması gerekirken, alacaklı dışında üçüncü bir kişi zarara uğramaktadır. Bu gibi durumlarda alacaklı tazminat talep etme hakkına sahip olmakla birlikte kendisi bir zarara uğramamakta, zarara uğrayan üçüncü kişinin ise herhangi bir talep hakkı bulunmamaktadır. Kısacası üçüncü şahsın zararını tazmin kurumunun uygulama alanı bulduğu hallerde talep hakkı sahibi ile zarara uğrayan kişi özdeş değildir⁷³. Böyle bir durumda zarara uğrayan fakat sözleşme hükümlerine göre tazminat talep etme hakkı olmayan üçüncü kişinin mutlak bir hakkı veya belirli bir hukuk normu tarafından korunan bir menfaati zarar görecektir. Ancak zararın saf malvarlığı zararı olması halinde mevcut hukuk düzeni uyarınca üçüncü kişi bu zarara katlanmak zorunda kalacaktır⁷⁴. Söz konusu durumda üçüncü kişinin alacaklıya nazaran daha elverişsiz bir biçimde korunması, hatta kimi durumlarda zarara katlanmak zorunda kalması adaletli görülmemiş ve

⁷² Bu konu hakkında Türk Hukuku'nda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Haluk Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963.

⁷³ Larenz, **Schuldrechts I**, s. 462; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 2686; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 862; Keitel, **a.g.e.**, s. 141 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 76; Siegerist, **a.g.e.**, s. 90; Moser, **a.g.e.**, s. 16; Halil Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000, s. 257 vd.; Atamer, **a.g.m.**, s. 120.

⁷⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 147; Ernst v. Caemmerer, "Das Problem des Drittschadenersatzes", **ZBJV**, Band 100, 1964, s. 341 vd., s. 351 vd.; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 459, 460.

üçüncü şahsın zararını tazmin kurumu geliştirilmiştir. Buna göre alacaklıya üçüncü kişinin zararının tazminini borçludan talep edebilme yetkisi verilmektedir⁷⁵.

Ancak üçüncü şahsın zararını tazmin her durumda başvurulabilecek bir kurum değildir. Söz konusu kurum belirli olay grupları üzerinde geliştirilmiştir⁷⁶. Bugün üçüncü şahsın zararını tazmin kurumunun uygulama alanı bulabileceği üç ayrı olay grubu kabul edilmektedir.

- Dolaylı temsil olunan kişinin esasen kendi hesabına kurulan sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle zarar görmesi halinde⁷⁷,
- Konusunu üçüncü kişiye ait bir malın oluşturduğu sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeye aykırı davranarak mala zarar vermesi halinde⁷⁸,
- Üçüncü kişinin henüz mülkiyet hakkını kazanmamasına rağmen hasarın kendisine intikal ettiği durumlarda, malın zarar görmesi halinde⁷⁹.

Sayılan bu hallerde, Alman Federal Mahkemesi ve doktrinde bazı yazarlar tarafından, üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmin edilebileceği genel olarak kabul

⁷⁵ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 462; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 515; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 2688; Puhle, **a.g.e.**, s. 76; Moser, **a.g.e.**, s. 16; Akkanat, **a.g.e.**, s. 260; Atamer, **a.g.m.**, s. 120.

⁷⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 128 vd.; Caemmerer, **Drittschadenersatz**, s. 343, 356; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 2689; Puhle, **a.g.e.**, s. 76, 77; Akkanat, **a.g.e.**, s. 258; Atamer, **a.g.m.**, s. 121.

⁷⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 129 vd.; Caemmerer, **Drittschadenersatz**, s. 357 vd.; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 465 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 862; Keitel, **a.g.e.**, s. 148 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 76, 77.

⁷⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 146 vd.; Caemmerer, **Drittschadenersatz**, s. 365 vd.; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 464; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 2689; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 862; Keitel, **a.g.e.**, s. 145 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 80.

⁷⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 141 vd.; Caemmerer, **Drittschadenersatz**, s. 362 vd.; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 462 vd.; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 2689; Puhle, **a.g.e.**, s. 83.

edilmektedir⁸⁰. Ancak tazminat talebinin alacaklı tarafından mı yoksa üçüncü kişi tarafından mı ileri sürülebileceği tartışmalıdır⁸¹.

Buna göre tazminat talebinin üçüncü kişiye ödenmek şartıyla ancak alacaklı tarafından talep edilebileceğini savunan hakim görüşe⁸² karşılık, üçüncü şahsın zararının tazminini doğrudan borçludan talep edebileceği de savunulmaktadır⁸³.

2. Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin Kurumunun Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeden Farkı

Kanun tarafından düzenlenmeyen ve benzer amaçlara hizmet eden bu iki kurum doğrudukları sonuç açısından birbirlerinden farklıdır⁸⁴.

Üçüncü şahsın zararının tazmin kurumunda esasen alacaklının uğrayabileceği bir zarara herhangi bir sebepten, örneğin hasarın intikalinden ötürü tesadüfen üçüncü bir kişinin uğraması söz konusudur. Burada tek bir tazminat talebi oluşmaktadır⁸⁵. Oysa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede birden fazla tazminat talebi gündeme gelebilir. Şöyle ki borçlunun borcunu ihlal etmesinden dolayı üçüncü kişinin yanında alacaklının da zarar görmesi mümkündür⁸⁶. Buna göre üçüncü şahsın zararını tazminde zararın nakli söz konusu iken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede zararın yığılması söz konusu olabilmektedir. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili

⁸⁰ Kanunda düzenlemesi bulunmayan üçüncü şahsın zararını tazmini için ileri sürülen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 183 vd.; Caemmerer, **Drittschadenersatz**, s. 376; Puhle, **a.g.e.**, s. 87 vd.; BGH NJW 1955, 257.

⁸¹ Bu konu hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 324 vd. ve 342 vd.

⁸² Tandoğan, **a.g.e.**, s.348 vd.; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 462; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 515; Puhle, **a.g.e.**, s. 86; Akkanat, **a.g.e.**, s. 260; Üçüncü kişinin zararının tazmininin ancak alacaklı tarafından borçluya ödenmek üzere talep edebileceği yönündeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 324 vd..

⁸³ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 342 vd.; Üçüncü kişiye uğradığı zararın tazminini doğrudan talep etme hakkı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, **a.g.e.**, s. 862.

⁸⁴ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 11 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 3 dpn. 5.

⁸⁵ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 11; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 96; Keitel, **a.g.e.**, s. 141, 142; Siegerist, **a.g.e.**, s. 91; BGH NJW 1969, s. 272.

⁸⁶ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 11; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 96; Keitel, **a.g.e.**, s.142; Siegerist, **a.g.e.**, s. 91; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 3 dpn. 5.

sözleşmede borçlunun sorumluluğu üçüncü kişilerin katılması ile birlikte genişlemektedir⁸⁷. Yani borcun ihlalden dolayı üçüncü kişinin yanında alacaklının da zarara uğraması mümkündür. Ancak alacaklının zarara uğramamış olması ve koruma yükümlülüğü ihlalinin yalnızca üçüncü kişiye zarar vermiş olması üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasına engel değildir⁸⁸.

Malvarlığı zararlarının Alman Federal Mahkemesi tarafından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanına alınmasından önce, söz konusu iki kurum korunan hukuki değerler bakımından ayrılmaktaydı. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile kişilik varlığı değerleri korunurken, üçüncü şahsın zararını tazmin kurumunun koruma alanına yalnızca malvarlığı değerleri girmektedir. Ne var ki daha sonraki yıllarda malvarlığı zararları da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamına alınmış ve böylelikle iki kurum arasındaki bu fark ortadan kalkmıştır⁸⁹.

Burada ileri sürülen bir diğer farklılık ise üçüncü şahsın zararını tazmin kurumunun üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı vermemesidir⁹⁰. Buna göre üçüncü şahsın zararının tazminini ancak alacaklı talep edebilmektedir. Üçüncü kişinin tazminat talebini doğrudan borçluya yöneltebilmesi için, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu dava hakkını kendisine temlik etmesi gerekmektedir⁹¹. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise tazminat talebi üçüncü kişi tarafından doğrudan ileri sürülebilmektedir. Ne var ki doktrinde bazı durumlarda üçüncü şahsın zararının tazmininin alacaklı yerine doğrudan üçüncü kişi tarafından talep edilebileceği de savunulmaktadır⁹².

⁸⁷ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 11; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 96.

⁸⁸ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 11; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 96.

⁸⁹ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 11; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 96; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 516.

⁹⁰ Gernhuber, **a.g.e.**, s. 515; Siegerist, **a.g.e.**, s. 92; Serozan, **Armağan**, s. 720.

⁹¹ Gernhuber, **a.g.e.**, s. 515 vd.; Akkanat, **a.g.e.**, s. 260.

⁹² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 342 ve devamında anılan yazarlar; **A.e.**, s. 349'da Tandoğan alacaklının dava hakkını üçüncü kişiye temlik etmekten kaçınması halinde, üçüncü kişinin alacaklıya karşı bulunan yükümlülüklerini yerine getirerek ona halef olabileceğini belirtmektedir. Yazar devamında, üçüncü kişinin alacaklıya bu şekilde halef olduğu durumlarda BK. m. 391 f. III ve TK. m. 309 f. I ve II'nin kıyasen uygulanabileceğini ve üçüncü kişinin zararının tazminini doğrudan borçludan talep edebileceğini savunmaktadır.

Bu başlık altında ele almak istediğimiz bir diğer husus ise, her iki kurumunda şartlarının oluşmuş olması halinde aralarında bir öncelik ilişkisi olup olmayacağıdır. Burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasına öncelik verilmesi gerektiği yönündeki görüşlere karşılık, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin üçüncü şahsın zararını tazmin kurumu karşısında tali nitelikte olduğu da savunulmaktadır.

Bir görüşe göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin borçlunun sorumluluğunu kimi zaman onun tarafından öngörülemez şekilde genişletmesi ve esasen nisbîlik prensibine istisna teşkil etmesi nedeniyle üçüncü şahsın zararını tazmin söz konusu kuruma nazaran öncelikli olarak uygulanmalıdır⁹³.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise üçüncü kişinin menfaatinin alacaklının menfaatinden bağımsız olarak korunmasına ağırlık verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre üçüncü kişiyi alacaklıdan bağımsız bir hukuki konuma getirmesi nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye öncelik verilmelidir. Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için aranan şartlar oluşmayacak olursa, o takdirde alacaklının borçludan üçüncü kişinin zararını talep etmesi kabul edilmelidir⁹⁴.

Bu konuda ileri sürülen farklı bir görüşe göre, burada önemli olan öngörülebilirlik ölçütüdür. Şayet borçlu alacaklının yerine üçüncü bir kişinin zarara uğrayacağını öngörebiliyorsa o takdirde üçüncü kişinin tesadüfen alacaklının yerine zarara uğradığı söylenemeyeceğinden üçüncü şahsın zararını tazmin kurumunun şartları oluşmamaktadır. Bu nedenle her iki kurumun şartlarının birlikte olduğu bir olay düşünülemez. Söz konusu görüş uyarınca üçüncü kişiyi koruyucu etkili

⁹³ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 12; Keitel, **a.g.e.**, s. 143; Siegerist, **a.g.e.**, s. 93.

⁹⁴ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 96; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin öncelikli olarak uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Gernhuber, **a.g.e.**, s. 515; BGHZ 49, s. 353: “Üçüncü kişinin kira sözleşmesine dayanarak zararının tazminini doğrudan talep edebilmesi nedeniyle, üçüncü şahsın zararını tazmin için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususu üzerinde durmaya lüzum yoktur”.

sözleşmenin uygulanması için aranan bütün koşulların gerçekleşmesi ile birlikte artık üçüncü şahsın zararını tazmin kurumundan söz edilmesi mümkün değildir⁹⁵.

⁹⁵ Hirth, **a.g.e.**, s. 141 vd.

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN HUKUKİ DAYANAĞI

A. Genel Olarak

Üçüncü kişinin, tarafı olmadığı bir sözleşmenin, hatta katılmadığı bir sözleşme görüşmesinin doğurduğu yükümlülüklerin ihlali nedeniyle yol açabileceği zararlara kimi zaman en az sözleşme tarafları kadar maruz kalabileceği bir gerçektir. Öyle ki, söz konusu üçüncü kişilerin gerek edime yakınlığı gerekse alacaklının bu kişilerin korunmasındaki menfaati, onların en az sözleşme tarafları kadar korunmasını gerektirir.

Doktrinde ve uygulamada bu gereklilik tespit edilmekle beraber, yasada bu ihtiyacı karşılayacak genel bir düzenlemenin olmaması üçüncü kişilere sağlanacak korumanın hukuki bir temele oturtulması açısından birçok zorluğu beraberinde getirmektedir. Üçüncü kişilerin sözleşme hükümleri uyarınca korunabilmeleri için öncelikle kanunda düzenlenmiş bulunan ve birtakım şartlarla üçüncü kişiye asli edimi talep etme hakkı veren üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeye başvurulmuştur. Fakat üçüncü şahıs yararına sözleşmenin farklı bir amaca hizmet etmesi ve unsurlarının kanun tarafından düzenlenmiş olması nedeniyle bu görüş eleştirilmiştir.

Bunun ardından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye farklı bir hukuki dayanak aramak ihtiyacı oluşmuştur. Kanunda bu kurumun kesinlikle düzenlenmediğini belirten yazarlar, bu nedenle üçüncü kişinin koruyucu etki alanına çekilmesini taraf iradelerine hasretmek istemiş ve istedikleri sonuca sözleşmenin yorumlanarak tamamlanması suretiyle varılabileceğini savunmuşlardır. Ne var ki bu görüş de sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması müessesini bir hayli zorladığı ve esasen boşluk içermeyen sözleşmelerin tamamlanamayacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.

Alacaklıya ve edime belli yakınlıkta bulunan üçüncü kişilere bazı şartlar altında, sözleşme dolayısıyla gördükleri zararları sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca doğrudan talep hakkı verilmesinin yürürlükteki hukuk açısından mümkün olmadığına kanaat eden yazarlar ise bu kurumun hâkimin yarattığı hukuk ile tesis edildiği görüşünü ileri sürmüşlerdir.

Ancak daha sonra, edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri ayırımından yola çıkan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin kapsamına üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme de dâhil edilmiştir. Böylelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin temelinde dürüstlük kuralından doğan bir tür edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olduğu görüşü ileri sürülmüştür.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı birçok açıdan pratik önem taşımaktadır. Zira hangi üçüncü kişilerin koruma kapsamına alınacağı, bu üçüncü kişilerin taraf iradelerinden bağımsız olarak korunup korunamayacağı ve son olarak da sözleşme öncesi aşamada veya sözleşmenin geçersizliği durumunda koruyucu etkinin sağlanıp sağlanamayacağı konusunda, söz konusu kurumun hukuki dayanağı önemli bir rol oynamaktadır.

Biz bu bölümde öncelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin olarak, yukarıda kısaca belirttiğimiz görüşleri aktardıktan sonra, söz konusu görüşleri ele alacağız.

B. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Üçüncü Şahıs Yararına Tam Sözleşme

1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme (BK. m. 111/I)

Üçüncü kişi yararına sözleşme¹, bir tarafın kendi adına hareket ederek, sözleşmenin karşı tarafına üçüncü kişi yararına bir edimin ifasını taahhüt ettirdiği bir hukuki işlemdir². Buradaki üçlü ilişkide; üçüncü kişi lehine hüküm koydurtan tarafa vaadettiren, üçüncü kişiye ifada bulunmayı taahhüt edene vaadeden, lehine sözleşmeye hüküm konulan kişiye ise lehdar denilir³. BK. m. 111 hükmünde ifadesini bulan üçüncü kişi yararına sözleşmede dikkat edilmesi gereken bir husus, vaadettirenin üçüncü kişinin temsilcisi sıfatıyla hareket etmemesi, sözleşmeyi bizzat kendi adına yapmasıdır⁴. Üçüncü kişi burada kesinlikle sözleşme tarafı değildir. Sözleşmenin tarafları vaadettiren ve vaadedendir. Üçüncü kişi, bu sözleşmeye taraf olmamakla birlikte, ifayı kendi adına elde etmektedir⁵.

Örneğin, B'nin A'ya sattığı arabayı A'nın eşi Ü'ye teslim edeceğinin veya yine A'nın B'den aldığı malların ücretini bir derneğe ödeyeceğinin kararlaştırılması halinde üçüncü kişi yararına kurulmuş birer sözleşme söz konusudur.

Lehdarın alacak hakkını kazanabilmek için sözleşmeye katılması gerekmekte ve hatta onun onayına gerek bile duyulmamaktır. Bunun dışında

¹ İsviçre Hukuku'nda bu konu ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Patrick Krauskopf, **Der Vertrag zugunsten Dritter**, Freiburg, Universitätsverlag, 2000.

² Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 3997 vd.; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 218; Oğuzman/Turgut, **a.g.e.**, s. 818 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1095; Serozan, **İfa Engelleri**, § 3 N 3; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 5 N 12.

³ Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 3999 vd.; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s.10; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 819; Eren, **a.g.e.**, s. 1095, 1096; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 59 N 230 vd.

⁴ Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 3997 vd.; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 10; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 819; Eren, **a.g.e.**, s. 1096; Bu kurumun temsilden farkları için bkz. Akyol, **a.g.e.**, s. 61 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 27; Eren, **a.g.e.**, s. 1101 vd.

⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 819; Eren, **a.g.e.**, s. 1096.

lehdarın sözleşmenin kurulması anında henüz belirlenmemiş olması dahi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁶. Sözleşmenin kurulmasına ve hüküm doğurmasına itiraz etmek imkanına sahip olmayan lehdar sadece kendisine ifa edilen edimi kabul etmeme hakkına sahiptir⁷. Ancak edimin ifası üçüncü kişinin katılmasını gerektirmiyorsa, bu durumda ifanın gerçekleşmesine de engel olamayacaktır⁹. Üçüncü kişi yararına belli saatlerde piyano çalmama borcunun ifası bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁰.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden ile vaadettiren arasındaki ilişki “karşılık ilişkisi” (Deckungsverhältnis) olarak nitelendirilir. Vaadettiren ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin hukuki nedeni ise “değer ilişkisi” dir (Valutaverhältnis). Üçüncü kişi ile vaadeden arasında bu şekilde oluşan ilişki de “edim ilişkisi” (Leistungsverhältnis) olarak adlandırılır¹¹.

Üçüncü kişi yararına sözleşme üçüncü kişinin hukuki konumuna göre basit¹² veya tam¹³ üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴.

⁶ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 219; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 828; Eren, **a.g.e.**, s. 1096; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 79 N 319.

⁷ Bu şekilde üçüncü kişi yararına bir sözleşme yapmak mümkün iken, üçüncü kişiye tarafı olmadığı bir sözleşme ile bir borç yüklenmesi, üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı nedeniyle mümkün değildir. Bkz. Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 14 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 828.; Eren, **a.g.e.**, s. 1097; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 47 N 177.

⁸ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 101, 106, 186; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 828; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 293 N 1154 vd.

⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 828; Eren, **a.g.e.**, s. 1096.

¹⁰ Örnek için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 828.

¹¹ Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4002 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 819; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 85 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1095; Serozan, **İfa Engelleri**, § N 4.

¹² Türk doktrininde genel olarak “üçüncü kişi yararına eksik sözleşme” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak bir görüş tarafından “eksik sözleşme” ifadesinin karışıklığa yol açabileceği gerekçesiyle “üçüncü kişi yararına basit sözleşme” ifadesi tercih edilmektedir. Biz de bu görüşe katılmakta olduğumuzdan çalışmamızda “üçüncü kişi yararına basit sözleşme” ifadesini kullanmayı uygun bulmaktayız; bkz. Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 10 dpn. 38; Bu husus hakkında ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 220 dpn 2.” Buradaki <<eksik>> deyimini, Üçüncü şahıs lehine talep hakkının doğmamış olmasını ifade etmek için kullanıyoruz. Yoksa akdi yapan taraflar arasında eksik bir borç münasebeti bahis konusu değildir; zira alacaklı, borçludan taahhüdün üçüncü şahsa ifasını dava edebilir”.

¹³ Bu konuda Türk Hukuku’nda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Akyol, **Üçüncü Şahıs**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976; Bazı yazarlarca “tam ifadesi” yerine “gerçek” üçüncü şahıs yararına sözleşme ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 26; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4012 vd; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 12 vd.

Üçüncü kişi yararına basit sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda sözleşme lehdarının (üçüncü kişinin) vaadedenden edimi talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Burada üçüncü kişi lehine vaat edilen edimi, ancak vaadettiren talep ve dava edebilmektedir¹⁵.

Buna karşılık üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin kurulması halinde yalnızca vaadettiren değil, sözleşmede lehdar olan üçüncü kişi de edimin ifasını tek başına talep edebilmektedir¹⁶.

Bilindiği üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile güdülen amaç, edime yakın olan üçüncü kişinin, taraf olmadığı bir sözleşmenin ifası nedeniyle uğradığı zararı, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebilmesidir. Üçüncü kişiye doğrudan talep yetkisi vermesi ve onun sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmasına cevaz vermesi nedeniyle, üçüncü şahıs yararına tam sözleşme ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasında ilk bakışta bir benzerlik görülebilir. Bu nedenle de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin olarak ilk ileri sürülen görüş, bu kurumu üçüncü kişi yararına tam sözleşme kurumuna dayandırmıştır.

Biz bu nedenle çalışmamızın bu kısmında üçüncü kişi yararına tam sözleşmeyi yakından inceledikten sonra, üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağını teşkil ettiği yönündeki görüş ve uygulamaları aktarmayı uygun bulmaktayız.

¹⁴ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 219 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 820 vd; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4010 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1098.

¹⁵ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 820; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4013 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1099; Serozan, **İfa Engelleri**, § 3 N 3.

¹⁶ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 821; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4016; Eren, **a.g.e.**, s. 1100; Serozan, **İfa Engelleri**, § 3 N 4.

2. Üçüncü Kişi Yararına Tam Sözleşme

Borçlar Kanunu m. 111/ f. I hükmüne göre: “ Kendi namına bir akit yapan kimse, üçüncü kişi lehine bir borç şart etmiş ise, o borcun ifasını talep etmek hakkını haizdir.” Buradan anlaşılacağı üzere kanun koyucu birinci fıkrada esasen üçüncü kişi yararına basit sözleşmeyi düzenlemiştir. Demek ki tarafların üçüncü kişi yararına bir sözleşme yapmaları halinde, bu sözleşme esasen üçüncü kişi yararına basit sözleşme sayılacaktır¹⁷.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrası ise üçüncü kişinin veya o borçta üçüncü kişiye halef olanların borcun ifasını şahsen talep edebilmelerinin de mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bunun için öngörülen ilk şart iki tarafın (vaadettiren ve vaadeden) niyetlerinin bu yönde olmasıdır. Ancak tarafların üçüncü kişinin edimin ifasını doğrudan talep edebileceğini sözleşmede açıkça düzenlemiş olmaları aranmamaktadır. Tarafların ortak niyetlerinin yorumlanması ile onların üçüncü kişiye ifayı talep hakkı vermek istedikleri tespit edilirse, üçüncü kişi yararına tam sözleşme kurulmuş olur¹⁸. Örnek olarak, üçüncü kişi yararına kurulan sözleşmenin vaadettirenin ölümünden sonra hüküm doğuracağının kararlaştırılması veya lehdarın tasarruf hesabına para yatırılması, tarafların niyetlerinin üçüncü kişi yararına tam sözleşme kurmak yönünde olduğunu göstermektedir¹⁹. Belirtmek gerekir ki tarafların ortak niyetlerinin yorumlanmasında sözleşmenin amacı ve işin mahiyeti önemli bir rol oynamaktadır²⁰.

¹⁷ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 23; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 821; Eren, **a.g.e.**, s. 1100; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 72 N 286 vd.

¹⁸ Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4019, 4020; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 26; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 821 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1100; Krauskopf, **a.g.e.**, N 903, 904.

¹⁹ Örnekler için bkz. Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 26; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 822; Eren, **a.g.e.**, s. 1100, 1101.

²⁰ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 220; Sözleşmenin amacının ve işin mahiyetinin ayrı bir kriter olduğu yönünde Eren, **a.g.e.**, s. 1100; Krauskopf, **a.g.e.**, N 944.

Bunun dışında üçüncü kişi yararına kurulan bir sözleşmede lehdarın ifayı doğrudan talep edebilmesi BK. m. 111/f. 2 uyarınca örf ve adet gereği de olabilmektedir. Bu duruma örnek olarak ifa yardımcılarının bahşiş ödenmesinin kararlaştırılmasını gösterebiliriz²¹. Her ne kadar BK. m. 111/ f. II hükmünde söz edilmemişse de, üçüncü kişi lehine kurulan bir takım sözleşmelerde, edimin ifasının doğrudan üçüncü kişi tarafından talep edilebileceği bazı kanunlarda düzenlemektedir. Bu tür düzenlemeler kanunda özel olarak sayılan üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerdir²². Kanunda özel olarak düzenlenen üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerden bir tanesi BK. m. 112 hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca istihdam eden çalıştırdığı kişilere karşı olan hukuki sorumluluğunu temin için sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar sigorta ücretinin en az yarısının ödenmesine katılan işçiye ait olacaktır²³. Ayrıca Borçlar Kanunu dışında diğer kanunlarda da özel olarak düzenlenmiş üçüncü kişi yararına tam sözleşmeler mevcuttur (TK m. 791, 1310, 1329, Karayolları Trafik Kanunu m. 97)²⁴.

Üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin kurulmuş olduğu durumlarda, lehdar (üçüncü kişi) sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen vaadedenden edimi doğrudan talep edebilmektedir. Üçüncü kişinin (Lehdarın) yanı sıra sözleşmenin tarafı olan vaadettiren de üçüncü kişiden bağımsız olarak edimin ifasını isteyebilecektir. Ancak vaadettiren edimin kendisine değil de, üçüncü kişiye ifa edilmesini talep edebilecektir²⁵. Buna göre üçüncü kişi yararına tam sözleşmede aralarında alacaklı teselsülü bulunmayan iki alacaklının bulunduğunu söyleyebiliriz²⁶.

²¹ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 42; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, 822 vd; Eren, **a.g.e.**, s. 1101.

²² Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4018; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 44 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 823; Serozan, **İfa Engelleri**, § 3 N 3.

²³ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 44 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 223, 224; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 823; Eren, **a.g.e.**, s. 1101; Krauskopf, **a.g.e.**, N 888 vd.

²⁴ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 46 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 222 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 823.

²⁵ Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4024; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 110; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 831; Eren, **a.g.e.**, s. 1104; Krauskopf, **a.g.e.**, N 1002.

²⁶ Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4029; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 113; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 832; Eren, **a.g.e.**, s. 1104.

Lehdarın edimin ifasını doğrudan kendi adına talep etme hakkı sözleşmenin kurulması ile birlikte doğmaktadır. BK. m. 111/ f. III hükmüne göre “Üçüncü şahıs veya onu istihlâf edenler bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya beyan ettiklerinden itibaren alacaklının borçluyu ibraya hakkı kalmaz”. Adı geçen düzenleme uyarınca vaadettiren, üçüncü kişinin bu şekilde kazandığı hakkı kullanacağını vaadedene beyan edeceği ana kadar, söz konusu hak üzerinde tasarruf edebilecektir. Vaadettiren lehdarın bildirimde bulunduğu ana kadar borçluyu ibra edebileceği gibi, söz konusu borcu takas edebilecek veya hakkın içeriğini ve hükümlerini değiştirebilecektir²⁷. Ancak üçüncü kişinin vaadedene hakkını kullanacağını bildirmesiyle birlikte, vaadettirenin söz konusu hak üzerinde tasarruf yetkisi kalkacaktır. Üçüncü kişi yapacağı bu bildirimle birlikte kendisine karşı vaad edilen alacak hakkı üzerinde tek başına söz sahibi olacaktır^{28 29}.

Lehdarın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sahip olacağı en önemli hak ifayı talep hakkıdır. Bununla birlikte üçüncü kişi ancak, vaadeden ile vaadettiren arasında kurulmuş bulunan sözleşmeye uygun bir ifayı talep edebilecektir³⁰. Lehdarın edimin ifasını talep edebilmesi, onun aynı zamanda borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararları da talep edebilmesini gerektirmektedir³¹. Buna göre lehdar ifanın gecikmesi halinde vaadedeni borçlu temerrüdüne düşürebilecek ve ifa ile birlikte temerrütten doğan zararını veya temerrüt faizini talep edebilecektir³². Vaadettiren de, ifayı talep etme hakkına sahip olması nedeniyle, gecikmeden doğan zararın tazminini veya temerrüt faizinin lehdara ödenmesini isteyebilecektir. Vaadettiren ayrıca, vaadedenin borcunu hiç veya gereği gibi ifa

²⁷ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 186 vd., 195; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 832; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4027; Eren, **a.g.e.**, s. 1105, 1106; Krauskopf, **a.g.e.**, N 292, N 1140.

²⁸ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 225, 226; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 833; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4027. Eren, **a.g.e.**, s. 1106; Krauskopf, **a.g.e.**, N 292, s. 290 N 1140 vd..

²⁹ Üçüncü şahıs yararına basit sözleşmenin varlığı halinde ise, ifanın ancak vaadettiren tarafından talep edilebilmesi nedeniyle, vaadettiren bu hak üzerinde her zaman serbestçe tasarruf edebilecektir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 226; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 833; Eren, **a.g.e.**, s. 1099; Krauskopf, **a.g.e.**, N 559 vd.

³⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 833.

³¹ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 118; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 832. ; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 378 N 1542 vd.

³² Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 118; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 834; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 379 N 1547.

etmemesi nedeniyle bir zarara uğramış ise, kendi zararının tazmin edilmesini de talep edebilecektir³³.

Üçüncü şahıs yararına basit sözleşmede ise lehdarın ifayı talep hakkının olmaması, onun ifanın hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararların tazminini talep edebilmesine engel teşkil etmektedir. Borcun lehdara ifasına veya gereği gibi ifa edilmesine yönelik hakları vaadettiren ileri sürebilecektir. Vaadettiren bundan dolayı kendisi de bir zarara uğramış ise, bu zararın tazminini de vaadedenden ayrıca talep edebilecektir³⁴. Bunun yanı sıra öğretide vaadettirenin edimin yerine getirilmemesi halinde üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini de vaadedenden talep edebileceği savunulmaktadır³⁵.

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeyi Üçüncü Şahıs Yararına Tam Sözleşmeye Dayandıran Görüş

Üçüncü şahıs yararına sözleşme Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) § 328'de düzenlenmiştir. Buna göre aynı BK. m. 111 hükmünde olduğu gibi iki taraf arasında kurulan tam üçüncü şahıs yararına sözleşme ile edimin üçüncü bir kişi tarafından talep edilmesi kabul edilmektedir. Bunun dışında ise Türk Hukuku'nda olduğu gibi borç ilişkilerinin nisbiliği ilkesi gereği (BGB § 241), üçüncü bir kişinin tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı herhangi bir hak iddia etmesi mümkün değildir. Ancak edime yakın olan ve borcun ihlalden en az alacaklı kadar etkilenen üçüncü kişilerin yalnızca haksız fiil hükümlerine başvurabilmelerini adaletli görmeyen Alman Mahkemeleri, önüne gelen bazı olaylarda § 328 hükmü ile bu adaleti sağlamaya çalışmışlardır³⁶.

³³ Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 120; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 835; Eren, **a.g.e.**, s. 1104; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 387 N 1573 vd.

³⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 835; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 141 N 548 vd.

³⁵ Bu çözüm yoluna hukuki dayanak bulmanın zor olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 830 ve orada dpn 117.

³⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 164; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 51 vd.; Klaus-Wilhelm Kümmeth, "Die dogmatische Begründung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter", (Julius-

Alman İmparatorluk Mahkemesi de ilk defa 1915 yılında verdiği bir kararla³⁷ üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi tam üçüncü şahıs yararına sözleşmeye dayandırmıştır. Karara konu olan olayda, taşıma sözleşmesi yapan kişinin eşi ve kızının fayton sürücüsünün kusuru nedeniyle zarar görmesi halinde sözleşme hükümleri uyarınca korunup korunamayacakları gündeme gelmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi bu olayda, kişinin sözleşmeyi aynı zamanda eşi ve kızı yararına yaptığını varsaymıştır. Buna göre, bu kişiler lehine tam üçüncü şahıs yararına sözleşmenin bulunduğu kabul edilecek ve onlar da sözleşmenin tarafı gibi ifa yardımcısının verdiği zararın tazminini sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebileceklerdir. Dolayısıyla borçlunun, sözleşme tarafının eşini ve kızını da koruma yükümlülüğü altında bulunduğu kabul edilmiş ve bu nedenle onlara da sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak zararlarının tazminini talep hakkı verilmiştir.

İmparatorluk Mahkemesi yine farklı bir kararında³⁸, kiracının kızının evin kullanılmaya uygun bulunmaması nedeniyle hastalığa yakalanmasından dolayı, kiraya verenin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazminat sorumluluğu bulunduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararda kiracının maruz kaldığı tehlikelerin onunla birlikte yaşayan üçüncü kişileri de tehdit ettiğini, kiraya verenin edimini ifa ederken en az kiracı taraf kadar onları da dikkate alması gerektiğini belirterek sözleşmenin üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olarak kurulduğunu varsaymıştır³⁹.

Maximilians Üniversitesi, yayınlanmamış tez) Würzburg, 1976, s. 38 vd.; Ziegler, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 14; Puhle, **a.g.e.**, s. 7 vd, 32 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 22, 58 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 18 vd.

³⁷ RGZ 87, s. 64 vd., 66.

³⁸ RGZ 91, s. 21 vd.

³⁹ RGZ 91, s. 24, 25; Türk Hukuku'nda BK m. 249/III hükmü kiralanandaki ayıbın, kiracının veya kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin ya da işçilerin sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturması halinde, kiralayana sözleşmeyi fesih hakkı tanımaktadır. Kiralayanın bu tehlikeyi sözleşmenin kurulması esnasında bilmesi veya fesih hakkından feragat etmiş olması dahi onun bu hakkı kullanmasını engellememektedir. Bu hükmün kiracı ile birlikte yaşayanlara veya işçilere kira sözleşmesine dayanarak tazminat talep hakkı verebileceği yönünde bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 157 vd.

İmparatorluk Mahkemesi'nin başka bir kararına konu olan olayda "Alman Gecesi" organizasyonu için bir salonun kiralanması söz konusudur⁴⁰. Olayda gecede sahneye çıkacak olan bir sanatçı kapının önündeki portatif merdivenin çekilmiş olması sonucu düşerek yaralanmıştır. Mahkeme sanatçının kira sözleşmesine taraf olmamasına rağmen, kira sözleşmesinin aynı zamanda organizasyona katılacak olan kişiler yararına kurulmuş sayılacağını belirterek salon sahibinin sanatçıya karşı sözleşmesel sorumluluk altında bulunduğunu karara bağlamıştır.

Böylelikle bir sözleşmenin tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak yorumlanması için aranan üçüncü şahsın ifayı doğrudan talep edebilmesi şartı uygulamada terk edilmiş bulunmaktaydı. Borçlunun üçüncü kişiye karşı sözleşmeden kaynaklanan koruma ve özen yükümlülüğü altında olması bir sözleşmenin üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olarak yorumlanması için yeterli görülmekteydi⁴¹. Buna göre üçüncü kişi edimin ifasını talep edememekle birlikte, borçlunun koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle zarar görmesi halinde, bu zararının tazminini sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebiliyordu⁴².

Alman İmparatorluk Mahkemesi verdiği kararlarda üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeye dayanarak görünüşte kanuna uygun bir karar vermiş olmaktadır. Şöyle ki, borcun nisbiliği ilkesine bağlı kalınmakta ve yine sadece yasada düzenlenmiş olan üçüncü şahıs yararına tam sözleşmenin varlığı halinde üçüncü kişiye sözleşmeden kaynaklanan tazminat hakkı tanınmaktaydı. Ancak bu şekilde üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin kapsamı hukuka aykırı bir şekilde genişletilmişti⁴³. Üçüncü kişinin sözleşme hükümlerine veya tarafların zımni iradesine göre asıl edimi talep etme hakkının olması şart koşulmaksızın, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan özen ve koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde üçüncü kişinin bundan doğrudan zarar

⁴⁰ Gernhuber, **a.g.m.**, s. 271; RGZ 160, s. 153 vd.

⁴¹ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 41.

⁴² Ziegler, **a.g.e.**, s. 20; Puhle, **a.g.e.**, s. 32; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 23; RGZ 87, s. 66 ; RGZ 91, 24; RGZ s. 127, 225.

⁴³ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 42.; Ziegler, **a.g.e.**, s. 21.

görmesi yeterli görülmüştü⁴⁴. Söz konusu kararlara görünüşte yasal bir dayanak bulunarak, böylece kararların hukuka aykırılıkları da engellenmeye çalışılmıştı⁴⁵.

Alman Federal Mahkemesi de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye ilişkin hukuki uyumsuzlukları bir süre İmparatorluk Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihatlar doğrultusunda karara bağlamıştır⁴⁶. Federal Mahkeme bir olayda⁴⁷, işverenin işin yürütülmesinde gerekli bir malzemenin temini için kurduğu satım sözleşmesinin, o malzeme ile çalışacak olan işçiler yararına kurulmuş sayılacağını karara bağlamıştır. Buna göre satıcı yalnızca alıcıya karşı değil, aynı zamanda o makineyi kullanacak diğer işçilere karşı da edimin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle oluşan zararlardan ötürü sorumludur. Bu nedenle kararda, makine parçasının temini için kurulan satım sözleşmesinin bunu kullanacak işçiler açısından üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁴⁸.

Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından ortaya atılan ve Alman Federal Mahkeme'si tarafından devam ettirilen bu uygulama doktrinde birçok eleştiriye maruz kalmıştır⁴⁹. Zira doktrinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden çok farklı bir amaç güttüğü kabul edilmiştir. Özellikle Larenz'in Federal Mahkeme'nin kararlarını eleştirerek⁵⁰, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kanunda yer almayan ve sözleşmenin tamamlanması suretiyle oluşan yeni bir hukuki kurum olduğunu ileri sürmesinin ardından doktrinde bu kuruma yeni bir hukuki dayanak aranmaya başlanmıştır. Larenz bu yeni hukuki kurumu “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” olarak adlandırmıştır. Bundan

⁴⁴ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 43; Ziegler, **a.g.e.**, s. 20; Puhle, **a.g.e.**, s. 32; bkz. RGZ 160, s. 154.

⁴⁵ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 43; Ziegler, **a.g.e.**, s. 19.

⁴⁶ BGHZ 29, 316; BGH NJW 1952, 1050; BGHZ NJW 1956, 1193; BGH NJW 1957, 1187; bkz. Ziegler, **a.g.e.**, s. 21; Dahm, **a.g.e.**, s. 6 vd; Puhle, **a.g.e.**, s. 33.; Keitel, **a.g.e.**, s. 22 vd.

⁴⁷ BGH NJW 1956, 1193 vd.

⁴⁸ Ancak olayda makinenin yanlış monte edilmesinden ötürü yaralanan kişinin alıcının işyerinde çalışmaması ve ona yalnızca yardım etmek için makineyi kullanması nedeniyle sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanamayacağı karara bağlanmıştır.

⁴⁹ Eleştiriler için bkz. II/G/1 nolu başlık.

⁵⁰ Larenz, **NJW 1956**, s.1193.

sonra da doktrinde “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” ifadesi kullanılmaya başlanmıştır⁵¹.

C. Sözleşmenin Yorumlanması ve Tamamlanması Suretiyle Sözleşmenin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkisinin Tesisi

1. Sözleşmenin Yorumlanması

Sözleşmenin yorumlanması tarafların karşılıklı irade beyanlarının ortak anlamının hâkim tarafından tespit edilmesi anlamına gelmektedir⁵². Sözleşmeler tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır. Ne var ki taraflar arasında daha sonra bu sözleşmede yer alan hükümlerin içeriği veya kapsamı hususunda uyuşmazlık çıkabilir. Yorum uyuşmazlığında, taraflar sözleşme ile bağlı kalmak istemelerine rağmen, sözleşmenin belirli hüküm veya hükümlerinin içeriği hususunda uyuşmamaktadırlar⁵³. Belirtmek gerekir ki, yorum uyuşmazlığı öncelikle geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığını gerektirir⁵⁴.

Sözleşmelerin yorumlanmasındaki ilk amaç tarafların gerçek ortak iradelerini tespit etmektir⁵⁵. “Sözleşmelerin Tefsiri ve Muvazaa” başlığını taşıyan BK. m. 18

⁵¹ Gernhuber, **a.g.m.**, s. 263; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 165; Ziegler, **a.g.e.**, s. 3 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 22; Hirth, **a.g.e.**, s. 15; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 112.

⁵² Karl Oftinger, “Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 1939, s. 178 vd., s. 180; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 21; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1195; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 148 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 150; Eren, **a.g.e.**, s. 422.

⁵³ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 19, 20; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1196, 1196a; Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand/Nedim Peter Vogt, Wiegand, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1-529**, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenbahn, 1996, Art 18 N 11 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 423, 425.

⁵⁴ Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1198; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 424; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 40.

