

Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini

(Recovery of Damages in respect of a Third Party's Loss)

by

Orcan Ok

**A Dissertation Submitted to the Graduate School of Social Sciences &
Humanities in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of**

Doctor of Philosophy

in

Private Law



KOÇ ÜNİVERSİTESİ

August 9, 2024

ÖZETÇE

Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini

Orcan Ok

Özel Hukuk Doktora Programı

9 Ağustos 2024

Borca aykırılık veya haksız fiil sonucu zarara uğrayan kişi ile tazminat talebinde bulunabilecek kişinin birbirinden farklı olduğu durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelmektedir. Bu durumda bir zarar kaymasından söz edilmektedir. Zarara uğrayan kişi aykırı davranılan borç ilişkisine taraf olmadığı ya da bir haksız fiil söz konusu olduğunda hukuken ihlâli tazminat yaptırımına bağlanan hakkın sahibi olmadığı için tazminat talep edememektedir. Borç ilişkisinin tarafı ya da ihlal edilen hakkın sahibi ise zarara uğramadığından bir tazminat alacağına kavuşamamaktadır. Hiç kimsenin tazminat talep edemediği bu durumun ortaya çıkmasına yol açan hukuk prensiplerinin amacı aslında böyle bir sonuca yol açmak değildir. Bu sorun kimi istisnai durumlarda tarafların farazi iradesine dayanarak sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü ile çözülebilir. Bunun dışında kalan hâllerde ise bir örtülü kanun boşluğu söz konusudur. Bu çalışmada bu kanun boşluğu TBK 509 I hükmünün kıyasen uygulanması ile doldurulmuş ve zarara uğrayan üçüncü kişi doğrudan zarar verene karşı ileri sürebileceği bir tazminat talebine kavuşturulmuştur. Bu hüküm bir yasal devir öngördüğünden, gündeme gelebilecek kimi özel meselelerin (tarafların birbirine karşı ileri sürebileceği savunmalar gibi) çözümünde alacağın devrine ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanmak mümkün olmuştur. Zarar kaymasının meydana gelebileceği somut örnekler özel olarak incelendiğinde bu çalışmada geliştirilen teorinin Türk hukukunda önemli bir boşluğu doldurabileceği görülmektedir.

ABSTRACT

Recovery of Damages in respect of a Third Party's Loss

Orcan Ok

Doctor of Philosophy in Private Law

August 9, 2024

In cases where the person who suffered damage as a result of a breach of obligation or tort and the person who can claim compensation are different from each other, the problem of recovery of damages in respect of a third party's loss comes to the fore. This situation is described by the concept of a shift of loss. The injured person cannot claim compensation because he/she is not a party to the breached contract or, in the case of a tort, he/she is not the owner of the right the violation of which is legally sanctioned with compensation. The party to the contract or the owner of the violated right, on the other hand, cannot be compensated since he/she has not suffered any damage. However, the purpose of the legal principles that lead to this situation where no one can claim compensation is not to lead to such a result. In some exceptional cases, this problem can be solved by accepting a contract for the benefit of a third party by filling the contractual gap based on the hypothetical intent of the parties. Otherwise, there is an implicit gap in the law. In this study, this legal gap is filled by applying TCO 509 I by analogy, and the third party who suffered damage is provided with a compensation claim that can be asserted directly against the damaging party. Since this provision provides for a legal assignment, it is possible to benefit from the provisions on assignment of receivables by analogy in resolving some special issues that may arise (such as the defenses that the parties may assert against each other). When the concrete examples of shift of loss are specifically analyzed, it is seen that the theory developed in this study can fill an important gap in Turkish law.

ÖN SÖZ

Öncelikle üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi ile beni tanıştıran ve bu konuda doktora tezi yazmak için teşvik eden danışman hocalarım Prof. Dr. Baki İlkey Engin ve Doç. Dr. Işık Önay’a teşekkür borçluyum. Hocalarımdan desteği olmasaydı bu tezin yazılması mümkün olmazdı. Ayrıca jürimde yer alan hocalarım Prof. Dr. Tufan Öğüz, Prof. Dr. Doruk Gönen, Doç. Dr. Tülay Aydın Ünver ve Doç. Dr. Yasin Alperen Karaşahin hocalarıma tezime yaptıkları katkı için teşekkürü bir borç bilirim.

İlkay Hoca, Işık Hoca ve Alperen Hoca’nın gerek akademik gerek kişisel gelişimime katkıları bu tezin sınırlarının çok ötesindedir. Kendilerine ne kadar teşekkür etsem azdır.

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 4 yıl boyunca birlikte çalıştığım sevgili kürsü arkadaşım ve hocam Arş. Gör. Hüseyin Bahadır Çolak’a tezin yazım sürecindeki desteği için teşekkür ederim. Tezimi yazarken çeşitli hukuki meselelere ilişkin aklıma takılan sorularla ilgili benimle fikirlerini paylaşan ve ulaşamadığım birçok kaynağa erişmemi sağlayan sevgili arkadaş ve meslektaşlarım Arş. Gör. Eylem Işık ve Arş. Gör. İlkin Demirtaş’a teşekkür ederim.

Bu çalışmanın önemli bir bölümünü Almanya’nın Hamburg şehrindeki Bucerius Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladım. Bucerius Üniversitesi Hukuk Fakültesine misafir araştırmacı olarak beni davet eden ve bana harika bir çalışma ortamı sunan Prof. Dr. Christoph Kumpan’a ve bu davete vesile olan sevgili hocam Dr. Öğr. Üyesi Emek Toraman Çolgar’a teşekkürü borç bilirim.

Bucerius Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesinden sevgili Michael Kern’e araştırmalarımın olan desteği teşekkür ederim. Ayrıca bana kütüphanelerinin kapılarını açan Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Max-Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsüne teşekkür borçluyum.

Bu tezin yazılma sürecinde Türkiye’deki çalışmalarımı 2211-A Yurt İçi Doktora Burs Programı ve Hamburg’daki araştırmalarımı 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında destekleyen TÜBİTAK’a çok teşekkür ederim. Ayrıca Hamburg’daki araştırmalarımı destekleyen DAAD’ye teşekkür borçluyum. Bu kurumların desteği olmasaydı araştırmalarımı Hamburg’da sürdürmem mümkün olmazdı.

Hamburg’da kendimi evimde hissetmemi sağlayan Hamburg Üniversitesi Misafirhanesinin (*Gästehaus der Universität Hamburg*) başta Anna-Maria Karl, Sonja Lorenzen-Sapori ve Meike

Frank-Richter olmak üzere tüm çalışanlarına teşekkür ederim. Hamburg’da tanıştığım sevgili arkadaşlarım Arş. Gör. Ayşe Zıyan ve Aslıhan Gülcan’a araştırma sürecindeki destekleri ve birlikte geçirdiğimiz güzel zamanlar için teşekkür ederim.

Biraz uzun süren (ve devam edecek gibi görünen) eğitim hayatım boyunca benden hiçbir zaman desteklerini, sevgilerini ve sabırlarını esirgemeyen sevgili annem Münire Ok, sevgili babam Serhat Ok ve sevgili kardeşim Tuna Ok’a çok teşekkür ederim. Onların desteği olmasaydı bugüne kadar başardığım hiçbir şeyi başaramazdım. Bugüne kadar elde ettiğim her başarıda en büyük pay onlarındır. Haklarını ödeyemem.

Son olarak biricik eşim Nazlı’ya her zaman yanımda olduğu ve bana kattığı her şey için minnettarım. Nazlı’yla 2018 yılında Almanya’da tanıştık. Yine 2024 yılında bu tezin yazılması vesilesiyle bulunduğum Almanya’da evlenmemiz bu tezi çok daha anlamlı kıldı.

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARARININ TAZMİNİ

KISALTMALAR.....	ix
------------------	----

GİRİŞ	1
-------------	---

Birinci Bölüm: Kavramsal Çerçeve ve Sorunun Teorik Sebepleri.....	6
---	---

§1. Kavramsal Çerçeve.....	6
A. Zarar, Zarar Veren, Hak Sahibi ve Üçüncü Kişi Kavramları	6
B. Zarar Kayması (<i>Schadensverlagerung</i>) Kavramı	7
1. Zarar Kaymasının Anlamı ve Buna Karşı Koruma Eksikliği	7
2. Zarar Kaymasının Ortaya Çıkabileceği Olay Grupları	9
a. (Karşı) Edim Hasarının Üçüncü Kişide Olduğu Haller	11
i. Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerden Doğan İlişkiler	12
aa. Satış Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	12
bb. Eser Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	19
cc. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	20
ii. Tek Tarafın Borç Altına Girdiği Hukuki İlişkiler	23
aa. Vasiyet Alacaklısı Bakımından	23
bb. Bağışlama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	23
iii. Zincirleme Sözleşmeler	24
b. Dolaylı Temsil İlişkileri	26
c. İnanç İlişkileri	28
d. Üçüncü Kişiye Ait Eşyaya İlişkin Koruma Borcu Doğuran Sözleşmeler (<i>Obhutsfälle</i>)	29
e. Diğer Örnekler	30
§2. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununun Teorik Sebepleri.....	31
A. Borca Aykırı Davranıştan Doğan Zarar Bakımından	31
1. Sözleşmenin Nispileği İlkesi	31
2. Alacaklının Menfaati İlkesi (<i>Dogma vom Gläubigerinteresse</i>)	32
3. Değerlendirme	33
B. Haksız Fiilden Doğan Zarar Bakımından Salt Malvarlığı Zararının Kural Olarak Tazmin Edilememesi	36
1. Salt Malvarlığı Zararı Kavramı ve Bu Tür Zararların Tazmini	36
2. Salt Malvarlığı Menfaatlerinin Daha Az Korunmasının Nedenleri ve Değerlendirme	39
a. Hukuki Açından	39
b. Ekonomik Açından	42

İkinci Bölüm: Sorunun Teorik Çözümü, Tazminat Alacağının Özellikleri ve Olası Diğer Talep Dayanaklarıyla İlişkisi	46
---	----

§3. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununa Öğretideki Yaklaşımlar ve Bu Çalışmada Benimsenen Çözüm	46
A. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununun Ortaya Çıkmasını Engellemeye Çalışan Görüşler	47
1. Zarar Kavramına İlişkin Çeşitli Teorilere Dayanarak Hak Sahibinin Zarara Uğradığını Savunan Görüşler	47
a. Normatif Zarar Kavramından Hareket Eden Görüş	47
i. Denkleştirmenin Engellenmesine Dayanan Görüş (<i>Versagte Vorteilsausgleichung</i>)	48
ii. Nispilek İlkesini Kullanarak Alacaklının Zarara Uğramadığı İddiasının Önüne Geçen Görüş	50
iii. Normatif Zarar Kavramından Yola Çıkan Görüşlere İlişkin Ortak Değerlendirme	51
b. Zarar Kavramının Alternatif Yorumları Sonucu Hak Sahibinin Eşyanın En Az Objektif Değeri Kadar Zarara Uğradığını Savunan Görüşler	53
c. Hak Sahibinin Üçüncü Kişi ile İlişkisinin Bozulmasından Doğan Zararı	57
d. Genel Değerlendirme	59

2.	Zarar Verenin Hak Sahibinin Yardımcı Kişisi Sayılarak Sorumlu Tutulması	60
B.	Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununu Kabul Eden ve Bu Sorunu Çeşitli Hukuki Mekanizmalarla Çözmeye Çalışan Yaklaşımlar	61
1.	Genel Olarak	61
2.	İsviçre Hukukunda OR 97'den (TBK 112) Yola Çıkan Yaklaşım	62
3.	Alman Hukukunda Özel Bağlantı (<i>Sonderverbindung</i>) ve Sorumluluğun Kapsamının Baştan İtibaren Sınırlanmasından Yola Çıkan Yaklaşım	65
4.	Tarafların İradesinden Yola Çıkan Yaklaşım	68
5.	Alacaklının Üçüncü Kişinin Zararının Tazmin Edileceği Hususunda Borçluyla Anlaşma Yükümü Altında Olduğunu Kabul Eden Görüş	73
6.	Alacaklının Talep Hakkını (<i>actio inanis</i>) Bir Tür Kaim Değer Kabul Eden Görüş	76
7.	Korunmak İstenen Değerin Kendisinde Somutlaştırılmış Menfaat Görüşü	79
8.	<i>Junker</i> 'ın Ortaya Attığı Güvende Temsil (<i>Vertretung im Vertrauen</i>) Teorisi	83
9.	Haksız Fiilden Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Problemi Bakımından <i>Junker</i> 'in Ekonomik Mülkiyet Teorisi	86
10.	Örf ve Âdet Hukukuna Dayanan Görüş	88
11.	Kanun Boşluğu Görüşü	89
C.	Bu Çalışmada Benimsenen Yaklaşım	96
§4.	Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Teorisinden Doğan Alacak Hakkının Şartları ve Özellikleri	99
A.	Şartları	99
1.	Genel Açıklamalar	99
2.	Hukuka Aykırı Fiil	104
3.	Uygun İlliyyet Bağlı	104
4.	Kusur	105
5.	Zarar Kayması	106
a.	Genel Olarak	106
b.	Zarar Kayması Kavramı	106
c.	Zarar Kaymasına Neden Olan Vakıanın Gerçekleşme Anı	110
d.	Zarar Kaymasının Tesadüfi Olmasının Anlamı	111
e.	Üçüncü Kişinin Zararının Tazminini Haklı Kılacak Bir Zarar Kaymasının Mevcut Olup Olmadığının Şüphe Uyandırabileceği Durumlar	115
6.	Üçüncü Kişinin Menfaatinin Borçlu Tarafından Bilinebilir Olmasının Etkisi	122
7.	Zararın Tazmin Edilmemesinin Tazminat Sorumluluğunu Sınırlayan Kurumların Amacıyla Bağdaşmaması	124
8.	Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Başka Bir Yolla Sağlanabilmesinin Etkisi	125
B.	Üçüncü Kişinin Zararının Tazminine İlişkin Özel Sorunlar	130
1.	Zararın Tazminini Kimin Talep Edeceği Sorunu	130
a.	Hak Sahibinin Talepte Bulunacağını Kabul Eden Görüş	130
i.	Genel Olarak	130
ii.	Bu Görüşün Kabulü Halinde Ortaya Çıkan Meseleler	131
b.	Üçüncü Kişinin Doğrudan Zarar Verenden Talepte Bulunabileceğini Kabul Eden Görüş	136
i.	Üçüncü Kişinin Direkt Talebinin Olası Avantaj ve Dezavantajları	137
ii.	Direkt Talep İçin Öğretide İleri Sürülen Hukuki Dayanaklar	141
iii.	Direkt Talebin Kabulü Sonucu Ortaya Çıkan Meseleler	142
aa.	Hak Sahibinin de Talepte Bulunup Bulunamayacağı Sorunu	142
bb.	Zarar Verenin Tazminat Borcunu Hak Sahibine İfa Etmesinin Etkisi	145
cc.	Üçüncü Kişinin İflasının Hak Sahibine Etkisi	146
dd.	Hak Sahibinin İspat Bakımından Üçüncü Kişiyi Destek Olma Yükümlülüğü	148
2.	Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Sorunlar	148
a.	Genel Olarak	148
b.	Tazminatın Üçüncü Kişinin Şahsı ve Ekonomik Alanı Dikkate Alınarak Hesaplanacağını Savunan Görüşler	149
c.	Tazminatın Hesaplanmasında Zarar Veren Lehine Çeşitli Sınırlamalar Getiren Görüşler	157

d.	Değerlendirme	159
3.	Zarara Yol Açan Fiil Sonucu Birden Fazla Kişinin Zarar Görmeye İhtimali	163
4.	Zarar Veren İleri Sürebileceği Haklar ve Savunmalar	164
a.	Genel Olarak	164
b.	Hak Sahibi veya Üçüncü Kişinin Kusuru ve Özellikle Zararı Azaltma Külfeti.....	167
c.	Sorumsuzluk Anlaşması.....	173
d.	Borca Aykırılıktan Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Bakımından Yetki ve Tahkim Sözleşmeleri.....	175
e.	Takas Hakkı.....	177
5.	Hak Sahibinin Üçüncü Kişiyi Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar	179
6.	Üçüncü Kişinin Zararın Doğmasından Önce Önleyici Bir Talepte Bulunup Bulunamayacağı Sorunu 181	
7.	Üçüncü Kişinin Teminatlara ve Cezai Şarta Başvurabilmesi	182
8.	Temerrüt Faizi.....	184
9.	Zamanaşımı	184
§5.	Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Diğer Talep Dayanakları Karşısındaki Durumu ve Olası Yarışma Problemi	185
A.	Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme ile Borca Aykırılıktan Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki	185
B.	Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ile Borca Aykırılıktan Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki	193
C.	Güven Sorumluluğu ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki	194
D.	Ürün Sorumluluğu ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki	194
E.	Kaim Değer Talebi ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki	199
F.	Yansıma Zarar ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininde Üçüncü Kişinin Zararı Arasındaki İlişki	202