⁵⁵ Oftinger, **a.g.m.**, s. 182; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 21; Hans Merz, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Einleitung Art. 1-10 ZGB**, Bd. I, Bern, Stämpfli

uyarınca bir sözleşmenin şekil ve şartlarını belirlerken, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, tarafların gerçek ve ortak maksatlarını aramak gerekmektedir. Tarafların gerçek ortak arzusunu tespit etmeyi hedefleyen yoruma sübjektif yorum denilir⁵⁶. Gerçek ortak arzusunun tespit edilmesi halinde sözleşme tespit edilen içeriği ile yürürlüğünü korur ve bu durumda hâkimin herhangi bir şekilde sözleşme hükümlerini değiştirmesi söz konusu olamaz⁵⁷.

Fakat tarafların gerçek ortak iradesini tespit etmek kolay değildir. Hâkim tarafların gerçek ortak iradesini tespit edemediği takdirde objektif yoruma başvurarak tarafların ortak farazi iradesini araştıracaktır⁵⁸. Sözleşmelerin objektif yorumu hukuki dayanağını MK. m. 2'de bulan güven prensibi dikkate alınarak yapılmaktadır⁵⁹. Güven prensibi uyarınca bir irade beyanının anlamı, muhatabının onu dürüstlük kuralı çerçevesinde nasıl anlaması gerektiğine bakılarak tespit edilmelidir⁶⁰. Tarafların beyanlarına dürüstlük kuralı doğrultusunda bir anlam verebilmek için muhatabın somut olayın özelliklerine göre bildiği ve bilmesi gerektiği tüm unsurlar dikkate alınmalıdır⁶¹.

Tarafların irade beyanlarının yorumlanması ile bunların birbirine uygun olduğu sonucuna varılır ve tarafların ortak farazi arzusu tespit edilirse yorum

Verlag, 1966, Art. 2 N 121; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1200; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 11; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 151; Eren, **a.g.e.**, s. 426; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 31.

⁵⁶ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 67; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1200; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 11 vd.

⁵⁷ Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 125; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 67; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1200.

⁵⁸ Oftinger, **a.g.m.**, s. 185; Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 123; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 16, 67; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1201; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 11 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 151 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 426; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 333 vd.

⁵⁹ Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 125; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 67; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1201; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 150; Eren, **a.g.e.**, s. 426; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 33 vd.

⁶⁰ Oftinger, **a.g.m.**, s. 185; Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 125; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 67; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1201; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 150; Eren, **a.g.e.**, s. 426; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 34.

⁶¹ Oftinger, **a.g.m.**, s. 187, 195; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 67, 75; Gauch/Schlupe/Schmid, **a.g.e.**, N 1202; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 26 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 150.

uyuşmazlığı çözüme kavuşturulmuş olur⁶². Yorum sonucunda tarafların irade beyanlarının esaslı noktalarda birbirine uygun olmadığı sonucuna varılırsa, sözleşme hiç kurulmamış sayılır⁶³. Buna karşın tarafların gerçek ya da farazi ortak arzuları tespit edilemezse, bu durumda sözleşmede uyuşmazlık konusuna ilişkin bir boşluk olduğu sonucuna varılır. Şayet boşluk sözleşmenin esaslı bir unsuruna ilişkin ise, sözleşme kurulmamış olacaktır. Ancak sözleşmede yer alan boşluk sözleşmenin ikinci derece noktası ile ilgiliyse bu durumda sözleşmenin tamamlanması gündeme gelir⁶⁴.

2. Sözleşmenin Tamamlanması

Tarafların, sözleşmede yer alması gereken ve emredici hukuk kuralıyla da düzenlenmemiş bir hususa sözleşmede yer vermemiş olmaları halinde sözleşme boşluğundan söz edilir⁶⁵.

Borçlar Kanunu m. 1 uyarınca sözleşmeler iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucu oluşurlar. İrade beyanları açık olabileceği gibi zımni de olabilir (BK. m. 1/II). Tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir (BK. m. 2/I). Bu esaslı noktalara sözleşmenin objektif olarak esaslı noktaları adı verilmektedir⁶⁶.

⁶² Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 67; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 42; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 151; Eren, **a.g.e.**, s. 426.

⁶³ Oftinger, **a.g.m.**, s. 194; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1198; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 43; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 150; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 36.

⁶⁴ Oftinger, **a.g.m.**, s. 197; Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 132; Wolfram Henckel, “Die ergänzende Vertragsauslegung”, **Archiv für die zivilistische Praxis**, C. 159, 1960/1961, s. 115; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 206; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1202; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 42; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 150, 153; Eren, **a.g.e.**, s. 426; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 36.

⁶⁵ Oftinger, **a.g.m.**, s. 198; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 206, 213; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1248; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 61; Henckel, **a.g.m.**, s. 106 vd; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 153; Eren, **a.g.e.**, s. 431; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 37: yazar bu durumda düzenleme boşluğu ifadesinin de kullanılabileceğini, fakat sözleşme boşluğu deyiminin daha anlaşılır olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁶ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 2 N 3, 5 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 64; Eren, **a.g.e.**, s. 210.

Tarafların sözleşmenin kurulması anında ikinci derecedeki noktalara hiç değinmemiş olmaları veya bu noktalarda anlaşmayı ileriye bırakmış olmaları sözleşmenin kurulmasına engel değildir (BK. m. 2/I, II). Ancak sözleşmenin kurulması anında taraflar bu ikinci derece noktalar üzerinde bir anlaşma sağlayamamış ve bu ikinci derecede noktaların sözleşmenin kurulmasından sonra belirlenmesi hususunda da anlaşmamışlarsa, o takdirde sözleşme kurulmuş olmaz. Sözleşme taraflarından en az birinin ikinci derece bir noktanın sözleşmede bulunmasını istemesi yeterlidir. Bu durumda bu ikinci derece nokta üzerinde uzlaşma sağlanamadıkça sözleşme kurulmaz. Taraflardan en az birinin, sözleşmede bulunmasını istediği ikinci derece noktalara ise sübjektif olarak esaslı noktalar denilmektedir⁶⁷.

Bu nedenle bir sözleşmenin tamamlanabilmesi için boşluğun objektif veya sübjektif olarak esaslı noktalara ilişkin olmaması gerekmektedir. Zira tarafların bu noktalar üzerinde anlaşmamış olmaları halinde sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Sözleşmenin tamamlanabilmesi için mutlaka geçerli bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç vardır⁶⁸.

Bunun dışında belirtmek gerekir ki, sözleşmede düzenlenmemiş olan her husus sözleşme boşluğu oluşturmaz. Tarafların sözleşmede yer vermedikleri hususun, boşluk olarak nitelendirilebilmesi, sözleşmenin amacına ulaşabilmesi için mutlaka düzenlenmesi gereken bir nokta olmasına bağlıdır⁶⁹.

Sözleşmede yer alan boşluk tarafların bu noktaya hiç değinmemiş olmalarından veya bu noktada anlaşmayı ileri bir tarihe bırakmış, fakat daha sonra bu nokta üzerinde bir uzlaşmaya varamamış olmalarından da kaynaklanabilir (BK. m.

⁶⁷ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 2 N 9, 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 79, 80; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 65; Eren, **a.g.e.**, s. 211.

⁶⁸ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 211, 248; Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 132; Eren, **a.g.e.**, s. 433, 434; Akyol, **a.g.e.**, s. 36, 40.

⁶⁹ Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 133; Akyol, **a.g.e.**, s. 37.

2/II). Ayrıca sözleşmedeki boşluk sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebepten de ileri gelmiş olabilir⁷⁰.

Bütün bu durumlarda sözleşmede yer alan boşluğu doldurmak, aynen kanun boşluğunda olduğu gibi, hâkimin görevidir⁷¹. Hâkim bu noktada öncelikle, boşluk teşkil eden konuda bir yedek hukuk kuralının olup olmadığına bakmalıdır. Bu konuda bir yedek hukuk kuralının bulunması halinde, hâkim boşluğu bu kural ile doldurmalıdır⁷². Konuya ilişkin bir yedek hukuk kuralının bulunmaması söz konusu olabileceği gibi, tarafların gerçek veya farazi ortak arzuları kanundaki yedek hukuk kuralının uygulanmamasına yönelik de olabilir. Bu son durumda da yedek hukuk kuralı uygulanmamalıdır⁷³. Hâkimin uygulayacağı yedek hukuk kuralının sözleşmenin bütünü ile uyum içinde olması ve en önemlisi sözleşmenin mahiyeti ile bağdaşması gerekmektedir. Bu hususa özellikle genel mahiyetteki yedek hukuk kurallarını atipik sözleşmelere uygularken dikkat edilmeli ve yedek hukuk kuralı sözleşmenin özelliklerine aykırı ise uygulanmamalıdır⁷⁴. Yedek hukuk kuralının örf ve adet hukukuna gönderme yaptığı durumlarda veya saydığımız nedenlerden biri dolayısıyla uygulanamaması halinde, hâkim örf ve adet hukukunda boşluğu doldurmaya elverişli bir kural olup olmadığını araştırır. Böyle bir örf ve adet hukuku

⁷⁰ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 214, 250; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1248; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 61; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 153; Eren, **a.g.e.**, s. 434, 435; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 37.

⁷¹ Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 134; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 212; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 61.

⁷² Sözleşmede yer alan boşluğun doldurulmasında ilk önce yedek hukuk kurallarına mı başvurulacağı, yoksa hâkimin tarafların ortak farazi arzusunu mu ön planda tutması gerektiği tartışmalıdır. Yedek hukuk kurallarına öncelik verilmesini savunan yazarlar için bkz. Oftinger, **a.g.m.**, s. 98, 99; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 232; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1254; Sükut ile geçirilen yan noktaların varlığı halinde bu noktaların yedek hukuk kuralı doldurulacağı yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 77; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 153; Eren, **a.g.e.**, s. 432, 434; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1254; Bir görüşe göre sözleşmenin içerdiği boşluk ile ilgili bir yedek hukuk kuralı bulunması halinde hakimin gerçek anlamda sözleşmeyi tamamladığından bahsedilemez: Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 217; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 68; aynı yönde Eren, **a.g.e.**, s. 433; Henckel, **a.g.m.**, s. 124; Yedek hukuk kurallarının öncelikli olarak uygulanmayacağı yönünde bkz. Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 138; bu konudaki tartışmalar hakkında etraflı bilgi için bkz. Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 70 vd.

⁷³ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 216, 235; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 81.

⁷⁴ Oftinger, **a.g.m.**, s. 202; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 232, 242; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1255.

kuralı varsa, sözleşmede yer alan boşluk bu kural ile tamamlanır⁷⁵. Bir örf ve adet kuralı da olmaması halinde, hâkim dürüstlük kuralına göre “işin mahiyetini” de göz önünde bulundurarak, tarafların farazi ortak iradelerini tespit etmeli ve sözleşmedeki boşluğu doldurmalıdır. Bu konuda alınacak ölçü, makul ve dürüst kimselerin sözleşme yapılırken boşluğa ilişkin konuyu öngörmeleri halinde nasıl bir düzenleme yapacak olmalarıdır⁷⁶. Ayrıca hâkim bu şekilde vardığı sonucun sözleşmenin amacı ve özellikleri ile uyum içinde olmasını da BK. m. 2/2 gereği muhakkak dikkate almalıdır⁷⁷.

Tarafların farazi iradesinin dahi tespit edilememesi halinde ise, hâkim işin mahiyetini de göz önünde bulundurarak kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl davranacak idiyse ona göre bir kural koyar⁷⁸.

Ancak tarafların sözleşme yapılırken boşluk teşkil eden konunun düzenlenmesini ileriye bırakmış olmaları ve daha sonra bu konu üzerinde anlaşılamamış olmaları halinde, hâkim sözleşmeyi doğrudan BK. m. 2/2 uyarınca işin mahiyetine bakarak tamamlamalıdır. Yedek hukuk kurallarının öncelikli olarak dikkate alınmayacağı bu özel durum bizzat BK. m. 2/II tarafından düzenlenmiştir⁷⁹.

Fakat her halde sözleşmenin tamamlanması yoluyla tarafların irade beyanları sınırlandırılmaz veya genişletilemez. Aynı şekilde sözleşme tamamlanırken sözleşmenin içeriğinin ve konusunun genişletilmesi veya daraltılması söz konusu

⁷⁵ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 234; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1258; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 83; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 153; Eren, **a.g.e.**, s. 435.

⁷⁶ Oftinger, **a.g.m.**, s. 204; Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 135; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 238; Gauch/ Schluep/ Schmid, **a.g.e.**, N 1257, 1260; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 76 vd.; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 154; Eren, **a.g.e.**, s. 434; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 41.

⁷⁷ Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1257; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 80; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 154; Eren, **a.g.e.**, s. 435.

⁷⁸ Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1257, 1261; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 84.

⁷⁹ Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 237; Gauch/Schluep/Schmid, **a.g.e.**, N 1266; Wiegand, **OR-Ammann**, Art 18 N 80; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 76, 77; Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 154 vd.: Yazarlara göre bu husus tarafların konuya ilişkin yedek hukuk kuralını benimsemediğini gösterir; Eren, **a.g.e.**, s. 435.

olamaz. Zira bu aynı zamanda tarafların sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmektedir⁸⁰.

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Sözleşmenin Yorumlanması Ve Tamamlanması Görüşü

Daha önce de belirttiğimiz gibi Alman Federal Mahkemesi üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeleri üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin hukuki dayanağı olarak kabul etmekteydi.

Larenz⁸¹ bu görüşü eleştirerek, söz konusu kararlara konu olan olaylarda üçüncü kişiye asıl edimi talep etme hakkı verilmediğini, dolayısıyla üçüncü şahıs yararına tam sözleşmenin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Larenz'e göre burada kanunda yer almayan, uygulama tarafından yaratılan ve üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden daha *zayıf* bir sözleşme tipi olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme söz konusudur⁸². Bu doğrultuda yazar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandırmaktadır⁸³.

Alman Federal Mahkemesi de 1959 yılında verdiği bir kararda⁸⁴ açıkça Larenz'e atıfta bulunarak görüşünü değiştirmiş ve “üçüncü kişi yararına tam sözleşme” yerine “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” tabirini kullanmaya başlamıştır⁸⁵. Ayrıca Federal Mahkeme aynı kararında sözleşmenin üçüncü kişiyi

⁸⁰ Henckel, **a.g.m.**, s. 107; Kramer, **Berner Kommentar**, Art. 18 N 245, 251; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 36. 43 vd.

⁸¹ Larenz, **NJW 1956**, s.1193.

⁸² Larenz, **NJW 1956**, s.1193.

⁸³ Larenz, **NJW 1956**, s.1193; Jürgen Heiseke, Karl Larenz, “Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages”, **Neue Juristische Woche**, NJW 1960, s. 77 vd., Larenz, s. 79; Ancak yazar daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisine dayandırmıştır. Bkz. Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226 vd.

⁸⁴ BGH NJW 1959, s. 1676.

⁸⁵ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 80; Ziegler, **a.g.e.**, s. 24; Keitel, **a.g.e.**, s. 22.

koruyucu etkisinin, sözleşmenin amacına ve dürüstlük kuralına göre yorumlanmasına dayandığını belirtmiştir. Bundan sonra Federal Mahkeme verdiği birçok kararda⁸⁶ sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinin tamamlayıcı yorum ile tesis edildiğine katılmıştır. Alman doktrinindeki bazı yazarlar da⁸⁷ bu görüşe katılmaktadır.

Larenz bu görüşünü destekleyen bir makalesinde öncelikle sözleşme boşluğu kavramının daha geniş tanımlanması gerektiğini savunmaktadır⁸⁸. Yazara göre, tarafların sözleşmenin amacı bakımından düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenlememiş olmaları ve dürüstlük kuralı ile bu konuya ilişkin bir düzenlemenin getirilebileceği hallerde sözleşme boşluğu söz konusudur⁸⁹. Bu görüşü savunan diğer bazı yazarlar da sözleşme boşluğu kavramını geniş tanımlamak gerektiğini savunmaktadırlar⁹⁰. Buna göre taraf menfaatleri objektif olarak değerlendirildiğinde, üçüncü kişiyi koruyucu hükümler içermesi gereken fakat buna rağmen içermeyen bütün sözleşmelerde sözleşme boşluğu vardır⁹¹.

Larenz mahkemeye intikal eden uyuşmazlıkların hemen hepsinde tarafların üçüncü kişilerin sözleşme dolayısıyla görebilecekleri zararlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamış olduklarını belirtmektedir. Oysa ki tarafların sözleşmeye üçüncü kişinin sözleşme nedeniyle uğradığı zararları doğrudan borçludan talep edebileceğine ilişkin bir hüküm koymaları için hiçbir engel yoktur. Yazara göre, BGB § 328⁹² uyarınca üçüncü kişiye düzenledikleri sözleşme ile asıl edimi talep etme hakkı verebilen taraflar, ona bundan daha *zayıf* olan sözleşme hükümleri uyarınca korunma hakkını da verebilirler⁹³. Larenz'e göre, sözleşmede açıkça buna ilişkin bir hüküm sevk edilmeyen hallerde üçüncü kişiye böyle bir hak verilip

⁸⁶ BGH NJW 1965, s. 1757 vd., 1758; BGH NJW 1971, s. 1933vd.; BGH NJW 1975, s. 867vd.; BGH NJW 1977, s. 2208; BGH III ZR 50/94, JZ 1995, s. 306 vd.

⁸⁷ Bydlinski, **a.g.m.**, s. 365; Caemmerer, **FS Wieacker**, s. 311 vd.; Hadding, **a.g.e.**, Anhang § 328 N 4 vd.; Palandt/Heinrichs, "Bürgerliches Gesetzbuch", **Beck'sche Kurz Kommentare**, Bd. 7, 57. Aufl., München, Beck Verlag, 1998, § 328 N 14; Dahm, **a.g.e.**, s. 75 vd.

⁸⁸ Larenz, **NJW 1960**, s. 81.

⁸⁹ Larenz, **NJW 1960**, s. 81.

⁹⁰ Bydlinski, , **a.g.m.**, s. 365; Dahm, **a.g.e.**, s. 77.

⁹¹ Bydlinski, **a.g.m.**, s. 365; Dahm, **a.g.e.**, s. 77.

⁹² Alman Medeni Kanunu'nda üçüncü şahıs yararına sözleşmelerin BGB § 328'de düzenlendiğine daha önce değinilmişti. Bkz. II/B/3 nolu başlık.

⁹³ Larenz, **NJW 1960**, s. 79.

verilmediği sözleşmenin amacı da dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yorumlanması sonucu tespit edilecektir. Bu durumda makul kimselerin dürüstlük kuralı uyarınca sözleşme kurulurken bu hususu açıkça öngörebilecekleri ve sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisini kabul edecekleri varsayılmalıdır⁹⁴. Ayrıca yazar, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin taraf iradelerinden bağımsız olarak kurulmasının, üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğun sınırlandırılmasını imkânsızlaştıracağını belirterek, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin taraf iradesine dayandırılmasının gerekli olduğunu belirtmektedir⁹⁵.

Bu görüşte olan başka bir yazara⁹⁶ göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile borçlu, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı borca aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat sorumluluğu yüklenmektedir. Böyle bir sorumluluk yasada açıkça düzenlenmemiştir ve hâkim tarafından da oluşturulamaz. Bunun için tarafların üçüncü kişiye sözleşmesel tazminat talep etme hakkı veren bir sözleşme yapmış olmaları gerekmektedir⁹⁷. Taraflar sözleşme serbestisi prensibi uyarınca aralarındaki sözleşmeye üçüncü kişiyi koruyucu hükümler koyabilirler. Ancak taraflar çoğu defa düzenledikleri sözleşmenin ifası nedeniyle üçüncü kişilerin zarar görebileceklerini öngöremezler. Bu hususu öngöremediklerinden dolayı da sözleşmede üçüncü kişiyi koruyucu hükümler düzenlemezler. Dolayısıyla, üçüncü kişinin sözleşme hükümleri ile korunabilmesi için sözleşmenin tamamlanması gerekmektedir⁹⁸.

Sözleşmenin tamamlanabilmesi için öncelikle sözleşmede bir boşluk olmalıdır. Yazar sözleşme boşluğunu, sözleşmenin planına ve bütününe aykırı olan

⁹⁴ Larenz, **NJW 1960**, s. 79: Larenz'in savunduğu bu çözümde esasen sözleşmenin yorumu ve tamamlanması iç içe geçmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin yorumlanması ile bir sonuca varılamayan hallerde sözleşmede boşluk olduğu kabul edilir ve bu boşluk hakim tarafından doldurulur. Oysa Larenz sözleşmeyi, sözleşmenin amacından yola çıkarak dürüstlük kuralı uyarınca tarafların sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisini kabul ettikleri şeklinde yorumlamak gerektiğini savunmaktadır.

⁹⁵ Larenz, **NJW 1960**, s. 81.

⁹⁶ Dahm, **a.g.e.**, s. 75 vd.

⁹⁷ Dahm, **a.g.e.**, s. 76; aynı görüşte Hadding, **a.g.e.**, Anhang § 328 N 6; Bydlinski, **a.g.m.**, s. 360.

⁹⁸ Hadding, **a.g.e.**, Anhang § 328 N 6; Bydlinski, **a.g.m.**, s. 360; Dahm, **a.g.e.**, s. 76.

eksiklik şeklinde tanımlamaktadır⁹⁹. Buna göre, hâkim sözleşme boşluğunun varlığı halinde sözleşmeyi tamamlamak için öncelikle tarafların farazi iradelerini tespit etmelidir. Bunun için tarafların sözleşmedeki boşluğu bilmeleri halinde dürüstlük kuralına göre nasıl bir düzenleme yapacakları sorusuna cevap aranmalıdır. Yazar, tarafların farazi iradesinin tespiti esnasında hâkimin, BGB § 157 uyarınca dürüstlük kuralına göre hareket etmesi gerektiğini ve bu husustaki örf ve adet hukuku kurallarını da dikkate alması gerektiğini vurgulamaktadır. Böylece tamamlayıcı yorum tamamen objektif kıstaslara göre yapılmış olacaktır. Söz konusu görüş uyarınca, bu aşamada tarafların menfaatleri de dürüstlük kuralına göre değerlendirilmelidir¹⁰⁰. Ayrıca tarafların menfaatleri objektif olarak değerlendirileceğinden, burada sadece sözleşme taraflarının değil, sözleşmeden etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre sözleşme kurulurken tarafların bu üçüncü kişileri hiç düşünmemiş olmaları, onların menfaatlerinin de sözleşmenin tamamlanmasında dikkate alınmasını engellemez¹⁰¹. Somut sözleşme BGB § 157 tarafından öngörülen kurallar çerçevesinde yorumlanır ve tarafların üçüncü kişilerin korunmasına yönelik farazi iradeleri tespit edilirse, o takdirde koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişileri kapsamasının hukuki temelini sözleşme oluşturacaktır. Bunun ise taraf menfaatlerinin objektif olarak değerlendirilmesinin doğal sonucu olduğu belirtilmektedir¹⁰². Söz konusu görüş uyarınca menfaatler objektif olarak değerlendirildiğinden, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile sağlanmasının doğru olmayan varsayımlara dayandığı iddia edilemez¹⁰³. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağının sözleşmenin tamamlayıcı yorumu olduğu kabul edilirse, koruyucu etkiden yararlanabilecek olan kişilerin sınırlarının belirlenmesi de kolaylaşacaktır. Sözleşmenin koruyucu etkisinden hangi üçüncü kişilerin yararlanabileceği de yine sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla tespit edilecek ve bu husustaki farazi taraf

⁹⁹ Dahm, **a.g.e.**, s.77 vd.

¹⁰⁰ Caemmerer, **FS Wieacker**, s. 317; Dahm, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁰¹ Bydlinski, **a.g.m.**, s. 360; Dahm, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁰² Caemmerer, **FS Wieacker**, s. 317; Dahm, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁰³ Bydlinski, **a.g.m.**, s. 365; Dahm, **a.g.e.**, s. 81.

iradeleri objektif olarak tespit edilecektir¹⁰⁴. Söz konusu görüşe göre, bu konuda baştan ifaya yakınlık, sözleşme tarafının üçüncü kişiye karşı gözetim yükümlülüğü veya borçlu tarafından bu durumun öngörülebilirliği gibi şartların aranması her tip olayda adil sonuçlara yol açmayacaktır. Bu şartlar belirlenirken her olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bunun ise ancak sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Ayrıca, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile üçüncü kişiyi koruyucu etkinin sağlandığı durumlarda sözleşme konusunun genişletilmediği de savunulmaktadır¹⁰⁶. Söz konusu tespit ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin sağlanmasının borçluya yeni yükümlülükler yüklediğini, bu durumda sadece borçlunun alacaklıya karşı olan koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişiye karşı da söz konusu olduğu ileri sürülerek temellendirilmektedir. Buna göre sözleşmenin içeriğinin genişlediğini kabul edebilmek için borçluya konu itibarıyla yeni yükümlülüklerin getirilmesi söz konusu olmalıdır. Oysa burada alacaklıya karşı zaten söz konusu olan koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişilere de teşmil edilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷.

Bu çerçevede üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tamamlayıcı yoruma dayandığını kabul edersek sözleşmenin geçersiz olması veya sözleşme görüşmeleri esnasında üçüncü kişinin zarar görmesi halinde, üçüncü kişi koruyucu etki alanına dâhil edilemeyecektir. Ancak bir görüşe göre, yalnızca sözleşmenin kurulamadığı veya geçersiz olduğu durumlarda sözleşmenin tamamlayıcı yorumun yerini dürüstlük kuralı alacak ve üçüncü kişi bu durumda dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilecektir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Bydlinski, **a.g.m.**, s. 365; Caemmerer, **FS Wieacker**, s. 317.

¹⁰⁵ Dahm, **a.g.e.**, s. 89 vd.

¹⁰⁶ Dahm, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁰⁷ Dahm, **a.g.e.**, s. 84.

¹⁰⁸ Kohlhammer/Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 7.

D. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Örf ve Adet Hukuku

Alman Hukuku'nda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin olarak ileri sürülmüş olan görüşlerden bir tanesi de, bu kurumu örf ve adet hukukuna dayandırmaktadır. Bu görüş Alman yazar Gernhuber tarafından 1959 yılında yazılan bir makalede savunulmuştur¹⁰⁹.

Yazar öncelikle, hemen hemen her sözleşmenin tarafları dışında bir takım üçüncü kişileri farklı yoğunlukta etkilediğine değinmekte ve bu hususu sözleşmenin sosyal etkisi olarak adlandırmaktadır¹¹⁰. Sözleşmenin sosyal etkisi kendini edim yükümlülükleri dışındaki koruma yükümlülüklerinde gösterir¹¹¹. Yazara göre Medeni Kanun sözleşmenin sosyal etkisini gözden kaçırmış bulunmaktadır¹¹². Bu nedenle bir sözleşmenin alacaklı ve borçlu dışındaki üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin dikkate alınmaması ve söz konusu üçüncü kişiler ile sözleşmenin taraflarını tamamen farklı hükümlere tabi tutması ise adalet duygusunu zedelemektedir. Uygulamada bu adaletsizliğin giderilmesi için sözde hukuki dayanaklara başvurulduğunu ifade eden yazar, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kanun tarafından kesinlikle düzenlenmediğini vurgulamaktadır¹¹³.

Gernhuber, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin sözleşmenin tamamlayıcı yorumu veya üçüncü kişi yararına tam sözleşme ile temellendirilmeye çalışılmasının bu kurumun amacına aykırı olduğunu ve gelişimini engelleyeceğini belirtmektedir¹¹⁴. Yazara göre sözleşmenin koruyucu etkisine dâhil edilmek istenen üçüncü kişi, sözleşmeye taraf olmamakla birlikte herhangi bir nedenden dolayı alacaklı da

¹⁰⁹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 249 vd; bkz. Gernhuber, **Gläubiger-Schuldner und Dritte: Eine Kritik der Lehre von den "Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte" und der Rechtsprechung zum "Haftungsausschluss mit Wirkung für Dritte"**, JZ 1962, s. 553 vd.

¹¹⁰ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 249.

¹¹¹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s.249; Gernhuber, **JZ 1962**, s. 554.

¹¹² Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 250.

¹¹³ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 251.

¹¹⁴ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 260.

değildir. Bu nedenle ne sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan ne de üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden söz edilebilir. Üçüncü kişinin korunmasını taraf iradelerine bağımlı tutmak, tarafların yapacakları sözleşme ile üçüncü kişileri korumadan yoksun bırakmalarını engellemez¹¹⁵. Oysa üçüncü kişinin taraf iradelerinden bağımsız olarak sözleşmenin koruyucu kapsamına alınması gerekmektedir¹¹⁶.

Gernhuber'e göre, kanun her ne kadar edime ve sözleşmenin ihlali sonucu oluşan tehlike alanına yakın olan üçüncü kişilerin sözleşme uyarınca korunması hususunda sessiz kalmışsa da, bu konuda 50 yılı aşkın zamandır süre gelen içtihatların varlığı yadsınamaz. Uzun süredir tekrarlanan ve toplum tarafından kabul görmüş bu içtihatlarla taşıma, hekimlik ve kira sözleşmelerinde bir örf ve adet hukuku oluşmuştur. Kısacası üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hâkimin hukuk yaratması sonucu bir örf ve adet hukuku haline gelmiştir. Buna göre söz konusu sözleşmelerde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bir örf ve adet hukuku olarak Alman Hukuk sisteminin bir parçası olmuştur. Artık bundan sonra hâkimin hukuk yaratarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kaldırmak hususunda bir yetkisi yoktur. Gernhuber'e göre, taşıma, hekimlik ve kira sözleşmesi alanında bir örf ve adet hukuku haline gelen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kıyas yoluyla diğer sözleşmelerde de uygulanması gerekmektedir¹¹⁷. Yazar sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesinin sonuçlarına alacaklı ile aynı yoğunlukta maruz kalan üçüncü kişilere sözleşme hukukuna dayanan doğrudan bir talep hakkı verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre üçüncü kişilerin sözleşme hükümleri uyarınca korunmaları koruma yükümlülüklerinin ihlali ile sınırlı olmalıdır¹¹⁸.

Gernhuber'in bu görüşü doktrin tarafından, kurumun dogmatik yerini ve sınırlarını belirlemek açısından elverişli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁹.

¹¹⁵ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265.

¹¹⁶ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 269.

¹¹⁷ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 269; Gernhuber, **JZ 1962**, s. 555.

¹¹⁸ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270 vd.; Gernhuber, **JZ 1962**, s. 555.

¹¹⁹ Canaris, **JZ 1965**, s. 475 vd., s. 478; Larenz, **NJW 1960**, s.80.

Ayrıca yazarın bu görüşünün üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ortaya çıkış şeklini aktardığı ancak yürürlükteki hukuk ile herhangi bir bağlantı kurmadığı ve bu kurumun gerekçesini yansıtmadığı belirtilmektedir¹²⁰. Bu görüşe yöneltilecek diğer bir eleştiri de örf ve adet hukukunun oluşabilmesi için gerekli olan unsurların, uygulaması çok tartışmalı bir kurum olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme açısından yerine gelmediği yönündedir. Bir örf ve adet hukukunun oluşabilmesi için, bir durum karşısında belirli bir davranışın sürekli olarak tekrarlanması ve toplumda o davranışa uymaya ilişkin genel kanaatin oluşması gerekmektedir. Oysa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin genel kabul gördüğünü söylemek, gerek bu kurumun kendisinin gerekse şartlarının tartışmalı olması nedeniyle mümkün bulunmamaktadır¹²¹.

Gernhuber 1989 yılında “Borç İlişkisi” başlığı altında yayınladığı monografisinde görüşünü değiştirerek üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi, hâkimin koruma yükümlülükleri kapsamında yarattığı hukuka dayandırmıştır¹²². Yazara göre hâkimin hukuk yaratma yetkisinin günümüzde artık tartışılmaz bir şekilde kabul edilmiş olması, bundan otuz yıl önce gerek duyulan örf ve adet hukuku teorisini gereksiz kılmaktadır.

¹²⁰ Canaris, **JZ** 1965, s. 478.

¹²¹ Bu görüş hakkındaki eleştiriler için bkz. Kümmeth, **a.g.e.**, s. 111 vd.; Ziegler, **a.g.e.**, s. 42 vd.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 143 vd.; Dahm, **a.g.e.**, s. 36 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 40 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 73 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 99 vd.

¹²² Gernhuber, **a.g.e.**, s. 529.

E. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Hâkimin Yarattığı Hukuk

1. Kanun Boşluğu

Kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda, kanunda ne düz ne de zıt anlamı itibariyle konuyu düzenleyen bir hükmün bulunmadığı halde kanun boşluğundan söz edilir¹²³. O takdirde hâkim MK. m. 1 uyarınca örf ve adet hukukuna bakacaktır. Örf ve adet hukukunda da bir hüküm bulunmaması halinde “hukukta boşluk” söz konusudur¹²⁴.

Bir konuda kanun boşluğu olduğunu söyleyebilmek için, öncelikle o konunun kanun tarafından düzenlenmesi zorunluluğunun bulunması aranır. Kısacası din, ahlak veya görgü gibi hukuk dışı alanların, hukuk tarafından düzenlenmesi gerekmediğinden, bu alanlarda bir hüküm bulunmaması kanun boşluğu teşkil etmez¹²⁵.

Kanunda düzenlenmemiş olan her konunun kanun boşluğu oluşturduğunu söylemek doğru olmaz. Kanun koyucu birtakım hususlarda düzenleme yapmayarak o hususu olumsuz bir şekilde düzenlemek istemiştir. Kanunda bir konu düzenlenmiş olmakla birlikte kanun hükmünün zıt anlamından o konuya ilişkin bir takım

¹²³ Arthur Meier-Hayoz, , **a.g.e.**, Art.1 N 251: “Kanun boşluğu kavramından gerekli bir kanuni düzenlemenin eksikliği anlaşılır”; Henri Deschenaux, *Schweizerisches Privatrecht, Einleitungstitel und Personenrecht*, 2. Bd., Basel/Stuttgart, Helbing & Lichtenbahn Verlag, 1967, s. 97: “Kanun boşluğu kanunun yapısına aykırı olan eksikliktir”; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 12. bs., İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s.76 vd.; Mustafa Dural,Suat Sarı (Dural), **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 108 vd.; Şener Akyol, **Medeni Hukuk**, 2. bası., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 264 vd.

¹²⁴ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 252: “Hem kanunda hem de örf ve adet hukukunda boşluk olması halinde ‘biçimlenmiş hukukta boşluk’ söz konusudur”. ; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 76, 77; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 265: Yazar bu durumu geniş anlamda boşluk olarak ifade etmektedir.

¹²⁵ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 260; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 97; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.77; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 108; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 266.

unsurların hüküm tarafından kapsanmadığı görülür. Bu durumda kanunun, hüküm dışında kalan unsurlar için olumsuz bir çözüm getirdiği, bilinçli olarak sustuğu söylenebilir¹²⁶. Örneğin¹²⁷ MK. m. 129 hangi hısımlar arasında evlenme engeli bulunduğunu düzenlemiştir. Bu hükmün zıt anlamından 129. maddede adı geçmeyen hısımların birbirleri ile evlenebilecekleri sonucu çıkar. Böylece kanunun 129. maddede sayılamayan hısımlar arasında evlilik açısından bir boşluk içerdiği söylenemez. Adı geçen maddenin zıt anlamından kanun koyucunun bu hususu olumsuz olarak düzenlemek istediği açıkça anlaşılmaktadır. O nedenle kanunda bir konuda boşluk olduğunu söyleyebilmek için kanun hükmünün sadece düz anlamından değil, zıt anlamından da o meseleyi düzenlemediği anlaşılmalıdır.

Fakat bazı durumlarda kanunun o konuya olumsuz bir çözüm getirmek için mi düzenlemediği, yoksa kanun boşluğu mu bulunduğu kolayca tespit edilemez. Bir örnek¹²⁸ vermek gerekirse, eski Medeni Kanunumuzun 148. maddesi aynen Mehaz Kanun'un 133. maddesi gibi, eşlerin boşanması halinde sadece velayet hakkının kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile boşanmadan sonra kişisel ilişki kurmasını düzenlemiş, buna karşılık büyük anne ve büyük babaların torunlarıyla olan kişisel ilişkilerini düzenlememişti. Bunun üzerine kanun koyucunun bu konuyu olumsuz olarak mı düzenlemek istediği, yoksa bu konuda bir kanun boşluğu mu olduğu sorunu ortaya çıkmıştı. Sonuç olarak bu konu her iki ülkede de farklı bir şekilde çözümlenmişti. İsviçre Federal Mahkemesi kanunun bu konuyu olumsuz olarak çözümlmek istediği kararına vararak çocuk kendisine bırakılmayan eş dışındaki üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişki kurma haklarının olmadığı kararına¹²⁹ varmıştı. Yargıtay¹³⁰ ise bu konuda kanunda bir boşluk bulunduğunu belirterek, bu boşluğun Türk toplumunun örf ve adetlerinin dikkate alınarak doldurulması gereğine işaret etmişti. Böylece Yargıtay büyük anne ve büyük

¹²⁶ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 253; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.77; yazarlar bu durumu bilinçli susma olarak adlandırmaktadır; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 109; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 55; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 265.

¹²⁷ Örnek için bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 77.

¹²⁸ Örnek için bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 78; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 110; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 56a vd.

¹²⁹ JdT 1928, I, 194-201 (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 78 dñn. 98, naklen).

¹³⁰ YİBK, 18.11.1959, E. 12, K. 29 (RG. 16.04.1960, s. 10482).

babaların çocukla kişisel ilişki kurma haklarının olduğuna karar vererek bu kanun boşluğunu doldurmuştu.

Bugün ise yeni Medeni Kanun 325. maddesinde olağanüstü hallerin mevcudiyeti halinde, üçüncü kişilere ve özellikle hısımlara, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanımıştır. İsviçre Medeni Kanunu da 1.1.1978 tarihinde yürürlüğe giren 274a maddesi ile üçüncü kişilerin çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenlemiştir.

Buna benzer durumlarda kanunun o konuda bilinçli olarak mı sustuğu, yoksa bir boşluk mu içerdiği hükmün yorumlanması suretiyle açıklanabilir. Kanunun olumsuz çözümlediği bir hususta hâkimin kanun boşluğu olduğunu varsayması ve bu boşluğu kural koyarak doldurması kanuna aykırıdır¹³¹.

2. Kanun Boşluğu Çeşitleri

a. Hüküm İçi Boşluk (Lücken İntra Legem)

Hüküm içi boşluk¹³² halinde, bir kanun hükmünün olaya uygulanabilmesi için gereken bütün unsurları içermemesi söz konusudur. Bu durumda eksik olan unsurları tamamlamak hâkimin görevidir¹³³. Bir kanun hükmünün başka bir kanun hükmüne, mahalli örfe veya genel ahlaka yollama yaptığı hallerde hüküm içi boşluk söz konusudur¹³⁴. Böyle bir durumda hâkim hükmü uygulayabilmek için öncelikle yollama yapılan kurallara başvuracaktır. Hüküm içi boşluğa örnek olarak MK. m. 342 gösterilebilir. MK. m. 342 uyarınca hâkim velayet altındaki kimselerin temsiline ilişkin hüküm içi boşluğu, vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümleri uygulayarak dolduracaktır.

¹³¹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 256; Akyol, **Medeni Hukuk**, s.270.

¹³² Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 275: Yazar “hükümde boşluk” ifadesini daha isabetli bulmaktadır.

¹³³ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 262 vd.; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 71 vd.; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 111.

¹³⁴ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 265.; Deschenaux, s. 97.; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 71; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 101; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 55; Akyol, **Medeni Hukuk**, s.276.

MK. m. 4 hâkimin takdir yetkisini düzenlemektedir. Adı geçen madde uyarınca kanunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gereken durumlarda da hüküm içi boşluk söz konusudur¹³⁵. Örneğin¹³⁶ MK. m. 27 adın değiştirilmesine ancak haklı sebeplerin varlığı halinde cevaz vermektedir. Hâkim MK. m. 27 uyarınca öncelikle taraflarca ileri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Böylece hâkim takdir yetkisini kullanarak hüküm içi boşluğu dolduracak ve ancak bu sebeplerin haklı olması halinde adın değiştirilmesi talebini kabul edebilecektir.

Kısacası hüküm içi boşluk kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı boşluktur¹³⁷. Kanun koyucu hâkime hüküm içi boşlukları doldurma görevini yüklemiş ve bu boşlukların ne şekilde doldurulması gerektiğini de göstermiştir.

b. Hüküm Dışı Boşluk (Lücken Praeter Legem)

Hüküm içi boşluk olarak değerlendirilmeyen diğer boşluklar ise hüküm dışı boşluk olarak adlandırılırlar¹³⁸. Hüküm dışı boşluklar hüküm içi boşlukların aksine, çoğunlukla kanun koyucu tarafından bilerek ve isteyerek bırakılan boşluklar değildirlir.

¹³⁵ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 266; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 98; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 73; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 101; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 55; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 277.

¹³⁶ Örnek için bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 73.

¹³⁷ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 97; Hüküm içi boşlukların kanun boşluğu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bkz: Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 270: “Yorum kavramı geniş olarak tanımlandığında hüküm içi boşlukların tamamlanması kanunun yorumlanması başlığı altında da incelenebilir. Ancak yorum sadece düzenlenen hükmün anlamının hâkim tarafından tespiti olarak algılanırsa bu durumda hüküm içi boşluklar da kanun boşluğudur. Burada kanun esasında hukuki uyumsuzluk için bir düzenleme öngörmüştür. Fakat bu düzenleme doğrudan uygulanabilecek nitelikte değildir. Uyuşmazlığın çözülmesi için kanun tarafından eksik bırakılan noktaların tamamlanması gerekmektedir. Bu nedenle hüküm içi boşlukların kanun boşluğu olduğunu söyleyebiliriz.”; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 274.