Üçüncü Bölüm: Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Teorisinin Çeşitli Örneklerle

Uygulanması 204

§6.	(Karşı) Edim Hasarının Üçüncü Kişide Olduğu Haller.....	204
A.	Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerden Doğan İlişkiler	204
1.	Satış Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	204
a.	Mesafe Satışı	204
b.	Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış	212
c.	Diğer İhtimaller	217
2.	Eser Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	218
3.	Finansal Kiralama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	224
B.	Tek Tarafa Borç Yükleyen Hukuki İşlemlerden Doğan İlişkiler	230
1.	Vasiyet Alacaklısı Bakımından.....	230
2.	Bağışlama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler	230
C.	Zincirleme Sözleşmeler	231
1.	Genel Olarak.....	231
2.	Rekabet Hukukunda.....	239
§7.	Dolaylı Temsil İlişkileri	240
§8.	İnanç İlişkileri	249
§9.	Üçüncü Kişiyi Ait Eşyaya İlişkin Koruma Borcu Doğuran Sözleşmeler (Obhutspflicht).....	253
§10.	Diğer Örnekler	261
A.	Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun İmkânsızlaştığı Hâller	261
B.	Alt Kira Sözleşmelerinde	263
C.	Haksız Yapı	265
D.	Kiracının Sözleşmeyle Üçüncü Kişilerin Yol Açacağı Zararlardan Doğan Masrafları Üstlenmesi.....	266

E. Dolo Agit İtirazı.....	268
F. Ayıptan Sorumluluğun Kaldırılması.....	269
SONUÇ	269
KAYNAKÇA	277



KISALTMALAR

AcP: Archiv für die civilistische Praxis

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AY: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGH: Bundergerichtshof

BK: Berner Kommentar

Bkz: Bakınız

C: Cümle

CMR: Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road

Dn: dipnot

E: Esas Numarası

FFFK: Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu

GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD: Hukuk Dairesi

HGB: Handelsgesetzbuch

HGK: Hukuk Genel Kurulu

İBBGK: İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu

İFM: İsviçre Federal Mahkemesi

İİK: İcra İflas Kanunu

JA: Juristische Arbeitsblätter

JuS: Juristische Schulung

JZ: JüristenZeitung

K: Karar Numarası

krş: karşılaştırınız

KTS: Konkurs, Treuhand, Sanierung: Zeitschrift für Insolvenzrecht

MÜHFHAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

OAG: Das Oberappellationsgericht

OR: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

SchKG: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Schweiz)

SZPO: Schweizerische Zivilprozessordnung

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TCO: Turkish Code of Obligations

TL: Türk Lirası

TMK: Türk Medeni Kanunu

TST: Tapu Sicil Tüzüğü

TTK: Türk Ticaret Kanunu

VersR: Versicherungsrecht (Zeitschrift)

ZBJV: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)

ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

ZSR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Kanun koyucu TBK 112 hükmü ile borca aykırı davranışın, TBK 49 hükmü ile de hukuka aykırı davranışın yol açtığı zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Tipik olarak söz konusu zarar ihlal edilen borcun alacaklısının malvarlığında ya da bir haksız fiil söz konusu olduğunda hukuken korunan menfaati hukuka aykırı fiil ile ihlâl edilen kişinin malvarlığında doğar. Modern ekonomik ilişkilerinin karmaşıklığı göz önünde bulundurulduğunda azımsanmayacak derecede sık rastlanan kimi durumlarda ise bir borcun gereği gibi yerine getirilmesine ya da ihlali hukuka aykırı kabul edilen bir başka çıkarın korunmasına ilişkin ekonomik menfaat ilgili hakların sahibi dışında bir kişiye ait olabilir. Bu durumda söz konusu çıkarın ihlali bu çıkarın sahibinin malvarlığında bir zarara yol açmayacak, zarar ilgili çıkara ilişkin ekonomik menfaati bulunan başka bir kişinin malvarlığında doğacaktır. Yani zarara uğrama riski adeta bir malvarlığından diğerine kaymaktadır.¹ Peki bu gibi kanun koyucunun varsaydığı hayat olayının dışına çıkan atipik hâllerde nasıl hareket etmek gerekir? Bu çalışmada bu sorunun cevabı aranmaktadır.

Tazminat talebinin şartlarından biri zarar olduğundan, böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde ihlâl edilen hakkın sahibi, kendisi herhangi bir zarara uğramadığı için tazminat talebinde bulunamayacaktır. İhlal edilen hakka ilişkin ekonomik menfaati bulunan üçüncü kişi ise ya ihlal edilen borcun doğduğu borç ilişkisine taraf olmadığı için borca aykırılığa dayanamayacak² ya da uğradığı zarar salt malvarlığı zararı olduğu için haksız fiil sorumluluğu üçüncü kişinin yardımına yetişemeyecektir.³ Sonuç olarak sorumluluk hukukunun temel kuralları arasında kabul edebilecek borç ilişkisinin nispiyeti ve salt malvarlığı zararının kural olarak tazmin edilememesi prensiplerine bağlı kalındığında zarara sebep olan kişi ilk bakışta sorumluluktan kurtuluyor görünmektedir. İhlal edilen hakkın sahibi olduğu için doğal olarak tazminat talep etme hakkına da sahip olan kişi ile zarara uğrayan kişinin birbirinden farklı kişiler olduğu bu gibi durumlarda zararın tazminine izin verilmesine üçüncü kişinin zararının tazmini (*Drittschadensliquidation*) denmektedir.⁴

Çalışma boyunca bu problemin sık ortaya çıktığı olay grupları üzerinde detaylı bir biçimde durulacak olmakla beraber,⁵ şimdiden bir örnek vermek yerinde olacaktır. (Ü)'nün dolaylı

¹ Zarar kayması kavramı hakkında bkz aşağıda §1.B ve §4.A.5.

² Bkz aşağıda §2.A.

³ Bkz aşağıda §2.B.

⁴ Bkz Marti-Schreier, para 6; von Graffenried, para 554 vd; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 289 vd.; Lange/Schiemann, 462.

⁵ Bkz aşağıda §1.C.2. ve Üçüncü Bölüm.

temsilcisi olarak hareket eden ve herhangi bir ücret almayan (H), kendi adına fakat (Ü) hesabına (Z₁) ile bir otomobili konu alan bir satış sözleşmesi yapmış olsun. Bu sözleşmenin (Z₁) tarafından ihlali (örneğin (Z₁)'in kusuru sonucu borcun imkânsızlaşması) halinde (Ü) zarara uğrayacaktır, zira otomobilin mülkiyetini elde edemeyecek ve belki de benzer bir otomobili daha pahalıya satın almak durumunda kalacaktır. Fakat burada (H)'nin herhangi bir zararı yoktur, çünkü her ne kadar (H)'nin (Z₁)'den olan alacak hakkı ortadan kalksa da aynı zamanda (H) otomobilin mülkiyetini (Ü)'ye devretme borcundan kendisinin kusuru olmadan⁶ gerçekleşen ifa imkânsızlığı sebebiyle (TBK 136) kurtulmuştur. Burada (Ü), satış sözleşmesinin tarafı olmadığından (Z₁)'e başvuramayacaktır. Bu durumda (Ü)'nün zararı tazmin edilemiyor görünmektedir.⁷

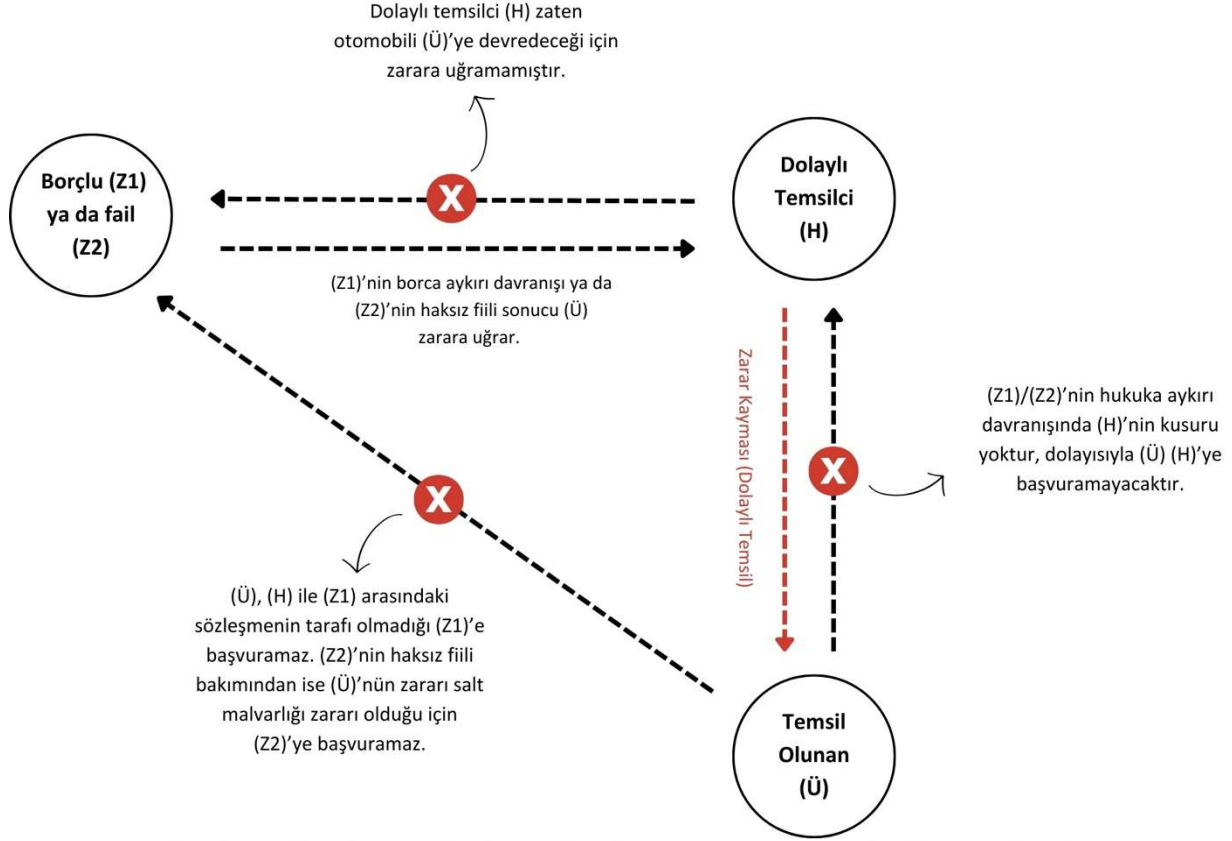
Benzer şekilde otomobilin mülkiyetinin (H)'ye devrinden sonra (fakat (Ü)'ye devrinden önce) taraflarla herhangi bir hukuki ilişki içerisinde olmayan (Z₂)'nin otomobili kullanılamaz hâle getirdiğini kabul edelim. Bu durumda kusursuz ifa imkansızlığı sonucu TBK 136 hükmü uyarınca (H) otomobili (Ü)'ye devir borcundan kurtulacaktır ve dolayısıyla (H)'nin herhangi bir zararı yoktur. (Ü)'nün haksız fiil hükümlerine dayanarak başvurabileceği tek kişi (Z₂)'dir, ancak (Ü) otomobil üzerinde bir mutlak hakka sahip olmadığından ve (Ü)'nün otomobile ilişkin menfaatini güvence altına alan bir koruma normu⁸ da bulunmadığından (Z₂)'nin fiili ile (Ü)'nün uğradığı zarar arasında hukuka aykırılık bağı⁹ mevcut değildir. Bu durumda da (Ü)'nün zararı tazmin edilemiyor görünmektedir.

⁶ Elbette (Z₁)'in borca aykırı davranışında (H)'nin de kusuru varsa durum başkadır.

⁷ Dolaylı temsilde üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu ile ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §1.C.2.b. ve özellikle §7.

⁸ Bu kavramla ilgili açıklamalar için bkz aşağıda §2.B.1.a.

⁹ Bu kavramla ilgili açıklamalar için bkz aşağıda §2.B.1.a.



Şekil 1 – Dolaylı Temsilde Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorunu

Yukarıda verilen örneklerden ilkinde borca aykırılıktan kaynaklanan, ikincisinde ise haksız fiilden kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu söz konusudur. Şimdiden belirtmek gerekir ki borca aykırılıktan kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazminine göre haksız fiilden kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gerek İsviçre gerekse Alman öğretisinde daha az ilgi odağı olmuştur.¹⁰

Türk hukukunda ise üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu, Tandoğan'ın 1963 yılında yayımlanan eserinden¹¹ bu yana kapsamlı bir incelemeye tabi tutulmamıştır.¹² Tespit edilebildiği kadarıyla Türk mahkemeleri de üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu şu ana kadar açıkça

¹⁰ Von Graffenried, para 564; Bärtschi, 409; Rey, para 363 ve 369.

¹¹ Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1 vd.

¹² Türk borçlar hukukuna ilişkin temel eserlerde üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu oldukça kısa biçimde kendine yer bulmaktadır: Örneğin bkz Oğuzman/Öz, C I, para 79 ve 1423-1424; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 862; Serozan, İfa, § 16 para 7; Gümüş, Borçlar Genel, 62-63. Üçüncü kişinin zararının tazmini ile bağlantılı yansıma zararın tazmini ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi başka konularda yazılan eserlerde ise üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuyla ilgili daha kapsamlı açıklamalar yer alsa da bu çalışmalar daha ziyade bu kurum ile çalışmanın konusu arasındaki ilişkiye odaklanmakta ve meselenin bütün detayları ile ele alınması doğal olarak bu çalışmaların kapsamı dışında kalmaktadır. Örneğin bkz Çakırca, 89-97; Karabağ Bulut, 20-24; Çelt, 85-108.

kabul edip uygulamamıştır.¹³ Konu daha ziyade Alman hukukunda uzun yıllardır tartışılmakta ve yeri geldikçe değinilecek mahkeme kararlarına konu olmaktadır. Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu Alman öğretisinde bazı yazarlarca teorik temelini güçlü olmadığı ve üçüncü kişi yararına sözleşme ya da denkleştirmenin engellenmesi teorisi gibi kurumların varlığı sebebiyle bu teoriye ihtiyaç olmadığı gerekçeleriyle eleştirilse de¹⁴ genel olarak bir sorumluluk temeli olarak kabul edilmektedir.¹⁵

İsviçre öğretisinde ise üçüncü kişinin zararının tazmini oldukça tartışmalı bir meseledir. Öğretide bazı yazarlar üçüncü kişinin zararının tazminini kategorik olarak reddetmektedir.¹⁶ Bazı yazarlar ise üçüncü kişinin zararının tazminini yalnızca belirli olay grupları özelinde kabul etmektedir.¹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki öğretinin önemli bir kısmı üçüncü kişinin zararının tazmininin genel olarak uygulanabilirliğini kabul ediyor görünmektedir.¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin ise üçüncü

¹³ İstanbul Anadolu 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin bir kararında üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun bahsi geçse de mahkeme bu kurumu somut olaya uygulamamıştır. Kararda haksız rekabet sonucu zarara uğrayan şirketin ortaklarından birinin tazminat talebi söz konusudur: "3. Kişinin zararının tazmini dolaylı temsil, hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi, yedeminlik hallerinde kabul edilmektedir. Hatta bu durumlar dahi tartışmalıdır. Sözleşmeden kaynaklanan yansıma zararını 3. Kişinin zararının tazmini kurumundan yararlanmak suretiyle giderilmesi ancak bu haller ile mümkündür. Davamızda da böyle haller yoktur." E. 2018/1107 K. 2021/526, T. 7.7.2021 (Lexpera).

¹⁴ Örneğin bkz Peters, Drittschadensliquidation, 329 vd; Hagen, 285; Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 95. Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §3.A.