¹³⁸ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 270; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 277.

Hüküm dışı boşluklar açık boşluklar ve örtülü boşluklar ile gerçek boşluklar ve gerçek olmayan boşluklar gibi farklı ayrımlara tabi tutulurlar¹³⁹.

Kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin hukuki soruna uygulanabilecek hiçbir hüküm bulunmayan durumlarda açık boşluktan bahsedilir¹⁴⁰. Özel hukuka tabi bir borç ilişkisinde tarafların hak ve borçlarının düzenlenmemiş olması halinde, örneğin satım sözleşmesinde kanunun hasarın intikaline ilişkin bir düzenleme getirmemiş olması halinde açık boşluk olduğunu söyleyebiliriz. Kanun devlet organlarından birine belirli bir görev yüklemiş, fakat bu görevin hangi makam tarafından ve nasıl bir usule uyularak yerine getirileceği düzenlenmemişse, bu durum da yine açık boşluğa örnek olarak gösterilebilir¹⁴¹. Ayrıca kanundaki hükmün kendisi ile eşdeğerde başka bir hükümle çatışması halinde de açık boşluk söz konusudur¹⁴².

Açık boşluğa sık olarak verilen bir örnek MK. m. 507/II hükmüdür¹⁴³. Bu hükme göre ölen kimsenin cenaze giderlerinin terekeden karşılanacağı düzenlenmektedir. Fakat terekenin bu giderleri karşılayamayacak olması halinde, bu giderlerin ne şekilde karşılanacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda açık boşluktan söz edilmelidir. Zira kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda hiçbir kanuni düzenleme mevcut değildir.

¹³⁹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 292 vd.; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 98 vd.; Ernst A. Kramer, **Juristische Methodenlehre**, Bern, Stämpfli Verlag, 1998, s. 145 vd.; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 80 vd.; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 111 vd.; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 56 vd.; Hüküm dışı boşlukların tabi olduğu diğer ayrımlar için bkz. Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 279 vd.; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 277, 281.

¹⁴⁰ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 271, 274; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 80; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 111; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, § 7 N 56; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 278; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, I § 5 N 28 vd.

¹⁴¹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 274; Kramer, **Methodenlehre**, s. 142.: Yazar bu durumu teknik boşluk olarak adlandırmaktadır.

¹⁴² Kramer, **Methodenlehre**, s. 142 vd.: Birbirine zıt hükümler kendilerini ortadan kaldırır ve çatışma boşluğu (Kollisionslücken) söz konusu olur; Bu durumda örtülü boşluk olduğunu savunan görüş için bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁴³ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 97; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 80; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 278; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 111 vd.

Örtülü boşlukta ise açık boşluktaki durumun aksine hukuki olaya uygulanabilecek bir hüküm mevcuttur. Fakat bu hükmün lafzı itibariyle tespit edilen anlamı kanunun amacına göre oldukça geniş ve kanunda bu hükmün uygulanmasını kanunun amacına göre sınırlayabilecek bir hüküm düzenlenmemiştir¹⁴⁴. Örtülü boşlukta kanun hukuki bir meseleyi düzenlemekle birlikte, bu mesele için önemli olabilecek bazı özellikleri değerlendirmemiştir. Bir takım önemli özelliklerin değerlendirilmemesinden dolayı kanun hükmünün lafzı somut olaya uygulandığında adaletsiz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir¹⁴⁵. Bu tür sonuçları önlemek için kanunun lafzının amaca uygun bir şekilde sınırlandırılması (teleologische Reduktion) gerekmektedir. Örtülü boşluğa İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararını¹⁴⁶ örnek olarak gösterebiliriz. Karara konu teşkil eden olayda kira sözleşmesinin taraflarından biri sözleşmede gabin olduğunu ileri sürmüş ve kira bedelinin uygun bir miktara indirilmesini talep etmiştir. Federal Mahkeme ise İBK m. 21 hükmünün sözleşmenin tamamını iptal etme hakkı verdiğini fakat buna rağmen taraflardan birinin talep etmesi halinde sözleşmenin fahiş olmayan bir bedelle devamına karar verilip verilemeyeceğini tartışmıştır. Sonuç olarak İsviçre Federal Mahkemesi sözleşmenin bütününe geçersizliğine yol açan bu maddenin lafzının kanunun amacına ve ruhuna uygun olmadığına hükmetmiştir. İBK m. 21 hükmünün amacının gabine maruz kalan tarafı korumak olduğu belirtilerek, bu tarafın sözleşme ile bağlı kalmak istemesi halinde dahi sözleşmenin tamamının iptal edilmesinin kanunun amacına aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Federal Mahkeme burada hükmün lafzının kanunun amacına uygun bir şekilde sınırlandırılmasına karar vermiş ve örtülü boşluğu sözleşmenin fahiş olmayan bir bedelle devam etmesine hükmederek doldurmuştur.

¹⁴⁴ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 99; Ernst A. Kramer, **Methodenlehre**, s. 143: Örtülü boşluklar için İsviçreli yazar istisna boşluğu anlamına gelen "Ausnahmelücken" tabirini kullanmaktadır; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 61; Akyol, **a.g.e.**, s. 278: "Bu boşluklarda kanunun susması onun çatısı, yapısı ve ruhu ile çelişmektedir"; Serozan, **Medeni Hukuk**, I §5 N 38; Çiğdem Kırca, "Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (teleologische Reduktion)", **AÜHFD**, C. 50, sayı 1, s. 89 vd., s. 96; farklı bir tanım için bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 80, 81.

¹⁴⁵ Kramer, **Methodenlehre**, s. 144; Kırca, **a.g.m.**, s. 96.

¹⁴⁶ BGE 123 III 292, (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 11 Mart; ayrıca bkz. Kırca, **a.g.m.**, s. 104.

Kanun boşluğu hususunda konumuz açısından önem arz eden ikinci bir ayırım ise gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk ayırımıdır¹⁴⁷.

Gerçek boşluk halinde kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konunun kanunda hiçbir şekilde düzenlenmemiş olması söz konusudur. Fakat kanunda düzenlenmesi gereken konuya ilişkin bir hüküm olmasına rağmen, söz konusu hüküm hukuki soruna uygulandığında tatminkâr bir çözüm ortaya çıkmıyorsa gerçek olmayan boşluktan söz edilir¹⁴⁸. Gerçek boşlukların doldurulması halinde var olan hukuk tamamlanırken, gerçek olmayan boşlukların varlığı halinde var olan hukuk düzeltilmektedir¹⁴⁹.

Gerçek olmayan boşluk kanunun yetersizliğini veya sonradan meydana gelen sosyal değişiklikler sonucu yetersiz kalmasını ifade eder. Kanunda yer alan hüküm kanunun amacına, kanunda yer alan değerlere, olması istenen hukuka ve hukuk politikasına aykırıdır¹⁵⁰. Belirtmemiz gerekir ki gerçek olmayan boşluk MK. m. 1/f. 2 anlamında bir boşluk değildir. Tatminkâr bulunmayan kanun hükmünün değiştirilmesi kanun koyucunun görevidir. Ancak kanun koyucunun kanunu yaparken açıkça yanılması ya da kanunun yapılmasından sonra meydana gelen değişiklikler nedeniyle kanunun yetersiz hale gelmesi ve uygulanmasının açıkça hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlarda, hâkimin gerçek olmayan boşluğu doldurabileceği kabul edilmektedir¹⁵¹. Aksi takdirde gerçek olmayan

¹⁴⁷ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 271 vd.; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 99; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 81 vd.; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112 vd.; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 279 vd.

¹⁴⁸ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 271; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 81; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112.

¹⁴⁹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 272; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁵⁰ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 276; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280: “Kanunun yapısına aykırı düşen boşluklar gerçek olmayan boşluklardır.”

¹⁵¹ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 296; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 67; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112; ayrıca bkz. BGE 120 III 131, BGE 121 III 219, BGE 124 V 159, (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 11 Mart; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 81, 82: Yazarlar bir hükmün lafzı ve ruhunun araştırılması sonucu tespit edilen anlamıyla uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmaması ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması halini örtülü boşluk olarak adlandırmaktadır. Örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluğun bir alt türü olarak gören yazarlara göre, gerçek olmayan boşluklardan ancak örtülü boşluklar hâkim tarafından doldurulabilir.

boşluğun hâkimin yarattığı hukuk yoluyla doldurulması mümkün değildir. Zira bu durumda hâkimin kanun boşluğunu doldurması değil kanunu düzeltmesi mevzu bahis olacaktır. Bu ise daha önce de değindiğimiz üzere kanun koyucunun görevidir. Hukuk sistemimizde hâkime böyle bir yetki verilmiş değildir. Bütün bu nedenlerden dolayı hâkim ancak gerçek boşluk halinde MK. m. 1/f.2 uyarınca kendisine verilen yetkiye dayanarak kanun boşluğunu doldurabilecektir.

Buna karşılık doktrinde hâkimin boşluk doldurması açısından gerçek ve gerçek olmayan boşluk ayrımının yapılmaması gerektiğini savunan yazarlar da vardır¹⁵². Bu görüşte olan yazarlar gerçek olmayan kanun boşluklarının hâkim tarafından doldurulmasını mümkün görmektedirler. Riemer¹⁵³ gerçek olmayan boşlukları önemli ve daha az önemli olmak üzere ikiye ayırmakta ve daha az önemli nitelikteki gerçek olmayan boşlukların hâkim tarafından doldurulabileceğini savunmaktadır. Fakat yazara göre kanunda yer alan temel prensiplerin hâkim tarafından boşluk doldurma yoluyla uygulama dışı bırakılması imkânsızdır. Bu durumda önemli gerçek olmayan boşluk söz konusudur. Önemli gerçek olmayan boşlukların ise ancak MK. m. 2 /f.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda hâkim tarafından doldurulabileceği ifade edilmektedir.

Açık boşluk-örtülü boşluk ayrımı ile gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk ayrımı arasındaki fark öteden beri tartışmalıdır¹⁵⁴. Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul gören görüş¹⁵⁵ kanun boşluklarını gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk ayrımına tabi tutmakta ve örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk ayrımı

¹⁵² Hans Michael Riemer, **Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB)**, Bern, Stämpfli Verlag, 1987, § 4 N 89, 90 ve orada anılan yazarlar.

¹⁵³ Riemer, **a.g.e.**, § 4 N 90.

¹⁵⁴ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 1 N 294; Kramer, **Methodenlehre**, s. 141, 164; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 81; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 65, 66.

¹⁵⁵ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 276; Riemer, **a.g.e.**, § 4 N 83; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 81: Yazarlar gerçek olmayan boşluğun örtülü boşluğu da içine alan daha geniş bir kavram olduğunu savunmaktadırlar.; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 278; Siegerist, **a.g.e.**, s. 45.

altında incelemektedir. Buna karşılık doktrinde bir diğer görüş¹⁵⁶ örtülü boşluğu aynı açık boşluk gibi gerçek boşluğun bir alt kavramı olarak değerlendirmektedir.

Bu görüşler boşlukların doldurulması açısından önem taşımaktadır. Örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluğun bir alt kavramı olarak değerlendirdiğimiz takdirde örtülü boşluklar ancak hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda doldurulabilecektir¹⁵⁷. Ancak örtülü boşlukları gerçek boşluk olarak ele alırsak bu durumda örtülü boşlukların doldurulması MK. m. 1/ f.2 uyarınca gerçekleşecek ve hakkın kötüye kullanılması şartı aranmayacaktır¹⁵⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında örtülü boşluğun gerçek boşluk olduğunu ve bu tür boşlukların amaca uygun sınırlama yolu ile doldurulması gerektiğini vurgulamıştır¹⁵⁹. Federal Mahkeme aynı kararlarda örtülü boşluğun gerçek olmayan boşluk ile karıştırılmaması gerektiğini, gerçek olmayan boşluğun ancak tatminkâr olmayan normun uygulanmasının hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu durumlarda doldurulabileceğini belirtmiştir. Biz de örtülü boşluğun gerçek boşluk olduğu görüşüne katılmaktayız. Kanaatimizce örtülü boşluk ile açık boşluk arasında nitelik açısından bir fark olmadığını savunan görüş isabetlidir¹⁶⁰. Açık boşluklar kanun koyucunun bir sorunu öngörememesinden veya bilinçli bir şekilde düzenlememesinden kaynaklanmaktadır. Örtülü boşluklarda ise kanun koyucu sorunu öngörmüş fakat norma ilişkin sorunun istisnai özelliklerini öngöremediği için normun lafzını geniş tutmuş ve istisnai özelliklerine ilişkin bir düzenleme getirmeyi ihmal etmiştir¹⁶¹. Örtülü boşluk halinde istisnai hükmün

¹⁵⁶ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 99 vd.; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 66; Dural/Sarı (Dural) , **a.g.e.**, s. 112, Kramer, **Methodenlehre**, s. 139, 141 vd.: Yazar gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk ayırımına karşı çıkmaktadır. Kanun boşluklarını de lege lata-de lege feranda olarak ayırmakta ve açık boşluklar ile örtülü boşlukları de lege lata ayırımı altında incelemektedir.

¹⁵⁷ Bkz. Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 276; Riemer, **a.g.e.**, § 4 N 124; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280; Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 5 N 39.

¹⁵⁸ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 99 ; Kırca, **a.g.m.**, s. 98.

¹⁵⁹ BGE 121 III 219; BGE 128 I 34, (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 11 Mart: Bu kararlarda amaca uygun sınırlamaya tabi tutularak doldurulan örtülü boşluklar, gerçek boşlukların bir alt kavramı olarak ele alınmış ve hâkime bu tür boşlukları doldurma yetkisi tanınmıştır (www.bger.ch).

¹⁶⁰ Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 66 vd.; Kırca, **a.g.m.**, s. 99.

¹⁶¹ Kramer, **Methodenlehre**, s. 162; Kırca, **a.g.m.**, s. 99.

eksikliği kanunun yapısına aykırıdır.¹⁶² Bu nedenle MK. m. 1/f.2 de yer alan “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa...” ifadesini örtülü boşlukları da içerecek şekilde yorumlamak gerekmektedir. Örtülü boşluklar dürüstlük kuralı ile bağdaşmama ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturma şartı aranmaksızın lafzı geniş olan hükmün kanunun amacına uygun bir şekilde sınırlandırılması yoluyla doldurulmalıdırlar¹⁶³. Ancak bir hükmün yorumlanması sonunda uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açıyor ise ve bu hükmün kanunun amacına uygun bir şekilde sınırlandırılması mümkün görünmüyorsa, o takdirde normun uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁶⁴. Tatminkâr olmayan hükmün uygulanması hakkın kötüye kullanılması halini oluşturuyorsa bu durumda söz konusu hüküm MK. m. 2/f. 2 kuralı ile bertaraf edilmeli ve gerçek olmayan boşluk hâkim tarafından doldurulmalıdır.

3. Alman Hukuku’nda Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmeyi Hâkimin Yarattığı Hukuka Dayandıran Görüş

Alman Hukuku’nda genel kabul gören görüş¹⁶⁵, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hâkimin dürüstlük kuralına dayanarak yarattığı hukuk olduğu yönündedir.

Alman Medeni Kanunu’nda Türk ve İsviçre Medeni Kanun’larındaki gibi hâkime doğrudan hukuk yaratma yetkisi veren bir düzenleme yoktur. Alman doktrininde hâkimin hukuk yaratmasının kaynağı olarak Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası gösterilmektedir¹⁶⁶. Bu

¹⁶² Deschenaux, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁶³ Kramer, **Methodenlehre**, s. 164, 165; Hatemi, **Medeni Hukuk**, § 7 N 89; Kırca, **a.g.m.**, s. 102.

¹⁶⁴ Kramer, **Methodenlehre**, s. 168.

¹⁶⁵ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, Art 328 N 80, 81; Karl Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, Springer Verlag, 1979, s. 413 vd.; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 153 vd, 219 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s.41 vd; Keitel, **a.g.e.**, s 23, 24, 76 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 107, 111, 118, 119; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 146, 152 vd.

¹⁶⁶ Larenz, **Methodenlehre**, s. 353; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 135; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 146.

maddeye göre hâkim kanun ve hukukla bağlıdır. Alman doktrini¹⁶⁷ kanunun hukukun bütününe değil sadece bir parçasını oluşturduğundan ve hâkimin kanunun yetersiz kaldığı durumlarda hukuka başvurarak önündeki meseleyi çözebileceğinden hareket ederek hâkimin hukuk yaratmasını kabul etmektedir.

Kanunda hukuki bir meselenin düzenlenmemiş olması kanunun planına aykırı bir eksiklik oluşturuyorsa gerçek kanun boşluğundan (praeter legem) söz edilir. Hâkimin hukuk yaratmasının ilk şartı kanunda praeter legem bir boşluk bulunmasıdır¹⁶⁸. Bununla birlikte Alman doktrininde, kanunun öngördüğü çözümün hukuki ilişkilerin gerektirdiği ihtiyaçlara yeterince cevap verememesi ve işin doğasına ve hukukun genel prensiplerine aykırı olan adaletsiz sonuçlara yol açması halinde de hâkimin hukuk yaratabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda hâkimin kanun boşluğu şartı aranmaksızın kanunun üstünde (extra legem), fakat hukukun bütünü ve ona temel teşkil eden prensipler çerçevesinde (intra ius) hukuk yaratabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹. Hâkim böylece kanunun üstünde (extra legem) hukuk yaratarak yeni hukuki kurumlar kurabilecektir. Hâkimin bu yetkisi ise yine Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasına dayandırılmaktadır¹⁷⁰. Hâkimin kanunun üstünde hukuk yaratmasının sebebi hukuki ilişkilerin gelişimi¹⁷¹ veya olması gereken hukuk (işin doğası)¹⁷² olabileceği gibi hukukun temel prensipleri¹⁷³ de olabilmektedir. Bu şekilde hukuk yaratılabilmesi için, adalet düşüncesinin bu şekilde oluşan norm olmadan zedelenmesi söz konusu olmalıdır¹⁷⁴. Ayrıca hâkim tarafından extra legem olarak yaratılan norm hukukun temel prensipleri ile çelişemez. Bu şekilde varılan çözümün, hukukun bütünü ile de uyum içinde olması gerekmektedir. Aksi takdirde hâkim hukuka aykırı davranmış

¹⁶⁷ Larenz, **Methodenlehre**, s. 353; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁶⁸ Larenz, **Methodenlehre**, s. 358: Praeter legem hukuk yaratma aynı zamanda “kanunun sınırları içinde hukuk yaratma” (gesetzesimmanente Rechtsfortbildung) olarak adlandırılmaktadır; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 140; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 149; Hirth, **a.g.e.**, s. 106; Keitel, **a.g.e.**, s. 77 vd.

¹⁶⁹ Larenz, **Methodenlehre**, s. 402 vd: Alman Hukukunda genel kabul gören bu müessese “kanunun üstünde hukuk yaratma” (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung) olarak da adlandırılmaktadır.; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 141 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 78 vd; Hirth, **a.g.e.**, s. 108; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁷⁰ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 141; Puhle, **a.g.e.**, s. 42; Keitel, **a.g.e.**, s. 79.

¹⁷¹ Larenz, **Methodenlehre**, s. 403 vd; Hirth, **a.g.e.**, s. 108, 109.

¹⁷² Larenz, **Methodenlehre**, s. 406 vd.

¹⁷³ Larenz, **Methodenlehre**, s. 410 vd.

¹⁷⁴ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 220.

olur¹⁷⁵. Şayet hâkimin kanunun üstünde hukuk yaratması hukuki nedenlerle gerekçelendirilemiyorsa bu durumda hâkimin yetkisi dışında kalan kanuna aykırı (contra legem) hukuk yaratması gündeme gelmektedir¹⁷⁶.

Türk Hukuku'nda hâkime hukuk yaratma yetkisini Medeni Kanunumuzun birinci maddesinin ikinci fıkrası vermektedir. İsviçre ve Türk hukuklarında hâkimin hukuk yaratarak kanunu düzeltmesi, yani kanunun üstünde hukuk yaratması kabul edilmemektedir. Hâkim ancak kanun koyucunun kanunu yaparken açıkça yanılması ya da kanunun yapılmasından sonra meydana gelen değişiklikler nedeniyle kanunun yetersiz hale gelmesi ve kanun hükmünün uygulanmasının açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, tatminkâr olmayan ve adalet duygusunu zedeleyen kanun hükmünü uygulamaktan kaçınabilecektir¹⁷⁷. Hâkimin extra legem hukuk yaratması ancak bu şartlarla kabul edilmektedir. Alman Hukuku'nda ise tatminkâr olmayan hükmün bertaraf edilebilmesi için hakkın kötüye kullanılması şartı aranmamaktadır.

Alman doktrinde¹⁷⁸ ağırlıklı görüş üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi hâkimin kanunun üstünde yarattığı hukuka dayandırmaktadır. Hâkimin hukuk yaratması müessesesinin Alman Hukuku'nda farklılıklar göstermesi nedeniyle öncelikle bu hususta Alman doktrini tarafından ileri sürülen görüşlere kısaca değinmeyi uygun bulmaktayız.

İlk önce sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisini sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandıran Larenz, daha sonra bu görüşünü terk ederek, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin hukuki dayanağının hâkimin extra legem

¹⁷⁵ Larenz, **Methodenlehre**, s. 420; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 142; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 149, 153.

¹⁷⁶ Larenz, **Methodenlehre**, s. 419; Hirth, **a.g.e.**, s. 108.

¹⁷⁷ Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 296; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s.112; Hatemi, **a.g.e.**, s.101; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280; Ayrıca bkz. BGE 120 III 131, BGE 121 III 219, BGE 124 V 159, (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 11 Mart.

¹⁷⁸ Larenz, **Methodenlehre**, s. 414; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226 vd.; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 80 vd.; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 527; Puhle, **a.g.e.**, s. 44; Keitel, **a.g.e.**, s. 117 vd., 162.

olarak yarattığı hukuk olduğunu ileri sürmüştür¹⁷⁹. Yazara göre, Alman Medeni Kanunu § 241’de açıkça ifade edilen nisbilik prensibi nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme konusunda kanun boşluğu olduğu söylenemez¹⁸⁰. Ancak yazar borç ilişkilerinin sadece asıl edim yükümlülüğünden ibaret olmadığını belirtmekte ve asli edim yükümlülüğünün dışında bir de dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüklerinin varlığına işaret etmektedir. Buna göre hukukun temel prensiplerinden olan dürüstlük kuralı ve bu kurala dayanan sözleşmeden doğan koruma yükümlülükleri hâkime üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelere ilişkin hukuk yaratma yetkisi vermektedir. Hâkim böylelikle hukukun sınırları içinde (intra ius) ancak kanunun üstünde (extra legem) hukuk yaratmaktadır¹⁸¹.

Bazı yazarlar sözleşmenin ifasından dolayı zarar gören üçüncü kişilerin sözleşmeden en az taraflar kadar etkilenmelerine rağmen ancak haksız fiil hükümlerine başvurabilmelerini Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası’nın eşitlik ilkesine ilişkin 3/I hükmüne aykırı görmektedirler. Zira hukuken korunan menfaatleri en az taraflar kadar sözleşmeden etkilenen üçüncü kişiler, haksız fiil hükümleri ile yeterince korunamamaktadırlar. Yazarlar kanunun öngördüğü bu sonucu, eşit kimselerin farklı muameleye tabi tutulmasına yol açtığı için eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadırlar. Bu aykırılığın ise hâkime extra legem hukuk yaratarak sözleşmenin koruyucu etkisini sağlama yetkisini verdiği savunulmaktadır¹⁸².

Bir görüşe¹⁸³ göre kanunun belirli maddelerde nisbilik prensibine istisnalar getirmesi, bu istisnaların haricinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin kanun tarafından reddedildiği anlamına gelmemekte, aksine kanunun bazı şartların varlığı halinde sözleşmenin koruyucu etkisini kabul ettiğini göstermektedir. Bu görüşe göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin kanunda düzenlenmemiş olması her ne kadar kanunun amacına aykırı olan bir eksiklik (kanun boşluğu) olarak

¹⁷⁹ Larenz, **Methodenlehre**, s. 413 vd, Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226.

¹⁸⁰ Puhle, **a.g.e.**, s. 43; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 151.

¹⁸¹ Larenz, **Methodenlehre**, s. 414; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 44; Keitel, **a.g.e.**, s. 117 vd, 162.

¹⁸² Kümmeth, **a.g.e.**, s. 225-227; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 154, 155.

¹⁸³ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 163; Hirth, **a.g.e.**, s. 107.

değerlendirilemese de varlığı nisbilik prensibine aykırılık oluşturmamaktadır¹⁸⁴. Hâkim bu nedenle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye ilişkin hukuk yaratmakla asla hukuka aykırı (contra legem) bir şekilde davranmış olmaz¹⁸⁵. Burada kanunun sınırları dışında, fakat hukukun sınırları içinde yer alan extra legem hukuk yaratmanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁶.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hâkimin yarattığı hukuka dayandığının kabulü halinde, sözleşmenin koruyucu etkisi tamamen tarafların iradesinden bağımsız olarak oluşacaktır¹⁸⁷.

Ancak belirtmemiz gerekir ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi hâkimin extra legem yarattığı hukuka dayandıran görüşü savunan bazı yazarlar, hâkimin bu konuda hukuk yaratmasının dayanağı olarak BGB § 242 hükmünü görmektedirler¹⁸⁸. BGB § 242 hükmü borçlunun edimin ifasını teamülleri dikkate alarak dürüstlük kuralına uygun bir şekilde yapması gerektiğini ifade etmektedir. Söz konusu hükmün sadece asıl edim yükümlülüğünü değil bir takım yan yükümlülükleri de içerdiği kabul edilmektedir. Ayrıca sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olan koruma yükümlülüklerinin sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı değil, bunun dışında bir takım şartların varlığı halinde üçüncü kişilere karşı da doğabileceği belirtilerek, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme esasında dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır. Sözleşmenin koruyucu etkisine dâhil edilen bu üçüncü kişiler ile borçlu arasında “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi” olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁹. Bu nedenle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağını hâkimin hukuk yaratması olarak gören bu yazarların görüşlerinin

¹⁸⁴ Hirth, **a.g.e.**, s. 107.

¹⁸⁵ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁸⁶ Hirth, **a.g.e.**, s. 111, 118.

¹⁸⁷ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, Art 328 N 80.

¹⁸⁸ Larenz, **Methodenlehre**, s. 414; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226 vd. 230 vd; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 80 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 44; Keitel, **a.g.e.**, s. 117 vd., 162.

¹⁸⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 80 vd.;81 vd; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 155 vd.

temelinde, koruma yükümlülüğünün kapsamına dürüstlük kuralına dayanarak üçüncü kişileri de dâhil etme düşüncesi yatmaktadır¹⁹⁰.

F. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Koruma Yükümlülükleri ve Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi

1. Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler

İki tarafın birbirine uygun irade beyanıyla kurulan sözleşmeler bir borç ilişkisi olarak bir takım edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler doğururlar¹⁹¹. Edim yükümlülükleri asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Asli edim yükümlülüğü sözleşmenin tipini belirleyen ve sözleşmenin birinci derece amacını oluşturan edim yükümlülüğüdür. Yan edim yükümlülükleri ise sözleşmenin amacına ulaşmasına hizmet eden ve sözleşmenin ikinci derece amacını oluşturan edimlerdir.

Ancak sözleşmeden doğan yükümlülükler bunlarla sınırlı değildir. Edim yükümlülüklerinin yanında bir de dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler vardır. Yan yükümlülüklerin bir kısmı asıl edimin ifasının sözleşmeye ve dürüstlük kuralına uygun olarak ifasına yardım etmektedirler. İfaya yardımcı olan bu yan yükümlülüklerin yanında bir de amacı tarafların kişi ve mal varlığının korunması

¹⁹⁰ Larenz, **Methodenlehre**, s. 414; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226 vd. 230 vd; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 80 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 44; Keitel, **a.g.e.**, s. 118, 162.

¹⁹¹ Bununla birlikte ayrıca birincil ve ikincil yükümlülükler ayrımı yapmaktadırlar. Şöyle ki sözleşmeden doğan tüm yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler, birincil yükümlülükler olarak nitelendirilmektedir. Birincil yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğü ise, sözleşmeden doğan ikincil yükümlülüğü oluşturmaktadır. Örneğin borçlunun temerrüdü nedeniyle ödemesi gereken temerrüt faizi ikincil bir yükümlülüktür. İkincil yükümlülükler birincil yükümlülüklerin yerine geçebileceği gibi onların yanında da yer alabilirler. Birincil ve ikincil yükümlülükler ayrımı için bkz. Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 89; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 11, dpn. 19; Eren, **a.g.e.**, s. 31.

olan ve doğrudan alacaklının korunma menfaatine hizmet eden koruma yükümlülükleri vardır.

a. Edim Yükümlülükleri

Sözleşmelerin birincil amacı daima alacaklının ifa menfaatinin (Leistungsinteresse) gerçekleşmesidir¹⁹². Alacaklının doğrudan sözleşmeden beklediği menfaate kavuşmasını sağlayan yükümlülükler edim yükümlülükleridir. Edim yükümlülüğünü içeriği açısından asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü olmak üzere iki gruba ayırabiliriz¹⁹³.

Sözleşmelerin tipini belirleyen ve doğrudan doğruya ifası talep ve dava edilebilen edim yükümlülüğü asli edim yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁴. Alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşebilmesi için öncelikle asli edim yükümlülüğünün ifa edilmesi gerekmektedir. Edim yükümlülüğünün ifasıyla birlikte tarafların malvarlıklarında sözleşmeden bekledikleri değişiklik meydana gelmektedir¹⁹⁵. Taraflar sözleşmenin içeriğini asıl edimin ifasına yönelik olarak şekillendirmektedirler¹⁹⁶. Bu nedenle de Borçlar Kanunu asıl edim yükümlülüklerinin düzenlenmesine ağırlık vermiştir¹⁹⁷. Bu düzenlemelere örnek olarak Borçlar Kanunu'nun 182, 248, 270 313. ve 355. maddelerini gösterebiliriz.

¹⁹² Larenz, **Schuldrecht I**, s. 7; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86; Arndt Teichmann, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Schuldrecht I (§ 241-432)**, Kohlhammer Kommentar, Bd 2, 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Verlag W. Kohlhammer, 1986, § 242 N 133; MüKo/ Günther H. Roth, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432)**, Bd. 2, 3. Aufl., München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, § 242 N 111; Eren, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁹³ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 8; Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 260; Eren, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁹⁴ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 7; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 91, 92; Hans Merz, **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, 6/I Bd., Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1984, s.62 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar, **a.g.e.**, s. 17; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7; Rona Serozan, “**Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**”, **MHAD**, 1968, Yıl 2, sayı 3, s. 108 vd.; s.117; Eren, **a.g.e.**, s. 32; Moser, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁹⁵ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86; Moser, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁹⁶ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 7.

¹⁹⁷ Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 260; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 132; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 87.

Bir satım sözleşmesinde satıcının satılan malı teslim etme ve mülkiyeti geçirme, alıcının ise malın bedelini ödeme borcu tarafların asli edim yükümlülüğüdür (BK. m. 182/I). Burada satım parasını ödeme borcu sözleşmenin tipini belirlemektedir. Malın teslimi ve mülkiyetin nakli, karşılığında bir bedel alınmadan gerçekleşmiş olsaydı bu durumda satım sözleşmesinden değil de BK. m. 234/I uyarınca bağışlama sözleşmesinden söz etmek gerekirdi¹⁹⁸.

Yan edim yükümlülükleri asıl edimin ifasının sözleşmenin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesini ve alacaklının asıl edim yükümlülüğünden sözleşmenin amacına uygun bir şekilde yararlanmasını sağlamaktadırlar¹⁹⁹. Bu tür yükümlülükler aynen asli edim yükümlülükleri gibi sözleşmenin kurulması ile birlikte doğarlar. Yan edim yükümlülüklerinin hukuki dayanağı geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmedir²⁰⁰. Yan edimler asli edimlere kıyasla sözleşmenin ikinci derece amacını oluşturmaktadırlar²⁰¹. Ancak yan edim yükümlülükleri her ne kadar sözleşmenin ikinci derece amacını oluştursalar da asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir niteliğe sahiptirler. Yan edim yükümlülüklerinin bağımsız bir niteliği sahip olması ve bunlarla güdülen amacın farklı olması nedeniyle, alacaklının yan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde farklı bir menfaati vardır. Bu nedenle de yan edim yükümlülükleri asıl edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep ve dava edilebilmektedirler²⁰². Yan edim yükümlülüklerini yan yükümlülüklerden ayıran en temel özellik tek başlarına ifalarının talep edilebilmesidir²⁰³.

Kanun asli edim yükümlülüklerine ağırlık vermiş olmakla birlikte bir takım yan edim yükümlülüklerini de düzenlemiştir. Menkul satımında teslim masraflarına

¹⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁹⁹ Canaris, **JZ** 1965, s. 477; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 89; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 12; Serozan, **a.g.m.**, s. 119; Moser, **a.g.e.**, s. 100.

²⁰⁰ Serozan, **a.g.m.**, s. 119; Moser, **a.g.e.**, s. 100.

²⁰¹ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 93; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 18; Eren, **a.g.e.**, s. 33; İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 60.

²⁰² Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 263; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 88; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 18; Eren, **a.g.e.**, s. 33; Serozan, **a.g.m.**, s. 119; Aydın, **a.g.e.**, s. 65.

²⁰³ Josef Eser/ Eike Schmidt, **Schuldrecht**, Band I, Allgemeiner Teil, 6, Auflage, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1984, s. 88.

ilişkin Borçlar Kanunu'nun 185. maddesi uyarınca aksine adet veya sözleşme yoksa ölçmek ve tartmak gibi teslim masrafları satıcıya, senet yapmak ve satılanı kabzetmek için yapılan masraflar ise alıcıya aittir. Bu hükümde düzenlenen teslim masrafları alıcı ve satıcı için birer yan edim yükümlülüğüdür²⁰⁴. Kanun tarafından düzenlenen yan edim yükümlülüklerine bir başka örnek olarak BK. m. 331/III hükmünü gösterebiliriz. Söz konusu hüküm uyarınca aksini öngören bir anlaşma veya adet olmadığı sürece iş sahibi, işçiye çalışması için gerekli alet ve malzemeyi temin etmekle yükümlüdür. İş sahibinin BK. m. 331/III hükmü tarafından düzenlenen gerekli alet ve malzemeyi temin etme borcu bir yan edim yükümlülüğüdür²⁰⁵.

Kanunda düzenlenen yan edim yükümlülükleri haricinde taraflar da sözleşme özgürlüğü prensibi ve sınırları çerçevesinde bir takım yan edim yükümlülükleri kararlaştırabilirler²⁰⁶. Örneğin bir makinenin satımına ilişkin sözleşmede taraflar, makinenin satıcı tarafından kurulacağını ve kontrol edileceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda makinenin kurulması ve kurulduktan sonra kontrol edilmesi borçlu için bir yan edim yükümlülüğüdür²⁰⁷.

Ayrıca dürüstlük kuralı da bir takım yan edim yükümlülüklerine kaynak teşkil edebilmektedir²⁰⁸. Ancak dürüstlük kuralı bu durumda yan edim yükümlülüklerine doğrudan değil de dolaylı olarak dayanak oluşturmaktadır. Şöyle ki kanunda veya sözleşmede herhangi bir düzenlemenin olmaması halinde, yan edim yükümlülükleri sözleşmenin dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanması ve gerektiği durumlarda tamamlanması suretiyle tespit edilecektir²⁰⁹. Anlattıklarımızı kısa bir örnekle somutlaştıralım. Bir toptancıdan her ay yüz tanesi gönderilmek üzere 1000 adet şişe satın alan alıcı, ilk teslimde şişelerin düzgün bir şekilde paketlenmediğini ve

²⁰⁴ Bkz. Merz, **OR**, s. 63; Eren, **a.g.e.**, s. 35; Borçlar Kanunu'nda yer alan başkaca yan edim yükümlülükleri için bkz. Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 94.

²⁰⁵ Örnek için bkz. Aydın, **a.g.e.**, s. 65.

²⁰⁶ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 12; Eren, **a.g.e.**, s. 33; Moser, **a.g.e.**, s. 100.

²⁰⁷ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 36.

²⁰⁸ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 93; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 109; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 12; Eren, **a.g.e.**, s. 36; Aydın, **a.g.e.**, s. 63 vd.

²⁰⁹ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 94; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

dolayısıyla kırılma tehlikesi içinde olduğunu görecektir olursa diğer aylarda gönderilecek şişelerin kırılmadan kendisine ulaşabilecek şekilde paketlenmesini talep edebilir²¹⁰. Satıcının sattığı malı gönderirken hal ve şartları dikkate alarak malın alıcıya sözleşmeye uygun bir şekilde ulaşması için gereken bütün önlemleri alma ve özen gösterme yükümlülüğü dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülüktür²¹¹. Ancak sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanması halinde, sözleşmenin niteliği ve yorum sonucu tespit edilen amacı, şişelerin özenle paketlenmesinin tek başına talep edilebilmesini haklı kılmaktadır. Aksi takdirde alıcının edimden sözleşmeye uygun bir şekilde faydalanması tehlikeye düşebilmektedir. Bu konuda bankaların sır saklama yükümlülüğü de örnek olarak gösterilebilir. Banka ile müşteri arasındaki sözleşmede sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenebilir. Sözleşmede böyle bir düzenlemenin olması durumunda sır saklama yan edim yükümlülüğünün dayanağı sözleşme olacaktır. Ancak bu hususa sözleşmede açıkça yer verilmemiş dahi olsa, banka dürüstlük kuralı gereği müşterisine karşı onun sırlarını saklamakla yükümlü olacaktır. Bu durumda sır saklama yan edim yükümlülüğünün kaynağını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır²¹².

Bunun dışında nitelik itibariyle koruma yükümlülükleri kapsamına giren bazı yükümlülüklerin kanunun açık düzenlemesiyle bir yan edim yükümlülüğü haline gelmesi de mümkün olmaktadır²¹³. BK. m. 332 hükmüne göre: “ İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasında hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak yer tedarikine mecburdur”. Söz konusu hüküm işverenin koruma yükümlülüğü kapsamına giren, işçinin iş güvenliği sağlamak için alınması lazım gelen tedbirleri alma yükümlülüğünü düzenlemektedir²¹⁴. Ancak Borçlar

²¹⁰ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 94.

²¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 12.

²¹² Altop, **a.g.e.**, s. 46, 47.

²¹³ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 95, 99; Serozan, **a.g.m.**, s. 117.

²¹⁴ BK m. 332/I hükmünde ifadesini bulan işçiyi koruma yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü mü yoksa yan edim yükümlülüğü mü olduğu tartışmalıdır. Bir asli edim yükümlülüğünden söz edebilmek için, söz konusu yükümlülüğün sözleşmenin tipini belirleyici nitelikte olması ve sözleşmenin asıl

Kanunu'nda açıkça düzenlenmesi nedeniyle söz konusu yükümlülük bir yan edim yükümlülüğü niteliğine bürünmüştür. İşverenin BK. m. 332 hükmünde yer alan yükümlülükleri ihlal etmesi halinde işçinin ifa davası açabileceği hususu tartışmalıdır²¹⁵. Ancak işverenin söz konusu önlemleri almaması alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açacaktır. İşçi bu durumda gerekli önlemlerin alınmasına kadar çalışmaktan kaçınabilecek ve BK. m. 325 uyarınca ücret talep edebilecektir²¹⁶. Ayrıca işverenin işçinin güvenliğine ilişkin önlemleri almayı sürekli olarak ihlal etmesi iş sözleşmesinin BK. m. 344 uyarınca feshedilmesi için haklı bir sebep oluşturacaktır²¹⁷. Kanundan ve dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülüklerinin yanında taraflarında bir koruma yükümlülüğünü anlaşılarak yan edim yükümlülüğü haline getirmeleri mümkündür²¹⁸.

b. Yan Yükümlülükler

Kanun edim yükümlülüklerinin düzenlenmesine ağırlık vermiş olmakla birlikte, bugün bunların yanında taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine ve amacına göre bir takım yan yükümlülüklerin, özellikle koruma yükümlülüklerinin doğduğu da kabul edilmektedir²¹⁹.

MK. m. 2/I hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralı herkesin borçlarını dürüstlük kuralına göre ifa edeceğini belirtirken yalnızca edim yükümlülüklerini

amacını oluşturması gerekmektedir. Oysa işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü amaç itibarıyla işçinin zararlardan korunmasını hedeflemektedir. Bunun yanı sıra söz konusu yükümlülük dolaylı da olsa işçinin asli edim yükümlülüğünü ifa etmesine de hizmet etmektedir. Bu nedenle biz işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü olduğu görüşüne katılmamaktayız. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Aydın, **a.g.e.**, s. 61.

²¹⁵ İlhan Ulsan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu: Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990, s. 43.

²¹⁶ Ulsan, **a.g.e.**, s. 43.

²¹⁷ Ulsan, **a.g.e.**, s. 43.

²¹⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 12; Serozan, **a.g.m.**, s. 117.