¹⁵ MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 289; von Schroeter, 26; Traugott, 26 vd, 52; Lange/Schiemann, 462-464; von Graffenried, para 559; Bärtschi, 419. Ancak Henn'e göre Alman mahkeme kararlarında üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında zarar verenin tazminat yükümlülüğünden kurtulmaması ve üçüncü kişinin elinin boş kalmaması dışında içtihatla ortak prensiplerden söz etmek güçtür. Yazar ayrıca, Alman mahkemelerinin içtihatlarında üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin birçok hususta belirsizliklerin olduğu, birbiriyle kısmen de olsa çelişen değer yargılarının üçüncü kişinin zararının tazmini kavramı altında toplandığı ve bunun aslında söz konusu kavramın içinin boş olduğunu gösterdiği yönünde bir eleştiri getirmektedir: Henn, 85. Avusturya hukukunda da üçüncü kişinin zararının tazmininin bir sorumluluk temeli teşkil ettiği kabul edilmektedir: bkz Welser/Zöchling-Jud, para 1465-1466.

¹⁶ Örneğin *Piotet*'ye göre, üçüncü kişi zararının tazmini kurumundan mevcut alternatif çözümler nedeniyle her durumda vazgeçmek mümkündür: Bkz Piotet, *théorie*, 337 vd ve Piotet, *Drittschadensliquidation*, para 48 vd. *Piotet*'nin ileri sürdüğü alternatif çözümlere yeri geldikçe değinilecektir. *Krauskopf* da üçüncü kişinin zararının tazminini reddediyor gibi görünmektedir. Yazara göre üçüncü kişi yararına sözleşme üçüncü kişinin zararının tazminini gereksiz kılmaktadır: *Krauskopf*, para 107. Yazarın bu sonuca genel olarak mı vardığı, yoksa yalnızca üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevcut olduğu durumda üçüncü kişinin zararının tazminine gerek olmadığını mı düşündüğü tam olarak açık değildir: Aynı yönde von Graffenried, para 815 dn 1925.

¹⁷ Bkz Schwenzer/Fountoulakis, para 14.26 (yazarlar üçüncü kişinin zararının tazminini temel olarak dolaylı temsilde, vasiyet edilen eşyanın zarar görmesi hâlinde, inançlı işlemlere konu eşyanın salt haksız fiil teşkil eden fiil ile zarara uğraması hâlinde ve alt yüklenicinin iş sahibi tarafından henüz kabul edilmemiş esere zarar vermesi hallerinde kabul etmektedir); von Caemmerer, 376 (yazar üçüncü kişinin zararının tazminini dolaylı temsil, inançlı işlemler, edim hasarının geçişi ve üçüncü kişiye ait eşya üzerinde özen borcu doğuran sözleşmelerden doğan zararlar bakımından kabul etmektedir.) Bu olay grupları için bkz aşağıda §1.C.2. ve Üçüncü Bölüm. Dolaylı temsil ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmininin kabulünün ise artık hâkim görüş olduğu yönünde: von Graffenried, para 815; Fatzer, 70, Spiro, 287-288.

¹⁸ Von Graffenried, para 566; Marti-Schreier, para 242; Armbrüster, FS Wiegand, S. 92; Weber (R), 225; von Tuhr/Escher, 111; Thorens, 129; Bärtschi, 408-409.

kişinin zararının tazmininden bahsettiği yakın tarihli bir kararı olsa da mahkeme henüz bu kurumu açıkça kabul edip uygulamamıştır.¹⁹

Bu çalışmada Türk hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin çözümüne ilişkin bir yöntem geliştirilmesi hedeflenmektedir. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde kullanılacak kavramlara ilişkin açıklamalar yapılmış ve üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğmasının teorik sebepleri borca aykırılık ve haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde öncelikle üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözümüne ilişkin Alman ve İsviçre öğretilerinde ileri sürülen teorik yaklaşımlar ve bu yaklaşımlara karşı ileri sürülebilecek itirazlar incelenmiştir. Daha sonra bu çalışmada Türk hukuku bakımından önerilen yaklaşım açıklanmış, bu yaklaşımın benimsenmesi hâlinde üçüncü kişinin tazminat alacağına kavuşabilmesinin şartları ele alınmış ve tazminat alacağına ilişkin bazı özel sorunlara çözüm yolları önerilmiştir. Son olarak üçüncü kişinin zararının tazmininin olası diğer talep dayanakları ile olan ilişkisi aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun gündeme gelebileceği çeşitli olay grupları özel olarak ele alınmış, bu olay gruplarının üçüncü kişinin zararının tazmini dışında başka yollardan çözülüp çözilemeyeceği incelenmiş ve üçüncü kişinin zararının tazminine hangi durumlarda ne derece ihtiyaç duyulduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin söz konusu olay gruplarına uygulanması sonucu varılacak sonuçlara da değinilmiştir.

¹⁹ Von Graffenried, para 559; BSK OR I – Wiegand, Art 97, para 40; BSK ZGB II – Huwiler, Art 562, para 43b. İlgili karara yeri gelince değinilecektir: bkz aşağıda dn 581. İsviçre kanton mahkemelerinin üçüncü kişinin zararının tazminiyle ilgili kararları mevcuttur. Bu kararlara da aşağıda yeri geldikçe temas edilecektir: bkz dn 91; dn 590; dn 581; dn 989.

Birinci Bölüm: Kavramsal Çerçeve ve Sorunun Teorik Sebepleri

§1. Kavramsal Çerçeve

A. Zarar, Zarar Veren, Hak Sahibi ve Üçüncü Kişi Kavramları

Bu çalışmada kullanılan anlamıyla zarar, bir kişinin malvarlığında meydana gelen istenmeyen eksilmedir ve dolayısıyla tutarı malvarlığının zarara yol açan olaydan önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki farka göre hesaplanan miktardır.²⁰

Üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin Alman ve İsviçre hukukunda kaleme alınan kimi eserler borçlu (*Schuldner*), alacaklı (*Gläubiger*) ve üçüncü kişi (*Dritte*) kavramlarını kullanmaktadır.²¹ Bunun sebebi genellikle borca aykırı davranıştan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarının incelemeye tabi tutulmasıdır. Ancak üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin salt haksız fiil teşkil eden bir davranış sonucu ortaya çıkması da mümkündür. Bu çalışmada her iki tip üçüncü kişinin zararının tazmini problemi inceleneceğinden farklı bir terminoloji kullanılacaktır.

Borca aykırı veya haksız fiil niteliğindeki bir davranış sonucu zarara yol açan kişi “zarar veren” olarak anılacaktır ve bazı tartışmaların daha net ortaya konulabilmesi için verilecek somut örneklerde bu kişiyi temsil etmek için (Z) harfi kullanılacaktır. Hukuka aykırı davranışın ihlal ettiği hukuki değer sahibi olan (ancak somut olayda zarara uğramayan) kişi ise “hak sahibi” olarak anılacaktır.²² Somut örneklerde bu kişi için (H) harfi kullanılacaktır. İhlal edilen hukuki değer sahibi olmamakla birlikte bu değer ihlalinin ekonomik sonuçlarını üzerinde taşıyan (dolayısıyla zarara uğrayan) kişi ise “üçüncü kişi” olarak anılacak ve somut örneklerde (Ü) harfi ile anılacaktır.²³

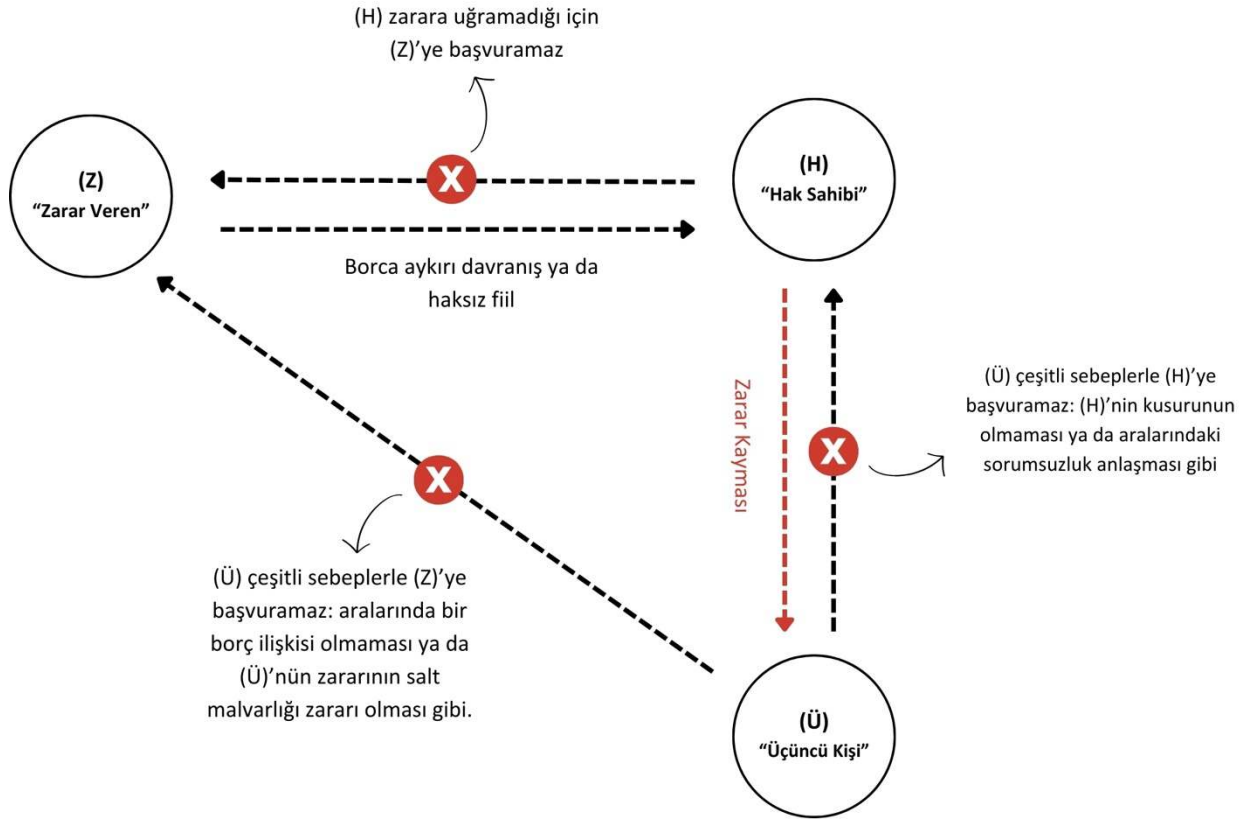
²⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, para 113; Tandoğan, Mes’uliyet, 63-65; Eren/Dönmez, C II, Madde 49, para 15; Nomer, Borçlar Genel, para 111; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para 1290; Gümüş, Borçlar Genel, 454. İsviçre öğretisinde de zarar kavramı bu şekilde anlaşılmaktadır: von Graffenried, para 69; Schwenzer/Fountoulakis, para 14.03; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C II, para 2848; Huguenin, para 112; BK-Weber, 2020, Art 97 OR, para 190.

²¹ Örneğin İsviçre hukukunda bkz Marti-Schreier, para 13 vd; von Graffenried, para 20 vd; Alman hukukunda bkz Henn, 23 vd.

²² Alman hukukunda *Tägert* de benzer şekilde bu kişiyi *Berechtigt* olarak anmaktadır: *Tägert*, 1.

²³ Bazı durumlarda üçüncü kişinin zarar verene karşı haksız fiilden doğan bir talebi mevcut olmakla birlikte sözleşmesel bir talep ileri süremeyebilir. Bu gibi durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurarak hak sahibine sözleşmesel bir talep bahşedilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz aşağıda §4.A.8.

Aşağıdaki şema kullanılacak terminolojiyi özetlemektedir:



Şekil 2 – Genel Olarak Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorunu

B. Zarar Kayması (*Schadensverlagerung*) Kavramı

1. Zarar Kaymasının Anlamı ve Buna Karşı Koruma Eksikliği

Yukarıda bir dolaylı temsil ilişkisi üzerinden verilen örnekte görüldüğü gibi gerek borçlunun borca aykırı davrandığı gerekse taraflar arasındaki ilişkinin dışındaki bir kişinin üçüncü kişi hesabına satın alınan eşyaya zarar verdiği ihtimallerde zarar hak sahibi yerine üçüncü kişinin malvarlığında doğmaktadır. Bu ve aşağıda görülecek birçok farklı örnekte olduğu gibi borca aykırılık ya da haksız fiil sonucu tipik olarak hak sahibinin malvarlığında doğması gereken zararın bir üçüncü kişinin malvarlığında doğması halinde zarar kaymasından söz edilir.²⁴ Zarar kaymasının

²⁴ Von Graffenried, para 568; Marti-Schreier, para 27; Bärtschi, 411; Huguenin, para 1600; Tandogan, dommage, 316-317; Siegrist, 90; Perren, 62; Armbrüster, Wiegand’a Armağan, 75; Berger, para 1582; Lange/Schiemann, 462; Medicus, 614; Tägers, 35 vd; von Schroeter, 12. Bu kavram ile ilgili bkz aşağıda §4.A.5.

gerçekleştiği durumlarda tazminat talebinde bulunabilecek kişi ile zarara uğrayan kişi birbirinden farklıdır. Bir başka deyişle zarar ve talep birbirinden ayrılmaktadır.²⁵

Zarar kayması kavramı Alman öğretisinde *Tägers* tarafından ortaya atıldıktan sonra yaygınlaşmıştır.²⁶ *Tägers* bu kavramı talep hakkı sahibinin zarara uğramamasına bağlı olarak bir üçüncü kişinin zarara uğraması olarak tanımlamıştır.²⁷ *Henn* modern öğretilde kullanılan zarar kayması kavramını, bu kavram için net bir tanım verilmemesi sebebiyle eleştirmekte ve birçok durumda yalnızca hukukten korunan menfaat ile zararın somut olayda nasıl birbirinden ayrıldığının açıklandığını belirtmektedir.²⁸ Yazar, yukarıda kısaca değinilen dolaylı temsile ilişkin örnekte temsil olunanın uğradığı zararın, somut ve doğmuş bir zararın kayması şeklinde gerçekleşmediğini, aksine en başından beri borçlunun zamanında ifasına olan menfaatin temsil olunanda olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla *Henn*'e göre burada kayan şey zarar değil, borçlunun hukuka uygun davranışına olan menfaattir.²⁹

Von Graffenried ise bu görüşe karşı burada yalnızca hak sahibinin zarara uğrayacağı olası bir farazi senaryo ile somut olarak gerçekleşen senaryonun karşılaştırıldığını belirtmektedir.³⁰ Nitekim *Henn*'e göre de aslında bir kaymadan bahsederken esas alınan kıyas noktası somut olaydaki vakıalar ile hukukun koruma normunu getirirken gerçekleşeceğini varsaydığı vakıalar arasındadır.³¹ Bu çalışmada da, bu kavrama karşı yöneltilen eleştirilerdeki haklılık payı kabul

²⁵ Von Graffenried, para 555; von Schroeter, 12-13; Fikentscher/Heinemann, para 611; Luther, 576. *Von Graffenried*'e göre aslında öğretilde kullanılan bu ifade teknik olarak doğru değildir, çünkü talebin şartlarından biri zarardır ve burada hak sahibi zarara uğramamaktadır. Dolayısıyla hak sahibinin bir talebi mevcut değildir: von Graffenried, para 555 dn 1332. Yazar yine de bu ifadeyi kullanmayı tercih ettiğini çünkü durumu iyi açıkladığını belirtmektedir. Talep alacak ile eş anlamlı olarak kullanılırsa yazarın eleştirisi yerindedir. Nitekim öğretilde talep kavramının anlamı hususunda birlik olmamakla birlikte, talep ve alacağın genellikle eş anlamlı olarak kullanıldığı belirtilmektedir: bkz Bärtschi, 25. Alacak ve talebin birbiriyle ilişkili ancak birbirinden farklı kavramlar olduğu yönünde: Antalya, C V/1,1, para 135 vd (yazara göre alacak hakkı içeriği açısından talep hakkından daha geniş bir kavramdır). Ancak talep hakkına sahip olmak, hukukten korunan ve ihlali tazminat yükümlülüğüne yol açan menfaatin sahibi olmakla (her ne kadar somut olayda bu menfaatin ihlalden bir zarar doğmasa da) eş anlamlı olarak kullanılırsa bu yönde bir eleştiriye mahal kalmamaktadır.

²⁶ Henn, 42; bkz *Tägers*, 35 vd.

²⁷ *Tägers*, 35.

²⁸ Henn, 41

²⁹ Henn, 42.

³⁰ Von Graffenried, para 589 dn 1422. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi menfaat kayması (*Interessenverlagerung*), riziko kayması (*Risikoverlagerung*) ya da zarara uğrama ihtimalinin kayması (*Verlagerung der Möglichkeit der Schadensentstehung*) kavramları muhtemelen daha isabetlidir, ancak öğretilde yerleşik olarak kullanıldığı için zarar kayması kavramını kullanmakta fayda vardır: Von Graffenried, para 589. Zarara uğrama ihtimalinin kayması kavramı için bkz von Caemmerer, 358 ve 378. Ayrıca öğretilde risk kayması (*“Gefährdungsverlagerung”*) kavramı da kullanılmaktadır: bkz Diederichsen, BGH, 276

³¹ Henn, 43.

edilmekle birlikte, öğretide yaygın olarak kullanılması sebebiyle zarar kayması kavramı tercih edilmektedir.

Zarar kayması üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki bir ilişkiye dayanır. Birçok durumda bu ilişki bir hukuki işlemde doğan bir borç ilişkisidir. Ancak kimi durumda bir borç ilişkisi katına varmayan fiili ilişkiler de söz konusu olabilir. Bu tarz bir fiili ilişkinin üçüncü kişinin zararının tazmini için yeterli kabul edilip edilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmanın detaylarına daha sonra girilecektir.³²

Zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmin edilememesi hem adalet hissini rahatsız etmekte hem de hukuk sisteminin iç tutarlılığı ile bağdaşmamaktadır.³³ Nitekim somut olayda ihlal edilen hakkın korunmasına ilişkin ekonomik menfaati hakkın sahibi taşıyıcı daima zararın tazminine izin verilecekti.³⁴ Ayrıca üçüncü kişinin uğradığı zararın, tazmini gereken zarar çevresine dahil olduğu kabul edilirse hukuk düzeni tarafından korunan menfaatlerde zarar verenin sorumluluğu açısından da bir genişleme olmamaktadır.³⁵ Öğretide ayrıca zarara yol açan fiilin ekonomik sonuçlarını hak sahibi yerine üçüncü kişinin üstlenmesine yol açan vakıanın/vakıaların zarar veren açısından tesadüfi nitelikte olduğu belirtilmekte³⁶ ve zarar kaymasından zarar verenin fayda sağlamaması gerektiği savunulmaktadır.³⁷ Zarar kaymasına ilişkin daha detaylı meseleler, bu kavram üçüncü kişinin zararının tazmini için gereken bir şart olarak aşağıda incelenirken ele alınacaktır.³⁸

2. Zarar Kaymasının Ortaya Çıkabileceği Olay Grupları

Üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin tartışmaların Alman hukukundaki çıkış noktası OAG Lübeck'in 1855 yılında verdiği Mantar Ağacı (*Korkholz*) kararıdır.³⁹ Karara konu olayda, Hamburg'daki bir firma Porto'daki bir başka firmadan mantar ağacı sipariş vermiştir. Alıcının anlaştığı taşıyıcı (*Spediteur*), bir gemici (*Schiffer*) ile sözleşme yapmış ve gemici deniz yoluyla

³² Bkz aşağıda §4.A.5.b.

³³ Schwenger/Fountoulakis, para 14.25; Von Graffenried, para 556; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Alttop, 862.

³⁴ Henn, 43.

³⁵ MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 292; Marti-Schreier, para 27; Bärtschi, 412-413; Henn, 41; von Schroeter, 13. Bu açıdan durum üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede olduğundan farklıdır: bkz aşağıda §5.A.

³⁶ Schwenger/Fountoulakis, para 14.25; Huguenin, para 1600; Von Graffenried, para 556. Tesadüflüğün üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin bir şart olarak aranmasının gerekip gerekmediği hususunda bkz aşağıda §4.A.5.d.

³⁷ Täger, 36; von Schroeter, 13; Schwenger/Fountoulakis, para 14.25; von Graffenried, para 556; Marti-Schreier, para 61.

³⁸ Bkz aşağıda §4.A.5.

³⁹ Seuffert, Nr 36 (47 vd).

malzemeyi Hamburg’a ulaştırmak için yola çıkmıştır. Taşıyıcı ile gemici arasındaki sözleşmeye göre don sebebiyle Cuxhaven’de durulması gerekirse gemici yükü orada boşaltmakla yükümlüdür. Gemici, Cuxhaven’e ulaşmasına rağmen borca aykırı davranarak yükü boşaltmamayı tercih etmiştir, çünkü yükün altında taşıdığı şarapların donmasını istememiştir. Bunun sonucu olarak mantar ağaclarının teslimi gecikmiş ve alıcı firma zarara uğramıştır. Taşıyıcının aralarındaki sözleşmeye dayanarak alıcı firmanın zararının tazmini için gemiciye açtığı davada gemici, taşıyıcının zararı olmadığı sebebiyle davanın reddedilmesini talep etmiştir. Taşıyıcının zararı olmadığı hususunda bir ihtilaf yoktur. Mahkeme, alıcı firma ile aralarında sözleşme olmadığı, taşıyıcının ise zararının olmadığı gerekçesiyle kaptanın sorumluluktan kurtulmasını kabul edilebilir bulmamış ve taşıyıcı firmanın gemiciden alıcının uğradığı zararın tazminini talep etmesine izin vermiştir.

Bu karar sonrası Almanya’da üçüncü kişinin zararının tazmini ilk başlarda daha ziyade dolaylı temsil ilişkilerinde gündeme gelse de kurumun uygulama alanı bununla sınırlı kalmamıştır. Mahkemeler zarar kaymasının gerçekleştiğı başka senaryolarda da üçüncü kişinin zararının tazminini kabul etmiş ve öğreti menfaat ilişkilerinin benzer olduğu senaryoları olay grupları altında sınıflandırmaya başlamıştır. Böylece üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin teori, olay gruplarının oluşturulması ile geliştirilmiştir.⁴⁰

Alman hukukunda geliştirilen söz konusu olay grupları temelde dolaylı temsil ilişkileri (*mittelbare Stellvertretung*), inançlı ilişkiler (*Treuhandverhältnisse*), üçüncü kişiye ait eşyaya ilişkin özen borcu doğuran sözleşmeler ilişkiler (*Obhutsverhältnisse*) ve (karşı) edim hasarının alacaklıya geçtiğı hallerdir (*obligatorische Gefahrentlastung*).⁴¹

Öğretide belirtildiğı gibi, günümüzde de geçerli olmak üzere, genel olarak bir senaryoda üçüncü kişinin zararının tazmin edilip edilmeyeceğı belirli soyut şartlarının sağlanıp sağlanmadığı test edilerek belirlenmemektedir. Daha ziyade somut olayın geliştirilen olay gruplarına dahil olup olmadığına dayanan bir analiz yapılmaktadır. Bunun sebebi olarak, birçok farklı menfaati içeren çeşitli üçüncü kişinin zararının tazmini senaryoları için genel uygulama şartları belirlemenin

⁴⁰ Urban, 19; Traugott, 19; von Caemmerer, 356; Henn, 28 vd; Von Graffenried, para 653; Marti-Schreier, para 23 dn 40.

⁴¹ Örneğın bkz MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 296 vd.; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 69 vd; Urban, 19 vd. Olay gruplarına ilişkin sınıflandırmanın kökeni (günümüzdeki ile birebir aynı olmasa da) *Täget*’e dayanmaktadır: bkz *Täget*, 37 vd.

zorluğu ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre her bir senaryonun ortak özelliği zarar kayması olsa da, bunun olay bazında somutlaştırılması gerektiği için olay gruplarına başvurulması kaçınılmaz olmaktadır.⁴²

Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmini söz konusu olay gruplarıyla sınırlı olsa da,⁴³ gerek Alman gerekse İsviçre öğretilerinde birçok yazar, kanımca da isabetli olarak, olay gruplarının sınırlı sayıda olmadığını, zarar kaymasının mevcut olduğu ve menfaat dengesinin halihazırdaki gruplara benzer olduğu diğer hallerde de üçüncü kişinin zararının tazmininin mümkün olduğunu savunmaktadır.⁴⁴

Aşağıda hem Alman öğretisinde tespit edilen klasik olay grupları hem de zarar kaymasının gerçekleştiği ve üçüncü kişinin zararının tazmininin gündeme gelebileceği başka olay grupları tanıtılacaktır. Bu olay gruplarında zararın tazmini için öğretilerde ileri sürülen alternatif çözüm yolları ve bu çalışmada geliştirilecek üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin uygulanması sonucu varılacak sonuçlar ise daha sonra ele alınacaktır.⁴⁵

a. (Karşı) Edim Hasarının Üçüncü Kişide Olduğu Haller

Bu kategoride borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu kadar haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun da gündeme gelmesi mümkündür. Bir edimin imkansızlaşmasına ilişkin ekonomik risk ile o edimi konu alan ve ihlali hukuken yaptırıma bağlanan hak farklı kişilere ait olduğunda zarar kayması gerçekleşecek ve üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu ortaya çıkacaktır. Bu ise tek tarafa borç yükleyen ilişkilerde edim, karşılıklı borç doğuran ilişkilerde ise karşı edim hasarının alacaklı üçüncü kişiye geçmesinden sonra ve üçüncü kişi henüz mülkiyeti edinmeden önce⁴⁶, hak sahibi ile sözleşmesel ilişki içerisindeki bir kişinin

⁴² Von Graffenried, para 654; Bärtschi, 434. Olay gruplarının üçüncü kişinin zararının tazmini meselesinin anlaşılmasını kolaylaştırdığı yönünde: Fatzer, 70.

⁴³ Örneğin bkz Medicus/Lorenz, AT I, § 52 para 37 (Yazarlara göre aksi halde alacaklının menfaati ilkesinin sınırı olmayan bir şekilde delinmesi söz konusu olacaktır. Alacaklının menfaati ilkesi ile ilgili bkz aşağıda §2.A.2.). Nitekim yukarıda bahsedilen İstanbul Anadolu 7. Asliye Ticaret Mahkemesi kararında da bu görüş benimsenmiştir: E. 2018/1107 K. 2021/526, T. 7.7.2021 (Lexpera).

⁴⁴ Marti-Schreier, para. 242; Von Graffenried, para 656; Bärtschi, 434; Fatzer, 70, 75; Lange/Schiemann, 476 vd; Urban, 19; von Schroeter, 19; Kollhoser, 305. Türk hukukunda bu yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 129; örtülü olarak Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altop, 862.

⁴⁵ Bkz aşağıda Üçüncü Bölüm.

⁴⁶ Eser sözleşmesinde ise ayrıık olarak üçüncü kişinin kendi borcuna ilişkin edim hasarını taşıdığı fakat eserin mülkiyetinin teslimden önce iş sahibine geçtiği hallerde üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu doğmaktadır. Bkz aşağıda §1.C.2.a.i.bb. ve §6.A.2.

borca aykırı davranışıyla ya da bir başka kişinin hukuka aykırı bir fiil ile üçüncü kişinin zarara uğramasına yol açtığı hallerde meydana gelebilir.

i. Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerden Doğan İlişkiler

aa. Satış Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

Bir borç ilişkisinde taraflardan birinin ediminin kendi kusuru olmaksızın imkansızlaşması sonucu borcundan kurtulup kurtulmayacağına edim hasarı problemi denir.⁴⁷ Genel hüküm niteliğindeki TBK 136 I uyarınca kusursuz ifa imkansızlığı sonucu borçlu kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Yani bu hüküm uyarınca kusursuz ifa imkansızlığı riskine alacaklı katlanmaktadır ve dolayısıyla edim hasarı alacaklıya aittir.⁴⁸

Karşı edim hasarı ise, kusursuz ifa imkansızlığı sonucu borçlunun borcundan kurtulduğu yani edim hasarının alacaklıya ait olduğu hallerde, karşı edimin akıbetinin ne olacağı ile ilgilidir. Borçlu borcundan kurtulmasına rağmen hala karşı edimi talep edebiliyorsa, karşı edime ilişkin ekonomik riske alacaklı katlanmaktadır ve dolayısıyla karşı edim hasarı alacaklıya aittir. Buna karşın karşı edim talep edilemiyorsa, bu durumda karşı edime ilişkin riske borçlu katlandığından, karşı edim hasarının onun üzerinde olduğu söylenir.⁴⁹ TBK 136 II hükmü uyarınca sonraki kusursuz ifa imkansızlığı sonucu borcundan kurtulan borçlu, karşı taraftan olan alacağını kaybeder (ya da aldığı edimi iade etme yükümü altına girer). Dolayısıyla bu hükme göre karşı edim hasarı borçluya aittir.⁵⁰

Satış sözleşmesi bakımından ise özel düzenlemeler mevcuttur. TBK 208 I uyarınca, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan haller dışında, satılanın yararı ve hasarı taşınırlarda zilyetliğin devri anına kadar satıcıya aittir. Burada kastedilen karşı edim hasarıdır. Yani TBK 136 II'ye kıyasla özel hüküm niteliğindeki bu hükme göre, karşı edim hasarını zilyetliğin devri anına kadar satıcı, zilyetliğin devrinden sonra ise alıcı taşımaktadır. Dolayısıyla zilyetliğin devrinden önce, satış konusunun mülkiyetini ve zilyetliğini devir borcu bakımından gerçekleşecek kusursuz ifa imkansızlığı sonucu satıcı satış bedelini isteyemeyecektir. Zilyetliğin

⁴⁷ Nomer/Engin, madde 208, para 6; Gümüş, Borçlar Özel C I, 29-30; Eren, Borçlar Özel, 49 (yazar maddi edim hasarı kavramını kullanmaktadır); Yavuz/Acar/Özen, 70.

⁴⁸ Nomer/Engin, madde 208, para 6-7.

⁴⁹ Nomer/Engin, madde 208, para 22; Gümüş, Borçlar Özel C I, 30; Eren, Borçlar Özel, 49 (yazar bedel hasarı kavramını kullanmaktadır).

⁵⁰ Nomer/Engin, madde 208, para 23; Yavuz/Acar/Özen, 72; Gümüş, Borçlar Özel C I, 31.

devri anından sonra gerçekleşecek kusursuz ifa imkansızlığı⁵¹ sonucu ise satıcı satış bedelini isteyebilecektir.⁵²

TBK 208 III hükmü ise taşınır satışları bakımından TBK 208 I hükmüne bir istisna getirmektedir. Satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçecektir. Bu hüküm, gönderilecek borç niteliğindeki mesafe satışları bakımından eşyanın bağımsız taşıyıcıya teslimi anından itibaren karşı edim hasarını alacaklıya (alıcıya) yüklemiştir.⁵³