²¹⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s.10: Yazar yan yükümlülükleri “diğer davranış yükümlülükleri” (weitere Verhaltenspflichten) olarak adlandırmaktadır; Canaris, **JZ 1965**, s. 475; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 90; Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 260: Merz ise bu tür yan yükümlülükleri “bağımlı yan yükümlülükler” veya “ikincil yan yükümlülükler” olarak adlandırmaktadır; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96 vd.; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 113 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 37; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 45.

değil yan yükümlülükleri de kast etmektedir²²⁰. Borçlu ifa hazırlıkları aşamasında ve edimin ifası esnasında alacaklının asıl edime sözleşmeye uygun bir şekilde kavuşabilmesi ve herhangi bir zarar görmemesi için gerekli özeni göstermelidir²²¹. Yan yükümlülüklerin bir kısmı doğrudan dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır. Doğrudan dürüstlük kuralına dayanan yan yükümlülükler koruma yükümlülükleridir²²². Bunun dışındaki yan yükümlülükler ise sözleşme tipine ilişkin kanun hükümlerinin ve sözleşmenin dürüstlük kuralına göre objektif olarak yorumlanması ve tamamlanması suretiyle tespit edilir²²³. Şüphesiz taraflar da sözleşmede açıkça bu tür yan yükümlülükleri kararlaştırabilirler.

“Buna göre yan yükümlülükleri doğrudan dürüstlük kuralından doğan veya sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan çıkan ya da tarafların açıkça kararlaştırmaları sonucu oluşan ve tek başına ifası talep edilemeyen, ancak ihlali halinde tazminat ödeme borcu doğuran yükümlülükler olarak tanımlayabiliriz”²²⁴. Yan yükümlülükler amaçları ve hukuki dayanakları bakımından ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yükümlülükler olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir²²⁵.

Asıl edimin ifasının sözleşmenin amacına ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde gerçekleşmesine hizmet eden yan yükümlülükler ifaya yardımcı yan yükümlülükler olarak adlandırılmaktadır²²⁶. İfaya yardımcı yan yükümlülükler sözleşmenin kurulması ile birlikte doğarlar²²⁷ ve sözleşmenin dürüstlük kuralına göre objektif olarak yorumlanması ile tespit edilirler²²⁸. Şüphesiz sözleşmenin amacı ve tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaat bu aşamada çok önemli bir rol

²²⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 9; Eren, **a.g.e.**, s. 38.

²²¹ Larenz, **Schuldrecht**, s. 9.

²²² Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96; Moser, **a.g.e.**, s. 100 vd.

²²³ Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 260; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 45.

²²⁴ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 13; Eren, **a.g.e.**, s. 37; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 46; Aydın, **a.g.e.**, s. 72.

²²⁵ Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 269; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96 vd.; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 115; Eren, **a.g.e.**, s. 37; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

²²⁶ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 138 vd.; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 116; Eren, **a.g.e.**, s. 37.

²²⁷ MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 116; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

²²⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 138; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 46; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

oynamaktadır. Bu tür yükümlölükler asıl edimin ifasına yönelik olarak yapılması gereken hazırlık fiilleri ve asıl edimin ifası açısından büyük önem taşımaktadırlar²²⁹. Örneğin kolay kırılabilen bir nesneyi alıcıya gönderme yükümlölüğü altına giren satıcı, nesneyi kırılmadan alıcıya ulaştırabilecek şekilde göndermelidir. Aynı şekilde satıcı sattığı elektronik bir aletin güvenli bir şekilde kullanılması hususunda alıcıyı aydınlatmakla yükümlüdür²³⁰. İfaya yardımcı yan yükümlölükleri yan edim yükümlölüklerinden ayıran temel özellik ise bunların tek başına ifasının talep ve dava edilememesidir²³¹.

Buna karşılık koruyucu yan yükümlölüklerin tarafların birbirlerinin mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar vermemek için özen göstermesine ilişkin yükümlölüklerdir. Kısacası koruyucu yükümlölükler alacaklının ifa menfaatini değil de korunma menfaatine hizmet etmektedir²³².

Koruyucu yan yükümlölükleri konumuz açısından arz ettiği önem nedeniyle yakından incelenecektir. Çalışmamızda koruyucu yan yükümlölüklerinden kısaca “koruma yükümlölükleri” olarak söz edilecektir.

²²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 38.

²³⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 9.

²³¹ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 91: Bazı yazarlar yan edim yükümlölüğü ve yan yükümlölük ayrımı yerine bağımlı yan yükümlölük ve bağımsız yan yükümlölük ayrımını tercih etmektedirler; bkz. Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 261 vd.: Yazar bazı yan yükümlölüklerin doğrudan asıl edimin ifasına hizmet ettiğini belirttikten sonra, bir takım yan yükümlölüklerin ise doğrudan asıl edimin ifasına hizmet etmemekle birlikte ona yardımcı olduğunu belirtmektedir. Fakat buna rağmen yan edim yükümlölüğü ve yan yükümlölük ayrımını yapmamaktadır. Ancak tek başına ifası talep ve dava edilebilen “birincil yan yükümlölükler” (bağımsız yan yükümlölükler) ve tek başına ifası talep ve dava edilemeyen “ikincil yan yükümlölükler” (bağımlı yan yükümlölükler) ayrımı yaparak, yan edim yükümlölüklerini “birincil yan yükümlölükler” olarak nitelendirmektedir; Aynı yönde Moser, **a.g.e.**, s. 100.

²³² Larenz, **Schuldrecht I**, s. 10; Canaris, **JZ 1965**, s. 477; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 97; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 113; Eren, **a.g.e.**, s. 39; Serozan, **a.g.m.**, s. 118; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

c. Koruma Yükümlülükleri

Koruma yükümlülükleri ve edim yükümlülükleri ayrımı ilk olarak Alman yazar Heinrich Stoll tarafından ortaya atılmıştır²³³. Yazar bu ayrımı yaparken söz konusu iki yükümlülüğün hizmet ettikleri amacın birbirinden farklı olmasını temel almaktadır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde alacaklının ilk amacı asli edime kavuşmaktır. Borçlar Kanunumuz da (BK. m. 96 vd.) bunu dikkate alarak alacaklının ifa menfaatinin ön planda tutmuştur²³⁴. İfa menfaatinin gerçekleştirilebilmesi için edim yükümlülüklerin sözleşmeye ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde ifa edilmesi gerekmektedir. Ancak taraflar sözleşmeden bekledikleri edim menfaati dışında da bir takım mal ve şahıs varlığı değerlerine sahiptirler²³⁵. Sözleşme görüşmeleri aşamasında ve sözleşme kurulduktan sonra iki tarafın da birbirlerinin kişilik ve malvarlıksal haklarına etki etme imkânları doğmaktadır²³⁶. Bu nedenle tarafların edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesinin yanı sıra, birbirlerinin etki alanlarına açtıkları diğer şahıs ve malvarlığı haklarının zarar görmemesinde de menfaatleri vardır. Söz konusu menfaatin gerçekleştirilmesi ise koruma yükümlülükleri tarafından gerçekleştirilir. Buna göre edim yükümlülükleri sözleşmenin amacına ulaşmasına, yani ifa menfaatine hizmet ederken, koruma yükümlülükleri borçlunun korunma menfaatinin (Erhaltungsinteresse, Bütünlük menfaati = Integritätsinteresse) gerçekleştirmeyi hedeflemektedir²³⁷. Korunma menfaati alacaklının hukuken korunan bütün varlıklarını kapsamaktadır²³⁸. Söz

²³³ Heinrich Stoll, **Die Lehre von den Leistungsstörungen**, Tübingen, Paul Siebert Verlag, 1936, s. 10, 27.

²³⁴ Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 260; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 132; Eren, **a.g.e.**, s.30.

²³⁵ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 90; Eren, **a.g.e.**, s.30; Aydın, **a.g.e.**, s. 25 vd.

²³⁶ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 138; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 98; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 13; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 46.

²³⁷ Stoll, **a.g.e.**, s. 10, 27; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 10; Canaris, **JZ 1965**, s. 477; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 97; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 113; Eren, **a.g.e.**, s. 39; Serozan, **a.g.m.**, s. 118; YHGK., 6.5.1992 t., E. 1992/13-213, K. 1992, 315, YKD 1992, C. 18, sayı 8, s. 1178; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

²³⁸ Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 269; YHGK., 6.5.1992 t., E. 1992/13-213, K. 1992, 315, YKD 1992, C. 18, sayı 8, s. 1178.

konusu menfaatin ihlal edilmemesi için gerek borçlu gerek alacaklı sözleşmenin niteliğine ve amacına uygun bir şekilde davranmakla ve birbirlerine zarar vermemekle yükümlüdürler²³⁹. Bunun için tarafların birbirlerini önemli konularda aydınlatmak, sözleşmeye ilişkin önemli konularda doğru bilgi vermek ve birbirlerine zarar verebilecek fiillerde bulunmamak gibi sınırlı olarak sayılamayacak çeşitli koruma yükümlülükleri vardır²⁴⁰.

Koruma yükümlülüklerini edim yükümlülüklerinden ayıran diğer bir unsur ise hukuki dayanağıdır. Edim yükümlülükleri sözleşmeden doğarken, koruma yükümlülükleri doğrudan dürüstlük kuralından (MK. m. 2/I) doğmaktadır²⁴¹. MK. m. 2/I uyarınca her iki tarafın da gerek borçlarını ifa ederken gerek haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Dürüstlük kuralına uygun ifa ise tarafların hem ifa menfaatlerinin hem de korunma menfaatlerinin gözetilmesini kapsamaktadır²⁴². Koruma yükümlülüklerinin doğrudan dürüstlük kuralından doğması, bu tür yükümlülükleri sözleşme karşısında bağımsız kılmaktadır²⁴³. Buna dayanarak bugün doktrinde koruma yükümlülüklerinin herhangi bir sözleşmenin varlığı aranmaksızın, sözleşmeden bağımsız olarak doğabileceği savunulmaktadır²⁴⁴. Edim yükümlülükleri sözleşmenin kurulması ile birlikte şekillenmektedir. Ancak koruma yükümlülüklerine sözleşme kurulmadan önce taraflar henüz işlemsel temas halinde iken veya sözleşme görüşmelerini sürdürürken dahi gereksinim duyulmaktadır. Bunun nedeni ise tarafların bu aşamadan itibaren

²³⁹ Stoll, **a.g.e.**, s. 27; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 9, 131; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 90; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 112; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7, 13.

²⁴⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 138 vd.; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 90; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 13; Eren, **a.g.e.**, s. 39; Moser, **a.g.e.**, s. 101; Aydın, **a.g.e.**, s. 26; Koruma yükümlülüklerine verilen örnekler için bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 46.

²⁴¹ Stoll, **a.g.e.**, s. 25; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 9; Canaris, **JZ 1965**, s. 478; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96; Eren, **a.g.e.**, s. 39; Moser, **a.g.e.**, s. 100 vd.

²⁴² Stoll, **a.g.e.**, s. 11; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 13 vd.; 2.1.2002 tarihinde yapılan reformla birlikte Alman Medeni Kanunu'nun "Borçlar Hukuku" adlı ikinci kitabının "Borç İlişkilerinin İçeriği" başlıklı birinci bölümünde yer alan § 241 hükmüne eklenen ikinci fıkra açıkça koruma yükümlülüklerini düzenlemektedir. Buna göre: "Bir borç ilişkisi, içeriğine göre her iki tarafa da diğer âkidin haklarını, hukuki varlıklarını ve menfaatlerini koruma yükümlülüğü getirebilir".

²⁴³ Stoll, **a.g.e.**, s. 27; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N 5; Eren, **a.g.e.**, s. 41.

²⁴⁴ Stoll, **a.g.e.**, s. 11; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 14, 138; Canaris, **JZ 1965**, s. 478; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 91; Merz, **OR**, s. 63; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Serozan, **a.g.m.**, s. 117; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N 5; YHGK., 6.5.1992 t., E. 1992/13-213, K. 1992, 315, YKD 1992, C. 18, sayı 8, s. 1178; Moser, **a.g.e.**, s. 101.

şahıs ve malvarlığı haklarını birbirlerinin etki alanına sokmalarıdır²⁴⁵. Sahip oldukları değerleri karşı tarafın etki alanına sunan taraflar, bunların zarar görmeyeceğine ve karşı tarafın sözleşme kurmak amacıyla hareket ettiğine ilişkin bir güven beslemektedirler. Edim yükümlülükleri sözleşmeye dayanırken, koruma yükümlülükleri güven ilişkisine dayanmaktadır²⁴⁶. Bütün bunlar dikkate alındığında dürüstlük kuralı koruma yükümlülüklerinin sözleşmeden bağımsız olarak, sözleşme öncesi safhada doğmasını haklı kılmaktadır. Ayrıca bu şekilde doğan koruma yükümlülükleri daha sonra sözleşmenin kurulamamış olmasından veya geçersiz olmasından dahi etkilenmemektedir²⁴⁷. Sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi halinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) söz konusu olmaktadır²⁴⁸.

Sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların arasındaki güven ilişkisi daha da yoğunlaşır. Güven ilişkisinin bu şekilde yoğunlaşması sözleşmenin kurulmasından sonra, daha önce var olmayan bir takım koruma yükümlülüklerinin doğmasına yol açar²⁴⁹. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki bu aşamadan sonra doğan koruma yükümlülükleri de doğrudan dürüstlük kuralına dayanmaktadırlar²⁵⁰. Sözleşmenin kurulmasından sonra taraflardan birinin koruma yükümlülüklerini ihlal ederek karşı tarafa zarar vermesi halinde ise sözleşmenin müspet ihlali gündeme gelmektedir²⁵¹.

Bunun dışında bazı durumlarda dürüstlük kuralı sözleşmenin niteliği ve şartları gereği, sözleşmenin sona ermesinden sonra da bir takım koruma

²⁴⁵ Stoll, **a.g.e.**, s. 27; Larenz, **Schuldrecht I**, s.138; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 92; Canaris, **JZ 1965**, s. 476; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 98; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 46.

²⁴⁶ Stoll, **a.g.e.**, s. 27; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N 5.

²⁴⁷ Larenz, **Schuldrecht I**, s.109; Canaris, **JZ 1965**, s. 476 vd; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 92; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 199; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Eren, **a.g.e.**, s. 1086; Serozan, **a.g.m.**, s. 119 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 107.

²⁴⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 106 vd.; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 435 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 975 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 321 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 4; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 1 vd.

²⁴⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 118.

²⁵⁰ Canaris, **JZ 1965**, s. 479; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 119.

²⁵¹ Stoll, **a.g.e.**, s. 28; Canaris, **JZ 1965**, s. 476; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 367 vd; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 187; Serozan, **a.g.m.**, s. 120.

yükümlülüklerinin varlığını haklı kılabilir²⁵². Sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri de aynen sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri gibi dürüstlük kuralından doğmaktadır²⁵³. Sözleşme sonrası sadakat yükümlülükleri (nachwirkende Treuepflichten) sözleşmenin sona ermesinden sonra devam eden koruma yükümlülüklerindendir²⁵⁴. Örneğin bir kimsenin işletmesini devrettikten sonra aynı yerde yeni bir işletme kurarak devralanla rekabet edecek olursa bir koruma yükümlülüğü olan sözleşme sonrası sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olur²⁵⁵. Bir işyerinden ayrılan işçi iş sözleşmesi sona erse dahi işverene ve işyerine ilişkin bildiği sırları saklamakla yükümlüdür²⁵⁶. Sözleşme sonrası koruma yükümlülüklerinin ihlali de tıpkı sözleşme öncesi ve sözleşmesel koruma yükümlülükleri gibi ihlal eden tarafın sözleşme hükümleri uyarınca sorumluluğuna (culpa post pactum perfectum) yol açmaktadır²⁵⁷.

Dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülükleri dışında, taraflar da sözleşmede bu tür yükümlülükler yer verebilirler²⁵⁸. Nitelik itibariyle bir yan yükümlülük olmaları dolayısıyla koruma yükümlülüklerinin tek başına ifası talep edilememektedir. Alacaklı ancak koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde borçluya karşı tazminat davası açabilmektedir²⁵⁹.

²⁵² Larenz, **Schuldrecht I**, s. 141; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 91, 92; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 167 vd., 181; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 197; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 53; Serozan, **a.g.m.**, s. 121.

²⁵³ Canaris, **JZ 1965**, s. 479; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 141; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 142; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 6.

²⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14.

²⁵⁵ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 92; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 6.

²⁵⁶ Örnek için bkz. MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 197; Bu konuda başkaca örnekler için bkz. Aydın, **a.g.e.**, s. 86.

²⁵⁷ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 142; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N 6.

²⁵⁸ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 96.

²⁵⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 12; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 99; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. § 2 N 15; Eren, **a.g.e.**, s. 37.

2. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi

Bir yan yükümlülük olmasına rağmen koruma yükümlülüklerinin diğer yan yükümlülüklerden farklı olarak taraflar arasındaki sözleşmeden değil de, doğrudan dürüstlük kuralından doğduğunu belirtmiştik. Koruma yükümlülüklerinin doğrudan kanundan doğması özelliği edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin gelişmesine yol açmıştır.

Stoll tarafından savunulan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri ayrımı daha sonra Larenz²⁶⁰ tarafından geliştirilen edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi ve Canaris²⁶¹ tarafından savunulan bütünsel borç ilişkisi teorilerine kaynak oluşturmuştur²⁶².

İlk defa Larenz tarafından savunulan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi edim yükümlülükleri-koruma yükümlülükleri ayrımından hareket etmektedir²⁶³. Yazar koruma yükümlülüklerinin doğrudan dürüstlük kuralına dayanması nedeniyle sözleşmeden bağımsız olarak henüz sözleşme kurulmadan, tarafların sözleşme görüşmelerine veya işlem yapmak için temasa başlamalarıyla doğabileceğinden yola çıkmaktadır²⁶⁴. Şöyle ki tarafların işlemsel temasa veya sözleşme kurmak amacıyla görüşmeye başladıkları anda birbirlerinin kişilik değerlerine ve malvarlığına zarar verebilme ihtimali ve tehlikesi doğmaktadır²⁶⁵. Bu

²⁶⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 104 vd.

²⁶¹ Canaris, **JZ 1965**, s. 475 vd.

²⁶² Stoll “Die Lehre von den Leistungsstörungen” adlı eserinde edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri ayrımına ağırlık vermekle birlikte, esasen koruma yükümlülüklerinin taraflar arasında özel bir ilişki meydana getirebileceği hususuna da değinmiştir. Yazar koruma yükümlülüklerinin taraflar arasındaki güven ilişkisine dayandığını belirterek, bu güven ilişkisinin devamı boyunca koruma yükümlülüklerinin de devam edeceğini ifade etmiştir. Ancak Stoll bu konuyu ayrıntılı bir şekilde irdelememiştir; Stoll, **a.g.e.**, s. 26 vd.

²⁶³ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 106; Serozan, **a.g.m.**, s. 117; Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, **a.g.e.**, s. 159 vd.

²⁶⁴ Larenz, **Schuldrecht I**, s.105; Canaris, **JZ 1965**, s. 476; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 134 vd.; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 30 vd.,178 vd.; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 198 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 1; Serozan, **a.g.m.**, s. 108 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Moser, **a.g.e.**, s. 106 vd.

²⁶⁵ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 91, 430; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 134; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 178; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 201; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N 5.

safhada taraflardan her biri diğ er tarafın kendisine zarar vermeyeceğ ine ve makul ve d ur st şekilde davranacağ ına ilişkin, hukuk düzeni tarafından korunması gereken bir güven beslemektedir²⁶⁶. Söz konusu güven ilişkisi hukuk düzeni tarafından işlem hayatının güvenilir ve sorunsuz bir şekilde devam edebilmesi için korunmalıdır²⁶⁷. Buna dayanarak taraflar arasında, karşılıklı güven nedeniyle hukuki kaynağ ını dürüstlük kuralında bulan ve yalnızca koruma yükümlülükleri içeren bir kanuni borç ilişkisinin meydana geldiğ i savunulmaktadır²⁶⁸. Edim yükümlülüğünden bağımsız şekilde oluştuğ u savunulan ve yalnızca koruma yükümlülükleri içeren borç ilişkisi doktrin tarafından “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi” veya doğrudan kanundan doğduğ u (MK. m. 2/I) için “kanuni borç ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır²⁶⁹. İşlemsel temasa veya sözleşme görüşmelerine başlayan kişiler arasındaki ilişki (culpa in contrahendo) ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine örnek olarak g sterilmektedir²⁷⁰.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi ile asıl hedeflenen Borçlar Hukuku’ndaki ikili sorumluluk ayrımının yarattığ ı bir takım adaletsiz sonuçların giderilmesidir²⁷¹. Bugün doktrinde işlemsel temasa veya sözleşme görüşmelerine başlayan kimseler arasında özel bir güven ilişkisinin kurulduğ u, bu kişilerin özel bir amaç için bir araya gelmeleri nedeniyle haksız fiil hükümlerinin güven ilişkisinin ve koruma yükümlülüklerinin mahiyetine uygun d şmeyeceğ i

²⁶⁶ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 106; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 134; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 178; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 199; Eren, **a.g.e.**, s. 1083; Moser, **a.g.e.**, s. 106; Serozan, **Armağ n**, s. 718.

²⁶⁷ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 106; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 134.

²⁶⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 106; Canaris, **JZ 1965**, s. 476; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 98, 141; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 178; M Ko/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 199; Kocayusufpaşaoğ lu, **a.g.e.**, s. 8, 12; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 12a; Serozan, **a.g.m.**, s. 109 vd; Eren, **a.g.e.**, s. 41 vd; Moser, **a.g.e.**, s. 107.

²⁶⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s.106; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 142; Kocayusufpaşaoğ lu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Kırca, **a.g.e.**, s. 158; Aydınlı, **a.g.e.**, s. 24.

²⁷⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 14; Kırca, **a.g.e.**, s. 159; Bir kimsenin kişi ve malvarlığ ını başka birisinin etki alanına sokan bir ‘sosyal ilişki’ nin dahi edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi meydana getirebileceğ i yönündeki görüş için bkz. MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 84; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 430 vd.; Serozan, **a.g.m.**, s.122 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 1; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Aydınlı, **a.g.e.**, s. 21 vd.

²⁷¹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 105; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 179 vd.; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 202; Kocayusufpaşaoğ lu, **a.g.e.**, § 2 N 9; Serozan, **a.g.m.**, s. 116 vd; Serozan, **Armağ n**, s. 717.

düşünülmektedir²⁷². Bu nedenle güven ilişkisinin kurulması ile birlikte oluşan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin ihlali halinde, sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁷³.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin kurulabilmesi için taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin veya işlemsel temasın başlaması yeterlidir²⁷⁴. Tarafların daha sonra bir sözleşme kurmuş olup olmamaları veya sözleşmenin geçersiz olması herhangi bir öneme sahip değildir²⁷⁵. Bu, koruma yükümlülüklerinin kurulacak olan sözleşmeye değil de doğrudan dürüstlük kuralına dayanmasının doğal sonucudur²⁷⁶. Bu şekilde kurulan kanuni borç ilişkisinin tarafları birbirlerinin kişilik değerlerine ve malvarlıklarına zarar vermemek için özen göstermek ve gereken her türlü önlemi almak, bir tarafın sözleşme kurma kararına veya sözleşmenin şartlarına etki edebilecek konularda doğru bilgi vermek ve sözleşmeye ilişkin önemli ve özellikle teknik hususlarda birbirlerini aydınlatmakla yükümlüdürler²⁷⁷. Taraflardan birinin koruma yükümlülüklerini bu aşamada ihlal etmesi ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo sorumluluğu) gündeme getirmektedir²⁷⁸.

Culpa in contrahendo sorumluluğu Borçlar Kanun'unun bazı hükümlerinde (BK. m. 26, 36/II, 39) düzenlenmiş olmakla birlikte, kanunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir²⁷⁹.

²⁷² Larenz, **Schuldrecht I**, s. 105; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 141; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 430 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 148, 159.

²⁷³ Larenz, **Schuldrecht I**, s. S. 14, 112, 121 vd; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 141, 148; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 179; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 198; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 5; Serozan, **a.g.m.**, s. 116; Serozan, **Armağan**, s. 718; Moser, **a.g.e.**, s. 117.

²⁷⁴ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 106; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7; Eren, **a.g.e.**, 42.

²⁷⁵ Larenz, **Schuldrecht I**, s.109; Canaris, **JZ 1965**, s. 476 vd; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 433; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 33, 181; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 199; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Eren, **a.g.e.**, s. 1086; Serozan, **a.g.m.**, s. 119 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 107.

²⁷⁶ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 109; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 134; Eren, **a.g.e.**, s. 43.

²⁷⁷ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 110; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 182; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7; Eren, **a.g.e.**, s. 43, 1084; Moser, **a.g.e.**, s. 106.

²⁷⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s.112; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 68, 321 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7; Eren, **a.g.e.**, s. 41, 1084; Moser, **a.g.e.**, s.106.

²⁷⁹ Kramer, **Berner Kommentar** Einl. N 136; Serozan, **a.g.m.**, s. 119 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 138 vd.

Bu nedenle bu sorumluluğun hukuki dayanağı ve hukuki niteliği öteden beri tartışmalıdır²⁸⁰. Bugün ise culpa in contrahendo sorumluluğu hâkim görüş tarafından edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisine dayandırılmakta ve sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁸¹.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden yola çıkan Canaris ise bugün birçok yazar²⁸² tarafından kabul görmüş olan bütünsel borç ilişkisi teorisini geliştirmiştir. Bütünsel borç ilişkisi teorisi culpa in contrahendo sorumluluğunun ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin yanı sıra akdin müspet ihlalinin²⁸³ ve sözleşme sonrası koruma yükümlülüklerinin de hukuki dayanağı olarak gösterilmektedir²⁸⁴.

Yazar sözleşme öncesi aşamada, sözleşme esnasında ve sözleşmenin sona ermesinden sonra oluşan bütün koruma yükümlülüklerinin edim ilişkisinden bütünüyle farklı olan güven ilişkisine dayandığını belirtmektedir. Buna göre edim yükümlülüklerinden bağımsız bir şekilde oluşan koruma yükümlülükleri, yapıları ve amaçları itibariyle edim yükümlülüklerinden tamamen farklı olmaları nedeniyle aynı kurallara tabi olmamalıdır. Güven ilişkisinin kurulması ile birlikte doğan koruma yükümlülüklerinin yanı sıra, taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunlaşması yeni koruma yükümlülüklerinin doğmasına yol açabilmektedir. Yazar hangi aşamada doğarsa doğsun bütün koruma yükümlülüklerinin tarafların iradelerinden bağımsız olarak doğrudan dürüstlük kuralından doğduğuna ve bu koruma yükümlülüklerinin

²⁸⁰ Tartışmalar için bkz. Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 136 vd; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 323 vd.; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 9; Eren, **a.g.e.**, s. 1085 vd; Moser, **a.g.e.**, s. 106.

²⁸¹ Larenz, **Schuldrecht I**, s.106 vd; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 134; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 178 vd.; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 7; Eren, **a.g.e.**, s. 41 vd; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54; Serozan, **a.g.m.**, s. 117 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 107; Aydın, **a.g.e.**, s. 84.

²⁸² Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 148; Teichmann, **a.g.e.**, § 242 N 189; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. § 2 N 14; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54; Serozan, **a.g.m.**, s. 119 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 111; Kırca, **a.g.e.**, s. 101.

²⁸³ Doktrinde temerrüt veya imkânsızlık dışındaki diğer sözleşmeye aykırı davranışlar akdin müspet ihlali olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Larenz, **Schuldrecht I**, s. 367 vd; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 187; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 317 vd.; Altop, **a.g.e.**, s. 97; Canaris burada akdin müspet ihlali hallerinden, taraflardan birinin koruma yükümlülüklerini ihlal ederek diğer tarafa zarar vermesi durumunu kastetmektedir; Canaris, **JZ 1965**, s. 477.

²⁸⁴ Canaris, **JZ 1965**, s. 476 vd.

amaç ve yapı itibariyle hiçbir fark arz etmediğine işaret ederek, hepsinin hukuki kaynağının dürüstlük kuralından doğan borç ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Bu borç ilişkisi Canaris tarafından “bütünsel borç ilişkisi” (Das einheitliche Schuldverhältnis) olarak adlandırmaktadır. Tarafların işlemsel temasa başlamaları ile birlikte doğan borç ilişkisi, sözleşme görüşmeleri, sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin ifası aşamaları ile birlikte yoğunlaşmaktadır. Bütünsel borç ilişkisi teorisine göre tarafların sözleşme görüşmelerinin ardından bir sözleşme kurmuş olmaları halinde dahi edim yükümlülüğü içermeyen kanuni borç ilişkisi sözleşmeden bağımsız olarak varlığını sürdürecektir. Böylelikle sözleşmesel borç ilişkisinin edim ilişkisi ve koruma ilişkisi olmak üzere iki ayrı ilişkiden oluştuğu savunulmaktadır. Ayrıca edim ilişkisinden bütünüyle bağımsız olan koruma ilişkisinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da güven ilişkisi ortadan kalkana kadar devam edebileceği ifade edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak sözleşmenin herhangi bir nedenle iptal edilmesi veya geçersiz olduğunun anlaşılması durumunda edim ilişkisi ortadan kalkacak, fakat edim yükümlülüğünden bağımsız olan koruma ilişkisi varlığını sürdürecektir. Böylelikle sözleşme öncesi (culpa in contrahendo) , sözleşmesel (akdin müspet ihlali) ve sözleşme sonrası (culpa post pactum perfectum) koruma yükümlülüklerinin ihlali ortak bir hukuki temele oturtulmuş bulunmaktadır²⁸⁵.

Ancak Canaris tarafından ileri sürülen, kanuni borç ilişkisinin sözleşmenin kurulmasından sonra da sözleşmeden bağımsız olarak varlığını sürdüreceği fikri doktrinde tartışmalıdır²⁸⁶.

Larenz’e göre sözleşmenin kurulması ile birlikte koruma yükümlülüklerinden oluşan kanuni borç ilişkisi sözleşme ilişkisine dâhil olur²⁸⁷. Bu durumda ortada tek bir borç ilişkisi (sözleşme) olmakta ve bu borç ilişkisi hem edim yükümlülüklerini hem de koruma yükümlülüklerini içermektedir²⁸⁸. Böylece sözleşmesel borç ilişkisi

²⁸⁵ Canaris, **JZ 1965**, s. 480.

²⁸⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Larenz, **Schuldrecht I**, s. 13, 119 vd.; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 143; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Moser, **a.g.e.**, s. 102.

²⁸⁷ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 14, 117 vd.

²⁸⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 14, 118.

hem sözleşme görüşmeleri esnasında oluşmuş bulunan koruma yükümlülüklerini içermekte hem de sözleşmenin kurulması ile birlikte taraflar arasındaki ilişkinin yoğunlaşmasıyla yeni koruma yükümlülükleri oluşmaktadır²⁸⁹.

Kanaatimizce bu iki görüş arasında doğurdıkları sonuç açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zira sözleşmenin kurulması ile birlikte edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin sözleşmesel ilişkiye dâhil olacağını savunan görüş de sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin varlığını koruyacağını ve bu geçersizlikten etkilenmeyeceğini kabul etmektedir. Bunun yanında sözleşmenin ifa ile sona ermesi halinde bir takım koruma yükümlülüklerinin varlığını sürdürebileceği de ifade edilmektedir²⁹⁰. Ancak Larenz iki ayrı borç ilişkisinin yan yana devam etmesi halinde bu borç ilişkilerinin ve bunlardan doğan yükümlülüklerin birbirinden ayrılmasının oldukça güç olabileceğini belirtmektedir. Yazar kira sözleşmesinde kiracının kiralanan şeyi muhafaza yükümlülüğünün²⁹¹ bir koruma yükümlülüğü mü olduğu yoksa sözleşmeden doğan ve sözleşmenin synallagma özelliğine dâhil olan bir yan edim yükümlülüğü mü olduğunun tespitinin oldukça güç olacağını vurgulamaktadır. Bu nedenle yazar biri kanuni borç ilişkisinden doğan diğeri sözleşmeden kaynaklanan iki talebin birbirleriyle yarışacağını ve bu durumun karışıklıklara yol açabileceğini savunmaktadır. Yazar ayrıca koruma yükümlülüklerinin ihlalinin kimi zaman aynen edim yükümlülüklerinin ihlali gibi tazminat talebi dışında sürekli borç ilişkilerinin feshi için haklı neden oluşturabileceğini belirterek aynı kurallara tabi olan ve birbirlerini etkileyebilen edim ilişkisinin ve koruma ilişkisinin ayrı tutulmasını eleştirmektedir. Larenz'e göre sözleşmenin sona ermesi veya geçersiz olması halinde edim yükümlülüklerinden

²⁸⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 14, 119.

²⁹⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 119, 141.

²⁹¹ Kiralanan şeyi özenle muhafaza etme yükümlülüğü BK m. 256/ f. I hükmünün kapsamına girmektedir. 256. maddenin ikinci fıkrası ise bu yükümlülüğün kiracı tarafından kendisine yapılan ihtara rağmen daimi bir şekilde ihlal edilmesi halinde, kiralayana bundan doğan zararların tazmini ve kira akdini feshetme imkânı vermektedir. Söz konusu yükümlülüğün tek başına talep edilebilmesi ve kira sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturması nedeniyle burada esasen bir yan edim yükümlülüğü söz konusudur.

bağımsız borç ilişkisinin varlığını kabul edebilmek için sözleşmenin birbirinden bağımsız iki ayrı borç ilişkisinden oluştuğunu kabul etmek zorunlu değildir²⁹².

3. Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisinin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağını Teşkil Ettğine İlişkin Görüş

Koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülükleri karşısındaki bağımsızlığından yola çıkarak edim yükümlülükleri içermeyen borç ilişkilerinin varlığını kabul eden öğreti, bir adım daha atarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeleri yeni bir hukuki temele oturtmuştur²⁹³.

Culpa in contrahendo ve akdin müspet ihlalini bütünsel borç ilişkisi teorisi çerçevesinde değerlendiren Canaris, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeleri de bu teorinin bir görünüm şekli olarak incelemektedir²⁹⁴. Buna göre tarafların birbirlerine ait hukuki değerlere etki etme aşamasına geldikleri anda, sözleşmenin kurulmuş olma şartı aranmaksızın, doğrudan dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunabilmeleri hususu, üçüncü kişiler bakımından da geçerli olmalıdır. Koruma yükümlülüklerinin sözleşmeye taraf olunması nedeniyle değil de güven ilişkisine dayandığını bir kere kabul ettikten sonra, artık bir adım daha atıp bu imkânı güven ilişkisinin kapsamına giren üçüncü kişilere de tanımak gerekmektedir²⁹⁵. Üçüncü kişi lehine doğan koruma yükümlülükleri de, aynen tarafların birbirlerine karşı haiz oldukları koruma yükümlülükleri gibi, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine

²⁹² Larenz, **Schuldrecht I**, s. 120; Canaris'in bütünsel borç ilişkisi teorisine yöneltlen eleştirilere ilişkin açıklamaları için bkz. Canaris, **FS Larenz**, s. 84 vd.

²⁹³ Canaris, **JZ 1965**, s. 477; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 14; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 144; MüKo/Roth, **a.g.e.**, § 242 N 205; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 42 vd ; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54, 56; Serozan, **a.g.m.**, s. 113, 117 vd.

²⁹⁴ Canaris, **JZ 1965**, s. 478, 479; Canaris, **FS Larenz**, s. 84 vd.

²⁹⁵ Canaris, **JZ 1965**, s. 480; Canaris, **FS Larenz**, s. 88.

dayanmaktadır²⁹⁶. Bu borç ilişkisi taraflar arasındaki güvenden kaynaklanmakta ve hukuki dayanağını dürüstlük kuralında bulmaktadır²⁹⁷.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamında ele alınması, üçüncü kişinin sözleşme öncesi safhada da korunabilmesini sağlayacaktır. Bunun yanında taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olması veya iptal edilmesi edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin varlığına etki etmediği için, söz konusu durumlarda da üçüncü kişi kendisine karşı vuku bulan koruma yükümlülükleri ihlalleri için sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabilecektir. Sözleşmesel borç ilişkisinin edim ilişkisi ve koruma ilişkisinin toplamı olduğunu ifade eden yazar, bu iki ayrı borç ilişkisinin taraflarının birbirleri ile özdeş olmak zorunda olmadığını belirtmektedir. Kurulmak istenen veya kurulmuş olan sözleşmenin güven ortamına dâhil edilen kişi korunan, korumakla yükümlü olan ise bu güveni yaratan kişidir²⁹⁸.

Bilindiği gibi bütünsel borç ilişkisi teorisi uyarınca edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi sözleşmenin kurulmasının ardından sona ermemekte, onun yanında varlığını devam ettirmektedir. Canaris bu düşüncenin üçüncü kişinin korunması için gerekli olduğunu ifade etmekte ve aksini savunmanın üçüncü kişiye karşı sorumluluğu gereksiz olarak zorlaştıracaklarını düşünmektedir²⁹⁹. Daha sonra kurulan sözleşmesel borç ilişkisinin edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisini içine alacağını ve böylelikle bu andan sonra artık tek bir borç ilişkisinin söz konusu olacağını savunan görüş ise ikili bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi doğrudan şahıs ve malvarlığını tarafların etki alanına sokan üçüncü kişi ile bunlara etki etme olanağına kavuşan borçlu arasında kurulacaktır. Söz konusu edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi doğrudan kanundan doğmakla birlikte, bu borç ilişkisinin varlık sebebi ortada

²⁹⁶ Canaris, **JZ 1965**, s. 478.

²⁹⁷ Canaris, **JZ 1965**, s. 480.

²⁹⁸ Canaris, **JZ 1965**, s. 478, 480.

²⁹⁹ Canaris, **FS Larenz**, s. 103.

herhangi bir sözleşme varsa, bu sözleşme ilişkisidir³⁰⁰. Sözleşme kurulmamışsa veya geçersiz olduğu tespit edilmişse bu durumda kanuni borç ilişkisi sözleşme öncesi aşamada kurulmuş bulunan güven ilişkisine dayanmaktadır³⁰¹. Her iki durumda da üçüncü kişi uğradığı zararı sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca doğrudan borçludan talep edebilecektir³⁰².

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine dayandığı görüşü Almanya’da hâkim fikri oluşturmaktaydı³⁰³. Bugün ise Almanya’da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler ile ilgili uzun zamandır süren çalışmalar sonuç vermiş ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak kanundaki (BGB § 311 Abs. 3) yerini almıştır.

G. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağına İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi

1. Üçüncü Şahıs Yararına Tam Sözleşmenin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağını Teşkil Ettiğine İlişkin Görüş

İmparatorluk Mahkemesi’nin ve Alman Federal Mahkemesi’nin üçüncü şahıs yararına tam sözleşme kavramını kanunun lafzına ve ruhuna aykırı bir şekilde genişleterek, taraflar arasında kurulan sözleşmeyi, edime yakın olan ve korunmasında alacaklının menfaati olan üçüncü kişilerin varlığı halinde, üçüncü

³⁰⁰ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229.

³⁰¹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 119.

³⁰² Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229, 231.

³⁰³ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 224 vd.; Canaris, **JZ 1965**, s. 475 vd; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 566 vd.; MüKo/ Kramer, **a.g.e.**, Einl. § 241 N 76; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, Art 328 N 80, 81; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 153 vd, 219 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s.41 vd; Keitel, **a.g.e.**, s 23, 24, 76 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 107, 111, 118, 119; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 146, 152 vd.

şahıs yararına tam sözleşme olarak yorumlaması doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmiştir³⁰⁴.

Bu uygulamaya ilk olarak getirilebilecek eleştiri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile güdülen amacın üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden bütünüyle farklı olmasıdır³⁰⁵. Gerek BGB § 328/ f. II gerekse BK. m. 111/ f. II üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeyi düzenlerken, açıkça “borcun ifasının” talebinden söz etmiştir. Burada esasen asli edimin ifası kastedilmektedir. Üçüncü şahıs yararına tam sözleşme ile sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir şahsa asli edimin ifa edilmesi amaçlanmaktadır. Oysa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü kişiye herhangi bir şekilde ifayı talep hakkı vermemektedir. Yalnızca borçlunun bir takım koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucu zarar gören üçüncü kişinin sözleşmenin koruyucu etkisi alanına dâhil edilmesi amaçlanmaktadır³⁰⁶. Kısacası üçüncü şahıs yararına tam sözleşme ile kural olarak üçüncü kişinin hukuki durumunda bir değişiklik yaratmak istenirken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile hedeflenen üçüncü kişinin uğradığı zararların tazmin edilmesidir³⁰⁷. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede borçlu, üçüncü kişiye karşı ifa ile yükümlü tutulmamakta, yalnızca ona karşı bir takım koruma yükümlülükleri altına girmektedir³⁰⁸. Bu nedenle kanun tarafından öngörülen şartları taşımayan, yani üçüncü kişiye asli edimin ifasını talep edebilme hakkı tanımayan, yalnızca üçüncü kişi lehine koruma yükümlerinin tesis edildiği bir sözleşmeyi üçüncü kişi yararına tam sözleşme olarak nitelendirmek bütünüyle kanuna aykırıdır³⁰⁹.

Bunun dışında taraflar arasındaki sözleşmenin üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olarak yorumlanabilmesi için üçüncü kişi yararına bir edimin

³⁰⁴ Larenz, **NJW 1956**, s. 1193, 1194; Larenz, **NJW 1960**, s. 79.; Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 262 vd.; Hadding, **a.g.e.**, Anhang § 328 N 4; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 79; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 566; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 60; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 46 vd; Ziegler, **a.g.e.**, s. 25 vd; Dahm, **a.g.e.**, s. 18 vd.; Puhle, **a.g.e.**, 33; Hirth, **a.g.e.**, s. 85 vd; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 110 vd; Siegerist, **a.g.e.**, s. 32 vd.

³⁰⁵ Larenz, **NJW 1956**, s. 1193, 1194; Larenz, **Schutzwirkung**, NJW 1960, s. 79; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 52 vd.; Ziegler, **a.g.e.**, s. 20; Dahm, **a.g.e.**, s. 18; Puhle, **a.g.e.**, s. 33; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 110 vd.

³⁰⁶ Larenz, **NJW 1960**, s. 79; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 49 vd.

³⁰⁷ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 55.

³⁰⁸ Larenz, **NJW 1960**, s. 79; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 55; Ziegler, **a.g.e.**, s. 21 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 34.

³⁰⁹ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 60; Ziegler, **a.g.e.**, s. 21; Puhle, **a.g.e.**, s. 19.

kararlaştırılması ve üçüncü kişinin edimi doğrudan tek başına talep edebilmesi gerekmektedir. BK. m. 111/ f. II bir sözleşmenin hangi hallerde üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olduğunu düzenlemektedir. Hükümün düzenlemesine göre böyle bir sözleşme tarafların niyetlerine göre oluşabileceği gibi örf ve adet gereği de oluşabilir. Bunun dışında bazı kanun hükümleri de (Örn. BK. m. 112) birtakım sözleşmelerde üçüncü şahsa doğrudan ifayı talep hakkı vermektedir. Bu haller dışında tarafların kurdukları sözleşmenin üçüncü kişi yararına tam sözleşme olarak yorumlanması mümkün değildir.

Taraflar üçüncü şahsın ifayı doğrudan talep edebileceğini açıkça kararlaştırabilecekleri gibi zımnen de kararlaştırabilirler. Taraf iradelerinin dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanması ile üçüncü kişi yararına tam sözleşme kurmak istedikleri yönünde bir sonuca varılması halinde de, üçüncü kişiye asli edimin ifasını talep etme hakkı verilmektedir. Şüphesiz bu noktada sözleşmenin amacı ve işin mahiyeti de çok önemli bir rol oynamaktadır. Oysa gerek İmparatorluk Mahkemesi'nin gerekse Federal Mahkeme'nin kararları incelendiğinde, bu kararlara konu olan olaylarda, tarafların üçüncü şahsa herhangi bir şekilde ifayı talep hakkı verme niyetlerinin olmadığı gözlemlenmektedir³¹⁰. Ayrıca sözleşmenin amacından da böyle bir sonucun çıkarılması mümkün görülmemektedir³¹¹. Kaldı ki İmparatorluk Mahkeme'si üçüncü kişi yararına tam sözleşmeden söz etmesine rağmen, kararlarında yalnızca üçüncü kişinin koruma yükümlölüklerinden yararlanmasından söz etmektedir³¹². Buna rağmen bu tür sözleşmelerin üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olarak yorumlanması ilgili hükümün lafzına ve amacına tamamen aykırıdır. Şüphesiz taraflar sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca bir takım üçüncü kişilerin sözleşme hükümleri uyarınca korunacağını kararlaştırabilirler.

³¹⁰ RGZ 87, s. 66 vd. . ; RGZ 91, s. 24, 25, RGZ 127, s. 224; BGH NJW 1956, 1193; bkz. Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 163 vd.; Ziegler, **a.g.e.**, s. 20; Puhle, **a.g.e.**, s. 34.

³¹¹ Heiseke, **NJW 1960**, s. 78; Ziegler, **a.g.e.**, s. 20, 25; Puhle, **a.g.e.**, s. 35.

³¹² RGZ 91, s. 25: Alman İmparatorluk Mahkemesi bu kararda açıkça koruma yükümlölüklerinin üçüncü kişileri de kapsamından söz etmiştir; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 43; Ziegler, **a.g.e.**, s. 20; Puhle, **a.g.e.**, s. 32.

Ancak bu husus da üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeden bütünüyle farklıdır³¹³. Zira böyle bir anlaşma da yine üçüncü kişiye herhangi bir şekilde ifayı talep hakkı vermez. Ancak koruma yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle bir zarar görülmesi halinde, bu zararın tazmini için zarar veren borçluya karşı sözleşme hükümlerine dayanan ve doğrudan ileri sürebileceği bir talep hakkı verir.

Bütün bu nedenlerle İmparatorluk Mahkemesi'nin ve Federal Mahkemenin söz konusu kararlarının hatalı bir hukuki temele dayandırıldığını söylemek mümkündür³¹⁴. Üçüncü kişiye karşı yalnızca koruma yükümlülüklerinin kabul edildiği hallerin, üçüncü şahıs yararına tam sözleşme olarak yorumlanmaları kanunun açık hükmü nedeniyle (BGB § 328/ f. II, MK m. 111/ f. II) mümkün değildir.

2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Sözleşmenin Yorumlanması Ve Tamamlanması Görüşü

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile üçüncü kişiyi koruyucu etkinin tesis edilebileceği görüşü Alman Federal Mahkemesi de dâhil olmak üzere birçok taraftar bulmuş olmakla birlikte, ilk ileri sürüldüğünden bu yana haklı olarak doktrin³¹⁵ tarafından eleştirilmektedir.

³¹³ Kanunun üçüncü şahsa asli edimi talep yetkisi veren bir sözleşmenin kurulmasına müsaade etmesi nedeniyle, ondan daha hafif olan üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşmeye evleviyetle müsaade edeceği yönünde Larenz, *NJW* 1960, s. 79; Tandoğan, *a.g.e.*, s. 166.

³¹⁴ Gernhuber, *FS Nikisch*, s. 263; Tandoğan, *a.g.e.*, s. 165; Ziegler, *a.g.e.*, s. 19; Dahm, *a.g.e.*, s. 22; Puhle, *a.g.e.*, s. 33; Siegerist, *a.g.e.*, s. 35.

³¹⁵ Gernhuber, *FS Nikisch*, s. 249 vd; Kümmeth, *a.g.e.*, s. 80 vd.; Ziegler, *a.g.e.*, s. 29 vd.; Siegerist, *a.g.e.*, s. 52 vd.

Bu görüşe yöneltilebilecek en temel eleştiri esasında boşluk içermeyen sözleşmelerin tamamlanamayacağıdır. Sözleşmede boşluk, tarafların sözleşmenin içerik açısından bir bütün teşkil etmesi için düzenlenmesi gereken bir hususa sözleşmede yer vermemeleri halinde söz konusu olur. Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin hukuki konumu hakkında herhangi bir düzenleme içermeyen sözleşmelerde ise boşluk yoktur³¹⁶. Zira üçüncü kişilerin sözleşme hükümleri karşısındaki hukuki konumu sözleşmenin içeriğine dâhil değildir³¹⁷. Sözleşmede düzenlenmeyen her konu sözleşme boşluğu oluşturmaz. Bir hususun boşluk teşkil edebilmesi için sözleşmenin amacına ulaşmasını engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir³¹⁸. Tarafların sözleşme yapmasındaki asıl amaç sözleşmeye konu olan edimin ifasını sağlamak ve aralarındaki ifaya yönelik hukuki ilişkileri düzenlemektir³¹⁹. Bu nedenle de çoğu defa üçüncü kişilere ilişkin bir düzenleme yapmayı düşünmemekte veya istememektedirler. Bu hususu düzenlememiş olmaları ise onların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacı gerçekleştirmelerini engellememektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeleri sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandıran görüş esasında sözleşmeye gerçek olmayan bir amaç izafe etmektedir³²⁰. Gernhuber bu noktada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin en çok kira sözleşmelerinde gündeme geldiğini, fakat bugün dahi yapılan kira sözleşmelerinin hemen hiçbirinde üçüncü kişiler hakkında herhangi bir düzenleme yapılmadığını belirterek, bütün kira sözleşmelerinin boşluk içerdiğini savunmanın ne denli doğru olabileceğini sorgulamak gerektiğini ileri sürmektedir³²¹.

Bir görüşe göre³²² üçüncü kişinin sözleşme ile korunmasına ilişkin bir anlaşmanın eksikliği halinde, sözleşmede boşluk olduğunu iddia etmek ve bu sözleşmeyi yorumla tamamlamak aslında sözleşmeyi tarafların iradesinin aksine genişletmek anlamına gelmektedir. Zira böylece sözleşme tamamlanmamakta, aksine

³¹⁶ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265; Kümmeth, **a.g.e.**, s.91; Ziegler, **a.g.e.**, s. 31; Siegerist, **a.g.e.**, s. 52.

³¹⁷ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265.

³¹⁸ Merz, **a.g.e.**, Art. 2 N 133; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 36, 37; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 90; Siegerist, **a.g.e.**, s. 52.

³¹⁹ Kümmeth, s. 91.

³²⁰ Ziegler, **a.g.e.**, s. 33.

³²¹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265.

³²² Kümmeth, **a.g.e.**, s. 93.

üçüncü bir kişiye sözleşme dolayısıyla bazı haklar verilerek sözleşmenin konusu genişletilmektedir³²³.

Sözleşmeler yorum yoluyla tamamlanırken tarafların farazi iradeleri objektif bir biçimde belirlenmeli ve sözleşmeler buna göre tamamlanmalıdır. Oysa üçüncü kişiyi koruyucu etkinin taraf iradelerine dayandığı iddia edilen hallerde aslında olması istenen sonuç ortak arzuları bu yönde olmasa da taraflara izafe edilmekte ve asla genel yorum kural ve ilkelerine sadık kalınmamaktadır³²⁴. Zira sözleşmede boşluk olduğu kabul edilse dahi, borçlunun ve alacaklının farazi ortak iradelerinin üçüncü kişilerin sözleşmenin koruyucu etkisine dâhil edilmesi yolunda olacağını söylemek oldukça güçtür.

Gernhuber ise sözleşmelerin üçüncü kişiyi koruyucu etkisini sözleşmenin tamamlanmasına dayandıran görüşe özellikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin taraf iradelerinden bağımsız olarak kurulması gerektiğini savunduğu için karşı çıkmaktadır³²⁵. Ayrıca yazara göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler sadece sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde söz konusu olmazlar. Buna göre haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde de üçüncü kişiler kimi zaman en az borç ilişkisinin tarafları kadar korunmaya muhtaçtır. Bu gibi durumlarda ortada tamamlanması gereken bir sözleşme olmadığından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsedilemeyecektir. Örneğin ev sahibine karşı aynen tazminat borcu (evin kırılan camlarının borçlu tarafından taktırılması) altında olan bir kimsenin gönderdiği işçilerin camları takarken ev sahibinin yakınlarına verdiği zararın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında tazmin edilmesi mümkün olamayacaktır³²⁶.

³²³ Ziegler, **a.g.e.**, s. 34; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 93.

³²⁴ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265; Kümmeth, **a.g.e.**, s. 85; Siegerist, **a.g.e.**, s. 53.

³²⁵ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265; aynı görüşte Canaris, **JZ 1965**, s. 475 vd (özellikle 477, 478); MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, Art 328 N 80.

³²⁶ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 267; Aynı görüşte Canaris, **JZ 1965**, s. 478; Serozan, **a.g.m.**, s. 115.

Tüm bunların yanında Alman doktrinde bazı yazarlar³²⁷ sözleşmelerin örf ve adet kuralları dikkate alınarak dürüstlük kuralına uygun bir şekilde yorumlanmasını öngören BGB § 157 hükmünün kanunu düzeltme işlevi olmadığına dikkat çekmektedirler³²⁸. Buna göre sözleşmenin tamamlayıcı yorumu Federal Mahkemenin verdiği birçok kararda, kanunda yer alan sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımının yarattığı adaletsiz sonucu düzeltmek için sözde hukuki dayanak olarak gösterilmektedir³²⁹.

Sonuç olarak burada yer verdiğimiz eleştiriler nedeniyle kanaatimiz, sözleşmenin tamamlanmasının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı olarak görmenin mümkün olmadığı yönündedir.

3. Türk Hukuku'nda Hâkimin Yarattığı Hukukun Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Hukuki Dayanağı Olarak Değerlendirilmesi

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun amacı sözleşme tarafı olmayan fakat sözleşme konusu edime yakın olan ve bu nedenle sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesinden en az taraflar kadar etkilenen üçüncü kişinin kendisini daha az koruyan haksız fiil hükümleri yerine borca aykırılık hükümlerine başvurulabilmesidir.

Borçlar Kanunu sorumluluk açısından sözleşmesel sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere ikili bir ayırım yapmıştır. Bu husus sözleşmelerin ancak taraflar arasında hüküm doğurabileceğini ifade eden nisbilik prensibinin sonucudur. Sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerden borç ilişkisinin ihlali nedeniyle uğranılan

³²⁷ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265.

³²⁸ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 265.

³²⁹ Kümmeth, **a.g.e.**, s. 94.

zararların tazmini istenemeyeceği gibi, üçüncü kişiler de taraflardan birinin borcunu hiç veya gerektiği gibi ifa etmemesi halinde herhangi bir tazminat hakkına sahip değildir³³⁰. Aralarında bir borç ilişkisi bulunmayan şahıslardan biri diğerine zarar verdiğinde, zarara uğrayan taraf ancak haksız fiil hükümlerine dayanarak zararının tazminini talep edebilir. Bu nedenle üçüncü kişiler de bu suretle doğan zararlarını şartları mevcutsa haksız fiil hükümlerine dayanarak talep edebileceklerdir. Nisbilik prensibi Borçlar Kanunumuzda açıkça ifade edilmemekle birlikte, “Borçların Üçüncü Şahıs Hakkındaki Tesiri” başlıklı üçüncü fasıldan (BK. m. 109–112) çıkarılabilmektedir³³¹. Sözleşmelerin nisbiligi ilkesi Borçlar Hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi prensibine dayanmaktadır³³². Sözleşme serbestisi öncelikle bir kimsenin akit yapıp yapmamakta özgür olduğunu ifade eder. İkinci olarak sözleşme serbestisi, sözleşme yapmak isteyen tarafların bu sözleşmenin konusunu emredici hukuk kuralları çerçevesinde diledikleri gibi düzenleyebilecekleri anlamına gelmektedir³³³. Bu nedenle iki tarafın sözleşme serbestisine dayanarak kendi iradeleri yönünde düzenledikleri sözleşmeler dolayısıyla üçüncü kişilerden herhangi bir hak talep edilemeyeceği gibi, üçüncü kişiler de bu yönde herhangi bir talep hakkına sahip değildir.

Şu halde, tarafı olmadığı bir sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmemesinden dolayı zarar gören üçüncü kişinin borca aykırılık hükümlerine başvurması mümkün görünmemektedir. Sözleşmelerin nisbiligi prensibi, üçüncü kişilerin tarafı olmadıkları bir sözleşmeye dayanarak hak elde etmelerine cevaz vermemektedir. Nisbilik prensibi nedeniyle kanunda bu konuda gerçek boşluk olduğunu söylemek imkânsızdır³³⁴.

³³⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 20; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 20 vd.

³³¹ Sözleşmelerin nisbiligi prensibi, Fransız MK m. 1165’de açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme göre; “Sözleşmeler sadece akit taraflar için hüküm husule getirirler; üçüncü şahıslar için zararlı bir netice doğuramazlar ve onlara ancak md. 1121 de derpiş edilen halde faydalı olabilirler”. Bu prensip Türk, İsviçre ve Alman hukukunda kanunda açıkça ifade edilmemiştir bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 21 dpn. 86; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 45.

³³² Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 45; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 24; Akkanat, **a.g.e.**, s. 226.

³³³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 19, vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 19 vd.

³³⁴ Aynı yönde bkz. Siegerist, **a.g.e.**, s. 47.

Fakat nisbilik prensibine sıkı sıkıya bağlı kalınmasının kimi üçüncü kişiler için yarattığı çözümün ne kadar adaletli ve tatminkâr olduğunu tartışabiliriz³³⁵. Bu konuyu bir örnekle ele alalım. Bay A fabrikasına hammadde almak için Bay B ile bir sözleşme yapmıştır. Bay A tarafından istihdam edilen işçi Bay C hammaddelerin gerektiği gibi üretilmemiş olmasından dolayı zehirlenmiştir. Ancak Bay C, Bay A ile Bay B arasındaki sözleşmeye taraf olmadığı için borca aykırılık hükümleri yerine haksız fiil hükümlerine başvurmak zorunda kalacaktır. Nitekim Bay B zararının tazminini sağlayabilmek için, özel olarak düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk hali de söz konusu olmadığından dolayı öncelikle karşı tarafın kusurunu ispat etmekle yükümlüdür. Ayrıca zarara yardımcı şahsın yol açması halinde Bay B BK. m. 55 de düzenlenmiş bulunan kurtuluş beyinnesinden yararlanarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu arada Borçlar Kanunu'nda haksız fiilden kaynaklanan zararların tazmini için öngörülen, zararın ve sorumlu şahsın öğrenilmesi anından itibaren başlayan bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin de Bay C'nin aleyhine olduğunun unutulmaması gerekmektedir (BK. m. 60). Oysa ki örneğimizde C herhangi bir üçüncü kişi değildir. O edime en az sözleşmenin tarafı olan alacaklı kadar yakındır. Ayrıca C'nin korunmasında sözleşmenin tarafı olan işverenin menfaati vardır ve borçlu bu durumu bilebilecek durumdadır. Saydığımız unsurlar göz önünde tutulduğunda sözleşmenin nisbiliği ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmanın bazı durumlarda adaletsiz sonuçlara yol açtığı söylenebilir. Bu nedenle de Borçlar Kanunumuzda bu konuda bir gerçek boşluk olduğunu söyleyemesek de, gerçek olmayan boşluktan söz edebiliriz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere gerçek olmayan boşluk MK. m. 1/II anlamında bir boşluk olmayıp, daha çok kanunun yetersizliğini ve olması gereken hukuka uygun olmamasını ifade etmektedir³³⁶. Gerçek olmayan boşlukların doldurulması kanunun düzeltilmesi anlamına geldiğinden, hâkim bu tür boşlukları ancak, kanun hükmünün uygulanmasının MK. m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu durumlarda doldurabilecektir. MK. m.2/II hükmüne

³³⁵ Bkz, Siegerist, **a.g.e.**, s. 48 vd.

³³⁶ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, N.278, 296; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 99; Oğuzman/Barlas; **a.g.e.**, s. 82; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112 .

ancak bu şartlarla, gerçek olmayan boşluk halinde kanunu düzeltme işlevi (normberichtigende Funktion) tanınmıştır³³⁷. Zira kanun yapmak veya kanunu değiştirmek kanun koyucunun görevidir. Yasama yetkisi Anayasa tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine tanınmış ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir (AY m.7). Hâkimin her durumda kanunu düzeltme yetkisinin bulunduğu kabulü hem hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamakta hem de hukuk güvenliğini tehlikeye sokmaktadır³³⁸.

Kanaatimizce üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hususunda kanunda gerçek olmayan boşluğun bulunduğunu söylemek mümkün görünmekle birlikte, İsviçre ve Türk hukuklarında, gerçek olmayan boşluğun doldurulmasına yalnızca hakkın kötüye kullanıldığı durumlarda başvurulacağı yönündeki hâkim görüş nedeniyle, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi hâkimin yarattığı hukuka dayandırmak, oldukça zor görünmektedir. Her ne kadar bu durumda nisbilik ilkesine bağlı kalmak adaletli bir çözüm olarak görünmese de burada üçüncü kişi kanuni korumadan yoksun kalmadığı gibi³³⁹, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını talep etmek de hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmamaktadır³⁴⁰.

³³⁷ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, N 296, 302; bkz. Merz, **a.g.e.**, Art.2 N 25, 40; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 82; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280; Siegerist, **a.g.e.**, s. 48; bkz. BGE 120 III 131, BGE 121 III 219, BGE 124 V 159, (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 11 Mart; söz konusu kararlarda hâkimin gerçek olmayan boşluk halinde ancak, kanun koyucunun kanunu yaparken açıkça yanılması ya da kanunun yapılmasından sonra meydana gelen değişiklikler nedeniyle kanunun yetersiz hale gelmesi ve uygulanmasının açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda hukuk yaratabileceği belirtilmiştir.

³³⁸ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, N 296, 302; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100.

³³⁹ Üçüncü kişinin zararının saf malvarlığı zararı olması, onun haksız fiil hükümlerine başvurmasını da engelleyecektir.

³⁴⁰ Siegerist, **a.g.e.**, s. 48.

4. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü

a. Türk Hukuku'nda Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü

Alman doktrini tarafından her açıdan ayrıntılı bir şekilde incelenerek geliştirilen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, Türk Hukuku tarafından yeterince ilgi görmemiştir. Bunun başlıca nedeninin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki bir temele oturtulmasında yaşanan güçlükler olduğunu söyleyebiliriz. Ancak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye pozitif hukukta bir dayanak bulunmuştur. Söz konusu kurumun güvenli bir temele dayandırılmış olması ile birlikte Türk Hukuku'nda da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye duyulan ilgi artmıştır. Bugün hâkim görüş³⁴¹ ve Yargıtay³⁴² üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak kabul etmekte ve bu kurumun hukuki dayanağını dürüstlük kuralı olarak görmektedir.

Türk Hukuku'nda özellikle Canaris'in bütünsel borç ilişkisi teorisi genel kabul görmüştür³⁴³. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin temelinde aynen culpa in contrahendo ve akdin müspet ihlalinde olduğu gibi, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk ayrımının yol açtığı bir takım adaletsiz sonuçların giderilmesi ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir. Aynı ihtiyaçtan doğan bu üç kurum, edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri ayrımından yola çıkan

³⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 41 vd; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, 54, 56; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N 5; Serozan, **a.g.m.**, s.108 vd; Altop, **a.g.e.**, s. 132, 133; Atamer, **a.g.m.**, s. 99 vd.; s. 126; Kırca, **a.g.e.**, s. 103; Karşı görüş için bkz Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 15: "...sözleşme dışı sorumluluk çerçevesini düzenleyen kuralları zarar göreni (mağdur) daha etkin bir biçimde koruyucu bir düzeye getirmek, sadece borçluya "güven"den doğan zararlar alanında ise, BK. m. 41/II'nin şartlarını aramak daha doğru olacaktır."

³⁴² YHGK., 6.5.1992 t., E. 1992/13-213, K. 1992, 315, **YKD** 1992, C. 18, sayı 8, s. 1176.

³⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14, N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 41 vd.; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, 54; Serozan, **a.g.m.**, s. 108 vd, 121 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N5; Atamer, **a.g.m.**, s. 126; Kırca, **a.g.e.**, s. 103.

ortak bir hukuki temele, yani edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine dayandırılmaktadır. Buna göre işlemsel temasa başlayan taraflar arasında, aralarındaki güven ilişkisi nedeniyle koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi kurulacaktır. Söz konusu borç ilişkisi taraf iradelerinden bağımsız olarak doğrudan dürüstlük kuralından doğması nedeniyle kanuni borç ilişkisidir³⁴⁴. Taraflar arasındaki güven ilişkisi dolayısıyla kurulan kanuni borç ilişkisi daha sonra sözleşme kurulsada dahi, ondan bağımsız olarak devam edecektir³⁴⁵. Söz konusu ilişkinin güven ortamına üçüncü bir kişinin girmesi halinde, taraflar ile bu üçüncü kişi arasında da edim yükümlülükleri içermeyen ve fakat koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi kurulacaktır³⁴⁶. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisini ihlal ederek üçüncü kişiye zarar veren taraf, bu zararı sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazmin etmekle yükümlü tutulacaktır³⁴⁷. Bir örnekle³⁴⁸ somutlaştırmak gerekirse; B, fabrika sahibi A'ya bir makine satıyor. Ancak B'nin makinenin kullanımı ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmemesi nedeniyle A'nın müstahdemi olan Ü zarar görüyor. Örneğimizde sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen Ü'nün şahıs ve malvarlığı değerleri en az A kadar B'nin etki alanına girmektedir. Bu nedenle Ü ile B arasında edim yükümlülükleri içermeyen bir borç ilişkisi olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Makinenin kullanımı ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen B, Ü'ye bu nedenle gördüğü zarardan dolayı BK. m. 96 vd. hükümleri uyarınca tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak değerlendirilmesi birçok açıdan avantajlı bulunmaktadır. Söz konusu kurumun dürüstlük kuralına dayandırılması halinde gelişmelere açık olacağı

³⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 42; Kırca, **a.g.e.**, s. 103; Bununla birlikte Türk Hukuku'nda da bazı yazarlar hukuki işleme yönelik olmayan ve tarafların birbirlerinin hukuki değerleri üzerinde etki edebilmelerine olanak veren bir “sosyal ilişkiyi” dahi edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin kurulması açısından yeterli görmektedirler. Bkz. Serozan, **a.g.m.**, s. 122 vd; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Aydınli, **a.g.e.**, s. 21 vd.

³⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 14; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54; Serozan, **a.g.m.**, s. 121.

³⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54; Kırca, **a.g.e.**, s. 103; YHGK., 6.5.1992 t., E. 1992/13-213, K. 1992, 315, **YKD**, 1992, C. 18, sayı 8, s. 1176.

³⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 4 vd.

³⁴⁸ Örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N 29.

ifade edilmektedir³⁴⁹. Ayrıca bu durumda üçüncü kişinin korunması, taraf iradelerinden bağımsız olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı şartı aranmaksızın gerçekleşebilecektir³⁵⁰. Bunun dışında üçüncü kişilerin sözleşme hukuku hükümleri uyarınca korunabilmeleri, sözleşme öncesi aşamada vuku bulan koruma yükümlülükleri ihlalleri açısından da mümkün olacaktır. Böylelikle üçüncü kişinin sözleşme hükümleri uyarınca korunabilmesi güven ilişkisinin kurulması ile başlayacak ve bu güven ilişkisi ortadan kalkana kadar devam edecektir³⁵¹. Yukarıda gördüğümüz üzere güven ilişkisi sözleşmenin amacına ulaşmasından sonra da devam edebileceğinden, üçüncü kişilerin de aynen taraflar gibi bu aşamadan sonra sözleşmeye aykırılık hükümleri ile korunabilmeleri söz konusu olacaktır.

Yargıtay da bir kararında³⁵² üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kabul etmiş ve bu kurumu edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine dayandırmıştır. Karara konu olan olayda tüp satıcısının sattığı tüpün bozuk olduğunu ve gaz kaçırdığını fark eden alıcının yardıma çağırdığı bir şahsın, tüpün patlaması nedeniyle yaralanması söz konusudur. Yargıtay kararında, zarar gören şahsın satım sözleşmesinin tarafı olmadığı için, somut olaydaki nitelendirme bakımından üçüncü kişi olduğunu ifade etmektedir. Bu nitelendirmeden sonra ise borçlunun edim borcuna ya da koruma yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda, bundan zarar gören üçüncü kişilerin akdi giderim isteyip isteyemeyeceği hususu irdelenmektedir. Yargıtay ifa menfaati yanında yer alan koruma menfaatine değinerek, sözleşmenin edim yükümlülükleri yanında bir de koruma yükümlülükleri içerdiğini belirtmiştir. Koruma yükümlülüklerinin doğrudan dürüstlük kuralından doğduğunu ifade eden Yargıtay, bu yükümlülüklerin alacaklıya olduğu kadar, ona yakından bağlı olan üçüncü kişilere karşı da doğabileceğini vurgulamaktadır. Bu koruma yükümlülüklerinin sadece borçlu ile alacaklı arasında değil, aynı zamanda borçlu ile üçüncü şahıslar arasında da edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi

³⁴⁹ Atamer, **a.g.m.**, s. 126.

³⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, N 30; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Serozan, **a.g.m.**, s.120; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18 N 5.

³⁵¹ Serozan, **a.g.m.**, s.121.

³⁵² YHGK., 6.5.1992 t., E. 1992/13-213, K. 1992, 315, **YKD** 1992, C. 18, sayı 8, s. 1176 vd.

oluşturabileceğini belirterek, olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay bütün bu gerekçelerle davalı tüp satıcısının sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu olacağını karara bağlamıştır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamında incelenmesine rağmen “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” deyiminin kullanılması ise karışıklığa yol açtığı için eleştirilmektedir³⁵³. Zira bu ifadenin kullanılmasının devamı, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin doğrudan borçlu ile üçüncü kişi arasında mı kurulduğu, yoksa üçüncü kişinin taraflar arasında kurulan kanuni borç ilişkisinin kapsamında mı korunacağı hususunu karanlıkta bırakmaktadır³⁵⁴. Bununla birlikte bu ilişkinin doğrudan üçüncü kişi ile borçlu arasında kurulacağını ifade eden yazarlar dahi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ifadesini kullanmaya devam etmektedirler³⁵⁵. Bir görüşe göre bunun nedeni “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” ifadesinin çok yerleşmiş olmasıdır³⁵⁶.

³⁵³ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin doğrudan zarar verenle zarar gören arasındaki yakınlaşmadan doğması nedeniyle, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” kavramına gerek kalmadığı yönünde Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 825, dpn 100; Atamer, **a.g.m.**, s. 112. Kırca, **a.g.e.**, s. 107: Yazar üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ifadesini önermektedir.

³⁵⁴ Atamer, **a.g.m.**, s. 112; benzer görüşte Kırca, **a.g.e.**, s. 107, dpn. 570.

³⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, N 30; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54; Eren, **a.g.e.**, s. 41.

³⁵⁶ Atamer, **a.g.m.**, s. 112.

b. İsviçre Hukuku'nda Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü

İsviçre doktrini üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi uzun zamandan beri tartışmasına rağmen önceleri reddetmekte idi³⁵⁷. Ancak koruma yükümlülüklerinin geliştirilmesiyle oluşan, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi ile bu kurum İsviçre Hukuku bakımından yeni bir anlam kazanmış ve tartışılmaya başlanmıştır³⁵⁸.

Bir sözleşmenin, tarafları için edim yükümlülüklerinin yanında dürüstlük kuralına dayanan bir takım yan yükümlülükler doğurduğu esasen İsviçre Hukuku'nda da kabul edilmekte idi³⁵⁹. Ancak koruma yükümlülüklerinin yan yükümlülükler içinde ayrı bir kategori oluşturduğu ve edim yükümlülüklerinden bağımsız bir şekilde doğabileceği fikri İsviçre Hukuku bakımından oldukça yeni bir gelişmedir³⁶⁰. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin (kanuni borç ilişkisi) İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmesi³⁶¹ doktrinde bu borç ilişkisine ve

³⁵⁷ Merz, "Literaturanzeigen: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., J. Schweizer Verlag/ Walter de Gruyter & Co., Berlin", **ZBJV**, 1988, s. 108 vd., 109; Yazar İsviçre Hukuku bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin gerekli bir kurum olmadığını, haksız fiil hükümlerinin yeterli olduğunu ifade etmektedir; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2003, N 87.05; Yazar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulandığı hallerde esasen haksız fiilin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi reddeden yazar, haksız fiil hükümlerinin yeniden düzenlenmesi ile bu kuruma gerek kalmayacağını savunmaktadır; Türk Hukuku'nda aynı görüşte Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 15.

³⁵⁸ Heinz Rey, "Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildungen", **Festschrift für Max Keller**, yay. haz. Forstmoser/Heini/Giger/Schlupe, Zürich, Schulthess Verlag, 1989, s. 240 vd.; Hans Peter Walter, "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", **ZBJV**, 1996, s. 273 vd; Wiegand, **OR-Ammann**, Einl. Art. 97-109 N 9; Wolfgang Wiegand, "Von der Obligation zum Schuldverhältnis: Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts", Teil 1, **recht**, 1997, s. 86 vd; Moser, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Martin Moser/Bernhard Berger, "Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft-zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten: Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998", **AJP**, 1999, s. 541 vd.; Krogh, **a.g.m.**, s. 579 vd.; Heinrich Honsell, "Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten", **Festschrift für Peter Nobel**, yay. haz. Robert Waldburger, Bern, 2005, s. 939 vd., s. 940.

³⁵⁹ Merz, **a.g.e.**, Art 2 N 260 vd.; Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 145 vd.

³⁶⁰ Wiegand, **OR-Ammann**, Einl. Art. 97-109 N 4Art 97 N 34.

³⁶¹ BGE 120 II 331, (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 17 Mayıs; İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 120 II 331 nolu kararının Türkçe çevirisi için bkz. Halil Akkanat, Şirin Aydıncık,

dolayısıyla da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye olan ilgiyi arttırmıştır³⁶². Federal Mahkeme'nin 15.11.1994 tarihli kararında Swissair ortaklığının yavru ortaklığı olarak tanınan bir şirketin, Swissair ortaklığının adını ve amblemini kullanarak kurduğu sözleşmeleri ifa edememesi söz konusudur. Kararda Swissair, yavru ortaklığı daha sonra satmış bulunmasına rağmen, yavru ortaklık ile kurduğu sözleşme feshedilen ve ödediği bedeli geri alamayan sözleşme tarafına karşı sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu tutulmuştur. Mahkeme bu kararında ana ortaklığın sorumluluğunun nedeninin karşı tarafta uyandırdığı güven olduğunu belirtmiştir. Kararda açıkça edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden bahsedilmemekle birlikte, kararın gerekçelerinden bu tür bir borç ilişkisinin kabul edildiği çıkarılabilmektedir. Zira Federal Mahkeme ana ortaklığın karşı tarafta uyandırdığı güven nedeniyle sorumlu tutulacağını ifade ettikten sonra, bu sorumluluğun dayanağına, culpa in contrahendo sorumluluğunun dayandığı hukuki prensiplerin genelleştirilmesi ile ulaşılabileceğini belirtmektedir. Kararın devamında culpa in contrahendo sorumluluğunun taraflar arasındaki karşılıklı koruma yükümlülüğüne dayandığını ve bu sorumluluğun başka bir hukuki kurumun görünüm şekli olduğu hususuna değinilmektedir. Federal Mahkemeye göre burada Swissair ile davacı arasında, sözleşme görüşmeleri esnasında oluşan borç ilişkisine benzer, özel bir borç ilişkisi doğmaktadır. Söz konusu özel borç ilişkisi ise dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüklerini içermekte ve bu koruma yükümlülüklerinin ihlal edilerek karşı tarafa zarar verilmesi halinde ise güven sorumluluğu oluşmaktadır³⁶³. Özetlersek: Öncelikle Federal Mahkeme bir tarafın diğer tarafta korunmaya layık bir güven oluşturma halinde aralarında özel bir borç ilişkisi kurulacağını ifade etmektedir. Ayrıca, bu özel borç ilişkisinin dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüklerini içerdiği ve koruma yükümlülüklerini ihlal eden tarafın sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu olacağı karara bağlanmış bulunmaktadır. Bu sorumluluk güven sorumluluğu olarak

“Grup Şirketleri Bağlamında “Culpa in Contrahendo” Sorumluluğu”, **HPD**, sayı 3, yıl 2005, s. 218 vd.

³⁶² Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4048 vd.; Wiegand, **a.g.m.**, recht 1997, s. 86 vd.; Walter, **a.g.m.**, s. 273 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 102; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 541; Honsell, **a.g.e.**, s. 945.

³⁶³ BGE 120 II 331(kararın 5 numaralı gerekçesi).

nitelendirilmekte ve culpa in contrahendo ile aynı prensiplere dayandırılmaktadır. Ayrıca Mahkeme tam bu noktada Kramer'e atıfta bulunmaktadır³⁶⁴. Söz konusu atıf ise Kramer'in eserinde bütünsel borç ilişkisi teorisinin yer aldığı kısmı işaret etmektedir. Tespit ettiğimiz noktalardan yola çıkarak Federal Mahkeme'nin Swissair kararında bütünsel borç ilişkisi teorisini kabul ettiği sonucuna varabiliriz³⁶⁵. Ayrıca Swissair kararı ile sözleşmenin nisbiliği ilkesi aşılmış ve taraflar arasındaki güven ilişkisine dâhil olan üçüncü bir kişinin, tarafı olmadığı bir sözleşme dolayısıyla sorumlu tutulabileceği karara bağlanmıştır³⁶⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye değinmekle beraber, henüz bu kurumu kabul ettiğini gösteren bir karar vermemiştir³⁶⁷.

Bugün İsviçre Hukuku'nda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi başlığı altında inceleyen yazarların sayısı

³⁶⁴ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 142 vd.

³⁶⁵ Aynı görüşte Wiegand, **a.g.m.**, s. 86 vd; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 547; Federal Mahkeme 23.6.1998 tarihinde verdiği bir kararda açıkça edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden söz etmiş ve bu kurumu kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca taraflar arasındaki güvene dayanan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin sözleşmenin kurulması ile sona ermeyeceğini ve hatta sözleşmenin sona ermesinin ardından da devam edebileceğini karara bağlamıştır. Kararda edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin hukuki dayanağının dürüstlük kuralı olduğu yinelenmiştir: 4C.410/1997, kararın 3 nolu gerekçesi, Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 542-544.

³⁶⁶ Wiegand, **a.g.m.**, s.94 vd; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 546; Akkanat/Aydıncık, **a.g.e.**, s. 218.

³⁶⁷ BGE 121 III 310: Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye bu kararda değinilmiş, ancak olaya uygulanmamıştır; 4C.280/1999rmd: Federal Mahkeme bu kararında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin yürürlükteki hukuk açısından kabul edilmesi halinde, üçüncü kişi açısından edime yakın olması ve bu hususun borçlu tarafından öngörülebilmesi, asli edim alacaklısının üçüncü kişiye karşı bakım ve koruma yükümlülüğü altında olması ve üçüncü kişinin korunmasında menfaatinin bulunması gibi şartların mevcut olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme olayda bu şartların mevcut olmaması nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin söz konusu olamayacağını karara bağlamıştır; BGE 130 III 345 (4C.230/2003 /dxc): Bu olayda ise bir taşınmazın mevcut durumu hakkında rapor yazan bir uzman kişinin, raporun yazıldığı tarihten iki sene sonra taşınmazı satın alan kişilere karşı, raporda yer alan yanlış bilgilerden dolayı sorumlu olup olamayacağı tartışılmıştır. Mahkeme üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin daha önce hiçbir kararda uygulanmadığını belirtmiştir. Bundan sonra Federal Mahkeme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının oluşmamış olması nedeniyle karara konu olan olay bakımından tartışılmasına yer olmadığına karar vermiştir; şunu belirtmek gerekir ki, Federal Mahkeme söz konusu kararların hiçbirinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi reddettiğine ilişkin bir ifade kullanmamıştır. Kanaatimizce Federal Mahkeme'nin bu dipnotta aktardığımız son iki kararında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarını tartışmış olması olumlu bir gelişmedir; Kararlar için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 17 Mayıs.

gittikçe artmaktadır. Buna göre birçok yazar Canaris'in bütünsel borç ilişkisi teorisinden yola çıkarak, taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanan ve dürüstlük kuralından doğan kanuni borç ilişkisini savunmakta ve culpa in contrahendo, akdin müspet ihlali ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarını söz konusu borç ilişkisinin görünüm şekilleri olarak ele almaktadır³⁶⁸. Alman Hukuku'nu yakından inceleyen³⁶⁹ İsviçreli yazar Kramer, culpa in contrahendo sorumluluğundan yola çıkılarak geliştirilen temel prensiplerin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kabul edilmesini gerektirdiğini ifade ederek, doktrin ve Federal Mahkemenin bu kuruma karşı takındıkları çekingen tavrı eleştirmektedir³⁷⁰. Bazı yazarlar ise, Federal Mahkemenin birden fazla kararında edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisini kabul ettiğinin altını çizerek, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bu kurumun sadece bir görünüm şekli olduğunu ve bu nedenle de kabul edilmemesi için hiçbir haklı gerekçenin bulunmadığını düşünmektedirler³⁷¹. Bununla birlikte bugün özellikle İsviçre'de güven sorumluluğu kavramı, temelinde güven yatan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlali halinde meydana gelen sorumluluk anlamına gelecek şekilde genişletilmiştir³⁷². Bu nedenle gerek culpa in contrahendo gerekse üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler, doktrindeki

³⁶⁸ Walter, **a.g.m.**, s.282; Wiegand, **a.g.m.**, s. 93, 94; Walter Fellman, "Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?: Einige Gedanken zu Art. 13 des Vorentwurfes für eine Revision des Haftpflichtrechtes vom 4. April 1996", **recht** 1997, s. 95 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 114, 122 vd.; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 544; ; Aksi görüş için bkz. Tartışmalı ve yeni bir kurum olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, uygulamada sınırları henüz belli olmayan koruma yükümlülüklerine ilişkin teorilere dayandırılmasının sakıncalı olacağı ve bu durumda dürüstlük kuralının sınırlarının aşırı zorlandığı yönünde bkz. Siegerist, **a.g.e.**, s. 40; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile kurulduğu yönünde Honsell, **a.g.e.**, s. 949; Gauch/Schluep/Rey, **a.g.e.**, N 4049-4052; Rainer, **OR-Ammann**, Art. 112 N 23.

³⁶⁹ Kramer aynı zamanda Münchener Kommentar şerhinin yazarlarından. Ernst. A. Kramer, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Aufl., München, C.H.Beck'sche Vertragsbuchhandlung, 1994, Einl. § 241 ve§ 241.

³⁷⁰ Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 145.

³⁷¹ Walter, **a.g.m.**, s.281; Wiegand, **OR-Ammann**, Einl. Art 97-109 N 9; Wiegand, **a.g.m.**, s. 93 vd.; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 546: Yazarlar özellikle Swissair kararı ile sözleşmenin nisbiliği prensibinin aşıldığını vurgulayarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tanınmasına hiçbir engel olmadığını düşünmektedir.

³⁷² Kramer, **Berner Kommentar**, Einl. N 151; Wiegand, **OR-Ammann**, Einl. Art 97-109 N 11; Walter, **a.g.m.**, s. 277 vd., 295; Moser, **a.g.e.**, s. 122, 137; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 544 vd.; Krogh, **a.g.m.**, s. 583.

yazarların büyük bir çoğunluğu tarafından güven sorumluluğu başlığı altında incelenmektedir³⁷³.