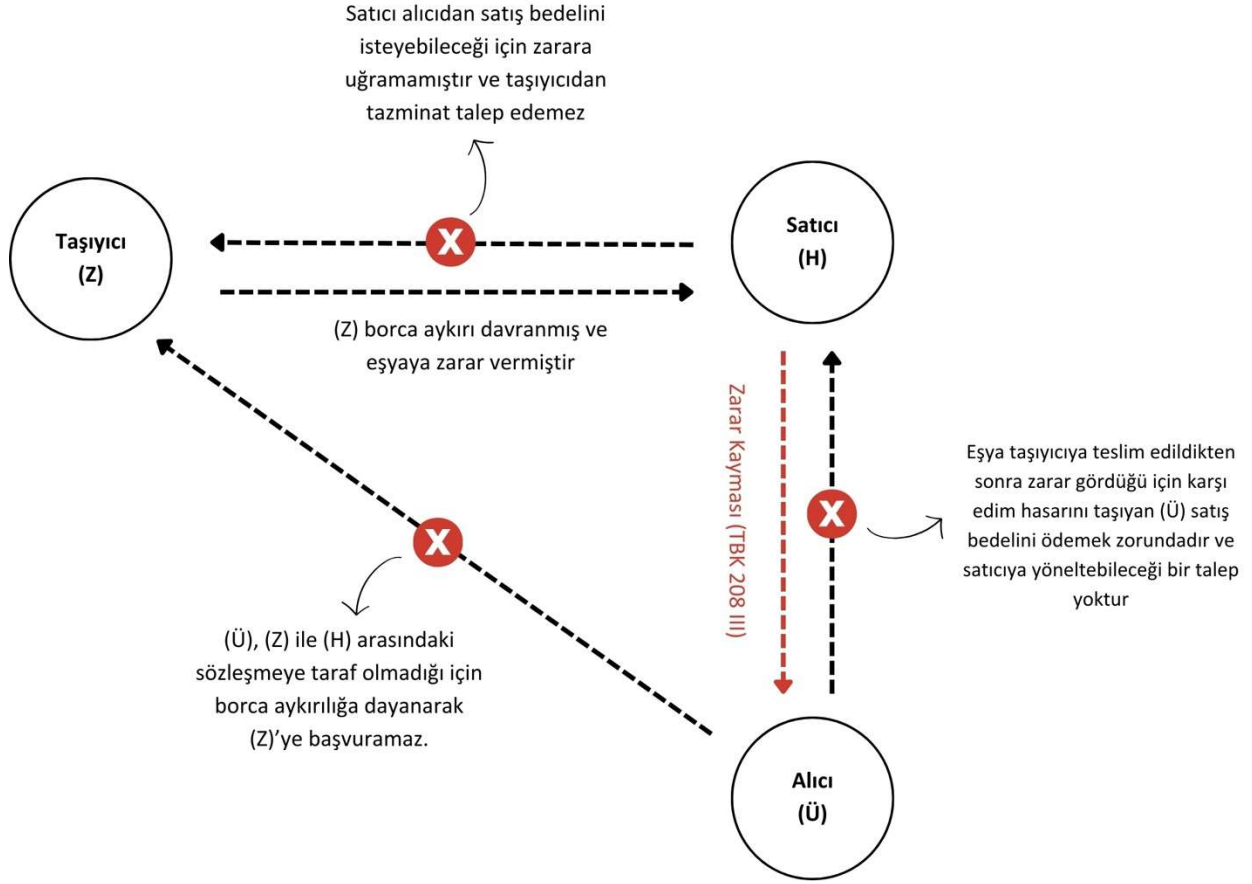
Peki bu kurallar çerçevesinde hangi durumlarda zarar kayması gerçekleşecek ve üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu ortaya çıkacaktır? İlk akla gelen ihtimal mesafe satışlarına ilişkindir. Satış sözleşmesine konu eşyanın satıcı tarafından bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesinden sonra taşıyıcının kusuru sonucu zarar görmesi halinde satıcının zararı yoktur, çünkü karşı edim hasarı alıcıda olduğundan satıcı her hâlükârda satış bedelini elde edecektir. Her ne kadar taşıyıcının davranışı satıcı ile arasındaki sözleşmenin ihlali niteliğinde olsa da satıcı zarara uğramadığı için borca aykırılığa dayanarak tazminat talep edemeyecektir. Alıcı ise bedelini ödediği eşyaya kavuşmadığından zarara uğramıştır, ancak taşıyıcı ile arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığından borca aykırılığa dayanamayacak; eşyanın henüz maliki olmadığı için ve kendisini koruyan bir özel koruma normu da bulunmadığından haksız fiile dayanarak tazminat talep edemeyecektir. Özetle bu durumda bir zarar kayması gerçekleşmiştir ve üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelecektir.⁵⁴

⁵¹ Belirtmek gerekir ki birçok durumda zilyetliğin devri ile taşınır eşyanın mülkiyeti de alıcıya geçeceğinden zaten satıcının borcu sona erecek ve bu dakikadan sonra eşyaya gelecek hasarlar bakımından bir ifa imkansızlığından söz edilmeyecektir. Hasara yeni malik (yani alıcı) katlanacak ve zaten hasar problemi doğmayacaktır. Dolayısıyla alıcı satış bedelini her hâlükârda ödemek durumunda kalacaktır. Ancak zilyetliğin devrine rağmen mülkiyetin bir sebeple alıcıya geçmediği hallerde satıcının borcu hala ifa edilmemiş olduğundan hasar problemi doğabilir: bkz Yavuz/Acar/Özen, 73.

⁵² Nomer/Engin, madde 208, para 23; Zevkliler/Gökyayla, 47.

⁵³ Nomer/Engin, madde 208, para 42; Eren, Borçlar Özel, 55; Yavuz/Acar/Özen, 73; Gümüş, Borçlar Özel C I, 36. İsviçre hukukunda ise OR 185 I uyarınca karşı edim hasarı sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçmektedir. OR 185 II uyarınca ise çeşit borcunu konu alan mesafe satışlarında hasar, taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmektedir. Bu hükmün mesafe satışına konu parça borçlarında uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır: bkz Marti-Schreier, para 183. (uygulanacağı yönünde: Honsell, Özel, 67; Huguenin, para 2490; BSK OR I – Koller, Art 185, para 15; Cavin, 37. Uygulanmayacağı yönünde: ZK-Schönle, 1993, OR 185, para 46). Alman hukukunda ise durum Türk hukukuna benzerdir. Satış sözleşmesinde karşı edim hasarı kural olarak zilyetliğin devri ile alıcıya geçmekte (BGB 446), mesafe satışlarında ise karşı edim hasarı kural olarak taşıyıcıya teslim anında alıcıya geçmektedir (BGB 447 I).

⁵⁴ Daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §6.A.1.a. Ayrıca belirtmek gerekir ki alıcının tüketici olduğu ve bir mesafeli sözleşmenin söz konusu olduğu ihtimallerde Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 17 I uyarınca “[s]atıcı, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasarlardan sorumludur.” Yönetmeliğin 4. maddesinde mesafeli sözleşme “[s]atıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel



Şekil 3 – Mesafe Satışı

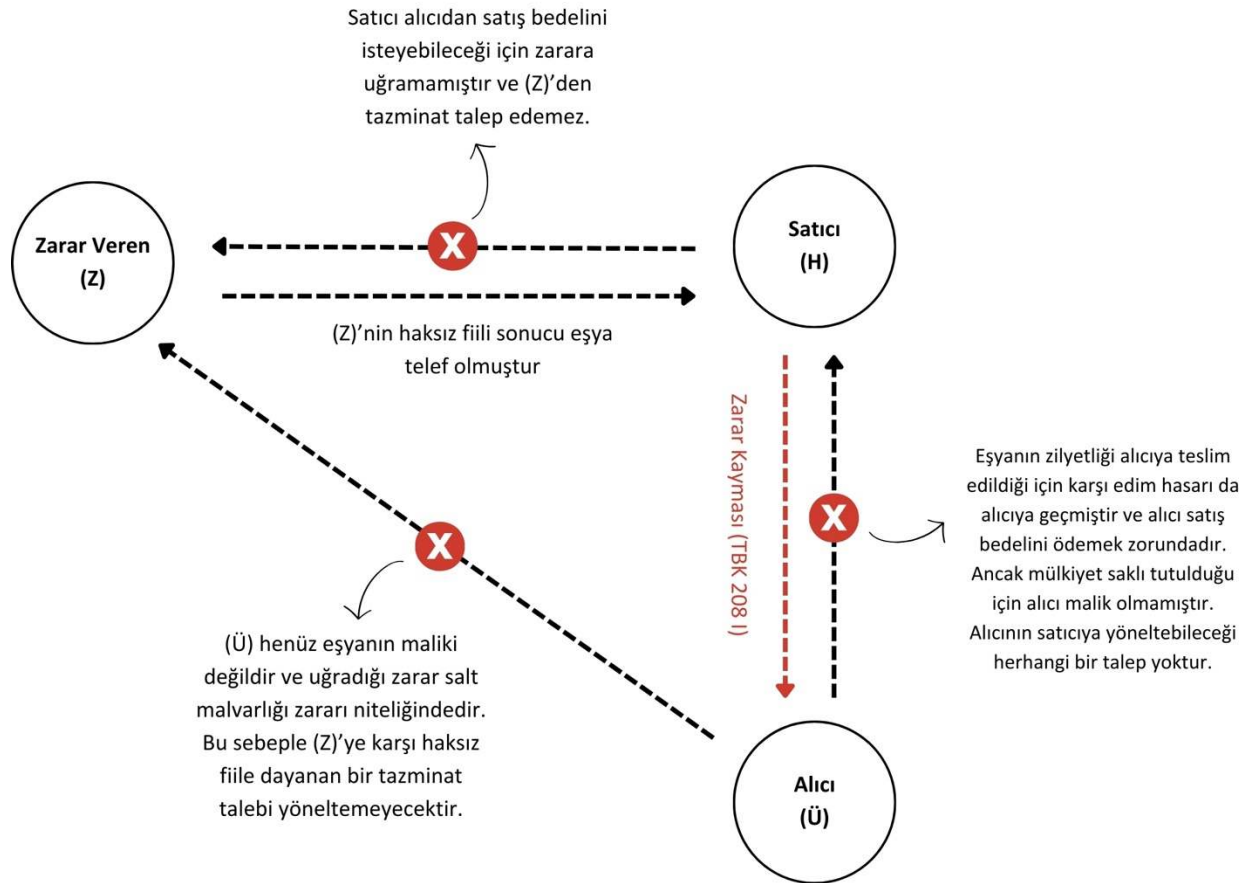
Mesafe satışı dışındaki hallerde ise kural olarak hasar zilyetliğin devri ile geçeceğinden ve zilyetliğin devri ile birçok durumda alıcı aynı zamanda malik olacağından⁵⁵ zarar kayması meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla zilyetliğin devri ile karşı edim hasarının geçtiği hallerde zarar kaymasının meydana gelebilmesi için zilyetliğin devri sonucu mülkiyetin alıcıya geçmediği bir durumun söz konusu olması gerekir.

Böyle bir duruma verilebilecek ilk örnek mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışır. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta zilyetlik alıcıya devredilse de mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işlemi

varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeleri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Alman hukukunda da BGB 475 II uyarınca taşıyıcıya teslimle hasarın geçeceğine ilişkin BGB 447 I hükmü tüketici satışlarında uygulanmamaktadır, meğerki tüketici taşıyıcıyı satıcı önermeksizin kendisi seçmiş olsun.

⁵⁵ Bkz TMK 763 I.

geciktirici koşula bağlıdır.⁵⁶ Zilyetliğin devrinden sonra karşı edim hasarı alıcıya geçeceğinden, mülkiyetin nakline ilişkin koşul gerçekleşmeden taşınır eşyanın satıcıya yüklenemeyecek bir sebeple telef olması halinde alıcı hala satış bedelini ödemekle yükümlüdür.⁵⁷ Eğer eşyaya bu ilişkinin dışındaki bir kişi zarar vermişse, malik satıcı hala satış bedelini alıcıdan isteyebileceğinden zarara uğramamış olacaktır. Alıcı ise zarara uğrasa da bir mutlak hakkı ihlal edilmediğinden özel bir koruma normunun yokluğunda eşyaya zarar veren kişiden tazminat talebinde bulunamayacaktır. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmış olacaktır.



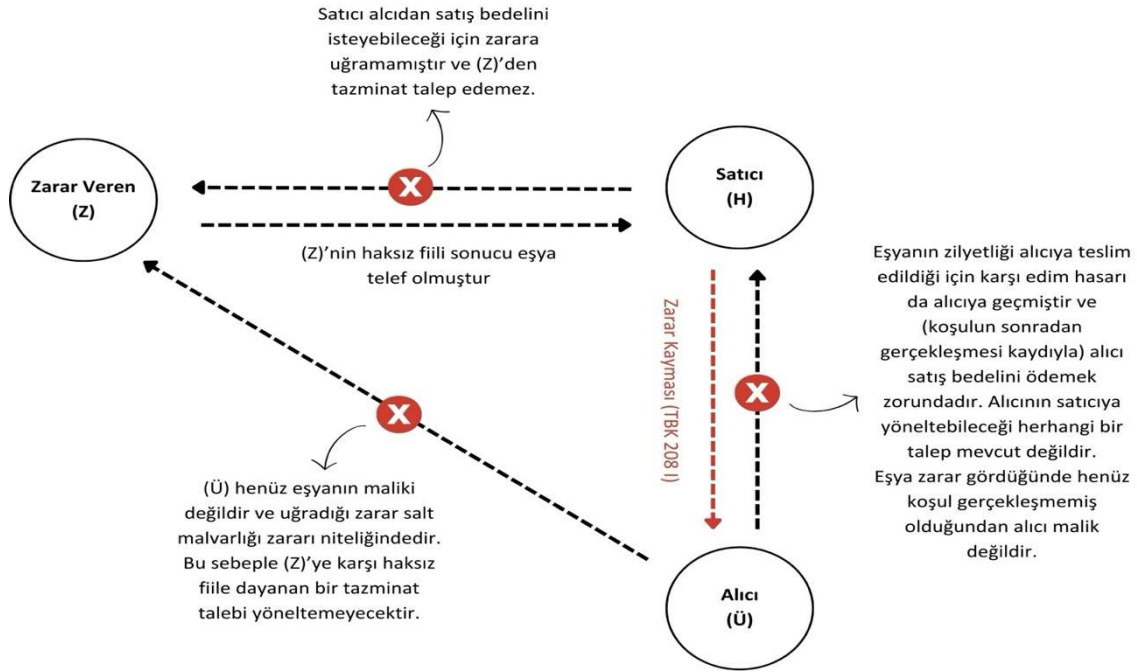
Şekil 4 – Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış

Benzer şekilde satış sözleşmesinin geciktirici koşula bağlandığı durumlarda da üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelebilir. Bu ihtimalde borç ilişkisi şarta bağlı olacaktır.

⁵⁶ Hâkim görüş bu yöndedir: bkz Nomer, Beklenen Hak, 148; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, para 2619; Sirmen, Eşya Hukuku, 547 (yazara göre taraflar aksini kararlaştırmış olabilirler).

⁵⁷ Nomer/Engin, madde 208, para 31; Zevkliler/Gökyayla, 49; Gümüş, Borçlar Özel C I, 39; Eren, Borçlar Özel, 53; Yavuz/Acar/Özen, 73.

Eşyanın zilyetliği koşulun ileride gerçekleşeceği beklentisiyle alıcıya devredilmişse, koşulun daha sonra gerçekleşmesi kaydıyla, zilyetliğin devrinden itibaren hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmektedir.⁵⁸ Bu durumda mülkiyet, geciktirici koşulun gerçekleşmesi kural olarak ileri etkili olduğundan,⁵⁹ ancak koşulun gerçekleşmesi ile alıcıya geçecektir.⁶⁰ Eşyanın zilyetliğin devri ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki zaman diliminde satış sözleşmesinin tarafları dışındaki bir kişi tarafından zarara uğratılması halinde, koşul gerçekleştikten sonra satıcı satış bedelini isteyebilecektir, zira karşı edim hasarı alıcıdadır.⁶¹ Bu durumda satıcının herhangi bir zararından söz edilemeyecektir. Alıcı ise eşyaya zarar verildiği sırada malik olmadığından yukarıdaki paragraftaki örnekle aynı sebeple tazminat talep edemeyecektir. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğacaktır.



Şekil 5 - Koşula Bağlı Satış

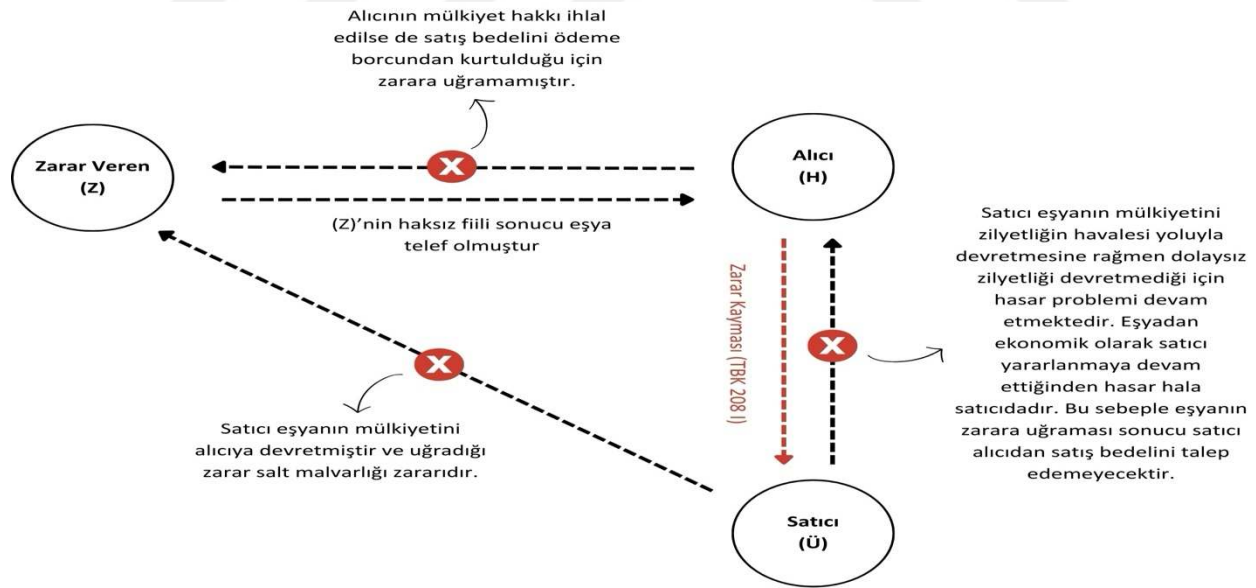
⁵⁸ Nomer/Engin, madde 208, para 32; Çetiner, 104; Oruç, 208-209; Zevkliler/Gökyayla, 48, hasarın şartın gerçekleşmesi ile geçeceği ancak metindeki görüşün savunulabileceği yönünde Yavuz/Acar/Özen, 76-77.

⁵⁹ Bkz TBK 170 II.

⁶⁰ Zira zilyetliğin koşulun gerçekleşmesinden önce devri ile tarafların örtülü olarak tasarruf işlemini de borç ilişkisinin tabi olduğu geciktirici koşula tabi tuttukları kabul edilebilir. Belirtmek gerekir ki taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu görüşü kabul edilirse, her hâlıkârda şart gerçekleşip mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işleminin sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamadan alıcı malik olamayacaktır.

⁶¹ Bunun altında yatan düşünce kanun koyucunun bir eşyanın kimin risk alanına girdiğini belirlemek için fiili hakimiyetten (zilyetlik) yola çıkmasıdır. Zilyetliğin devri ile eşya fiili ve (kanun koyucunun gözünde) ekonomik olarak alıcının risk alanına girdiğinden, bu andan sonra gerçekleşecek riskler satıcıyı bağlamayacaktır ve koşul gerçekleştikten sonra satıcı parasını isteyebilecektir.

Eşyanın mülkiyetinin devrine rağmen dolaysız zilyetliğin devredilmediği ihtimallerde hasar problemi varlığını sürdüreceğinden,⁶² üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelebilir. Kanaatimce de isabetli olan görüşe göre mülkiyetin naklinin dolaylı zilyetliğin devri ile sağlandığı ihtimallerde dolaysız zilyetlik henüz devredilmeden önce alıcı eşyadan ekonomik olarak yararlanmaya başlamış ise hasar alıcıya geçmiş sayılmalıdır. Aksi halde hasarın satıcıda olduğu kabul edilmelidir.⁶³ Örneğin, satıcı kendi borcu için bir başkasına rehnettiği taşınırı satmış ve mülkiyeti alıcıya zilyetliğin havalesi yoluyla devretmiş olsun.⁶⁴ Dolaysız zilyetliğin alıcıya geçmesinden önce eşyanın bir başkası tarafından hasara uğratılması halinde, alıcı satış bedelini ödemekle yükümlü olmayacaktır, zira burada eşyadan ekonomik olarak faydalanan kişi hala satıcıdır.⁶⁵ Bu durumda, alıcı her ne kadar malik olsa ve mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olsa da satış bedelini ödeme borcundan kurtulduğundan başka ek vakıalar olmadıkça kural olarak zarara uğramamıştır. Satıcı ise satış bedeli alacağından mahrum kaldığı için zarara uğramıştır ancak bir mutlak hakkı ihlal edilmemiştir. Bu sebeple üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğmuştur (burada “üçüncü kişi” satıcıdır). Rehin hakkı sahibinin de zarara uğraması olasıdır ve bir mutlak hakkı ihlal edildiğinden elbette tazminat talebinde bulunabilir.



Şekil 6 – Satış Sözleşmesinde Zilyetliğin Havalesi

⁶² Nomer/Engin, madde 208, para 34; örtülü olarak benzer yönde Oruç, 84; Yavuz/Acar/Özen, 70.

⁶³ Nomer/Engin, madde 208, para 34; Çetiner, 100; ekonomik olarak yararlanma açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın zilyetliğin havale yoluyla devri ile hasarın alıcıya geçeceği yönünde: Özdemir, 374; Oruç, 92.

⁶⁴ Örnek için bkz Nomer/Engin, madde 208, para 34.

⁶⁵ Nomer/Engin, madde 208, para 34.

Bir diğer ihtimal ise (TBK 208 I’de açıkça öngörüldüğü üzere) durumun gereği olarak hasarın mülkiyetin ve zilyetliğin devrinden önce alıcıya intikal ettiği hâllerdir. Zilyetliğin devri alıcının menfaatine ertelenmişse, durumun gereği hasarın zilyetliğin devrinden önce alıcıya geçmesini gerektirebilir.⁶⁶ Örneğin, alıcı deposu dolu olduğu için taraflarca anlaşılan vade geldiği halde satıcıdan satış konusu eşyayı kendisine daha geç teslim etmesini ister ve satıcı bunu kabul eder. Satış bedeli teslim gününde ödenecektir. Bu durumda tarafların ilk anlaştığı vade tarihinde hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek durumun gereğidir.⁶⁷ Dolayısıyla ilk vade ile tarafların anlaştığı teslim tarihi arasında eşyaya bir başkasının zarar vermesi halinde yine üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi gündeme gelecektir. Benzer şekilde TBK 208 I uyarınca tarafların sözleşme ile hasarın geçişine ilişkin başka bir düzenleme yapmaları mümkündür.⁶⁸ Bu gibi hallerde de üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelebilir.

Alıcının zilyetliği devralmakta temerrüde düşmesi halinde de TBK 208 II uyarınca hasar alıcıya geçecektir. Bu durumda da zarar kayması gerçekleştiğinden bir başkasının eşyaya zarar vermesi sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelecektir.

Son olarak taşınmazlarda hasarın geçişine değinmek gerekir. Her ne kadar TBK 208 I’de taşınmazlarda hasarın tescil ile geçeceği belirtilmişse de, TBK 245 hükmünde teslimin tescilden sonra gerçekleşeceğinin taraflarca kararlaştırıldığı durumlarda hasarın teslim ile geçeceği belirtildiğinden, kanun koyucunun aslında hasarın geçişinde teslimi esas alan genel prensipten sapmak istemediği ve TBK 208 I’in tescil ile teslimin birçok durumda aynı anda gerçekleşeceği düşünülerek kaleme alındığı kabul edilmelidir.⁶⁹ Dolayısıyla taşınmazlar bakımından da taşınırlarla aynı prensip benimsenmiş olduğundan, yukarıda taşınırlara ilişkin verilen örneklerde taşınmazlar bakımından da üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğacaktır.⁷⁰

⁶⁶ Nomer/Engin, madde 208, para 45; Gümüş, Borçlar Özel, 40; Oruç, 204-205.

⁶⁷ Nomer/Engin, madde 208, para 45, Oruç, 205.

⁶⁸ “... sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında ...”

⁶⁹ Nomer/Engin, madde 245, para. 2; benzer yönde Çetiner, 100-101. Öğretide birçok yazar hasarın tescille geçeceği kuralına bağlı kalmaktadır: Örneğin bkz Eren, 187; Gümüş, Borçlar Özel, 33-34; Kulaklı, Hasar, 123. Bu görüşün kabulü hâlinde, tescille mülkiyet de geçeceğinden, üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu TBK 245 kapsamındaki istisna hariç doğmayacaktır.

⁷⁰ Ancak belirtmek gerekir ki taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin şarta bağlanması mümkün değildir (TST 16 II, TBK 243), dolayısıyla yukarıda verilen örneklerden böyle bir şartı içerenler taşınmazlar bakımından söz konusu olmayacaktır.

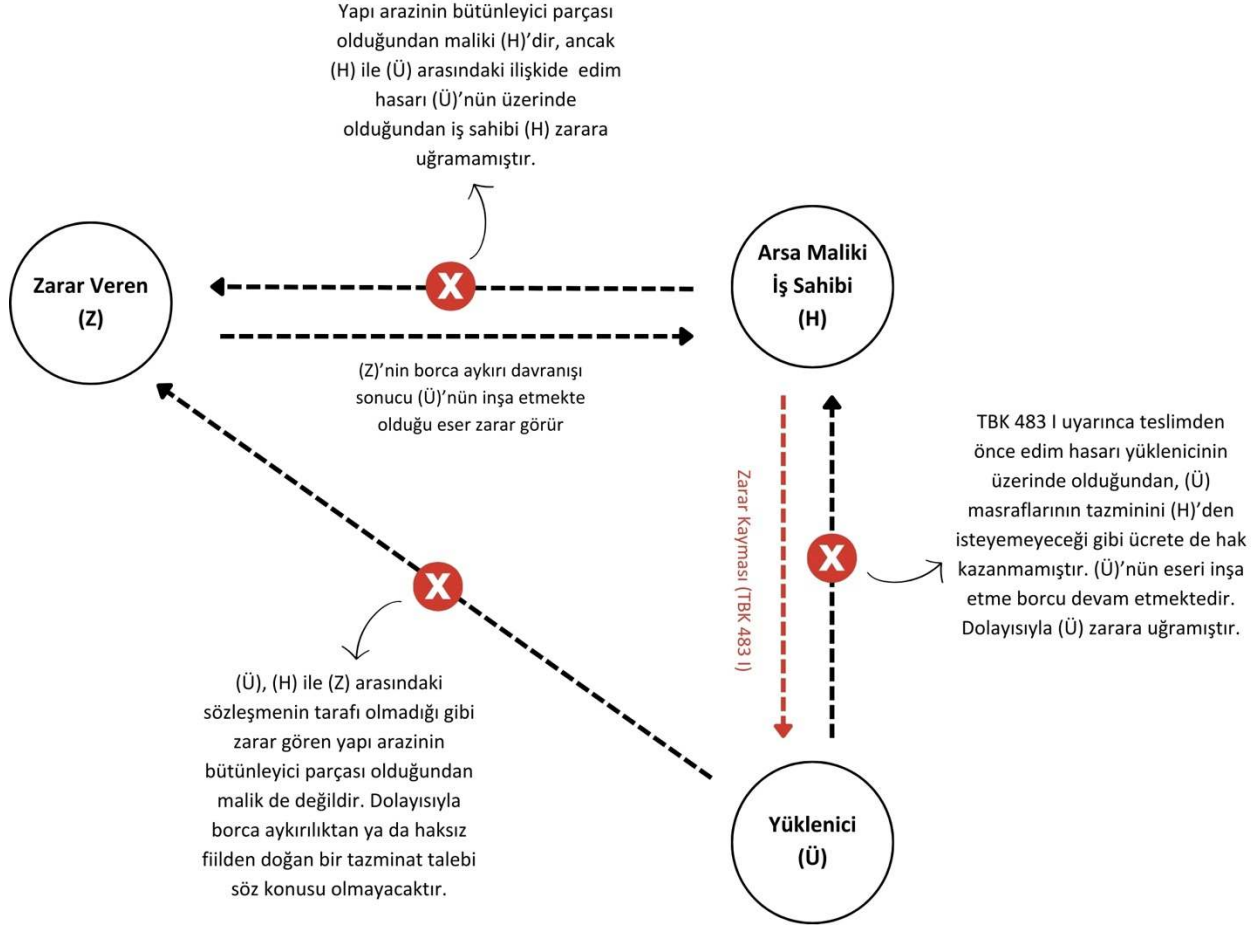
bb. Eser Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

Eser sözleşmesinden doğan ilişkilerde de üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin gündeme gelmesi mümkündür. Örneğin, (H)'nin arazisinde (Z) ve (Ü) isimli yükleniciler iki ayrı eser yapıyor olsun. (Ü), malzemesini kendisinin sağladığı eseri tamamlamış fakat henüz (H)'ye teslim etmemiştir. Eser (H)'nin arazisinin üstünde yapıldığından arazinin bütünleyici parçasıdır ve henüz teslim gerçekleşmemişse de eserin maliki (H)'dir.⁷¹ (Z), (H)'nin arsasının üzerinde çalışırken (Ü)'nün tamamlamış olduğu eserin yok olmasına sebep olmuş olsun. Bu durumda (H)'nin zararı yoktur, çünkü hasara uğrayan eser henüz (H)'ye teslim edilmemiş olduğundan TBK 483 I uyarınca (H), (Ü)'ye herhangi bir ücret veya (Ü)'nün giderlerini ödemeyecektir.⁷² Aynı hüküm uyarınca malzemenin hasarı da sağlayana ait olduğundan (Ü) malzeme masrafları bakımından da (H)'den herhangi bir talepte bulunamayacaktır. (Ü) ücrete hak kazanamadığından zarara uğramıştır, fakat her ne kadar (Z)'nin davranışı (H) ile arasındaki sözleşme bakımından borca aykırı olarak nitelendirilebilirse de (Ü) bu sözleşmeye taraf olmadığından borca aykırılığa dayanarak (Z)'ye karşı bir talep ileri süremeyecektir. Ayrıca (Ü) artık inşa etmekte olduğu eserin maliki olmadığından ve kendisini koruyan bir norm da olmadığından (Z)'ye karşı haksız fiilden doğan bir talep de mevcut değildir. Sonuç olarak burada talep ve zarar birbirinden ayrılmış olup üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelecektir.⁷³

⁷¹ Bkz TMK 722.

⁷² Belirtmek gerekir ki burada ifa imkânsızlığının söz konusu olması şart olmadığından (bkz Tandoğan, Borçlar Özel C II, 316 vd), aslında teknik anlamda bir hasar probleminden de söz edilemeyecektir. Yine de bu senaryonun hasar problemine benzerliği sebebiyle diğer örneklerle aynı olay grubu altında sınıflandırılması uygun görülmüştür. Burada (Z)'nin fiilinden kaynaklanan imkânsızlığın (H) ile ilgili bir beklenmedik olay olarak kabul edilebilmesi hâlinde eserin iş sahibi ile ilgili beklenmeyen olay sonucu imkânsızlaşmasının sonuçlarını düzenleyen TBK 485 I uyarınca (H) yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyip isteyemeyeceği meselesi gündeme gelebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu hükmün uygulanabilmesi için bir imkânsızlığın söz konusu olması yani eserin yeniden yapılmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Ayrıca eserin tamamen yok olması hâlinde bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır: bkz Kurt, 280-283 (uygulanabileceği yönünde: Buz, İmkansızlık, 34; uygulanamayacağı yönünde: Tandoğan, Borçlar Özel C II, 326; Kurt, 281). Her hâlükârda esere zarar veren kişinin (H) ile herhangi bir ilişki içerisinde olmayan birisi olması hâlinde bu hükmün uygulanamayacağı açıktır.

⁷³ Marti-Schreier, para 186; von Graffenried, para 678; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 301; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 74.



Şekil 7 – Eser Sözleşmesinde Hasar Problemi

cc. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

Üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun finansal kiralama ilişkileri kapsamında gündeme gelmesi mümkündür. Örneğin, finansal kiralama şirketi (H), (Ü)'nün ihtiyaç duyduğu bir iş makinesini (Z)'den satın alıp (Ü)'ye finansal kiralamış olsun. İş makinesinin ayıplı olduğunu varsayalım. Bu ihtimalde finansal kiralamaya konu iş makinesinin maliki finansal kiralama şirketi (H)'nin herhangi bir zararı yoktur, çünkü eşyayı kullanmayacak ve eşya ayıplı olsa dahi kira bedelini alacaktır. (H)'nin kira bedelini alacak olmasının sebebi FFFK 24 VI hükmüdür: “Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması hâlinde de uygulanır.”⁷⁴ Her hâlükârda

⁷⁴ Uygulamada genellikle kiracının seçim ve talebi üzerine finansal kiralamaya konu eşyanın üçüncü kişiden finansal kiralama şirketi tarafından edinilmesi yoluyla finansal kiralama sözleşmelerinin kurulduğu yönünde: Topuz, 307.