5. Kendi Görüşümüz

Kanaatimizce üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin olarak getirilen en tatminkâr çözüm edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi görüşüdür. Gerçekten edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız bir amaca hizmet eden koruma yükümlülüklerinin bazı durumlarda sözleşmeden bağımsız bir şekilde oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim kanunumuzdaki sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu ayrımının temelinde, kişilerin herkese karşı yerine getirmek zorunda bulundukları davranış yükümlülükleri ile özel bir temas halinde oldukları kişilere karşı göstermekle yükümlü oldukları koruma yükümlülükleri arasındaki fark yatmaktadır. Ancak “Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi” başlığı altında belirttiğimiz üzere taraflar esasen sözleşme kurmadan önce, sözleşme görüşmelerine başlamakla ve hatta işlemsel temasa başlamakla birlikte, birbirlerinin hukuki değerleri üzerinde etki etme imkânına kavuşmaktadırlar. Tarafların bu imkânı birbirlerine vermeleri onların aynı zamanda karşı tarafa belli bir oranda güven duyduklarını göstermektedir. Taraflar muhakkak ki birbirlerine besledikleri güvenin yanında hukuka da güvenmektedirler. Bu nedenle tarafların hukuki işlem kurmaya yönelik bir ilişki içerisinde olmaları halinde her ne kadar aralarında bir borç ilişkisi kurulmamış olsa da, özel bir güven ilişkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu güven ilişkisi aşamasında taraflar arasındaki ilişkinin yoğunluğu, kanaatimizce de nitelik itibariyle haksız fiil hükümlerinden daha sıkı bir korumaya layıktır. Zira onlar belirli bir amaç için bir araya gelmekte ve amacın gerçekleşeceği yönünde birbirlerine güvenmektedirler. Bu nedenle dürüstlük kuralı, taraflara güven ilişkisi çerçevesinde sözleşmenin kurulmuş olma şartını aramaksızın birbirlerini koruma yükümlülüğü yüklemektedir. Ayrıca taraf

³⁷³ Walter, **a.g.m.**, s. 285; Moser/Berger, **a.g.m.**, s. 546; Moser, **a.g.e.**, s. 137; Krogh, **a.g.m.**, s. 583; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile güven sorumluluğunun karşılaştırılması için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 3.

iradelerinden bağımsız bir şekilde doğrudan dürüstlük kuralından doğan ve yalnızca koruma yükümlülükleri içeren bu kanuni borç ilişkisinin mukadderatı, tarafların ileride kurmayı planladıkları sözleşmeden tamamen bağımsızdır. Bu bağımsızlık aynı zamanda kanuni borç ilişkisinin (güven ilişkisinin) ileride sözleşmenin kurulamamasından veya geçersizliğinden etkilenmeyeceği anlamına gelmektedir. Kanaatimizce de bir kere kurulan güven ilişkisi sözleşmenin kurulmasından sonra da ondan bağımsız olarak varlığını sürdürecektir ve hatta sözleşmenin amacına ulaşmasından sonra dahi taraflar arasındaki ilişkinin yoğunluğuna göre devam edebilecektir³⁷⁴.

Taraflar arasındaki güven ortamına bazı şartların varlığı halinde üçüncü kişiler de dâhil olabilmektedir. Örneğin kiracı ile birlikte yaşayan annesinin, kiracı ile kiralayan arasındaki güven alanına dâhil olması halinde, onunla kiralayan arasında da bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Söz konusu güven ilişkisi de aynen taraflar arasında olduğu gibi, taraf iradelerinden bağımsız olarak doğrudan kanundan doğduğu için, örneğimizde kiralayana kiracının annesine karşı birtakım koruma yükümlülükleri yüklenebilecektir. Koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin kurulmasından bağımsız olarak oluşmasının doğal sonucu olarak üçüncü kişiler de sözleşmenin kurulmasından veya geçerliliğinden bağımsız olarak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin tarafı olabileceklerdir. Gerçekten de bu durumda neden “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” ifadesinin kullanıldığı sorgulanabilir³⁷⁵. Zira üçüncü kişi ile borçlu arasında doğacak olan kanuni borç ilişkisi açısından, üçüncü kişi esasen borç ilişkisinin doğrudan tarafı olacaktır. Bununla birlikte “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” ifadesinin kullanılmasının bu kurumun diğer edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi türlerinden (culpa in contrahendo, üçüncü kişinin güven sorumluluğu, sözleşmenin devamı esnasında vuku bulan koruma yükümlülüğü ihlallerinden doğan sorumluluk) ayrılması açısından faydalı olabileceğini düşünmekteyiz.

³⁷⁴ Canaris, **JZ** 1965, s. 478 vd.

³⁷⁵ Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 825, dpn. 100; Atamer, **a.g.m.**, s. 112; Kırca, **a.g.e.**, s. 107.

Bunun yanında kanaatimiz edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ve dolayısıyla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin doğrudan ve yalnızca dürüstlük kuralına dayandırılmayacağı yönündedir. Bu görüşümüzü üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme açısından aktarmayı uygun bulmaktayız. Daha önce üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bir kanun boşluğu teşkil edip etmemesi hususunda, bu konuda bir gerçek olmayan boşluğun söz konusu olduğunu belirtmiştik. Gerçek olmayan boşluğun doldurulması ise ancak bir takım şartların varlığı ile mümkün olmaktadır. Buna göre hâkim gerçek olmayan boşluğu ancak, kanun koyucunun kanunu yaparken açıkça yanılması ya da kanunun yapılmasından sonra meydana gelen değişiklikler nedeniyle kanunun yetersiz hale gelmesi ve bu haliyle uygulanmasının açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda doldurabilecektir³⁷⁶. Ancak üçüncü kişinin sözleşme hükümleri yerine haksız fiil hükümlerine başvurması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayacaktır. Ayrıca üçüncü kişinin zararının saf malvarlığı zararı olması, onun haksız fiil hükümlerine başvurmasını dahi engelleyebilecektir. Zira haksız fiilin şartlarından olan hukuka aykırılığın oluşabilmesi için bir mutlak hakkın veya bir koruma normunun ihlali gerekmektedir. Bu nedenle kişinin uğramış bulunduğu saf malvarlığı zararı, aynı zamanda bir koruma normunun ihlalini oluşturmadığı sürece haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin edilemeyecektir.

Diğer taraftan Borçlar Kanunu her ne kadar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye veya diğer edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerine ilişkin genel bir hüküm içermese de, bazı sözleşmeler açısından sözleşmenin nisbiliği ilkesine istisnalar getirmiştir.

Bu aşamada vermek istediğimiz ilk örnek BK. m. 259/III hükmüdür³⁷⁷. Söz konusu hüküm alt kira sözleşmesine ilişkindir. Buna göre birinci kiracının bir alt kira sözleşmesi kurması durumunda, kiralayan kiralanan şeyin müsaade edilenden başka bir şekilde kullanılmamasını doğrudan alt kiracıdan talep edebilecektir. Bir diğer

³⁷⁶ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art.1 N 296; Deschenaux, **a.g.e.**, s. 100; Akyol, **Medeni Hukuk**, s. 280; Dural/Sarı (Dural), **a.g.e.**, s. 112.

³⁷⁷ Söz konusu hükmün mahiyeti üzerine ileri sürülen görüşler için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 119 vd.

örnek ise vekilin kendisine verilen işi gördürmek üzere alt vekâlet sözleşmesi yaptığı durumlarda, vekâlet verenin doğrudan alt vekile başvurabileceğini düzenleyen BK. m. 391/III hükmüdür³⁷⁸. Kanaatimizce BK. m. 332/II hükmünde doğrudan sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi düzenlenmiştir. Kanun koyucu BK. m. 332/I hükmünde işverenin hizmet sözleşmesi uyarınca alması lazım gelen birtakım tedbirleri düzenlemiştir. Anılan tedbirler esasen işverenin işçiye karşı yerine getirmekle yükümlü bulunduğu koruma yükümlülüklerindendir. 332. maddenin ikinci fıkrası ise bu tedbirlerin alınmaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda, kendisinin yardımından mahrum kalanların uğradıkları zararları sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucunun sözleşmede edime yakın olan üçüncü kişileri korumak amacıyla düzenlediği bir diğer hüküm ise BK. m. 249/III hükmüdür. BK. m. 249/III uyarınca kiralaan şeydeki ayıp, kiracının ya da kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin ya da işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise, kiralayan, bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine kirayı feshedebilir. Bir görüş söz konusu hükmün kiracı ile birlikte yaşayan şahısların ve onun işçilerinin tazminat talepleri için de hukuki dayanak teşkil edebileceğini savunmaktadır³⁷⁹. Bu örnekler ile kanun koyucunun üçüncü kişilere bazı sözleşmesel ilişkiler açısından, gerek sözleşmenin niteliği, gerekse sosyal kaygılar nedeniyle, sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan doğrudan bir talep hakkı verdiği gözlemlenmektedir. Her ne kadar bu hükümlerin kıyasen uygulanabileceği görüşüne katılmasak da³⁸⁰, söz konusu hükümlerin Borçlar Kanunu'nun bazı durumlarda sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilere, sözleşmeye dayanan doğrudan bir talep hakkı verilmesi hususunu reddetmediğine işaret ettiğini düşünmekteyiz.

³⁷⁸ 391/III hükmünün diğer sözleşmesel ilişkilere kıyasen uygulanması hakkında geniş bilgi için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 94 vd., özellikle s. 28: “ Bu hüküm, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini halletmekten ziyade, üçüncü şahsa doğrudan doğruya tazminat hakkı tanınmayıp, onun menfaatinin alacaklı tarafından ileri sürülmesinden doğabilecek mahzurları bertaraf etmeye hizmet etmektedir.” ; Akkanat, **a.g.e.**, s. 244 vd., özellikle 252.

³⁷⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 157.

³⁸⁰ 391/III hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Aksi görüş için bkz. Akkanat, **a.g.e.**, s. 252 vd.

Bütün bu düşüncelerden hareket ederek hâkimin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hususunda yaratacağı hukukun kanuna aykırı olmayacağını söyleyebilmek mümkündür. Kanaatimizce, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin bir görünüm şekli olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, hâkimin dürüstlük kuralı uyarınca yarattığı hukuka dayanan bir kurumdur³⁸¹. Bu durumda esasen Alman doktrini tarafından savunulan hâkimin “extra legem³⁸²” (yani kanunun üstünde) fakat intra ius (hukukun bütünü ve ona temel teşkil eden genel prensiplere uygun olan ve kanuna aykırı olmayan) hukuk yaratması söz konusudur.

³⁸¹ Aynı görüşte Tandoğan, **a.g.e.**, s. 162: “ Bütün bu gayretlerin altında, gerçekte, kanundaki bir boşluğun hüsnüniyet kaidelerine uygun olarak doldurulması gizlenmektedir.”; Serozan, **a.g.m.**, s. 109; Atamer, **a.g.m.**, s. 126; Moser, **a.g.e.**, s. 137; § 311’den önce Alman Hukuku’nda bu görüşte olan yazarlar için bkz. Larenz, **Methodenlehre**, s. 414; Larenz, **Schuldrecht I**, s. 226 vd.; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 527; **Puhle, a.g.e.**, s. 44; Keitel, **a.g.e.**, s. 117 vd, 162.; İsviçre Hukuku bakımından hakimin kanunun üstünde (extra legem) hukuk yaratma yetkisinin kabul edilemeyeceği yönünde Rey, **a.g.m.**, s. 243; Hakimin bu durumda kesinlikle hukuk yaratamayacağı ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin de lege feranda olduğu yönünde bkz. Siegerist, **a.g.e.**, s. 55 vd.

³⁸² Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Larenz, **Methodenlehre**, s. 402 vd.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

A. Sözleşmeye Aykırılık Hükümleri Uyarınca Korunacak Olan Üçüncü Kişilerin Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme açısından önem arz eden diğer bir konu da sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunacak olan üçüncü kişilerin sınırlandırılmasıdır. Gerçekten bir sözleşmenin ifası nedeniyle zarar gören her kişinin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uyarınca korunması, kanunun haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasında çizmiş bulunduğu sınırın belirsizleşmesine yol açacaktır¹. Bu nedenle borçlunun sözleşmesel sorumluluk altında bulunacağı üçüncü kişilerin sınırının daraltılması gerekmektedir. Nisbilik prensibinin en önemli işlevi, borçlunun kimlere karşı özel bir sorumluluk altına girdiğini öngörebilmesidir². Koruyucu etkiden faydalanacak olan üçüncü kişilerin sınırlandırılması gerekliliği, öncelikli olarak borçlunun sorumluluğunun sınırını öngörebilmesinde yatar. Ayrıca borçlunun koruma yükümlülüklerini ihlalden kaçınabilmesi de onun öncelikle kimlere karşı sorumlu olduğunu bilmesini gerektirir³.

¹ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 13; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 86; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 525; Hirth, **a.g.e.**, s. 119; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 181, 182; Engelbert Krause, “Untermieter und Mieter im Schutzbereich eines Vertrages”, **JZ**, 1982, s. 16 vd., s. 16; Atamer, **a.g.m.**, s. 114; Akkanat, **a.g.e.**, s. 264; BGH NJW 1976, s. 712 vd., 713; BGH NJW 1977, s. 2074.

² Hirth, **a.g.e.**, s. 119; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 181, 182; Siegerist, **a.g.e.**, s. 63.

³ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 17; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 91; Hirth, **a.g.e.**, s. 119; Siegerist, **a.g.e.**, s. 63; Atamer, **a.g.m.**, s. 114, 115.

Haksız fiil sorumluluğunda borçlunun sorumluluk alanı, korunan hukuki varlıkların sınırlandırılması yoluyla belirlenmiştir. Borçlunun sözleşmesel sorumluluğunda ise bu sınırlandırmayı nisbilik ilkesi sağlamaktadır. Böylelikle borçlu önceden, gerek sözleşmesel sorumluluk bakımından gerekse haksız fiil sorumluluğu bakımından, sorumlu olduğu kimselerin veya hukuki değerlerin neler olduğunu öngörebilmektedir⁴. Söz konusu öngörülebilirliğin, nisbilik ilkesi açısından önemli bir istisna teşkil eden üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından da sağlanması gerekmektedir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle, sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvuracak olan üçüncü kişilerin belirlenmesi görevini doktrin ve uygulama üstlenmiştir. Şüphesiz üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağına ilişkin olarak ileri sürülen görüşler etkilerini korunacak olan üçüncü kişilerin sınırlandırılmasında da göstermiştir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandıran görüş, koruma kapsamında bulunan kişilerin de sözleşmenin yorumlanarak tamamlanması suretiyle belirleneceğini ifade etmiştir. Buna göre kimlerin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunacağı somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir⁵. Buna karşılık, söz konusu kurumu edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendiren ve bizim de katıldığımız görüş, üçüncü kişilerin ancak tarafların güven alanına dâhil olması şartı ile sözleşmesel sorumluluk kurallarına başvurabileceğini savunmaktadır⁶.

Bugün sözleşme hükümleri uyarınca korunacak olan üçüncü kişilere ilişkin olarak ileri sürülen bu görüşlerden doktrin ve Alman Federal Mahkemesi, somut olayda aranacak bir takım koşullar çıkarmıştır. Bu koşullardan bazıları tartışılmaksızın bütün görüşler tarafından kabul edilmiş, bazıları ise bugün dahi

⁴ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 181; Siegerist, **a.g.e.**, s. 63.

⁵ Larenz, **NJW 1956**, s. 1193 vd.; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; Dahm, **a.g.e.**, s. 85 vd, 90, 91.

⁶ Canaris, **JZ 1965**, s. 478; YHGK 6.5.1992 YHGK, 6.5.1992, E. 13-213, K. 1992/315, **YKD**, 1992, C. 18, sayı 8, s. 1179.

nihayetlenmemiş bulunan tartışmalara yol açmıştır. Bugün genel olarak kabul edilen koşulları,

- Üçüncü kişinin edime yakın olması
- Üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaatinin olması
- Üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının onun korunmasındaki menfaatinin borçlu tarafından öngörülebilir olması (Öngörülebilirlik)

şeklinde sayabiliriz⁷.

Bunun dışında bazı yazarlar özellikle üçüncü kişinin korunma ihtiyacının bulunmasının altını çizmektedirler⁸. Gerçekten de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin adalet düşüncesinden doğan bir kurum olması nedeniyle, üçüncü kişinin farklı bir yoldan aynı etkinlikte korunabilmesi halinde bu kuruma gerek kalmayacaktır. Bu durumda söz konusu ölçüt esasen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin talilik özelliğinin doğal bir sonucudur.

2. Edime Yakınlık

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığının kabulü için, üçüncü kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki güven alanına dâhil olması gerekmektedir. Üçüncü kişinin taraflar arasındaki güven alanına dâhil olması için aranacak olan ilk

⁷ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 14 vd.; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 86 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 58 vd., 61; Dahm, **a.g.e.**, s. 85- 90; Yazar söz konusu ölçütlerin yorum kuralları olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 157; Siegerist, **a.g.e.**, s. 62; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 57 vd; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 3: Yazar bu koşullara ek olarak üçüncü kişinin zarardan uzak tutulması hususundaki güvenini de aramaktadır. Atamer, **a.g.m.**, s. 114 vd.; Akkanat, **a.g.e.**, s. 264 vd.; Bu hususta farklı bir kriter Hatemi tarafından getirilmiştir. Yazar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kapsamına alınacak kişileri tayin etmek için BK. m. 100 hükmünden faydalanılmasını önermektedir. Buna göre: “ BK. m. 100 anlamında, bir kira sözleşmesinde “borçlu” durumunda olsa idi, sözleşmeye taraf olan kimsenin “kullanma yardımcısı” sayılabilecek olan kimseler, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinin kapsamına girerler”, Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 16.

⁸ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 92; Siegerist, **a.g.e.**, s. 67.

şart ise, üçüncü kişinin edime yakın olmasıdır (Leistungsnähe)⁹. Gerçekten de üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir sözleşme nedeniyle zarar görmesi, onun sözleşmenin konusu olan edime yakınlığından ileri gelmektedir. Ancak edime yakınlık sınırlandırmaya muhtaç olan geniş bir kavramdır.

Edime yakınlık öncelikle üçüncü kişinin edim ile temasını gerektirir¹⁰. Burada üç durumun birbirinden ayrılması gerekmektedir¹¹.

İlk önce sözleşmede belirlenen edimden yalnızca üçüncü kişinin faydalanacağını kararlaştırıldığı hallerin incelenmesi lazım gelmektedir. Örneğin bir babanın oğlu için hekimlik sözleşmesi yapması halinde, taraflar önceden edimden üçüncü kişinin faydalanacağını kararlaştırmaktadırlar. Burada esasen üçüncü şahıs yararına sözleşme yapılmış bulunmaktadır¹². Şayet sözleşmede üçüncü kişiye edimi doğrudan borçludan talep edebilme hakkı verilmişse üçüncü kişi yararına tam sözleşme söz konusudur. Üçüncü kişiye böyle bir hak verilip verilmediğini taraflar açıkça kararlaştırmış olabilecekleri gibi, bu husus sözleşmenin yorumlanması suretiyle tarafların bu yöndeki niyetlerinden de çıkarılabilir. Ayrıca üçüncü kişinin edimi doğrudan talep hakkı, kanun veya örf ve adet hukuku gereği de doğabilmektedir. Üçüncü şahsın edimi doğrudan borçludan talep edebileceği durumlarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uygulama alanı bulmaz. Zira bu durumda edimi doğrudan talep hakkını haiz olan üçüncü kişi, esasen üçüncü şahıs yararına tam sözleşme uyarınca borçlunun koruma yükümlülüklerini ihlal ederek kendisine verdiği zararın tazminini de doğrudan borçludan talep edebilecektir. Üçüncü kişiye böyle bir hakkın tanınmamış olduğu durumlarda ise üçüncü şahıs yararına basit sözleşme söz konusudur. Üçüncü şahıs yararına basit sözleşmede, edimi borçludan talep edebilme hakkı olmayan üçüncü kişi korunma menfaatinin ihlal edilmesi suretiyle uğradığı zararları da talep edemeyecektir. Bu nedenle üçüncü

⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 227; Larenz, **NJW 1956**, s. 1194; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 14; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 87; Krause, **a.g.m.**, s. 16; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 530; Puhle, **a.g.e.**, s. 62; Dahm, **a.g.e.**, s. 89; Hirth, **a.g.e.**, s. 121; Atamer, **a.g.m.**, s. 115; Akkanat, **a.g.e.**, s. 264.

¹⁰ BGHZ 49, s. 350, 354; BGH NJW 1978, 883.

¹¹ Puhle, **a.g.e.**, s. 45.

¹² MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 109; Puhle, **a.g.e.**, s. 45.

şahıs yararına tam sözleşmenin aksine burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uygulama alanı bulabilecektir¹³.

Üçüncü kişinin edimle teması onun alacaklı ile birlikte doğrudan edimden yararlanması şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin bir kimsenin ailesi ile birlikte bir konut kiralaması halinde, kiracının ailesi de onunla birlikte edimden faydalanmaktadır. Bu durumda da üçüncü kişinin edime yakınlığı kabul edilmektedir¹⁴.

Ancak üçüncü kişinin edimden doğrudan faydalanmadığı, fakat edim ile temas ettiği hallerde edime yakınlık şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmalıdır.

Bazı yazarlar üçüncü kişinin edime yakın olması hususunu dar yorumlamaktadırlar. Buna göre üçüncü kişinin edime yakın olduğunu kabul etmek için, üçüncü kişinin sözleşmenin amacı doğrultusunda edimden alacaklı gibi (alacaklı ile birlikte veya tek başına) yararlanması gerekmektedir¹⁵. Zira üçüncü şahıs yararına bir sözleşme yapılmamış olduğu sürece, sözleşmede kararlaştırılan edimden yalnızca alacaklının yararlanacağı varsayılır. Ancak sözleşmenin amacı gereği, edimden bir takım farklı kişilerin de alacaklı gibi yararlanacağı aşıkârsa, o zaman borçlunun söz konusu kişilere karşı da sözleşmesel sorumluluk altında olduğu kabul edilmelidir¹⁶. Bu görüşü somutlaştırmak gerekirse, bir kira sözleşmesinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kapsamına kiralanandan doğrudan yararlananlar (kiracı gibi yararlananlar) girecektir. Bununla birlikte bu şahısların isimlerinin ve sayılarının borçlu tarafından bilinmesi aranmamaktadır. Kiracının eşi, çocukları, hayat arkadaşı veya onunla birlikte kiralananda yaşayan kimselerin edime yakın oldukları kabul

¹³ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 109, 123; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 29; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 515; Puhle, **a.g.e.**, s. 47; Keitel, **a.g.e.**, s. 100 vd., 126; Krogh, **a.g.m.**, s. 597.

¹⁴ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 227; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 90; Puhle, **a.g.e.**, s. 47 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 124 vd.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 187; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁵ Keitel, **a.g.e.**, s. 124 vd.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 186; Siegerist, **a.g.e.**, s. 64; Krogh, **a.g.m.**, s. 601, 602.

¹⁶ Keitel, **a.g.e.**, s. 125.; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 185; Siegerist, **a.g.e.**, s. 64.

edilecektir¹⁷. Bu kişilerin kira sözleşmesinin kurulması anından itibaren kiralanandan yararlanmaları şart değildir. Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiracı ile birlikte yaşamaya başlayan kişilerin de sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunabileceği ifade edilmektedir¹⁸. Buna göre yine özel bir organizasyon için salon tutulması halinde de, edime yakınlık koşulu organizasyona katılacak olan tüm davetliler açısından kabul edilmelidir. Zira davetliler sözleşme konusu edimden aynen alacaklı gibi faydalanmaktadırlar¹⁹.

Üçüncü kişinin edime yakınlığının bu denli dar yorumlanmasının bazı durumlar açısından adaletli olmayacağı görüşündeyiz. Örneğin evde kiracı ile birlikte yaşayan yardımcılar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunabilecek iken, günün yalnızca belirli saatlerinde çalışan yardımcılar bu görüşe göre koruma kapsamının dışında kalacaklardır²⁰. Oysa söz konusu yardımcıları kiralananda ikamet etmeseler de, belirli saatlerde edim ile en az alacaklı kadar yakın temas içindedirler.

Yine bir işyerinde çalışan işçi de işverenin kurduğu bir satım sözleşmesinden veya karşı taraf ile başlattığı işlemsel temastan dolayı gördüğü zarar nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında doğrudan bir talep hakkına sahip olamayacaktır. İşçi her ne kadar edimin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan risklere alacaklı kadar maruz kalmakta ise de, edimden alacaklı gibi faydalanmadığı için, söz konusu görüşe göre koruma kapsamı dışında tutulacaktır²¹.

Farklı bir görüş uyarınca, her sözleşme tarafların dışında bir takım üçüncü kişilerin hukuki değerlerini de etkilemektedir. Bu husus sözleşmenin sosyal etkisi

¹⁷ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 187; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁸ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 195; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁹ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 195, 196; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65; RGZ 160, s. 153 vd.

²⁰ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 187, 195; Yazar borçlunun, edimden alacaklı gibi yararlanmıyor olmaları nedeniyle, evde belirli saatlerde çalışan yardımcıları karşı sözleşmesel sorumluluk altında olmayacağını ifade etmektedir; Aynı görüşte bkz. Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

²¹ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 189.

olarak adlandırılmaktadır²². Ancak üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunabilmeleri için, sosyal etkinin belirli bir yoğunlukta olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre sözleşmeden doğan borcun ihlali üçüncü kişileri en az edim ile temas etmesine aracı olan sözleşme tarafı kadar etkiliyorsa, o takdirde sosyal etkinin üçüncü kişilerin koruma kapsamına alınabilmeleri için yeteri yoğunlukta olduğu kabul edilmelidir²³. Bugün hâkim görüş tarafından, üçüncü kişinin edime yakın olduğunun kabulü için, onun edimin gerektiği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan tehlikelerinden, en az edim ile bağlantı kurmasını sağlayan sözleşme tarafı kadar etkilenebilecek olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁴. Söz konusu görüş uyarınca edimin arz ettiği tehlikenin üçüncü kişinin hukuki değerlerini tehdit etmesi yeterli görülmeli, üçüncü kişinin doğrudan edimden yararlanıyor olması şart koşulmamalıdır²⁵. Örneğin işyerinde bakımı ile yükümlü olduğu makineyi temizlerken, satıcının açıklama yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle yaralanan işçi de bu anlamda korunacak olan üçüncü kişiler kapsamında sayılacaktır. Bu görüşü borçlu açısından farklı bir örnekle açıklamak gerekirse, borçlunun edimini ifa etmek için alacaklının evine bir ifa yardımcısı gönderdiğini varsayalım. Örneğimizde ifa yardımcısının edim ile temas etmesini sağlayan sözleşme tarafı borçludur. Buna göre ifa yardımcısı, edimin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu doğan tehlikelere en az borçlu kadar maruz kalması nedeniyle sözleşme hükümleri uyarınca korunacak olan üçüncü kişiler kapsamında sayılacaktır²⁶. Alacaklının muvafakatiyle, edimin ifasını gerçekleştirmek veya edimin ifasına yardımcı olmak dışında başka bir amaçla, sözleşmenin sosyal etkisi kapsamına giren şahıslar açısından da edime yakınlık şartının gerçekleşmiş sayılacağı ifade edilmektedir²⁷. Böylelikle işçinin çalışmak üzere geldiği işyerine,

²² Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 249, 270.

²³ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270, 271.

²⁴ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 90; Krause, **a.g.m.**, s. 16; Puhle, **a.g.e.**, s. 49, 57; Hirth, **a.g.e.**, s. 125, 126; Atamer, **a.g.m.**, s. 115; Akkanat, **a.g.e.**, s. 264; BGH NJW 1959, 1677; YHGK, 6.5.1992, E. 13-213, K. 1992/315, **YKD**, 1992, C. 18, sayı 8, s. 1178 vd.

²⁵ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 87; 90: “Üçüncü kişinin tam olarak borçlu veya alacaklı konumunda bulunması tabii ki beklenemez”; Dahm, **a.g.e.**, s. 89; Hirth, **a.g.e.**, s. 122, 123.

²⁶ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 271; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 90; Hirth, **a.g.e.**, s. 125.

²⁷ Hirth, **a.g.e.**, s. 125.

işverenin muvafakati çerçevesinde yanında getirdiği çocuğu da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uyarınca korunabilecektir²⁸. Belirleyici ölçütü sözleşmenin sosyal etkisinin yoğunluğu olarak kabul edersek, bu durumda kiralanandan alacaklı gibi faydalanmayan, fakat günün belirli saatlerinde edim ile temas eden ve bu nedenle de bir tarafın koruma yükümlülüklerini ihlal etmesinden en az alacaklı kadar etkilenen yardımcıları da koruma kapsamında sayılacaklardır²⁹.

Alman Federal Mahkemesi edime yakın olma ölçütünü geniş yorumlamış ve birçok kararında işverenin kurduğu sözleşmeye konu teşkil eden edim dolayısıyla zarar gören işçilere, sözleşme hukukuna dayanan doğrudan bir talep hakkı vermiştir³⁰. Federal Mahkeme işverenin işyerine çatı yaptırmak amacı ile kurduğu eser sözleşmesinde, işçilerin edime yakın olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme çatının çökmesi sonucu ölen işçilerin edim ile sürekli temas halinde olduklarını belirterek, söz konusu işçilerin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunmaları gerektiğine karar vermiştir.³¹

Belirtmemiz gerekir ki, edime olan yakınlığın tesadüfi³² olması veya haksız bir kullanıma dayanması³³ halinde, üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunması mümkün olmayacaktır³⁴. Buna göre örneğin bir kira sözleşmesinde eve gelen misafirin, postacının veya tamircinin, sözleşme konusu

²⁸ BGH NJW 1975, s. 867 vd., 868, 869.

²⁹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 272.

³⁰ BGH NJW 1956, s. 1194; BGHZ 33, s. 247= BGH NJW 1961, s. 211; BGH NJW 1971, s. 1931 vd.

³¹ BGHZ 33, s. 248.

³² BGH NJW 1951, 596: Söz konusu kararda Federal Mahkeme, eşini ziyaret etmek amacıyla hastaneye gelen şahsın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunamayacağını karara bağlamıştır. Kanaatimizce eşin hastane yetkililerinin izni ile refakatçi olarak kalması durumunda muhakkak sonuç farklı olacaktır.; BGH NJW 56, 1193: Bu kararda da Federal Mahkeme borçlunun satım sözleşmesinin tarafı olan alacaklının komşu çiftliğinde çalışan işçiye karşı sözleşmesel sorumluluk altında olmayacağına karar vermiştir.

³³ BGH NJW 78, 1426: “Üçüncü kişinin koruyucu etki kapsamında olup olmadığı öncelikli olarak sözleşmenin içeriğine göre belirlenir. Sözleşmenin hükümlerinin üçüncü bir kişinin kiralanandan faydalanmasına cevaz vermediği hallerde, söz konusu kişinin sözleşmesel sorumluluk hükümleri uyarınca korunmasına imkan yoktur...” aynı yönde BGH NJW 1978, 883; BGHZ 49, s. 350, 355.

³⁴ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 271; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 14, 16; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 87; Hirth, **a.g.e.**, s. 123; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 188; Atamer, **a.g.m.**, s. 115.

edim ile olan temasları tesadüfidir³⁵. Keza kiracıyı ziyarete gelen aile fertlerinin de edim ile olan yakınlıklarının tesadüf olduğunu belirtmek gerekmektedir³⁶. Bir avukatın veya doktorun işyerinde kiralanandan dolayı zarara uğrayan müvekkilleri veya hastaları da buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uyarınca korunamayacaklardır³⁷. Borçluyu bu kişilere karşı sözleşmesel sorumluluğa tabi tutmak, onun durumunu hukuka ve adalete aykırı bir şekilde ağırlaştırmak anlamına gelecektir. Ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacı haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını tamamen bertaraf etmek olmadığından, eve gelen misafirin, tamircinin veya postacının bu kapsamda korunması, söz konusu kurumun amacına da tamamen aykırı olacaktır.

3. Üçüncü Kişinin Korunmasında Alacaklının Menfaatinin Olması

Üçüncü kişinin sözleşmesel sorumluluk hukukuna dayanan doğrudan bir tazminat talebine sahip olabilmesi için uygulama ve öğreti tarafından aranan ikinci koşul ise, alacaklının üçüncü kişinin korunmasında haklı bir menfaatinin olmasıdır³⁸.

Doktrinde bazı yazarlar alacaklının üçüncü kişinin korunmasında haklı bir menfaati bulunduğunun kabulü için, alacaklının söz konusu üçüncü kişiye karşı aile veya iş hukukundan doğan özel bir özen ve koruma yükümlülüğü altında bulunması

³⁵ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 271; Hirth, **a.g.e.**, s. 124.

³⁶ Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

³⁷ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 272.

³⁸ Larenz, **a.g.e.**, s. 227; Larenz, **NJW 1960**, s. 80; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 88; Keitel, **a.g.e.**, s. 119 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 126 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 179; Krogh, **a.g.m.**, s. 584; Atamer, **a.g.m.**, s. 115; Akkanat, **a.g.e.**, s. 265.

gerektiğini ileri sürmüşlerdir³⁹. Alman Federal Mahkemesi de uzun bir süre bu koşulun varlığını aramıştır⁴⁰.

Ancak bu görüş ve uygulamanın bu görüş yönündeki kararları doktrinde büyük ölçüde eleştirilmiştir⁴¹. Bu anlamda alacaklının üçüncü kişiye karşı muhakkak bir özen ve bakım yükümlülüğü altında bulunmasını aramanın, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanını hakkaniyete aykırı bir şekilde daralttığı ileri sürülmektedir⁴². Söz konusu ölçütün uygulanması halinde kiracının resmi nikâhlı eşi koruma kapsamında sayılırken, evlilik dışı birliktelik sürdürdüğü kişi korumadan yoksun bırakılacaktır. Oysa burada önemli olan kiracının birlikte yaşadığı kişinin kira sözleşmesinin güven ortamında bulunmasıdır. Ayrıca aralarında evlilik ilişkisi bulunmayan kişilerin birbirlerinin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunmaları hususunda menfaatlerinin bulunmadığını söylemek de kanaatimizce mümkün değildir⁴³. Eleştiriler arasında, söz konusu ölçütün Federal Mahkemenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi sözleşmenin tamamlanmasına dayandıran uygulamasının neticesi olduğu da ileri sürülmektedir⁴⁴. Belirtmek gerekir ki, Alman Federal Mahkemesi de daha sonraki yıllarda verdiği kararlarında alacaklının üçüncü kişiye karşı özen ve koruma yükümlülüğü altında olmadığı durumlarda da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulabileceğini, bu koşulun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama

³⁹ Larenz, **NJW 1956**, s. 1194; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 567; Krogh, **a.g.m.**, s. 593; Üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunabilmesi için, alacaklı ile arasında mutlaka aile hukukundan doğan bir ilişkinin bulunması gerektiği yönünde bkz. Keitel, **a.g.e.**, s. 125.

⁴⁰ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 88; Puhle, **a.g.e.**, s. 50 vd., 69; BGHZ 33, s. 249; BGH NJW 1969, s. 269 vd., 272; BGH NJW 1959, s. 1677; BGHZ 49, s. 350. 354; BGH NJW 1971, s. 1931, 1932; BGH NJW 1977, s. 713; BGH NJW 1977, 2208, 2209.

⁴¹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 88; Keitel, **a.g.e.**, s. 106 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Dahm, **a.g.e.**, s. 86 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 126; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 158 vd.; 192, 194; Siegerist, **a.g.e.**, s. 67; Atamer, **a.g.m.**, s. 116; Akkanat, **a.g.e.**, s. 265.

⁴² Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 88; Hirth, **a.g.e.**, s. 127; İlk başta bu ölçütün aranmasının gerektiğini savunan yazar Larenz daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve alacaklının üçüncü kişinin korunması hususunda haklı bir menfaatinin olmasının yeterli olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Larenz, **Schuldrecht I**, s. 228.

⁴³ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15.

⁴⁴ Atamer, **a.g.m.**, s. 116, 117.

alanını dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde daralttığını ifade etmiştir⁴⁵. Federal Mahkeme alacaklının üçüncü kişiye karşı özen ve bakım yükümlülüğü altında bulunması halinin, alacaklının üçüncü kişinin korunması hususunda bir menfaati olduğuna objektif olarak işaret ettiğini ifade ederek, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması için muhakkak bulunması gereken bir koşul olmadığını vurgulamıştır⁴⁶. Bunun dışında Federal Mahkeme önceki kararlarında özen ve bakım yükümlülüğü koşulunun esasen kanun tarafından öngörülen ikili sorumluluk ayrımının korunmaya çalışılması nedeniyle arandığını da belirtmiştir⁴⁷.

Bir görüşe göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede belirleyici olan husus üçüncü kişinin hukuki değerlerinin edime yakın olması ve olası bir borç ihlalinin en az sözleşme tarafı kadar etkilenmesidir. Bu nedenle üçüncü kişi, taraflar arasındaki sözleşme veya işlemsel temas nedeniyle bir korunma menfaatine sahiptir⁴⁸. Üçüncü kişinin korunma menfaati ise onun sözleşme tarafları ile olan ilişkisinden ve tarafların menfaatlerinden bütünüyle bağımsız olarak doğmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin üçüncü kişinin hukuki değerlerinde hakkaniyet çerçevesinde katlanabileceğinden daha büyük bir zarar açması halinde, üçüncü kişiye sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazminat hakkı verilmelidir⁴⁹. Bu aşamada sözleşmenin amacının, üçüncü kişinin edim ile olan ilişkisinin, koruma ihtiyacı içinde bulunmasının ve bu durumun borçlu tarafından öngörülebilirliğinin belirleyici olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰. Söz konusu görüş, tüm bu gerekçelerle alacaklının bu husustaki menfaatinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadır⁵¹.

⁴⁵ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; Puhle, **a.g.e.**, s. 52 vd., 69; Hirth, **a.g.e.**, s. 127; BGH NJW 1977, s. 1916; BGH NJW 1973, 2059 vd.; BGH NJW 1980, 589.

⁴⁶ BGH NJW 1984, s. 355, 356=BGH JZ 1984, s. 246.

⁴⁷ BGH NJW 1977, s. 1916.

⁴⁸ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; Hirth, **a.g.e.**, s. 127; BGH NJW 1977, s. 1916.

⁴⁹ Hirth, **a.g.e.**, s. 127; Akkanat, **a.g.e.**, s. 265.

⁵⁰ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 89.

⁵¹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 270; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 530 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 127, 133; Alacaklının üçüncü kişinin korunmasında menfaatinin olmaması veya az olması halinde üçüncü şahsın zararını tazmin müessesesinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Krogh, **a.g.m.**, s. 589, 595 vd.

Buna karşılık farklı bir görüş üçüncü kişinin korunma menfaatinin tek başına yeterli olmayacağını, üçüncü kişinin menfaatleri paralel olan tarafla arasında özel bir iç ilişkinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Üçüncü kişinin sözleşme taraflarından biri ile hukuki işlemsel veya ekonomik bir ilişki içerisinde olmasının, üçüncü kişinin korunmasında menfaatinin bulunması ölçütü bakımından yeterli olacağı savunulmaktadır⁵². Buna göre alacaklı ile üçüncü kişinin arasında bilirkişilik sözleşmesinin⁵³ veya alt kira sözleşmesinin⁵⁴ bulunduğu hallerde ve standartlaşmış kitle işlemlerinde⁵⁵ alacaklının üçüncü kişinin korunmasında menfaati olduğu kabul edilmelidir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması bakımından, alacaklının üçüncü kişinin korunmasında menfaatinin bulunması koşulunun aranması gerektiğini savunan diğer bir görüş ise, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yakın bir ilişkinin bulunmasını yeterli görmektedir. Söz konusu görüş uyarınca alacaklının üçüncü kişinin korunmasındaki menfaati kesinlikle göz ardı edilmemelidir. Bununla birlikte aralarındaki ilişkinin muhakkak aile veya iş hukukundan doğan bir özen ve koruma yükümlülüğü içermesini şart koşmanın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi uygulanamaz hale getireceği ifade edilmektedir. Bu nedenle alacaklı ile borçlu arasında yakın bir ilişkinin kurulmuş olmasının yeterli sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre alacaklı ile üçüncü kişi arasında komşuluk ilişkisinin bulunması bu anlamda yeterli sayılmalıdır⁵⁶.

Önceki kararlarında alacaklının üçüncü kişiye karşı Aile veya İş Hukuku'ndan doğan bir özen ve koruma yükümlülüğü altında bulunmasını üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması açısından gerekli bir koşul olarak nitelendiren Federal Mahkeme, sonraki yıllarda verdiği kararlarda alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin birbirine bütünüyle zıt olduğu durumlarda dahi üçüncü kişiyi

⁵² MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 89; alacaklı ile üçüncü kişi arasında muhakkak hukuki bir ilişkinin bulunmasını aramanın isabetli olmadığı yönünde bkz. Gernhuber, **a.g.e.**, s. 315.

⁵³ BGH NJW 1984, s. 355.

⁵⁴ BGHZ 49, 350.

⁵⁵ BGH NJW 1977, 1916.