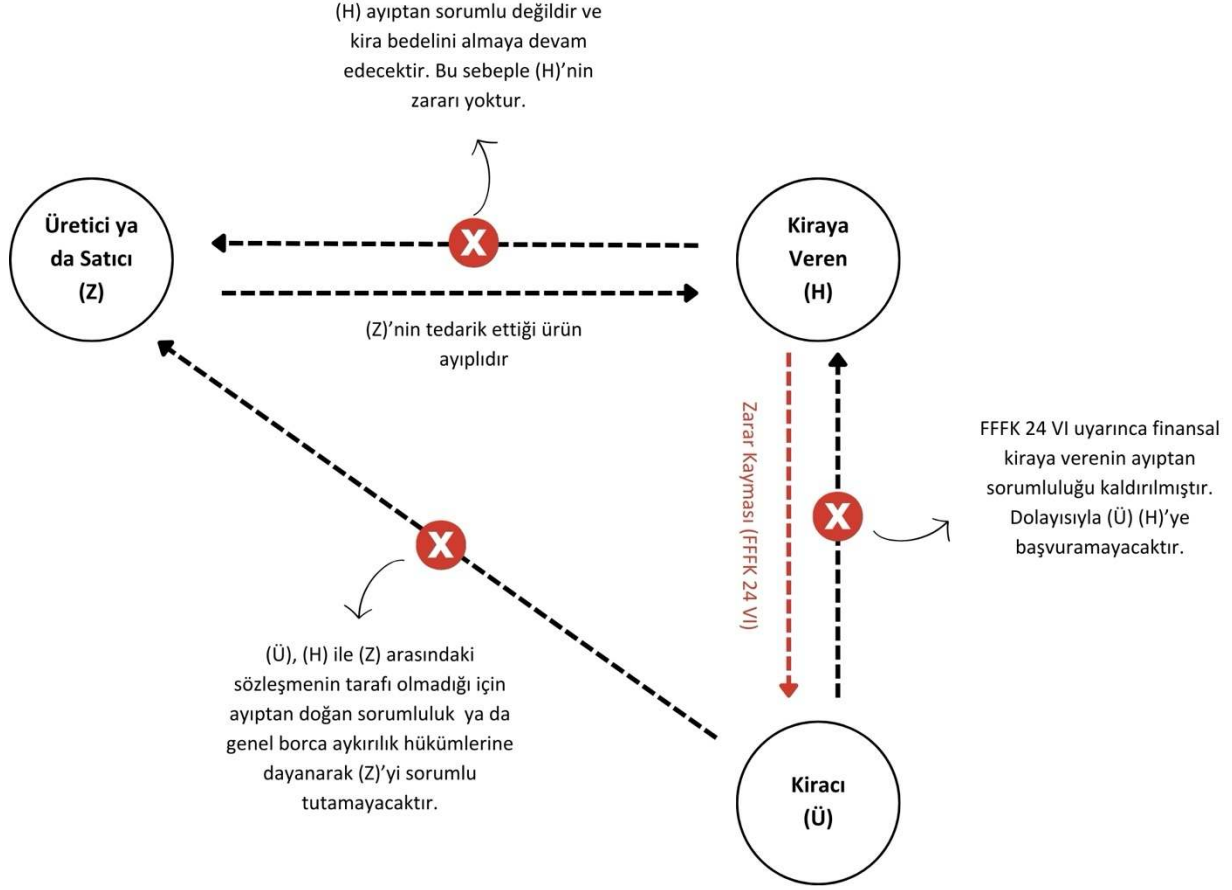
finansal kiraya verenlerin genelde kiracıya karşı sorumluluklarını sınırladıkları ve sözleşmede yalnızca tedarikçiye karşı kendilerinin bir talep ileri sürebilecekleri hallerde sorumlu olacaklarını belirttikleri ifade edilmektedir.⁷⁵ Birçok durumda eşya doğrudan üretici/satıcıdan kiralayana gönderildiği ve eşya kiraya verenin zilyetliğine hiç girmedeği için kiraya verenin eşyanın kalitesini kontrol etmesi mümkün olmamaktadır, bu sebeple sözleşmelere sorumsuzluk kaydı konulmaktadır.⁷⁶ Türk hukukunda sorumsuzluk kayıtları FFFK 24 VI hükmü kapsamına girmeyen finansal kiralama sözleşmeleri bakımından⁷⁷ önem taşıyacaktır. Görüldüğü üzere finansal kiralamaya konu eşyanın ayıplı olması hâlinde kiracı, finansal kiraya verene karşı bir talep ileri sürememektedir. Ayrıca kiracı, üretici/satıcı ile finansal kiraya veren arasındaki sözleşmeye taraf olmadığı için üretici/satıcıya karşı ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine de dayanamayacaktır. Ayrıca tazminat sorumluluğu bakımından kiracının uğrayacağı zararın kâr kaybı şeklinde ortaya çıktığı hâllerde bir salt malvarlığı zararı söz konusu olacağından üretici/satıcının kiracıya karşı haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir.⁷⁸

⁷⁵ Marti-Schreier, para. 205; von Graffenried, para 727. Türk hukuku bakımından FFFK 24 VI hükmü sebebiyle pratik önemi düşük olsa da, İsviçre öğretisinde bu tür sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Örneğin, kira sözleşmesine ilişkin genel işlem şartı ile kiraya veren lehine sorumsuzluk kaydı öngörülemeyeceğine ilişkin TBK 301 (OR 256) ya da satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluğun satıcının ağır kusurlu olduğu hallerde kaldırılamayacağına ilişkin TBK 221 (OR 199 – hüküm ağır kusur yerine kasten gizlemeden bahsetmektedir) hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sonucu etkileyecektir. İsviçre öğretisinde bir görüş OR 256 hükmünün finansal kiralamanın niteliğine uygun düşmediği için uygulama alanı bulmayacağını ve finansal kiralama sözleşmelerindeki sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olduğunu ileri sürmektedir: Örneğin bkz Giger, 76; Honsell, 466-467. *Von Graffenried* bir tarafın tüketici olduğu finansal kiralama sözleşmelerinde tüketiciyi korumak için OR 256 II'nin (TBK 301) uygulanması gerektiğini belirtmektedir (para 733 dn 1753). Türk öğretisinde *Topuz*, bu tür kayıtların genel işlem şartı ile öngörülmedikçe (TBK 301'e kıyasen) geçerli olduğu görüşündedir: *Topuz*, 350-351.

⁷⁶ Von Graffenried, para 727 dn 1743; Türk uygulamasında da genellikle eşyanın kiraya verenin zilyetliğine hiç girmedeği yönünde: *Topuz*, 314. Kiralayanın genelde salt finansman sağlamayı amaçladığı ve bu sebeple finansal kiralamaya konu eşyanın nitelikleriyle ilgili risk almak istememesinin makul karşılanabileceği yönünde: *Topuz*, 349 dn 112.

⁷⁷ Örneğin kiraya verenin önceden edinmiş olduğu bir malı finansal kiraya vermesi durumunda FFFK 24 VI hükmünün kapsamı dışında kalan bir durum söz konusu olacaktır.

⁷⁸ (Z)'nin üretici ya da ithalatçı olduğu ihtimalde 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na dayanarak üretici/ithalatçının sorumluluğuna başvurulması düşünülebilir. Ürün sorumluluğundan doğan talep ile üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin talep arasındaki ilişki için bkz aşağıda §5.D.



Şekil 8 – Finansal Kiralamada Ayıplı İfa

Türk hukuku bakımından finansal kiralama sözleşmelerinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğacağı bir ihtimal daha mevcuttur. FFK 24 V hükmü uyarınca “[m]alın sözleşme süresi içinde hasar ve ziya sorumluluğu kiracıya aittir.”⁷⁹ Dolayısıyla finansal kiralama sözleşmesi yapıldıktan sonra bir üçüncü kişinin eşyanın telef olmasına yol açması halinde, hasar kiracıya yüklendiğinden, kiraya veren her ne kadar mülkiyet hakkı ihlal edilse de zarara uğramayacaktır. Kiracı ise, kira bedellerini ödemek zorunda kalacağı için ya da üretiminde meydana gelen aksaklıklar gibi sebeplerle zarara uğrasa da uğradığı zarar salt malvarlığı zararı niteliğinde olacaktır. Bu sebeple kiracının da zarar verenden tazminat talep etmesi kural olarak mümkün olmayacaktır. Burada da bir zarar kayması söz konusudur.

⁷⁹ Bu konuda bkz Topuz, 313 vd.

ii. Tek Tarafın Borç Altına Girdiği Hukuki İlişkiler

Bu gruptaki olayların bir öncekilerden farkı, bir karşı edim mevcut olmadığından karşı edim hasarından söz edilememesidir. TBK 136 uyarınca parça borcunun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması sonucu edim hasarı alacaklıdadır. Bu sebeple, ifadan önceki herhangi bir zamanda gerçekleşecek kusursuz imkânsızlık sonucu zarar kayması ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkabilecektir.

aa. Vasiyet Alacaklısı Bakımından

Belirli mal bırakma şeklindeki ölüme bağlı tasarrufun lehtarı bakımından üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin gündeme gelmesi mümkündür. Mirasbırakanın ölümü sonrası bütün mirası yasal ya da atanmış mirasçılara geçecek, külli halef olmayan vasiyet alacaklıları ise yalnızca bir alacak hakkı elde edecektir.⁸⁰ Vasiyet alacaklısı (Ü), vasiyet borçlusu ise (tek başına) mirasçı (H) olsun. (Z)'nin vasiyete konu eşyaya zarar verip ifayı imkansızlaştırması üzerine (Ü) TBK 136 uyarınca alacak hakkını kaybedecek ve zarara uğrayacaktır.⁸¹ (Ü)'nün zararı bir salt malvarlığı zararı olduğundan ve başvurabileceği bir koruma normu da mevcut olmadığından (Z)'ye başvuramayacaktır. Külli halef mirasçı (H)'nin ise, her ne kadar mülkiyet hakkı ihlal edilse de, kendisi imkânsızlık sonucu eşyayı (Ü)'ye devretme borcundan kurtulduğundan zararı yoktur. Dolayısıyla somut olayda bir zarar kayması meydana gelmiştir ve üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğmuştur.⁸²

bb. Bağışlama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

Yukarıdaki vasiyet alacaklısı örneğine benzer şekilde, bağışlama sözüne konu ferdan tayin edilmiş eşyanın, mülkiyeti bağışlama alacaklısına devredilmeden önce, bir başkası tarafından hasara uğratılması halinde borçlu kusursuz ifa imkansızlığı sebebiyle borcundan kurtulacaktır. Burada bağışlama sözü veren malikin mülkiyet hakkı ihlal edilse de, malik kusursuz ifa imkansızlığı sonucu mülkiyeti devretme borcundan kurtulduğu için (ve bir bağışlama sözleşmesi söz konusu olduğundan zaten bir karşılık elde etmeyeceği için) zarara uğramamıştır. Zarara uğrayan bağışlama alacaklısı ise bir mutlak hakkı ihlal edilmediğinden ve dayanabileceği bir koruma normu

⁸⁰ Serozan/Engin, §4 para 133; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, 47; Oğuzman, Miras, 8-9.

⁸¹ Nitekim benzer yöndeki TMK 518 uyarınca hasar mirasın açılması ile vasiyet alacaklısına geçtiğinden vasiyet alacaklısının vasiyet borçlusunu sorumlu tutabilmesi de mümkün değildir.

⁸² Marti-Schreier, para 186; von Graffenried, para 678; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 300; Urban, 23-24; Lange/Schiemann, 472; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 144.

olmadığından zarara verene karşı haksız fiile dayanan bir talep ileri süremeyecektir. Dolayısıyla bu durumda da zarar ve talep birbirinden ayrılmış ve üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğmuştur.⁸³

iii. Zincirleme Sözleşmeler

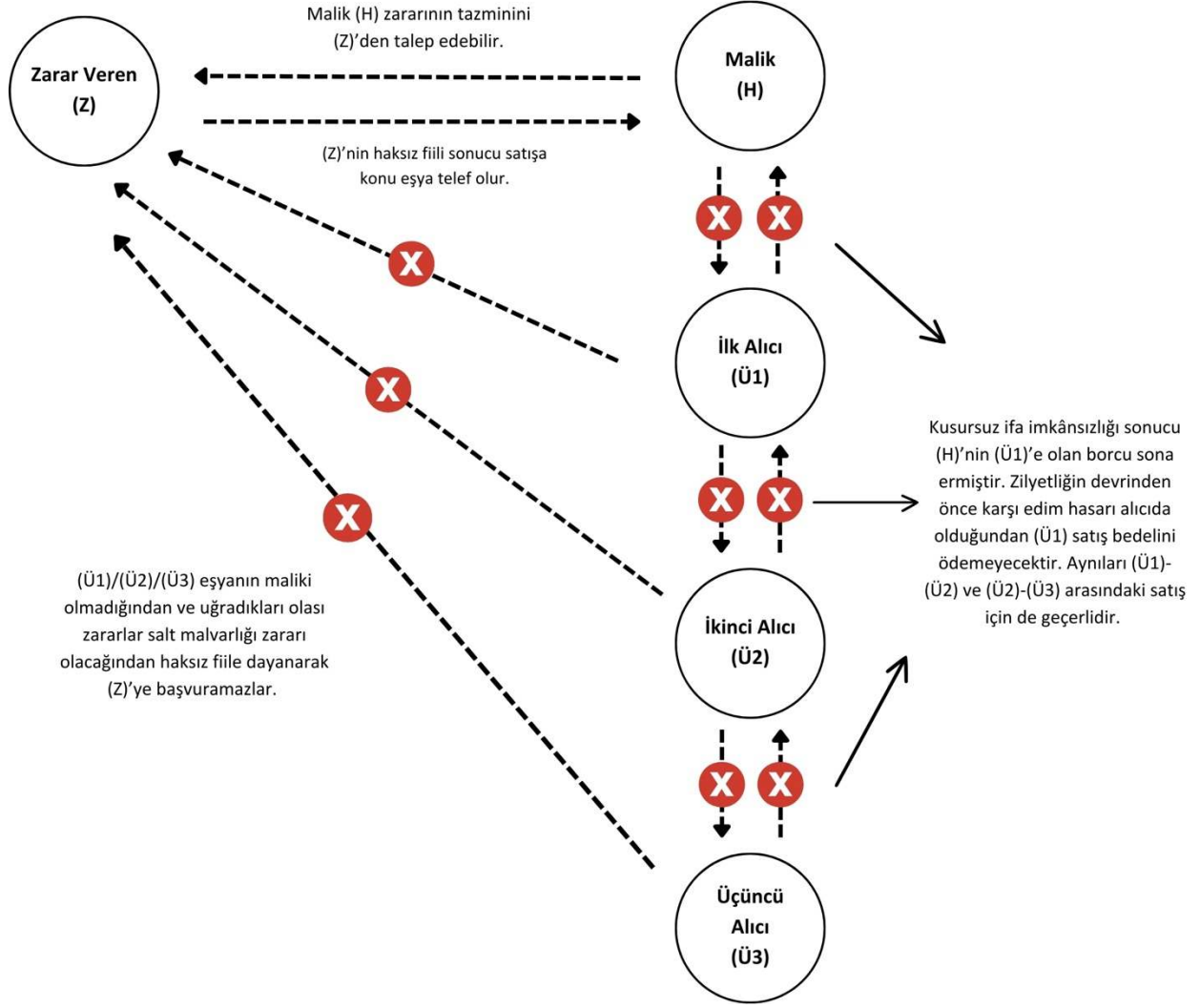
Modern ekonomik düzende ilişkilerin karmaşıklaşması ve tedarik zincirlerinin uzaması sonucu aynı ekonomik değerin birden fazla sözleşme ile adeta bir zincir halinde bir halkadan diğerine aktarılması az rastlanan bir durum değildir. Zincirleme sözleşmeler ile bu tip ilişkiler kastedilmektedir. Örneğin üreticinin bir eşyayı tedarikçiye satması, tedarikçinin bu eşyayı bir perakendeciye satması, perakendecinin de aynı eşyayı bir tüketiciye satması halinde münferit satış sözleşmelerinden oluşan bir zincir söz konusudur.⁸⁴ Bu tür ilişkilerde borçlulardan birinin kusursuz ifa imkansızlığı ya da borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sonucu zarar kaymasının mevcut olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir.

Bir örnek üzerinden ilerlemek faydalı olacaktır. Malik (H)'nin (Ü₁) ile ferden tayin edilmiş pahalı bir kol saatini konu alan bir satış sözleşmesi yaptığını, (Ü₁)'in de aynı saati henüz teslim almadan (Ü₂)'ye sattığını ve benzer şekilde (Ü₂)'nin de bu saati (Ü₃)'e sattığını varsayalım. Saatin (H)'nin kusuru olmaksızın (Z)'nin fiili sonucu telef olması halinde TBK 136 I uyarınca (H)'nin borcu sona erecektir. Henüz zilyetliğin devri gerçekleşmediği için TBK 208 I uyarınca karşı edim hasarı (H)'de olduğundan, (H) satış bedelini talep edemeyecektir. Benzer sebeplerle (Ü₁), (Ü₂) ve (Ü₃)'ün de birbirlerine olan borçları kusursuz ifa imkansızlığı ve zilyetliğin devrinden önce karşı edim hasarını satıcının taşıması sebebiyle sona erecektir.

Burada (H), uğradığı zararın tazminini mülkiyet hakkının ihlaline dayanarak (Z)'den talep edebilecektir. Ancak (Ü₁)'in bir mutlak hakkı ihlal edilmediğinden ve kendisini koruyan bir koruma normu da olmadığından (Ü₂)'ye yapacağı satıştan doğan kâr kaybını (Z)'den talep edemeyecektir. Aynısı (Ü₂) için de geçerlidir. Burada bir zarar kayması mevcut mudur?