⁵⁶ Puhle, **a.g.e.**, s. 70.

koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabileceğine karar vermiştir⁵⁷. Böylelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı genişletilmiş bulunmaktadır. Zira bu durum esasen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilmesi için alacaklının üçüncü kişinin korunması hususundaki menfaatine bakılmayacağı anlamına gelmektedir⁵⁸.

Alman Federal Mahkemesinin “çatı katı kararı”⁵⁹ bu konuda örnek teşkil etmektedir. Söz konusu kararda taşınmazını satmak isteyen kişi bir mimar ile konut olarak kullanılan taşınmazın durumu hakkında rapor yazması için sözleşme kurmuştur. Raporun evin satılması esnasında kullanılmak üzere talep edildiğini bilen mimar taşınmazın iyi bir durumda bulunduğunu beyan etmiştir. Ancak satım sözleşmesinden bir süre sonra alıcı evin çatı katının nemden dolayı önemli derecede hasarlı olduğunu fark etmiştir. Alıcı, evin bu durumdan haberdar olması halinde satım sözleşmesini yapmayacağını ifade ederek raporu hazırlayan mimardan bu nedenle uğradığı zararların tazminini talep etmiştir. Mimar ise rapordaki eksikliğin satıcının oğlu tarafından verilen eksik bilgilere dayandığını ileri sürmüştür.

Federal Mahkeme mimarın, yazdığı raporun alıcıya verdiği zararlardan dolayı sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu olacağını vurgulayarak olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasına karar vermiştir. Ayrıca kararda satıcının oğlu tarafından yapılan hilenin bilirkişi tarafından alıcıya karşı ileri sürülemeyeceğine hükmedilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararları hâkim görüş tarafından⁶⁰ kabul edilmekle birlikte, doktrinde özellikle “çatı katı kararı” bazı yazarlar⁶¹

⁵⁷ BGH JZ 1995, s. 306; BGH JZ 1998, s. 624 vd., 625 ; Canaris, “Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen”, JZ, 1995, s. 441 vd., s. 442; Ziegltrum, a.g.e., s. 216.

⁵⁸ Canaris, JZ 1995, s. 443.

⁵⁹ BGHZ 127, 378 = BGH JZ 1995, 306.

⁶⁰ MüKo/Gottwald, a.g.e., § 328 N 112; Hadding, a.g.e., Anh. § 328 N 30; Ziegltrum, a.g.e., s. 215 vd.; Siegerist, a.g.e., s. 107 vd.; Dieter Medicus, “Anmerkung zu BGH JZ 1995, s. 306”, JZ, 1995, s. 308 vd.

tarafından eleştirilmiş ve burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yerine güven sorumluluğunun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁶².

Buna göre taraflar sözleşme kurarken esasen kendi menfaatlerini dikkate almaktadırlar. Sözleşme taraflarının üçüncü bir kişinin maddi menfaatlerini dikkate almak ve buna göre sözleşme yapmak mecburiyetleri yoktur⁶³. Çatı katı kararına konu teşkil eden olayda alacaklı ile satıcının menfaatleri çatışmaktadır. Satıcı raporda evin mümkün olduğu kadar iyi bir durumda gösterilmesini ve yüksek bir bedelle satılmasını isterken, alıcı evin gerçek durumunu öğrenmek ve evi düşük bir bedelle satın almak istemektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin sözleşme tarafıyla benzer tehlikelere maruz kalması, alacaklının şahsında doğabilecek zararların üçüncü kişide doğması gerekmektedir. Bu nedenle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasının ancak alacaklı ile üçüncü kişinin benzer menfaatlere sahip olması halinde mümkün olabileceği savunulmaktadır⁶⁴.

Alacaklı ve üçüncü kişinin menfaatlerinin zıt olması nedeniyle somut olaydaki çıkış noktasının satıcı ile bilirkişi arasındaki sözleşmenin değil, alacaklı ile satıcı arasındaki satım sözleşmesinin olduğu ifade edilmektedir⁶⁵. Satıcının bilirkişi raporunu sözleşmenin kurulması aşamasında alacaklıya sunması ile birlikte söz konusu rapor sözleşme görüşmelerini etkileyebilme olanağına kavuşmaktadır. Böylelikle bu olayda üçüncü şahıs esasen bilirkişidir. Bilirkişinin yazdığı rapor

⁶¹ Canaris, **JZ 1995**, s. 442; Canaris, “Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo”, **JZ**, 1998, s. 603 vd.; Honsell, **a.g.e.**, s. 949 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 82 vd., 110 vd.

⁶² Canaris, **JZ 1995**, s. 441; Canaris, **JZ 1998**, s. 603, 605; Kırca, **a.g.e.**, s. 111 vd.

⁶³ Canaris, **JZ 1995**, s. 443.

⁶⁴ Canaris, **JZ 1995**, s. 441-443; Canaris, **JZ 1998**, s. 604; Honsell, **a.g.e.**, s. 954 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 3; Moser, **a.g.e.**, s. 148; Krogh, **a.g.m.**, s. 586; Kırca, **a.g.e.**, s. 110; Aynı yönde BGE 130 III 345 (Çevrimiçi) <http://www.bger.ch/index/jurisdiction>, 17 Mayıs..

⁶⁵ Canaris, **FS Lorenz**, s. 92: Yazar alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin paralel olmasının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin karakteristik özelliği olduğunu ifade etmektedir.; Canaris, **JZ 1995**, s. 444; Krogh, **a.g.m.**, s. 587; Kırca, **a.g.e.**, s. 113; Esasen çatı katı kararında Bölge Mahkemesi de (Temyiz Mahkemesi) alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin paralel olmaması ve edimin kötü ifasına alacaklının oğlunun yol açması nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulamayacağına karar vermiştir. Ancak bu karar Alman Federal Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Bkz. BGH JZ 1995, s. 306.

aracılığıyla alacaklıya bir zarar vermesi halinde ise üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu (güven sorumluluğu) gündeme gelmektedir. Bu tür bir çözüm taraflar arasındaki menfaat dengesine daha uygundur. Zira somut olayda alacaklı kendisinden bütünüyle farklı bir menfaate sahip olan satıcının kurduğu güven ortamına dâhil edilmemekte, tam tersine mimar, alıcı ile satıcı arasındaki güven ortamına dâhil olarak alıcıya karşı özel bir güven yaratmakta ve bu güven üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin kararına etki etmektedir⁶⁶.

Somut olayda bir de üçüncü kişinin hilesi söz konusudur. Satıcının oğlu çatı katındaki hasarları bilirkişiden ve alıcıdan saklamıştır. Ancak bilirkişinin bu hususu alıcıya karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Zira bilirkişinin raporuna özellikle satıcının saklayabileceği kusurların tespit edileceği hususunda güven duyulmaktadır⁶⁷. Ancak olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması halinde, aşağıda⁶⁸ ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere bilirkişinin söz konusu hileyi üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkün olacak idi⁶⁹. Federal Mahkeme ise söz konusu olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi

⁶⁶ Canaris, **JZ 1995**, s. 444, 445; Canaris, **JZ 1998**, s. 605; Güven sorumluluğunda, üçüncü bir kişinin hukuki işlem alanında temas içinde bulunan taraflardan birine güven uyandıracak davranışlarda bulunması ve uyandırılan bu güvenin söz konusu tarafın sözleşmenin kurulmasına ve şartlarına ilişkin olarak vereceği kararlara etki etmesi söz konusudur. Böylelikle iki taraf arasında bir güven ilişkisi (edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi) oluşmaktadır. Diğer tarafın kendisinde yaratılan güvene dayanarak bir tasarrufta bulunması ve bu güvenin boşa çıkması nedeniyle söz konusu tasarruf sonucu bir zarara uğraması halinde, güven sağlayan tarafın sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bunun yanında üçüncü kişinin uyandırdığı güvenin karşı tarafın tasarruflarında etkili olacağını öngörebilmesi gerekmektedir. Böylelikle güven sağlayan üçüncü kişinin karşı tarafın kendisine duyduğu güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğradığı zararı sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazmin etme borcu doğar. Bu tür bir sorumluluk güven sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Güven sorumluluğu haksız fiil ile sözleşme sorumluluğu arasında yer alan üçüncü bir sorumluluk tipi olarak nitelendirilmektedir. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin (güven ilişkisinin) ihlalinden doğan güven sorumluluğu üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden farklıdır. Şöyle ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede üçüncü kişinin sözleşme dolayısıyla bir zarara uğraması söz konusudur. Oysa güven sorumluluğunda, üçüncü kişi sözleşme görüşmelerine müdahale ederek taraflardan birinde özel bir güven yaratmakta ve bu güvenin boşa çıkması sonucu karşı tarafı zarara uğratmaktadır. Ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede alacaklı ile üçüncü kişi benzer menfaatlere sahip iken, güven sorumluluğunda alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin çatışması söz konusudur. Bkz. Canaris, **FS Lorenz**, s. 92 vd.; Moser, **a.g.e.**, s. 20; 148, 154 vd.; Krogh, **a.g.m.**, s. 586, 587; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19 N 3; Serozan, **Armağan**, s. 724 vd.; Altop, **a.g.e.**, s. 87 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 111 vd.

⁶⁷ BGH JZ 1995, s. 307.

⁶⁸ Bkz. III/D/3 nolu başlık.

⁶⁹ Canaris, **JZ 1995**, s. 445.

uygulanmasına rağmen, adaleti sağlamak amacıyla hilenin alıcıya karşı ileri sürülemeyeceğine karar vererek önceki içtihatları⁷⁰ ile çelişmiştir.

4. Öngörülebilirlik

Borçlunun sözleşmesel sorumluluğunun kapsamının hakkaniyete aykırı bir şekilde genişlememesi için kimlerin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunacaklarını önceden öngörebilmesi gerekmektedir. Buna göre üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının üçüncü kişinin korunması hususunda menfaatinin bulunduğu borçlu tarafından öngörülebilirliği aranmaktadır⁷¹. Söz konusu unsurların borçlu tarafından öngörülemediği hallerde, üçüncü kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki güven alanına dâhil olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle öngörülebilirlik kıstası üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin olmazsa olmaz şartıdır⁷².

Öngörülebilirliğin tespitinde bazı yazarlar ve Alman Federal Mahkemesi objektif kıstaslara⁷³ başvurmakta iken, doktrinde bu hususun subjektif kıstaslar dâhilinde belirlenmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁷⁴. Belirtmemiz gerekir ki öngörülebilirlik açısından, borçlunun sözleşmesel sorumluluk hukuku uyarınca sorumlu olacağı kimseleri ismen tanıması veya sayılarını bilmesi aranmamaktadır⁷⁵. Ayrıca öngörülebilirlik koşulunun yerine gelmesi için üçüncü kişinin muhakkak sözleşmenin kurulması anından itibaren edime yakın bulunması da

⁷⁰ BGHZ 33, 250; BGH NJW 1975, s. 868.

⁷¹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 227; Larenz, **NJW 1956**, s. 1194; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 17; Puhle, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Dahm, **a.g.e.**, s. 90; Hirth, **a.g.e.**, s. 127 vd.; Krogh, **a.g.m.**, s. 584; Atamer, **a.g.m.**, s. 117, 118; Akkanat, **a.g.e.**, s. 265.

⁷² Gernhuber, **a.g.e.**, s. 531; Hirth, **a.g.e.**, s. 128.

⁷³ Puhle, **a.g.e.**, s. 73; Dahm, **a.g.e.**, s. 90; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 185; BGH NJW 1984, 355.

⁷⁴ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 91; Hirth, **a.g.e.**, s. 128.

⁷⁵ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 91; Puhle, **a.g.e.**, s. 74; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 525; BGH NJW 1984, 355; BGH NJW 1987, s. 1760.

aranmamaktadır. Üçüncü kişi taraflar arasındaki güven alanına daha sonra da dâhil olabilir. Burada önemli olan borçlunun bu hususu öngörebilmesidir⁷⁶.

İmparatorluk Mahkemesi çok tartışılan bir kararında⁷⁷, bir organizasyon için salonunu kiralayan borçlunun, organizasyona katılan herkese karşı sözleşmesel sorumluluk altında olduğuna karar vermiştir⁷⁸. Bu karar olayda sözleşmesel sorumluluğun borçlu bakımından öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁹. Ancak eleştirilerin yanında bu kararın yerinde olduğu da savunulmaktadır. Buna göre öngörülebilirlik ölçütünün gerçekleşmesi için borçlunun koruma kapsamına girecek olan kişilerin sayısını tam olarak bilmesi gerekmemektedir. Ayrıca bu sayının yüksek olmasının da bu açıdan herhangi bir önemi yoktur⁸⁰. Burada organizasyona katılan davetlilerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlalinden en az kiralayan kadar etkilenebileceklerinin borçlu tarafından öngörülebilir olmasının yeterli sayılacağı ifade edilmektedir⁸¹.

Alman Federal Mahkemesi tüketicilerin, ara satıcı ile imalatçı arasındaki sözleşme ilişkisine dayanan doğrudan tazminat taleplerini, öngörülebilirlik şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle reddetmiştir⁸².

Federal Mahkeme'nin farklı bir kararına⁸³ konu olan olayda davalı, belediye ve bir dernek ile kurduğu sözleşme sonucu, söz konusu bölgede inşa edilmek istenen

⁷⁶ Gernhuber, **a.g.e.**, s. 531; Puhle, **a.g.e.**, s. 73; Ziegltrum, **a.g.e.**, s.195; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

⁷⁷ RGZ 160, s. 153 vd.

⁷⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 228; Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 271; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 91.

⁷⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 228.

⁸⁰ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 271; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 17; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 91; Puhle, **a.g.e.**, s. 74; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65.

⁸¹ Gernhuber, **FS Nikisch**, s. 271; Puhle, **a.g.e.**, s. 74; Siegerist, **a.g.e.**, s. 65: Yazar davetlilerin edimden alacaklı ile aynı şekilde yararlandıkları için koruma kapsamında sayılacaklarını ifade etmektedir.

⁸² Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 15; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 91; BGH NJW 1969, s. 272; Bu durumda imalatçının güven sorumluluğunun söz konusu olacağı yönünde bkz. Canaris, **FS Larenz**, s. 101; Krogh, **a.g.m.**, s. 599; Türk Hukuku'nda söz konusu sorun 6.3.2003 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/II uyarınca çözümlenecektir. Buna göre tüketici ayıplı ifa halinde satıcıya karşı sahip olduğu seçimlik hakların yanında, ayıplı malın neden olduğu zararlardan ötürü imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir. Ayrıca TKHK m. 4/III uyarınca imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente ve ithalatçı ayıplı maldan ve tüketicinin ayıplı mal dolayısıyla sahip olduğu seçimlik haklardan dolayı müteselsilen sorumlu tutulmaktadır.

bir kanalın çalışmalarını üstlenmiştir. Ancak davalı firma kusurlu olarak, çalışmalarını sürdürdüğü bölgede elektriklerin otuz iki dakika boyunca kesilmesine yol açmıştır. Aynı bölgede faaliyet gösteren başka bir işletme, 1385 işçinin elektrik kesintisi nedeniyle otuz iki dakika boyunca çalışmalarını durdurmak zorunda kaldıklarını, ancak işletmenin buna rağmen işçilere ücretlerini tam olarak ödemek zorunda olduğunu ve bundan dolayı zarara uğradığını ifade ederek tazminat davası açmıştır. Federal Mahkeme olayda davalı firma açısından öngörülebilirlik koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanamayacağına karar vermiştir⁸⁴.

Alman Federal Mahkemesi'nin öngörülebilirlik açısından incelenmesi gereken diğer bir kararı ise bilirkişilik sözleşmesi ile ilgilidir⁸⁵. Olayda taşınmazını satmak isteyen bir çift, taşınmazın değerini tespit ettirmek için bir bilirkişiye başvurmuştur. Alıcı taşınmazı bilirkişinin tespit ettiği değer üzerinden kredi çekerek satın almış ve banka da alıcıya kefil olmuştur. Ancak kredinin ödenememesi nedeniyle ev haciz yoluyla satışa çıkartılmıştır. Bu sırada başka bir bilirkişi taşınmaza çok daha düşük bir fiyat biçmiştir. Taşınmaz bu nedenle daha düşük bir fiyata satılmıştır. Bunun üzerine alıcı ve alıcının borcuna kefil olan banka satıcı tarafından belirlenen ve taşınmaz için olduğundan daha yüksek bir fiyat belirten bilirkişiye karşı bu nedenle uğradıkları zararın tazmini için dava açmışlardır. Alman Federal Mahkemesi bu olaya ilişkin kararında alıcı ile birlikte alıcının borcuna kefil olan banka lehine üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kurulduğuna hükmetmiştir. Söz konusu olayda Temyiz Mahkemesi kefil açısından öngörülebilirlik şartının gerçekleşmediğine karar verirken, Alman Federal Mahkemesi bu kararı bozmuş ve kefilin de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme alacaklısı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme bilirkişinin ediminin kredi işlemi için belirleyici olduğunun öngörülebilir olmasını yeterli bulmuş ve bankanın alıcıya kefil olacağının ayrıca öngörülebilmesinin aranmaması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁶.

⁸³ BGH NJW 1977, 2208.

⁸⁴ Hadding, a.g.e., Anh. § 328 N 17; BGH NJW 1977, 2209.

⁸⁵ BGH JZ 1998, s. 624 vd.

⁸⁶ BGH JZ 1998, s. 626, 627.

Edime yakınlık başlığı altında aktardığımız üzere, bazı yazarlar üçüncü kişilere sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat talebi verilebilmesi için, söz konusu kişilerin edimden aynen alacaklı gibi yararlanmasını aramaktadırlar. Bu görüşün doğal uzantısı olarak öngörülebilirlik ölçütü de söz konusu yazarlarca dar anlamda yorumlanmaktadır. Buna göre borçlunun üçüncü kişinin edime yakınlığını öngörebilmesi, üçüncü kişinin edimden alacaklı gibi yararlandığının sözleşmenin amacından anlaşılması halinde mümkündür. Bunun dışında borçlu tarafından öngörülebilirlik şartının gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁷.

5. Üçüncü Kişinin Korunma İhtiyacının Bulunması

Doktrinde bütün yazarlar tarafından kabul edilmemekle birlikte, bazı yazarlar tarafından kabul edilen diğer bir şart ise üçüncü kişinin korunmaya ihtiyaç duymasıdır⁸⁸. Buna göre üçüncü kişinin sözleşme hukukuna dayanan bir tazminat hakkına sahip olması, onun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çerçevesinde korunmasını engelleyecektir⁸⁹.

Alman Federal Mahkemesi birçok olayda, üçüncü kişinin alacaklıya karşı sözleşme hukukuna dayanan bir tazminat talebi olmasına rağmen, zarara yol açan borçlunun sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca sorumluluğunu kabul etmiştir⁹⁰. Ancak Federal Mahkeme daha sonraki yıllarda verdiği kararlarda üçüncü kişinin korunma ihtiyacı içinde bulunmasını aramıştır. Söz konusu ölçüt öncelikle kira

⁸⁷ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 185, 192.

⁸⁸ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 92; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 531; Hirth, **a.g.e.**, s. 129 vd; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 191, 193; Siegerist, **a.g.e.**, s. 62, 67; Akkanat, **a.g.e.**, s. 266.

⁸⁹ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 16; Hirth, **a.g.e.**, s. 129; Siegerist, **a.g.e.**, s. 62, 67; Krogh, **a.g.m.**, s. 588; Akkanat, **a.g.e.**, s. 266; BGH NJW 1978, s. 883; BGH NJW 1987, s. 2510, 2511; aksi görüş için bkz. Moser, **a.g.e.**, s. 200.

⁹⁰ BGHZ 33, s. 247 vd.

sözleşmelerinde⁹¹ uygulanmış, daha sonra ise diğer sözleşme tiplerinde de⁹² dikkate alınmaya başlanmıştır⁹³. Böylelikle üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı alacaklıya karşı herhangi bir sözleşmesel tazminat hakkının bulunduğu durumlarda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacı, tarafı olmadığı bir sözleşmenin veya işlemsel temasın güven ortamına dâhil olan üçüncü kişilerin bu nedenle gördükleri zararlar bakımından haksız fiil hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlarda, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunmalarını sağlamaktır. Ancak üçüncü kişinin kanundan doğan sözleşme hukuku temelli bir tazminat hakkına sahip olduğu durumlarda, onun korunma ihtiyacı yeterince karşılanmaktadır⁹⁴. Şüphesiz ki bu durum üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tali bir kurum olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁵. Sonuç olarak üçüncü kişi edime yakınlığı dolayısıyla uğradığı zararı alacaklıdan sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edebilecek ise artık borçluya başvurması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık alacaklının ödediği tazminat miktarı dolayısıyla borçluya rücu etme hakkı saklıdır. Zira alacaklının üçüncü kişiye ödediği tazminat miktarı kendi açısından bir zarar teşkil etmektedir. O, bu şekilde uğradığı zararın tazminini aralarındaki hukuki işlemsel ilişki çerçevesinde, şartları mevcutsa borçludan talep edebilecektir⁹⁶. Böylelikle esasen kiracıya karşı sözleşmesel bir tazminat hakkına sahip olması nedeniyle alt kiracının, kiracı ile kiraya veren arasındaki hukuki ilişki dolayısıyla korunmasına ihtiyaç olmadığını söylemek mümkündür⁹⁷.

Bir görüş uyarınca üçüncü kişinin hem alacaklıya hem de borçluya karşı doğrudan ileri sürebileceği bir talep hakkının olduğu durumlarda korunma ihtiyacı

⁹¹ BGH NJW 1978, s. 883=BGHZ 70, s. 327 vd.

⁹² BGH NJW 1987, 2510.

⁹³ Hirth, **a.g.e.**, s. 129, 130.

⁹⁴ Hirth, **a.g.e.**, s. 131.

⁹⁵ Keitel, **a.g.e.**, s. 84; Hirth, **a.g.e.**, s. 130; Akkanat, **a.g.e.**, s. 266.

⁹⁶ Keitel, **a.g.e.**, s. 84; Hirth, **a.g.e.**, s. 131, 132.

⁹⁷ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 92; BGH NJW 1978, s. 883=BGHZ 70, s. 327 vd.

koşulu yerine gelmemiş sayılmalıdır. Ancak bunun dışında üçüncü kişinin yalnızca alacaklıya karşı sözleşmesel bir talep hakkı olduğu durumlarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yine de uygulanmalıdır. Örneğin taşınır bir malın kiralanmasında, kiracı bu malı kiraya verenin onayı ile başka birine kiralarsa ve alt kiracı maldaki ayıp dolayısıyla bir zarar görürse, bu durumda uğradığı zararı hem asıl kiraya verenden hem de kiracıdan talep edebilecektir. Bu nedenle bu durumda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme uygulanmamalıdır⁹⁸.

Buna karşılık üçüncü kişinin alacaklıya karşı sahip olduğu sözleşme hukuku temelli tazminat talebinin, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye nazaran daha az elverişli olması halinde veya üçüncü kişinin alacaklıya karşı yönelttiği tazminat talebinin reddedilmesi halinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır⁹⁹.

Bir görüşe göre bu durumda üçüncü kişi, kendisine alacaklıya karşı sahip olduğu talepten daha etkin bir koruma sağlaması nedeniyle, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumundan yararlanabilecektir¹⁰⁰. Burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile güdülen amacın, koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesinden en az sözleşme tarafı kadar etkilenen kişilerin, sözleşme taraflarından daha zayıf bir koruma görmemeleri olduğu ifade edilerek, üçüncü kişinin kendisi için daha avantajlı olan sözleşmeye dayanması gereği savunulmaktadır¹⁰¹.

Alman İmparatorluk Mahkemesi bir kararında¹⁰², işverene karşı yönelttiği tazminat talebi reddolunan işçinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumundan faydalanabileceğine hükmetmiştir. İmparatorluk Mahkemesi'nin önüne gelen olayda bir kişiye ev işlerinde yardımcı olmak üzere çalışan işçinin işyerinde banyoya takılan şofbenin gaz kaçırmaları sonucu yararlanması söz konusudur. Söz

⁹⁸ Krause, **a.g.m.**, s 18 vd.

⁹⁹ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 92.

¹⁰⁰ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 92; Hirth, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁰¹ Hirth, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁰² RGZ 127, s. 218 vd.; Keitel, **a.g.e.**, s. 88, 89.

konusu olayda gaz kaçağı şofbenin montajı için kullanılan vidalardan kaynaklanmaktadır. Gaz kokusunu alan yardımcı, kaçağın nereden kaynaklandığını bulmak için kibrit yakmış ve bundan doğan patlama sonucu yaralanmıştır. Yardımcı şahıs bu şekilde uğradığı zararı öncelikle işverenden talep etmiştir. Ancak yerel mahkeme yardımcı şahsın uğradığı zararın kendi kusurundan kaynaklandığını ileri sürerek davayı reddetmiştir. Yardımcı şahıs bunun üzerine şofbeni satan firmaya ve montajı gerçekleştiren işçiye dava açarak gaz patlaması sonucu uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. İmparatorluk Mahkemesi yardımcı şahsın kendi işverenine karşı yönelttiği tazminat talebinin reddedilmesinin söz konusu davayı etkilemeyeceğini ifade etmiştir. Buna göre işverene karşı yöneltilen tazminat davasının reddedilmesine rağmen davacının davalı firmaya ve montajı gerçekleştiren işçiye karşı sözleşmesel bir tazminat talebi yöneltmesi mümkündür. Kararda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin söz konusu olay bakımından uygulama alanı bulacağına hükmedilmiştir¹⁰³.

Buna karşılık üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tali olma özelliğinden yola çıkan farklı bir görüş, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin nisbilik ilkesine çok önemli bir istisna teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Söz konusu görüş uyarınca üçüncü kişinin alacaklıya karşı sözleşmesel bir talep ileri sürebileceği durumlarda hâkimin hukuk yaratması mümkün değildir. Alacaklıya karşı yöneltilecek olan talebin farklı koşullara tabi olması veya herhangi bir nedenden dolayı reddedilmiş olması bu anlamda herhangi bir etkiye sahip değildir. Nisbilik ilkesi ancak üçüncü kişinin zararının tazmininin sözleşme hukuku uyarınca talep edilemediği durumlarda aşılmalıdır¹⁰⁴.

B. Edim Yükümlülüklerin İhlali Halinde Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Sorunu

¹⁰³ RGZ 127, s. 224, 225.

¹⁰⁴ Keitel, **a.g.e.**, s. 86, 87.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme esasen borçlunun üçüncü kişiye karşı olan koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde söz konusu olmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme taraflarına yalnızca koruma yükümlülükleri yüklemekte ve edim yükümlülükleri içermemektedir. Taraflardan birinin koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle zarar gören tarafın sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat hakkı doğmaktadır.

Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi'nin edim yükümlülüğünün ihlalinin dolaylı zarar gören üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunabileceklerine ilişkin kararları mevcuttur¹⁰⁵.

Federal Mahkeme'nin 1965 tarihli bir kararına konu olan olayda 69 yaşında ölen murisin kızı, babasını ölmeden önce kendi avukatı ile görüştürmüştür. Muris resmi bir vasiyetname ile tüm malvarlığını kızına bırakmak istediğini belirterek, avukattan en kısa zamanda bir noter ile birlikte kendisine gelmesini istemiştir. Avukata gerek muris gerekse kızı tarafından resmi vasiyetnamenin bir an önce yapılması gerektiği söylenmiştir. Ancak avukat kendisine birçok defa hatırlatılmasına rağmen noteri getirmemiş ve bu nedenle murisin ölümünden önce resmi vasiyetname yapılamamıştır. Murisin kızı resmi vasiyetnamenin yapılamaması yüzünden yeğeni ile birlikte mirasçı olmuştur. Bunun üzerine vasiyetnameyi yapmayı savsaklayan avukata karşı bir dava açarak mahrum kaldığı miras payı nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir.

Mahkeme söz konusu kararında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin koruma yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmininde uygulandığını vurgulamıştır. Ancak buna rağmen edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi nedeniyle doğan zararlar dolayısıyla da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanacağına işaret ederek, davacının sözleşmeye aykırılık hükümleri

¹⁰⁵ BGH JZ 1966 mit Anm. v. Prof. Dr. Werner Lorenz, **JZ**, 1966, s. 141 vd.; BGH NJW 1977, s. 2074 vd.; BGH JZ 1995, s. 306vd.; BGH JZ 1998, s. 624 vd.

uyarınca talep ettiği tazminatın davalı tarafından ödenmesine karar vermiştir. Söz konusu karar sözleşmenin amacına ve dürüstlük kuralına dayandırılmıştır¹⁰⁶.

Bu kararın ardından Alman Federal Mahkemesi, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişinin edim yükümlülüğünün ihlali nedeniyle zarar gördüğü birden fazla olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi uygulamıştır¹⁰⁷. Federal Mahkeme'nin bu yöndeki kararlarından yola çıkarak doktrinde, bazı durumlarda edim yükümlülüklerinin ihlali halinde, bundan zarar gören üçüncü kişiye sözleşme hukukuna dayanan doğrudan bir talep hakkı verilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁰⁸.

Buna göre edimin üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması için özel bir önem arz ettiği ve bunun borçlu tarafından objektif olarak öngörülebildiği hallerde üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunması gerekmektedir. Üçüncü kişinin edim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunması için daha sıkı koşullar aranmaktadır¹⁰⁹. Burada üçüncü kişinin edime yakınlığı daha dar yorumlanmaktadır. Üçüncü kişinin edim ile teması yetmemekte, edimin bizzat üçüncü kişinin malvarlıksal menfaatine hizmet etmesi gereği vurgulanmaktadır. Öyle ki edim yükümlülüğünün ihlali ile birlikte üçüncü kişi alacaklı ile aynı derecede ve hatta tek başına zarara uğramış olmalı ve bu durum borçlu tarafından en başından beri öngörülebilir olmalıdır¹¹⁰. Bir görüş edim yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle görülen zararların üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında tazmin edilebilmesi için alacaklının üçüncü kişiye karşı özen ve koruma yükümlülüğü altında bulunması koşulunun aranması

¹⁰⁶ BGHZ JZ 1966, s. 142.

¹⁰⁷ BGH NJW 1977, 2074; BGH NJW 1983, s. 1053; BGH NJW 1984, s. 355; BGHZ 76, s. 259 vd., s. 262; BGHZ 86, s. 240 vd., s. 249; BGHZ 89, s. 95 vd., s. 104; BGH JZ 1995, s. 306vd.; BGH JZ 1998, s. 624 vd.

¹⁰⁸ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 94; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 534 vd., 538; Hirth, **a.g.e.**, s. 120, 133 vd.; Krogh, **a.g.m.**, s. 591; aksi görüş için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 283.

¹⁰⁹ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 94; Hirth, **a.g.e.**, s. 120; BGH JZ 1966, s. 142; BGH NJW 1977, s. 2074.

¹¹⁰ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 94; Hirth, **a.g.e.**, s. 135, 137; Werner Lorenz, "Anmerkung zu BGH JZ 1966", **JZ**, s. 144, 145: Yazar murisin kızının en başından sözleşme görüşmelerine katılmış olması nedeniyle söz konusu olayda muris ile kızı arasında alacaklı teselsülü olduğunu savunmaktadır; BGH JZ 1966, s. 142; BGH NJW 1977, s. 2074.

gerektiğini savunmaktadır¹¹¹. Bunun dışında üçüncü kişinin koruma ihtiyacı içinde bulunması gerekmektedir. Üçüncü kişinin edim yükümlülüğünü ihlal ederek kendisine zarar veren borçluya karşı herhangi bir sözleşmesel tazminat hakkına sahip olduğu hallerde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme burada da uygulama alanı bulamayacaktır¹¹².

Bu durumda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeye biraz daha yaklaşmaktadır. Ancak bu iki kurum birbirleri ile karıştırılmamalıdır. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü kişiye asla edimin ifasını doğrudan borçludan talep edebilme hakkı vermemektedir. Üçüncü kişi yalnızca edim yükümlülüğünün ihlal edilmesi dolayısıyla uğramış bulunduğu zararları talep edebilmektedir¹¹³.

C. Üçüncü Kişinin Korunan Hukuki Değerleri

Üçüncü kişi, gördüğü her türlü zararının tazminini üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında borçludan talep edebilecektir. Buna göre üçüncü kişinin zararının kişilik haklarında veya malvarlığında meydana gelmiş olmasının herhangi bir önemi yoktur.

Alman Federal Mahkemesi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ilk olarak uygulanmaya başlandığı yıllarda yalnızca kişilik haklarının zarar gördüğü durumlarda söz konusu kuruma başvurmaktaydı¹¹⁴. Buna göre malvarlığı zararlarının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında tazmin edilmesi mümkün görülmemektedir.

¹¹¹ Hirth, **a.g.e.**, s. 136.

¹¹² Hirth, **a.g.e.**, s. 137.

¹¹³ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 94; JZ 1966, s. 142.

¹¹⁴ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 18; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 95; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 514; Hirth, **a.g.e.**, s. 33, 53; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 57; Atamer, **a.g.m.**, s. 120.

Belirtmemiz gerekir ki malvarlığı zararlarının içinde özellikle saf malvarlığı zararlarının tazmini üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından önem taşımaktadır¹¹⁵. Bunun nedeni ise saf malvarlığı zararlarının haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilememesidir. Saf malvarlığı zararlarının tazmini şartları mevcutsa ancak sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca talep edilebilecektir. Bu nedenle tarafı olmadığı bir sözleşmenin etki alanında bulunması nedeniyle yalnızca mutlak hak ihlali teşkil etmeyen bir malvarlığı zararı gören üçüncü kişi, bu zararının tazminini haksız fiil hükümleri uyarınca talep edemeyecektir.

Federal Mahkeme'nin uzun bir süre malvarlığı zararlarının tazminini üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında görmemesi kanun tarafından benimsenen ikili sorumluluk ayrımını koruma çabasının bir ürünü olarak algılanabilir¹¹⁶. Bugün hâkim görüş ve Alman Federal Mahkemesi tarafından saf malvarlığı zararlarının da aynen kişilik haklarında oluşan zararlar gibi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunacağı kabul edilmektedir. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için gereken koşulların gerçekleşmesi halinde hem kişilik haklarında oluşan zararlar hem de malvarlığı zararları tazmin edilebilecektir¹¹⁷.

Alman Federal Mahkemesi 1965 yılında verdiği bir kararda, culpa in contrahendo sorumluluğunda malvarlığı zararlarının tazmininin mümkün olduğunu vurgulayarak, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin de edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olduğunu ve bu nedenle saf malvarlığı zararlarının tazmininin söz konusu kurum açısından da kabul edilebilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁸.

¹¹⁵ Canaris, **FS Larenz**, s. 90.

¹¹⁶ Lorenz, **a.g.m.**, s. 144.

¹¹⁷ Canaris, **FS Larenz**, s. 97 vd.; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 95; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 18; Lorenz, **a.g.m.**, s. 144; Hirth, **a.g.e.**, s. 53; BGHZ 49, s. 355; Siegerist, **a.g.e.**, s. 75, 76; Krogh, **a.g.m.**, s. 590; BGH JZ 1966, s. 141 vd.; BGH NJW 1977, 1916 vd.; BGH NJW 1977, s. 2074; BGH NJW 1983, s. 1053; BGH NJW 1984, s. 355 vd.; JZ 1995, s. 306 vd.

¹¹⁸ BGH JZ 1966, s. 142, 143; malvarlığı zararları açısından aynı yönde bkz. BGHZ 33, s. 355; BGH NJW 1977, s. 1916.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi tarafların birbirlerinin hukuki değerlerine zarar vermeyeceklerine ilişkin duydukları güven nedeniyle dürüstlük kuralından doğmaktadır. Şüphesiz bu aşamada güven ilişkisinin kapsamına kişilik haklarının yanında malvarlıksal haklar ve menfaatler de girmektedir. Bu yüzden saf malvarlığı değerlerinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunabilmelerinin reddedilebilmesi için geçerli bir neden olmadığı kanaatindeyiz¹¹⁹.

D. Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Borç İlişkisinin Üçüncü Kişinin Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerine Dayanan Tazminat Talebi Üzerindeki Etkisi

1. Genel Olarak

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması için gereken koşulların yerine gelmesi halinde, üçüncü kişi uğradığı zararın tazminini borçludan sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca (BK. m. 96 vd.) talep edebilecektir¹²⁰. Buna göre üçüncü kişinin asıl edimin ifasını talep etme hakkı yoktur. Üçüncü kişi ancak borçlunun koruma yükümlülüklerini ihlal ederek kendisine bir zarar vermesi halinde bu zararın tazminini talep edebilecektir. Bunun yanında yukarıda ele aldığımız üzere¹²¹ bazı şartların gerçekleşmesi halinde üçüncü kişi edim yükümlülüklerinin ihlali halinde de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunabilecektir. Bu anlamda borçlu üçüncü kişiye karşı ancak ikincil nitelikte bir yükümlülük yüklenmektedir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme esasen taraf iradelerinden bağımsız olarak üçüncü kişi ile borçlu arasında doğmaktadır. Bu şekilde borçlu, taraflar

¹¹⁹ Aynı yönde MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 95; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 514; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 283.

¹²⁰ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 19; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 95; Siegerist, **a.g.e.**, s. 75 vd.

¹²¹ Bkz. III/B nolu başlık.

arasındaki sözleşmenin mukadderatından bağımsız bir talep hakkına sahip olmaktadır. Ancak üçüncü kişinin tazminat talebinin koşulları ve kapsamı açısından, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi önem taşımaktadır. Bugün hâkim görüş tarafından da üçüncü kişinin tazminat talebinin alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine göre belirleneceği savunulmaktadır. Üçüncü kişi ile borçlu arasında ayrı bir edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi doğsa da, üçüncü kişinin tazminat talebinin kapsamının tayini açısından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme asıl borç ilişkisine bağımlı niteliktedir¹²².

Alman doktrini ve Alman Federal Mahkemesi bu konuda özellikle üçüncü şahıs yararına tam sözleşmeye ilişkin § 334 hükmünün üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca vaadeden üçüncü şahıs yararına sözleşmeden doğan def'ileri üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Burada doktrin ve Alman Federal Mahkemesi tarafından üçüncü kişinin sözleşme taraflarından daha elverişli durumda olamaması ilkesi benimsenmiş ve böylelikle alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme daha fazla önem kazanmıştır¹²³. Belirtmemiz gerekir ki söz konusu ilke üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağından bağımsız bir şekilde savunulmaktadır. Kısacası yalnızca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi sözleşmenin tamamlanmasına dayandıran görüş değil, aynı zamanda söz konusu kurum edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendiren görüş de bu ilkeye sadık kalınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre üçüncü kişinin sözleşmesel koruma kapsamına alınması taraflar arasındaki borç ilişkisi nedeniyle mümkün olmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme taraf iradelerinden bağımsız bir şekilde oluşsa da, taraflar arasındaki borç ilişkisine bağımlı niteliktedir. Ayrıca hiç

¹²² Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 19; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 97, 99; Puhle, **a.g.e.**, s. 145 vd.; Hirth, **a.g.e.**, s. 37; Siegerist, **a.g.e.**, s. 80.

¹²³ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 21; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 99; Puhle, **a.g.e.**, s. 146; BGHZ 33, s. 250; BGH NJW 1971, s. 1932; BGH NJW 1975, s. 868; BGH JZ 1995, s. 307; BGH JZ 1998, s. 626; İsviçre Hukuku bakımından aynı görüşte Siegerist, **a.g.e.**, s. 80.

kimsenin tarafı olmadığı bir sözleşmenin taraflarından daha fazla hak kazanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır¹²⁴.

Bununla birlikte Gernhuber üçüncü kişinin borç ilişkisinin taraflarından daha elverişli bir konumda bulunamaması ilkesini eleştirmektedir¹²⁵. Yazar özellikle basit üçüncü şahıs yararına sözleşmelerde ve edimden yalnızca üçüncü kişinin yararlandığı sözleşmelerde, üçüncü kişinin alacaklıdan daha etkin bir korunmaya gereksinim duyduğunu ifade etmektedir. Örneğin bir babanın çocuğuna oyuncak alması halinde şüphesiz çocuk oyuncağın arz ettiği tehlikelere babadan daha fazla maruz kalmaktadır. Bu nedenle de daha elverişli bir konumda olması yadırganmamalıdır. Yazara göre edim yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması durumunda üçüncü kişinin tazminat talebi tamamen alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye göre belirlenmelidir. Ancak koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme somut olaya göre taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsızlaşabilir¹²⁶.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendiren farklı bir görüşe göre, üçüncü kişinin tazminat talebi alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden tamamen bağımsızdır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin doğrudan borçlu ile üçüncü kişi arasında oluşmasından dolayı, söz konusu tazminat talebi mutlak suretle sözleşme hükümlerinden etkilenmemelidir¹²⁷.

Biz bu başlık altında alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan tazminat talebine olan etkisini bazı açılardan inceleyeceğiz. Bu aşamada ilk olarak ele alacağımız husus alacaklı ile

¹²⁴ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 21; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 101; Puhle, **a.g.e.**, s. 147; Medicus, **a.g.m.**, s. 309; Krogh, **a.g.m.**, s. 588; Türk Hukuku bakımından aynı görüş için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 168; BGHZ 33, s. 250; BGH NJW 1971, s. 1932; BGH NJW 1975, s. 869: “Üçüncü kişi sözleşme tarafı alacaklıdan daha etkin korunamaz. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacı borçlunun alacaklıya taahhüt ettiği korumayı üçüncü kişiye de sağlamaktır.”

¹²⁵ Gernhuber, **a.g.e.**, s. 532.

¹²⁶ Gernhuber, **a.g.e.**, s. 541.

¹²⁷ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 568.

borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişinin tazminat talebine etki edip etmeyeceğidir. Daha sonra ise alacaklının birlikte kusurunun borçlunun üçüncü kişiye ödeyeceği tazminat bakımından indirim sebebi teşkil edip etmeyeceği hususuna değineceğiz. Son olarak da üçüncü kişinin tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin hangi suretle tespit edileceği konusunu inceleyeceğiz.

2. Sorumsuzluk Anlaşmasının Üçüncü Kişinin Tazminat Talebine Etkisi

Borçlar Kanunu sözleşmenin taraflarına anlaşarak borçlunun sorumluluğunu sınırlandırma imkânı vermektedir. Taraflarca borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesi ile birlikte doğan sorumluluğunu sınırlamak amacıyla yapılan bu anlaşma sorumsuzluk anlaşması¹²⁸ olarak nitelendirilmektedir¹²⁹. Ancak böyle bir sınırlandırma BK. m. 99/II uyarınca yalnızca borçlunun hafif kusuru bakımından mümkündür. Zira BK. m. 99/I’de borçlunun hile veya ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak sözleşmede yer alan kayıtların batıl olacağını hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında kanun koyucu BK. m. 99/2 ile borçlunun hafif kusurundan doğan sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar bakımından da bazı sınırlamalar öngörmüştür. Buna göre borçlunun sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı sırada¹³⁰ borçlunun hizmetinde çalışması veya sorumluluğun hükümet tarafından

¹²⁸ Sorumsuzluk anlaşması hususunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası , 1976.

¹²⁹ Akman, **a.g.e.**, s. 6 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 878; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 359 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1042 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N 2 vd.

¹³⁰ BK. m. 99/II hükmünün “...şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise...” yönündeki ifadesi hükmün amacını açıklamaya elverişli olmadığı için haklı olarak eleştirilmektedir. Zira hükmün lafzından, sorumsuzluk anlaşmasının borçlu tarafından ileri sürüldüğü anda alacaklının onun hizmetinde çalışmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Oysa ki hüküm alacaklının sorumsuzluk anlaşmasını işini kaybetmemek korkusuyla yapmış olup olmamasının araştırılmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle önemli olan sorumsuzluk anlaşmasının alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu sırada yapılmış olmasıdır. Hakim ancak bu durumda takdir hakkını kullanarak anlaşmayı batıl kılabilir. Bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 58; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 883; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 361.

imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından doğması durumunda, hakim takdir yetkisini kullanarak bu anlaşmanın geçersizliğine hükmedebilecektir¹³¹.

Bunun yanında kanun koyucu BK. m 100 hükmü ile borçluyu ifaya yardımcı olan şahısların verdikleri zararlardan da sorumlu tutmaktadır. Söz konusu madde uyarınca: “Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile birlikte yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara tevdi eden kimse, bunların işlerinin icrası esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes’uldür”. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca borçlu alacaklı ile bir anlaşma yaparak yardımcıların fiilinden doğan sorumluluğu sınırlayabilecek ve hatta tamamen kaldırabilecektir¹³². BK. m. 100/II’ye göre: “Bunların fiilinden mütevellit mes’uliyeti evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir”. Görüldüğü üzere borçlunun kendisinin ağır kusuru ile verdiği zararlardan doğan sorumluluğunu kaldırmak için bir anlaşma yapılmasına kanun koyucu imkan vermemiştir (BK. m. 99/II). Ancak BK. m. 100/II hükmü böyle bir sınırlama öngörmediği için borçlu yardımcı şahıs konumundaki kimselerin ağır kusurları ile verdikleri zararlardan sorumlu olmayacaklarına ilişkin bir anlaşma yapabilecektir¹³³. Bununla birlikte alacaklının borçlunun hizmetinde çalışması veya sorumluluğun devlet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından doğması hallerinde, borçlunun yardımcı şahısın ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması hüküm doğurmayacaktır¹³⁴. Sayılan

¹³¹ Burada takdiri butlan (Ermessensnichtigkeit) söz konusudur. Hakim somut olayın özelliklerini ve anlaşmanın yapıldığı hal ve koşulları incelemesinin ardından, bu anlaşmanın hüküm doğurmasını hakkaniyete aykırı olduğuna kanaat getirirse sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğine hükmedecektir. Bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 70 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 883; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 361 dñn. 354; Eren, **a.g.e.**, s. 1045; Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N 3.

¹³² Borçlunun yardımcı şahsın fiillerinden doğan sorumluluğunu sınırlandırabilmesi veya tamamen kaldırabilmesi için borcun ifasında yardımcı kullanılmasının sözleşmeye aykırı olmaması gerekmektedir. Bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 77; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 899, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 372 dñn. 402; Eren, **a.g.e.**, s. 1041.

¹³³ Akman, **a.g.e.**, s. 75; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 899; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 372; Eren, **a.g.e.**, s. 1041; Serozan, **İfa Engelleri**, § 22 N 14.

¹³⁴ Burada hakime sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz kılmak hususunda herhangi bir takdir yetkisi verilmemiştir. Hakim BK. m. 100/III’ de sayılan durumlarda sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğine karar verecektir. Bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 76; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 900.

hallerde borçlu ancak yardımcıların hafif kusurları ile verdikleri zararlardan doğan sorumluluğunu kaldırabilmektedir (BK. m. 100/III).

Nisbilik prensibi sorumsuzluk anlaşmasının da ancak sözleşme tarafları arasında hüküm doğurmasını gerektirmektedir. Ancak bazı yazarlar sosyal düşüncelerden hareket ederek borçlunun yaptığı sorumsuzluk anlaşmasının ifa yardımcılarına da etkili olacağını kabul etmektedirler. Buna göre ifa yardımcısının alacaklıya karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği durumlarda, borçlunun yaptığı sorumsuzluk anlaşmasının ifa yardımcıları bakımından da hüküm doğuracağı kabul edilmekte ve ifa yardımcılarının hafif kusurları ile verdikleri zararlardan böylelikle sorumlu olmayacakları savunulmaktadır¹³⁵. Burada özellikle sosyal açıdan daha zayıf durumda olan işçilerin korunması hedeflenmektedir¹³⁶. Buna göre eşit risklere maruz olan kimselerin eşit biçimde korunmasını hedefleyen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, aynı zamanda bu kimselerin eşit derecede sorumlu olmalarını da gerektirmektedir¹³⁷. Bunun için aranan ilk koşul ifa yardımcısının borçlunun yükümlülük sahasında faaliyette bulunması ve böylelikle alacaklının hukuken korunan değerlerine etki edebilme imkanının bulunmasıdır. Bunun dışında borçlunun üçüncü kişinin sorumluluğunun sınırlandırılması yönünde bir menfaatinin bulunması ve bu hususun alacaklı tarafından öngörülebilir olması aranmaktadır¹³⁸.

Bu başlık altında asıl irdelenmek istenen husus ise, taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının nisbilik prensibine önemli bir istisna getiren üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme açısından etkili olup olmayacağıdır. Somutlaştırmak gerekirse, bir kişinin eser sözleşmesi kurarak evi için bir merdiven yaptırdığını

¹³⁵ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 230; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 42 vd., 45; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 135, 136; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 596 vd.; Akman, **a.g.e.**, s. 83, 84; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 900; Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N 8, § 22 N 14; Bu görüşler hakkında etraflı bilgi için ayrıca bkz. Akman, **a.g.e.**, s. 80 vd.

¹³⁶ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 43; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 135, 136; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 597; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altıp, **a.g.e.**, s. 900; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 51, 52; Serozan, **İfa Engelleri**, § 22 N 14.

¹³⁷ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 230; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 45.

¹³⁸ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 231, 232; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 45.

varsayalım. Merdivenin tamamlanıp eve monte edilmesinden sonra çökerek alacaklının eşinin yaralanmasına yol açması halinde eser sahibi sorumsuzluk anlaşmasını üçüncü kişi konumunda olan eşe karşı da ileri sürebilecek midir? Bu soruya doktrinde net bir cevap verilmiş değildir.

Bu konuda hâkim görüş, tarafı olmadığı bir sözleşmeye dayanarak sözleşmesel sorumluluğun kapsamına giren üçüncü kişinin sözleşme taraflarından daha elverişli bir konumda olmaması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü kişi ile borçlu arasındaki koruma ilişkisinin ortaya çıkış sebebinin taraflar arasındaki sözleşme olduğu vurgulanarak, sözleşmenin koruma ilişkisini etkilediği ifade edilmektedir. Buna göre sorumsuzluk anlaşması üçüncü kişilere de etkili olacaktır¹³⁹.

Alman doktrininde bazı yazarlar ve Alman Federal Mahkemesi bu sonuca üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin § 334 hükmünün kıyasen uygulanması ile varmaktadır¹⁴⁰. Söz konusu hüküm, vaadedenin sözleşmeden doğan def'ileri leh-dara karşı ileri sürebileceğini düzenlemektedir. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı ne olursa olsun § 334 hükmü kıyasen uygulanmalı ve üçüncü kişi tarafı olmadığı bir sözleşmenin taraflarından daha elverişli bir konumda olmamalıdır¹⁴¹.

Bu konuda ileri sürülen farklı bir görüşe göre ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hâkimin yarattığı hukuka dayanması nedeniyle, burada § 334 hükmünün kıyasen uygulanması düşünülemez. Ayrıca bu görüş uyarınca burada belirleyici olan üçüncü kişinin alacaklıdan daha elverişli bir konumda olması değil, öngörülebilirlik koşulunun gerçekleşmemesidir. Buna göre sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişilere etki etmemesi halinde, borçlunun sorumluluğunun sınırını öngörebildiği söylenemez. Zira yaptığı sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak

¹³⁹ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 21; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 99; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 533 vd.; Puhle, **a.g.e.**, s. 150, 151; Dahm, **a.g.e.**, s. 99, 100; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 214, 215; Siegerist, **a.g.e.**, s. 82, 83; BGH NJW 1971, s. 1931 vd., 1932, 1933.

¹⁴⁰ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 21; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 99; BGH NJW 1971, s. 1932.

¹⁴¹ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 21; BGH NJW 1971, s. 1932.

sorumluluğunun sınırlandırıldığını düşünen borçlu, sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiye karşı hüküm doğurmadığı hallerde beklediğinden daha büyük bir sorumluluk altına girecektir¹⁴².

Sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiler açısından sonuç doğurabilmesi için üçüncü kişi tarafından öngörülebilir olmasının gerekmediği ifade edilmektedir. Zira borçlunun üçüncü kişinin kendisine zarar vermeyeceği konusunda güven sağlaması ve aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması nedeniyle bu güvenin sınırlı olarak korunacağını üçüncü kişi için öngörülebilir hale getirmesi mümkün değildir¹⁴³.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi hâkimin sözleşmeyi tamamlamasına dayandıran görüş ise, sorumsuzluk kaydı içeren bir sözleşmenin üçüncü kişi lehine tamamlanamayacağını belirterek, üçüncü kişinin tazminat talebinin sözleşmenin içeriği ile bağlı olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca da sözleşmenin tamamlanması suretiyle üçüncü kişiye sözleşme taraflarından daha fazla hak bahşedilmesi mümkün değildir¹⁴⁴.

Buna karşılık doktrinde, borçlunun yalnızca üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu sınırlayan bir anlaşmanın dürüstlük kuralı ile bağdaşmaması nedeniyle batıl olacağı savunulmaktadır¹⁴⁵.

Doktrinde sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁴⁶. Bu anlamda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendiren bu görüş edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu ayrıma göre üçüncü kişinin edim yükümlülüğünün ihlali nedeniyle zarar görmesi halinde, sorumsuzluk

¹⁴² Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 212, 213.

¹⁴³ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 21; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 99; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 214.

¹⁴⁴ Dahm, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁴⁵ Larenz, **Schuldrecht I**, s. 229; Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 20; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 99.; Puhle, **a.g.e.**, s. 151; Siegerist, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁴⁶ Esser/ Schmidt, **a.g.e.**, s. 568; Serozan, **a.g.m.**, s. 120 dpn. 34; Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N 8.

anlaşması ona karşı da ileri sürülebilecektir. Ancak üçüncü kişinin zararının koruma yükümlülükleri ihlalinden kaynaklanması, sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişi bakımından sonuç doğurmamasını gerektirir. Burada koruma yükümlülüğü nedeniyle doğan zararlar bakımından tarafların dahi sorumsuzluk anlaşması yapamayacakları ifade edilmektedir¹⁴⁷.

Sorumsuzluk anlaşmasına paralel olarak borçlunun alacaklıya karşı garanti sorumluluğu altında olduğu durumlarda üçüncü kişinin de bu garanti sorumluluğundan faydalanacağı kabul edilmektedir¹⁴⁸. Ancak burada da yine azınlıkta kalan bir görüş üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden bağımsız olduğunu belirterek üçüncü kişinin garanti sorumluluğuna dayanamayacağını ileri sürmektedir¹⁴⁹.

3. Birlikte Kusur

Üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan tazminat miktarının tayininde BK. m. 98/III hükmünün atfı dolayısıyla tazminatın tenkisine ilişkin BK. m. 44 hükmü uygulanacaktır¹⁵⁰. Söz konusu hükümde sayılan tenkis sebeplerinden bir tanesi de “mağdurun birlikte kusuru”dur. Birlikte kusur, mağdurun makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olması şeklinde ifade edilmektedir¹⁵¹. Buna göre üçüncü kişinin zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olması tayin edilecek

¹⁴⁷ Esser/ Schmidt, **a.g.e.**, s. 568; aksi görüş için bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 120 dñn 34: Yazar sorumsuzluk anlaşmasının taraflar arasındaki davranış yükümlülükleri ilişkisi bakımından da etkili olacağı görüşündedir.

¹⁴⁸ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 98. Bkz. BGHZ 70, s. 328: “Borçlunun kusurunun aranmadığı garanti sorumluluğunun davacıya karşı da bulunduğu kabulü için, davacının, davalı ve kiraya veren arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden yararlanabilmesi gerekmektedir”.

¹⁴⁹ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 568.

¹⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 871; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 373, 374; Eren, **a.g.e.**, s. 1024.

¹⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **a.g.e.**, s. 594; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 579; Eren, **a.g.e.**, s. 732.

tazminat miktarının indirilmesine veya tazminata hükmedilmemesine neden olabilecektir¹⁵².

Bunun yanında doktrinde hâkim görüş alacaklının zararın oluşmasına veya artmasına etki etmesi halinin de üçüncü kişiye ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır¹⁵³. Alman doktrininde üçüncü şahıs yararına sözleşmeye ilişkin § 334 hükmü burada da dayanak olarak gösterilmektedir¹⁵⁴.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendiren bir görüşe göre, her ne kadar koruma yükümlülüklerinin sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilse de üçüncü kişinin dâhil olduğu güven ilişkisinin taraflar arasındaki sözleşme ile olan yakın bağının unutulmaması gerekmektedir. Bu nedenle alacaklının birlikte kusuru üçüncü kişiye ödenecek tazminatın tayininde dikkate alınmalıdır. Ancak söz konusu görüş alacaklının birlikte kusurunun her şart altında değil, yalnızca alacaklının üçüncü kişinin ifa yardımcısı veya kullanma yardımcısı olduğu durumlarda indirim sebebi olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre alacaklının birlikte kusurunun hükmedilecek tazminat miktarına hangi oranda etki edeceği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve benzer olaylar için aynı çözüm benimsenmelidir¹⁵⁵.

¹⁵² Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 23; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 100; Puhle, **a.g.e.**, s. 146; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 212; Siegerist, **a.g.e.**, s. 80, 81.

¹⁵³ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 23; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 101; Puhle, **a.g.e.**, s. 147, 148; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 219; Siegerist, **a.g.e.**, s. 81; Medicus, **a.g.m.**, s. 309; BGHZ 33, 250; BGH NJW 1975, s. 868: “Hakimin sözleşmeyi tamamlamasına dayanan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması halinde borçlu alacaklının birlikte kusurunu üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Bu sonuç üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hakimin sözleşmeyi tamamlaması yerine dürüstlük kuralına dayandırılması halinde de değişmeyecektir.” BGH JZ 1995, s. 307 vd.; BGH JZ 1998, s. 626.

¹⁵⁴ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 23; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 101; § 334 hükmünün asıl edimin ifasına yönelik def’ileri düzenlemesi nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme açısından kıyasen uygulanamayacağı yönünde Puhle, **a.g.e.**, 146; Ziegltrum, **a.g.e.**, s.212.

¹⁵⁵ MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 101; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 532 vd.

Bu hususta farklı bir görüş ise alacaklının birlikte kusurunu ancak üçüncü kişinin ifa yardımcısı veya kullanma yardımcısı olduğu durumlarda dikkate almanın hakkaniyete aykırı olacağını ifade ederek, alacaklının birlikte kusurunun her şart altında göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağının dürüstlük kuralı olduğu kabul edilse dahi, üçüncü kişi sözleşmesel koruma alanına alacaklı ile olan ilişkisi dolayısıyla girmektedir. Bu nedenle üçüncü kişinin alacaklıdan daha elverişli bir konumda olmasının düşünölemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁶.

Alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin birbirine zıt olduğu durumlarda da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulacağını savunan görüş uyarınca¹⁵⁷, bu durumda alacaklının birlikte kusuru üçüncü kişiye ödenecek tazminat miktarı açısından indirim sebebi olmamalıdır. Alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin birbirine zıt olduğu durumların ayrı bir uygulamayı gerektirdiği ifade edilmektedir. Örneğin alıcının bilirkışı ile satıcı arasındaki bilirkışilik sözleşmesinin güven alanına dâhil olduğu durumlarda, satıcının yanlış beyanlarla veya hile ile bilirkışinin gerçeği yansıtmayan bir rapor yazmasına neden olması halinde, satıcının bu davranışı üçüncü kişiye (alıcıya) ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Buna göre alacaklının birlikte kusuru yalnızca üçüncü kişi ile benzer menfaatlere sahip olması halinde göz önünde tutulmalıdır¹⁵⁸.

Buna karşılık farklı bir görüş üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak oluşması nedeniyle alacaklının birlikte kusurunun üçüncü kişi için hükmedilecek tazminat miktarında dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 23; Puhle, **a.g.e.**, s. 146, 147; Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 214, 215, 219; Siegerist, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁵⁷ Biz çalışmamızda daha önce alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin birbirine zıt olduğu durumlarda güven sorumluluğuna başvurulması gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmiştik. Bkz. III/A/3 numaralı başlık.

¹⁵⁸ Ziegltrum, **a.g.e.**, s. 215 vd., 219; Siegerist, **a.g.e.**, s. 81, 82; Medicus, **a.g.m.**, s. 309; BGH JZ 1995, s. 307 vd; BGH JZ 1998, s. 626.

¹⁵⁹ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 568.

4. Zamanaşımı

Yukarıda da değindiğimiz üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması halinde üçüncü kişi sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat talebine kavuşacaktır. BK. m. 125 uyarınca kanunda başka bir süre öngörülmuş olmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Buna göre sözleşmeden doğan alacak hakları kanunda başka bir süre düzenlenmemiş oldukça on yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır.

Ancak bazı yazarlar BK. m. 125 hükmünün her halde doğrudan uygulanmasının bazı hallerde adaletli olmayacağını savunmaktadırlar. Örneğin BK. m. 126 hükmü zamanaşımı süresinin bazı alacak veya davalar açısından beş yıl olacağını düzenlemiştir. Alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden doğan alacakların BK. m. 126 hükmü nedeniyle daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi olduğu durumlarda üçüncü kişinin tazminat talebinin de bu daha kısa zamanaşımı süresinden etkilenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan tazminat talebinin taraflar arasındaki borç ilişkisinden bağımsız olarak doğduğunu belirmiştik. Ancak doktrin ve Alman Federal Mahkemesi buna rağmen üçüncü kişinin taraflardan daha elverişli bir konumda olmaması gerektiğini ve borçlunun sorumluluğunun bu şekilde genişletilmesinin adalete aykırı olacağını savunmaktadır.

Buna göre üçüncü kişinin sahip olduğu tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisine göre belirlenecektir. Sonuç olarak, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme için kanun tarafından başka bir süre öngörülmedikçe üçüncü kişinin tazminat talebi on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Ancak alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden doğan alacaklar için kanunda daha kısa bir zamanaşımı süresi düzenlenmiş ise, üçüncü kişinin tazminat talebi de bu daha kısa zamanaşımı süresine tabi olacaktır¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 26; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 106; Gernhuber, **a.g.e.**, s. 534; Puhle, **a.g.e.**, s. 149; Siegerist, **a.g.e.**, s. 78; Kişi varlığına verilen zararlarda borçluya daha kısa süren

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan taleplerin tabi olacağı zamanaşımı süresi bakımından ileri sürülen farklı bir görüş ise, söz konusu talebin aynen culpa in contrahendo sorumluluğu ve akdin müspet ihlalinde olduğu gibi on yıllık zamanaşımı süresine tabi olması yönündedir. Buna göre kanunda farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olmadıkça on yıllık süre uygulanacaktır. Bu kuralın kanunun içermediği kurumlar açısından da geçerli olacağı ifade edilmektedir. Böylelikle üçüncü kişinin tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden soyutlanmaktadır. Söz konusu görüş ayrıca koruma yükümlülükleri ihlallerinin bazen haksız fiil niteliğinde olabildiklerini belirtmektedir. Yazar Alman Federal Mahkemesinin, annesi ile birlikte alışveriş merkezine giden ve orada sebze yaprağına basarak kayıp yaralanan çocuğun tazminat talebine ilişkin olarak verdiği kararı¹⁶¹ örnek göstererek, burada tazminat talebinin zamanaşımı süresinin haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Burada esasen koruma yükümlülüğünün ihlalinin ziyade haksız fiilin söz konusu olduğu vurgulanmaktadır¹⁶².

Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin haksız fiil için öngörülen zamanaşımı süresine tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁶³. Canaris koruma yükümlülüklerinin ihlalinin doğan sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk ile aynı niteliklere sahip olmadığı düşüncesindedir. Yazara göre koruma yükümlülüklerinin ihlalinin doğan sorumluluk haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu dışında üçüncü ve kendine has bir sorumluluktur¹⁶⁴. Bu nedenle koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yanı sıra haksız fiil hükümlerinin de uygulanabileceği ifade

sözleşmesel zamanaşımına dayanma hakkı verilemeyeceği yönünde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 23 N 2; BGH NJW 1978, 1426 vd., 1427; BGH NJW 1973, s. 2059 vd., 2061.

¹⁶¹ BGH NJW 1976, s. 713: Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararda üçüncü kişinin tazminat talebinin on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağına hükmetmiştir.

¹⁶² Dahm, **a.g.e.**, s. 120, 121.

¹⁶³ Canaris, **FS Larenz**, s. 108; Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin haksız fiiller için öngörülen zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 6.

¹⁶⁴ Canaris, **FS Larenz**, s. 102 vd.

edilmektedir. Yazar burada özellikle sözleşmesel sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanmasını eleştirmektedir. Bu eleştirinin temelinde ise edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinin (culpa in contrahendo, akdin müspet ihlali, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme) kanunda düzenlenmemiş olması yatmaktadır. Yazar bu kurumların kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle kanun koyucunun iradesinin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinden doğan alacakların uzun bir zamanaşımı süresine tabi olması yönünde yorumlanamayacağını savunmaktadır. Ayrıca yazara göre koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ortaya çıkan adaletsizlik haksız fiillerin yol açtıkları duruma nazaran daha hafiftir¹⁶⁵. Buna göre örneğin bir dolandırıcının sorumluluğunun, koruma yükümlülüğünü ihlal ederek üçüncü kişiye zarar veren kişiden daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi olması adalet hissine aykırıdır. Bu nedenle yazar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süresinin haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁶.

Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan tazminat talebine haksız fiil hükümlerinin tabi olduğu kısa zamanaşımı süresinin uygulanması görüşü büyük ölçüde eleştirilmektedir. Söz konusu kurumun amacının bir borç ilişkisinin ihlali halinde alacaklı ile aynı oranda tehlikeye maruz kalan bir kimsenin alacaklı ile eşit bir korumaya kavuşturulması olduğu ifade edilerek, üçüncü kişinin gördüğü zararlar bakımından alacaklı ile aynı oranda korunması gereği savunulmaktadır¹⁶⁷.

Kanaatimizce de haksız fiil hükümlerini sözleşmeye aykırılık hükümlerine nazaran korumaya daha az elverişli hale getiren noktalardan birisi de zamanaşımı süresidir¹⁶⁸. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile bir borç ilişkisinden eşit derecede etkilenen kişilerin eşit bir şekilde korunmaları amaçlanmaktadır. Bu

¹⁶⁵ Aynı görüşte bkz. Hatemi, **Sorumluluk Hukuku**, § 1 N 6; Yazar BK. m. 41/II uyarınca kasıtlı olarak zarar verme hallerinde dahi BK. m. 60 hükmünün uygulandığını belirterek, bir edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olan culpa in contrahendo için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır.

¹⁶⁶ Canaris, **FS Larenz**, s. 108, 109.

¹⁶⁷ Hadding, **a.g.e.**, Anh. § 328 N 26; MüKo/Gottwald, **a.g.e.**, § 328 N 106; Puhle, **a.g.e.**, s. 150; Atamer, **a.g.m.**, s. 126.

¹⁶⁸ Aynı yönde bkz. Puhle, **a.g.e.**, s. 150; Atamer, **a.g.m.**, s. 126.

nedenle üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan tazminat talebi alacaklının taleplerine nazaran daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi tutulmamalıdır. Ancak alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan taleplerin BK m. 125 tarafından öngörülen on yıllık süreden daha kısa bir zamanaşımı süresine tabi olduğu durumlarda, üçüncü kişinin tazminat talebi de bu daha kısa zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Kısacası üçüncü kişinin tazminat talebi, onun dâhil olduğu güven ortamının, yani taraflar arasındaki ana sözleşmenin şartlarına göre belirlenmelidir.

SONUÇ

Çalışmamızın sonunda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin Türk Hukuku bakımından da uygulama alanı bulmasının mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Yüksek lisans tezimizin ikinci bölümünde değindiğimiz üzere Alman Hukuku'nda § 311/III düzenlemesine kadar hakim görüş tarafından dürüstlük kuralına dayandırılan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmekte idi. Alman Hukuku'nda bu kurumun hukuki dayanağına ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin çok çeşitli olmasının aksine Türk doktrininde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olduğu görüşü ağırlıktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁶⁹ da verdiği bir kararda söz konusu kurumu dürüstlük kuralına dayanan ve edim yükümlülükleri içermeyen kanuni bir borç ilişkisi olarak ifade etmiştir. Kanaatimizce de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hakim'in dürüstlük kuralına dayanarak yarattığı hukuka dayanan bir edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisidir.

Ancak kanunda yer almamasına rağmen hakkaniyeti sağlamak uğruna genel kabul gören bu kurumun uygulama alanı dar tutulmalıdır. Şöyle ki, borçlunun üçüncü kişilere karşı tabi olacağı ağır sözleşmesel sorumluluğun sınırları kendisi tarafından öngörülebilecek şekilde dar tutulmalıdır. Esasen nisbilik prensibinin ve dolayısıyla kanun tarafından öngörülen ikili sorumluluk ayrımının asıl amacı da budur.

Bu amaca aykırı bir uygulamayı engellemek için aranması gereken ilk koşul üçüncü kişinin edime yakın olmasıdır. Ancak üçüncü kişinin edimden doğrudan faydalanması ile bağlı kalınmamalı, üçüncü kişinin edim ile temasının alacaklı ile borçlu arasındaki güven ortamına dahil olacak nitelikte olması yeterli görülmelidir. Kanaatimizce, Gernhuber tarafından da ileri sürüldüğü gibi, üçüncü kişinin

¹⁶⁹ YHGK, 6.5.1992, E. 13-213, K. 1992/315, **YKD**, 1992, C. 18, sayı 8, s. 1176 vd.

sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan tehlikelere en az alacaklı kadar yakın olması halinde güven ortamına dahil olduğunu söylemek mümkündür. Bunun dışında doktrinde hakim görüşün, alacaklının üçüncü kişiye karşı özen ve bakım yükümlülüğü altında bulunması koşulunun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanını hakkaniyete aykırı bir biçimde daralttığı yönündeki eleştirisine katılmaktayız. Burada esasen alacaklının üçüncü kişinin korunması hususundaki menfaatinde ziyade üçüncü kişinin korunma menfaati esas alınmalıdır. Bunun yanında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için üçüncü kişi ile alacaklının menfaatlerinin paralel olması gerektiği kanaatindeyiz. Alacaklı ile üçüncü kişinin birbirlerine zıt menfaatlere sahip olmaları halinde şartları mevcutsa güven sorumluluğu uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca sözleşme taraflarından birine karşı esasen sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan doğrudan bir tazminat talebine sahip olan üçüncü kişi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gereğince korunamayacaktır. Zira adaletin sağlanması için başvurulacak söz konusu kuruma bu son durumda ihtiyaç olduğunu söylemek mümkün değildir.

Üçüncü kişinin tazminat talebinin alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden ne oranda etkileneceği sorununa gelecek olursak: Bu başlık altında sorumsuzluk anlaşmasını, alacaklının birlikte kusurunu ve zamanaşımı süresini incelemiş bulunmaktayız. Muhakkak ki üçüncü kişinin tazminat talebinin asıl sözleşmeden etkilenip etkilenmeyeceği sorunu bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı çok önemli bir rol oynamaktadır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin borçlu ile üçüncü kişi arasında oluşan ve alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden bağımsız bir edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak ele alınması ile üçüncü kişinin tazminat talebi taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsız bir nitelik kazanmaktadır. Ne var ki bu bağımsızlığı mutlak bir biçimde algılamak mümkün değildir. Üçüncü kişinin kendi iradesi dışında oluşan bir güven ortamına borçlunun iradesine bakılmaksızın dahil olduğu hususu unutulmamalıdır. Üçüncü kişinin tazminat talebini taraflar arasındaki sözleşmeden bütünüyle bağımsızlaştırmak, borçlunun

sorumluluğunun adalete aykırı bir biçimde genişlemesine yol açacaktır. Bu nedenle üçüncü kişi dahil olduğu güven ortamının koşulları ile sınırlı bir koruma görmelidir. Borçlunun alacaklı ile bir sorumsuzluk anlaşması yaparak, sözleşmenin ihlalinin veya yardımcı şahısların fiillerinden kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğunu daralttığı veya sınırladığı durumlarda, söz konusu sorumsuzluk anlaşması üçüncü kişiye karşı da ileri sürülmelidir. Bunun dışında alacaklının birlikte kusuru da üçüncü kişiye lehine ödenecek tazminat miktarının tayininde dikkate alınmalıdır. Ayrıca üçüncü kişinin sahip olduğu tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi de alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye göre belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil : **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
- AKKANAT, Halil /
AYDINCIK, Şirin : “Grup Şirketleri Bağlamında “Culpa in Contrahendo” Sorumluluğu”, **HPD**, sayı 3, yıl 2005, s. 218 vd.
- ALTOP, Atilla : **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Sorumlulukları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996.
- AKMAN, Sermet Galip : **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası , 1976.
- AKYOL, Şener : **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976 (Üçüncü Şahıs).
- AKYOL, Şener : **Medeni Hukuka Giriş**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006 (Medeni Hukuk).
- AKYOL, Şener : **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006 (Dürüstlük Kuralı).
- ARTHUR, Meier-Hayoz : **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung zu Artikel 1-10 ZGB**, Band. 1, Bern, Stämpfli Verlag, 1966.

- ATAMER, Yeşim : “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmin”, **Yargıtay Dergisi**, C. 22, Ocak-Nisan 1996, sayı 1-2, s. 99 vd.
- AYDINLI, İbrahim : **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlölükleri ve Sonuçları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.
- BYDLINSKI, Franz : “Vertraglicher Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter”, **Juristische Blätter**, 1960, s. 359 vd.
- CAEMMERER, v. Ernst : “Das Problem des Drittschadenersatzes”, **ZBJV**, Band 100, 1964, s. 341 vd. (Drittschadenersatz).
- CAEMMERER, v. Ernst : “Verträge zugunsten Dritter”, **Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag**, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1978, s. 311 vd. (FS Wieacker).
- CANARIS, Claus Wilhelm : “Ansprüche wegen ‘positiver Vertragsverletzung’ und ‘Schutzwirkung für Dritte’ bei nichtigen Verträgen: zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, **Juristische Zeitung**, 1965, s. 475 vd.
- CANARIS, Claus Wilhelm : “Schutzgesetze,-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, **Festschrift für Karl Larenz**, yay. haz. Canaris, Uwe Diederichsen, München, Beck’sche Verlag, 1983, s. 84 vd. (FS Larenz)

- CANARIS, Claus Wilhelm : “Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei ‘Gegenläufigkeit’ der Interessen”, **Juristenzeitung**, 1995, s. 441 vd.
- CANARIS, Claus Wilhelm : “Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo”, **Juristische Zeitung**, 1998, s. 603 vd.
- DAHM, Henning : **Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte**, Köln, Müller Botermann Verlag, 1988.
- DESCHENAUX, Henri : **Schweizerisches Privatrecht, Einleitungstitel und Personenrecht**, 2. Bd., Basel/Stuttgart, Helbing & Lichtenbahn Verlag, 1967.
- DURAL, Mustafa /
SARI, Suat : **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- EREN, Fikret : **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 9 bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.
- ESSER, Josef /
SCHMIDT, Eike : **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, Band I, 6. Aufl., Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1984.
- FELLMANN, Walter : “Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?: Einige Gedanken zu Art. 13 des Vorentwurfes für eine Revision des Haftpflichtrechtes vom 4. April 1996”, **recht**, 1997, s. 95 vd.

- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / REY, Heinz : **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Bd. I, Bd. II, 7. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998 (Bd. I, Gauch/Schluep/Schmid; Bd. II, Gauch/Schluep/Rey).
- GERNHUBER, Joachim : “Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte”, **Festschrift für Arthur Nikisch**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, s. 249 vd. (FS Nikisch).
- GERNHUBER, Joachim : “Gläubiger-Schuldner und Dritte: Eine Kritik der Lehre von den ‘Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte’ und der Rechtsprechung zum „Haftungsausschluss mit Wirkung für Dritte” , **Juristenzeitung**, 1962, s. 553 vd.
- GERNHUBER, Joachim : **Das Schuldverhältnis: Begründungen und Änderung Pflichten und Strukturen**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989.
- HATEMİ, Hüseyin : **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. c., 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998 (Sorumluluk Hukuku).
- HATEMİ, Hüseyin : **Medeni Hukuka Giriş**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004 (Medeni Hukuk).
- HEISEKE, Jürgen/
LARENZ, Karl : “Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages”, **Neue Juristische Woche**, 1960, s. 77 vd.

- HENCKEL, Wolfram : “Die ergänzende Vertragsauslegung”, **Archiv für die zivilistische Praxis**, C. 159, 1960/1961, s. 115
- HIRTH, René Alexander : **Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr**, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.
- HONSELL, Heinrich : “Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten”, **Festschrift für Peter Nobel**, yay. haz, Robert Waldburger, Bern, 2005, s. 939 vd.
- HONSELL, Heinrich/
VOGT, Nedim Peter/
WIEGAND, Wolfgang : **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1-529**, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenbahn, 1996 (OR-Ammann) .
- KEITEL, Hans Joachim : **Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte**, Frankfurt am Main/Bern /New York/Paris, Peter Lang, 1987.
- KIRCA, Çiğdem : “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (teleologische Reduktion)”, **AÜHFD**, c. 50, sayı 1, s. 89 vd.
- KIRCA, Çiğdem : **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, : **Borçlar Hukuku: Genel Bölüm, c. I**
Necip
(Kocayusufpaşaoğlu Necip / Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdülkadir, “Borçlar Hukuku, Genel Bölüm” adlı eser kapsamında hazırlanan fakat henüz tamamlanmamış olan fasiküllerden yararlanılmıştır.).
- HADDİNG, Walter : **Kohlhammer Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Schuldrecht I, Bd 2, (§§ 241-432),**
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Verlag W. Kohlhammer, 1986.
- KRAMER, Ernst A. : **Berner Kommentar zum schweizeischen Zivirecht, Das Obligationenrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18, Bd. VI, 1. Abt., Bern,**
Stämpfli & Cie AG Verlag, 1986 (Berner Kommentar).
- KRAMER, Ernst A. : **Juristische Methodenlehre,** Bern, Stämpfli Verlag, 1998 (Methodenlehre).
- KRAUSE, Engelbert : “Untermieter und Mieter im Schutzbereich eines Vertrages”, **Juristenzeitung**, 1982, s. 16 vd.
- KRAUSKOPF, Patrick : **Der Vertrag zugunsten Dritter,** Freiburg, Universitätsverlag, 2000.
- KROGH, Peter Loser : “Schutzwirkungen zugunsten Dritter”, **Festschrift für Ernst A. Kramer**, yay. Haz. Heinrich Honsell, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2004, s. 579 vd.

- KÜMMETH, Klaus-Wilhelm : “**Die dogmatische Begründung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**”, (Julius-Maximilians Üniversitesi, yayınlanmamış tez) Würzburg, 1976.
- LARENZ, Karl : “Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.4.1956- VI ZR 34/55”, Neue Juristische Woche, 1956, s. 1193 vd.
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 14. Aufl., München, Beck Verlag, 1987 (Schuldrecht I).
- LARENZ, Karl : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, Springer Verlag, 1979 (Methodenlehre).
- LORENZ, Werner : “Anmerkung zu BGH JZ 1966”, **Juristenzeitung**, s. 143 vd.
- MEDICUS, Dieter : “Anmerkung zu BGH JZ 1995, s. 306”, **Juristenzeitung**, 1995, s. 308 vd.
- MERZ, Hans : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung Art. 1-10 ZGB**, Bd. I, Bern, Stämpfli Verlag; 1966.
- MERZ, Hans : “Literaturanzeigen: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., J. Schweizer Verlag/ Walter de Gruyter & Co., Berlin”, **ZBJV**, 1988, s. 108 vd.

- MERZ, Hans : **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, 6/I Bd., Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1984 (OR).
- MOSER, Martin / BERGER, Bernhard : “Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft - zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten: Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998”, **AJP**, 1999.
- MOSER, Martin : **Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten**, Bern, Stämpfli Verlag, 1998.
- MüKo/ GOTTWALD, Peter : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht**, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), Band. 2, 3. Aufl., München, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994.
- MüKo/ KRAMER, Ernst A. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht**, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), Band. 2, 3. Aufl., München, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994.
- MüKo/ ROTH, Günther H. : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht**, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), Band. 2, 3. Aufl., München, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994.
- OFTINGER, Karl : “Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrs-geschäfte” , **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 1939, s. 178 vd.

- OĞUZMAN, M. Kemal / : **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel**
BARLAS, Nami **Kavramlar**, İstanbul, 13. bs., Arıkan Yayınevi, 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal / : **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 4 bs., İstanbul,
ÖZ, Turgut : Filiz Kitabevi, 2005.
- PALANDT, Otto/ : **Beck'sche Kurz Kommentare, Bürgerliches**
HEINRICH, Helmut **Gesetzbuch**, Bd. 7, 57. Aufl., München, Beck Verlag,
1998.
- PUHLE, Winfried : **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und**
Drittschadenliquidation, Frankfurt am Main/Bern,
Peter Lang, 1982.
- REY, Heinz : "Rechtliche Sonderverbindung und
Rechtsfortbildungen", **Festschrift für Max Keller**,
yay. haz. Forstmöster/Heini/Giger/Schluep, Zürich,
Schulthess Verlag, 1989, s. 240 vd.
- RIEMER, Hans Michael : **Die Einleitungsartikel des Schweizerischen**
Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB), Bern, Stämpfli
Verlag, 1987.
- SEROZAN, Rona : "Culpa in Contrahendo, Akdin müspet ihlali ve Üçüncü
Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak
Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi",
MHAD, 1968, Yıl 2, sayı 3, s. 108 vd.

- SEROZAN, Rona : **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.
- SEROZAN, Rona : **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuk, Genel Bölüm, 3. c., 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- SEROZAN, Rona : “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s. 715 vd. (Armağan).
- SIEGERİST, Samuel : **“Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht”** (Zürich Üniversitesi, yayımlanmamış tez), 1997.
- STOLL, Heinrich : **Die Lehre von den Leistungsstörungen**, Tübingen, Paul Siebert Verlag, 1936.
- TANDOĞAN, Haluk : **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1963, s. 164.
- TEICHMANN, Arndt : **Kohlhammer Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Schuldrecht I (§ 241-432)**, Bd 2, 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Verlag W. Kohlhammer, 1986.

- TEKİNAY, Selahattin S. / : **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, AKMAN, Sermet / Filiz Kitabevi, 1993.
- BURCUOĞLU, Haluk /
ALTOP, Atilla
- ULUSAN, İlhan : **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu: Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990.
- WALTER, Hans Peter : “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, **ZBJV**, 1996, s. 273 vd.
- WİEGAND, Wolfgang : “Von der Obligation zum Schuldverhältnis: Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts”, Teil 1, **recht**, 1997, s. 86 vd.
- ZİEGLER, Hans Berndt : **Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?**, Marburg, Citydruck Würzburg, 1978.
- ZİEGLTRUM, Anna : Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte: Vom “Fürsorgeverhältnis” zu “gegenläufigen” Interessen, Frankfurt am Main/Bern /New York/Paris, Peter Lang, 1992.