⁸³ Marti-Schreier, para 188; Lange/Schiemann, 472.

⁸⁴ Zincirleme sözleşmelerde münferit sözleşmelerin birbirine bağlılığının, alt sözleşmeler (örneğin alt kira ya da alt vekalet) kadar yoğun olmadığı yönünde: von Graffenried, para 713; Bärtschi, 446 dn 2036; Cerutti, para 67.



Şekil 9 – Zincirleme Sözleşmeler

Kanaatimce burada bir mutlak hakkın ihlal edilmesi sonucu tipik olarak malikin malvarlığında doğacak zarar hâlihazırda malikin malvarlığında doğmuştur. Söz konusu zarar, (H)'nin uğradığı zarardır. (Ü1), (Ü2) ve (Ü3)'ün uğradığı olası zararlar bakımından burada zarar kayması değil, birbirinden bağımsız zararlar söz konusudur. Nitekim Alman ve İsviçre öğretilerindeki hâkim görüşe göre de zincirleme sözleşmelerde gerçek bir zarar kaymasından ziyade birbirinden bağımsız şahsi zararlar söz konusudur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulmamalıdır.⁸⁵

⁸⁵ İsviçre hukukunda: Marti-Schreier, para 192; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 2005, 79; Armbrüster, recht, 88; Perren, 80; von Caemmerer, 370; Weber, 217; Alman hukukunda: Lange/Schiemann, 476; Puhle, 127; Tägert, 48; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 78; Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249, para 111; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor §249, para 258.

Ancak yine de zincirleme sözleşmelerde zarar kaymasının mevcut olduğu örnekler bulmak mümkündür. Yukarıdaki örnekte her üç sözleşmede de tarafların karşı edim hasarının sözleşmenin yapıldığı anda alıcıya geçeceğini kararlaştırdığını varsayalım.⁸⁶ (Z)’nin mülkiyet henüz (H)’de iken saatin telef olmasına yol açması halinde (H) satış bedelini (Ü₁)’den talep edebilecektir. Aynısı (Ü₁) ve (Ü₂) için de geçerlidir. Bu durumda zarara uğrayan tek kişi (Ü₃) olacaktır, zira kendisi bedelini ödemiş olmasına rağmen saati elde edememiştir. Burada bir zarar kayması mevcut gözükmemektedir.⁸⁷

Ancak burada zarar kaymasının kapsamı hakkında dikkatli düşünmek gerekir. Burada tipik olarak malike ait olan ve sözleşmenin yapılması ile (Ü₁)’e geçen ekonomik menfaat ilk satış sözleşmesinde kararlaştırılan satış bedeli kadardır. Daha sonra ikinci satış sözleşmesi ile (Ü₁) bu saati daha yüksek bedel ile (Ü₂)’ye sattığında hem malikten kendisine “kayan” ekonomik menfaate hem de kendi elde ettiği kâra ilişkin risk (Ü₂)’ye geçmiştir. Aynısı üçüncü satış sözleşmesi ile, risk daha da büyüyerek bir kez daha gerçekleşmiştir. Dolayısıyla burada aslında tipik olarak malike ait olan ve zincir boyunca (Ü₃)’e kadar kayan “zarar” ilk satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedel kadardır.

Zincirleme sözleşmelerde üçüncü kişinin zararının tazmininin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse bunun kapsamının ne olacağı çok tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin tartışmalar daha sonra detaylı bir biçimde ele alınacaktır.⁸⁸ Şimdilik sadece zincirleme sözleşmelerde üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun gündeme gelebileceğine işaret etmekle yetinilecektir.

b. Dolaylı Temsil İlişkileri

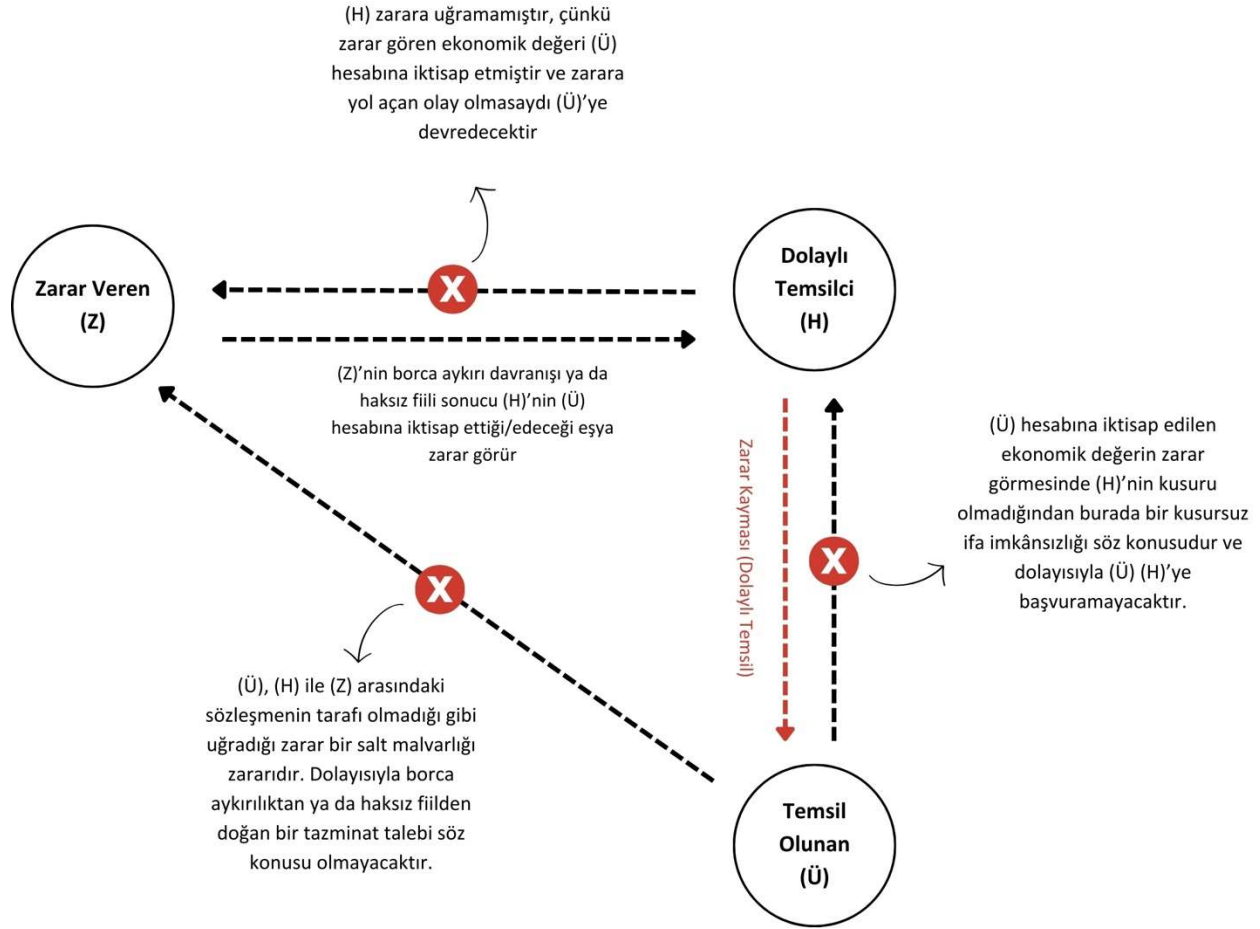
Çalışmanın başında verilen örnekte de görüldüğü gibi dolaylı temsil ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin doğmasının sebebi dolaylı temsilcinin üçüncü kişi hesabına hareket etmesidir. Yani dolaylı temsilcinin temsil olunan hesabına yaptığı hukuki işlemlerin karşı tarafının borca aykırı davranışının yol açabileceği olası zarar üçüncü kişinin üzerinde doğacak ve üçüncü kişi bu ilişkiye taraf olmadığından sözleşmesel bir talep ileri süremeyecektir. Hatta dolaylı temsilcinin temsil olunan hesabına iktisap ettiği eşyaya bir haksız fiil sonucu zarar verilirse yine

⁸⁶ Böyle bir anlaşmanın yapılması mümkündür ve bu yönde bir hüküm geçerlidir. TBK 208 I’de açıkça tarafların sözleşmede hasarın geçişine ilişkin özel koşullar öngörebilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca İsviçre hukukunda OR 185 I uyarınca karşı edim hasarı sözleşmenin yapılması anında alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla bu örnekteki duruma İsviçre hukukunda daha sık rastlanacaktır.

⁸⁷ Von Graffenried, para 717; benzer yönde Urban, 64-65; Reinhardt, 103.

⁸⁸ Bkz aşağıda §6.C.

dolaylı temsilcinin aynı sebeple bir zararı olmayacak, temsil olunan ise bir mutlak hakkı ihlal edilmediğinden özel bir koruma normunun mevcut olmaması nedeniyle zararının tazminini talep edemeyecektir. Özetle her iki durumda da zarar kaymasının gerçekleşmesi sebebiyle talep ve zarar birbirinden ayrılmıştır.⁸⁹ İsviçre hukukunda hâkim görüş, dolaylı temsil ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹⁰



Şekil 10 – Dolaylı Temsil

İsviçre’de St. Gallen Kanton Mahkemesi, 17.03.1978 tarihinde verdiği kararında⁹¹ dolaylı temsil ilişkisinden doğan bir üçüncü kişinin tazmini sorunuyla karşılaşmış ve zararın tazminine olumlu yanıt vermiştir. Bu karar aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.⁹²

⁸⁹ Bkz Marti-Schreier, para 294; von Graffenried, para 658; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 296 vd; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 129 vd.; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Alttop, 862; Gümüş, Borçlar Genel, 62.

⁹⁰ Bkz aşağıda §7.

⁹¹ SJZ 76 (1980), Nr. 22, 194 vd

⁹² Bkz aşağıda §7.

Dolaylı temsil ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu, bu ilişkilerde alternatif olarak yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ve üçüncü kişi yararına sözleşme gibi kurumlara başvurulabilme ya da vekalet sözleşmesine ilişkin bazı özel hükümlerin (TBK 507 III ve 509 I gibi) uygulanabilme ihtimalinden dolayı birçok sorunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Bu soruların cevapları, üçüncü kişinin zararının tazmininin teorik alt yapısı ve şartları ortaya konduktan sonra detaylı biçimde ele alınacaktır.⁹³

c. İnanç İlişkileri

İnançlı işlemlerde de inanılanın üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemlerden doğan borçların ihlali ya da bir başkasının inanılanın inançlı işlem sonucu malvarlığında bulundurduğu değerlere zarar vermesi sonucu zarar kayması meydana gelebilir. Bunun sebebi inanılana devredilen malvarlığı değerinin aslında (her zaman tamamen olmasa da) ekonomik olarak hala inanana “ait” olmasıdır. Bu malvarlığı değerini konu alan bir sözleşmenin ihlali ya da bu malvarlığı değerine doğrudan zarar verilmesi durumunda inanan (üçüncü kişi) zarara uğrayacaktır.⁹⁴

Alman hukukunda inanç ilişkileri ayrı bir olay grubu olarak incelenmektedir.⁹⁵ Alman öğretisinde inanç ilişkilerinin dolaylı temsile benzediği ancak dolaylı temsilde bir şeyin yapılması söz konusuysa inanç ilişkilerinde bir durumun söz konusu olduğu ve inancın konusunu oluşturan bir değer mevcut olması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁶ Buna ek olarak inançlı işlemlerde ilgili menfaatin ihlalinin dolaylı temsil ilişkilerinden farklı olarak hak sahibi inanılanın da oldukça önemli bir zarara uğramasına yol açabileceği belirtilmektedir. Buna örnek olarak teminat amaçlı devirde devredilen malvarlığı değerinin yok olması ve inanan borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisinde olması verilebilir.⁹⁷

⁹³ Bkz aşağıda §7.

⁹⁴ Marti-Schreier, para 159; von Graffenried, para 709-710.

⁹⁵ Medicus/Lorenz, AT I, § 52 para 33; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, para 335; Traugott, 22-23; von Schroeter, 41 vd; Lange/Schiemann, 469 vd.

⁹⁶ Lange/Schiemann, 469. Ayrıca bu yazarlar tarafından, Alman hukukunda inanç ilişkilerinde dolaylı temsilden farklı olarak sıklıkla inanan üçüncü kişinin hâlihazırda zarar verene karşı kendisinin ileri sürebileceği bir tazminat talebinin mevcut olacağı belirtilmektedir. Teminat amaçlı devirlerde inananın çoğunlukla eşyanın zilyedi olarak kaldığı ve dolayısıyla bu eşyanın zarar görmesi sonucu bir haksız fiil alacağının doğacağı belirtilmektedir. Ayrıca inançlı işleme konu malvarlığı değerinin inanana tekrar devrine ilişkin beklentinin BGB 823 anlamında “diğer hak” sayılarak ihlalinin haksız fiil sorumluluğu doğurmasının mümkün olduğu da belirtilmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz aşağıda §8. *Canaris*’e göre ise inanç ilişkileri ve dolaylı temsili kavramsal olarak birbirinden ayıracak kriterler getirmek mümkün değildir: Bkz Canaris, FS Flume, 418 ve 424.

⁹⁷ Lange/Schiemann, 469.

İsviçre’de de öğretinin bir kısmı inanç ilişkilerinden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu dolaylı temsil ilişkilerinin altında incelese de⁹⁸ inanç ilişkileri birçok yazara göre ayrı bir grup teşkil etmektedir.⁹⁹ Bu çalışmada da inançlı işlemlerin ayrı bir kategori olarak incelenmesi tercih edilmiştir.

d. Üçüncü Kişiye Ait Eşyaya İlişkin Koruma Borcu Doğuran Sözleşmeler (*Obhutsfälle*)

Bu olay grubunda alacaklıya ait olmayan bir eşya bir sözleşmesel ilişkiye konu edilmektedir. Talep hakkı sahibi, üçüncü kişiye ait eşya üzerinde gözetim ve koruma yetkisine/görevine (*Obhut*) sahiptir ve bu eşya üzerinde borçlu ile bir sözleşme akdeder. Bu sözleşmenin ihlali sonucu eşya zarar görür.¹⁰⁰ Akla gelen ilk örnek üçüncü kişiye ait eşyaya tamircinin zarar vermesidir. Buna ek olarak üçüncü kişiye ait eşyanın zarar verene saklama, kira veya ödünç sözleşmesi ile verildiği haller de bu olay grubu kapsamındadır. Bu kategoriye giren hallerde üçüncü kişi hak sahibi alacaklıya kusuru olmadığı için başvuramamakta, zarar veren borçluya karşı da aralarında sözleşmesel bir ilişki olmadığı için sözleşmesel bir talep ileri sürememektedir.¹⁰¹

Örneğin, (H)’nin (Ü)’den kiraladığı otomobili bakım amacıyla yetkili (Z) şirketinin servisine götürdüğünü varsayalım. Serviste aracın bakımı yapılırken usta (Z₁)’in ihmali sonucu aracın motoru ağır bir hasara uğramış olsun. Bu durumda kendisinin otomobile gelen zarardan sorumlu tutulmadığı ihtimalde (H) genellikle zarara uğramayacaktır, çünkü kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi sebebiyle TBK 305 hükmüne dayanarak ayıbın giderilmesini ve kira bedelinin ayıpla orantılı olarak indirilmesini isteyebilecek, hatta önemli ayıp söz konusu olduğundan sözleşmeyi fesih dahi edebilecektir.¹⁰² (Ü)’nün zarara uğrayacağı ise açıktır, çünkü kendisi otomobilin malikidir.

⁹⁸ Örneğin Marti-Schreier, para 159; von Caemmerer, 361 vd.

⁹⁹ Örneğin von Graffenried, para 708; Bärtschi, 444; Berger, para 1588; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, para 2883; Schwenzer/Fountoulakis, para 14.24; von Caemmerer, 361-362 (yazar inançlı ilişkilerin pratik olarak dolaylı temsil grubunun altına sınıflandırılmasının düşünülebileceğini ancak inançlı ilişkilerin kendine özgü niteliklerinin olduğunu belirtmektedir).

¹⁰⁰ Henn, 29; Marti-Schreier, para 225; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 305; Lange/Schiemann, 474; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 72.

¹⁰¹ Von Graffenried, para 699; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 72; Lange/Schiemann, 474.

¹⁰² Elbette kiracının başka bir otomobili daha pahalıya kiralamak zorunda kalması nedeniyle zarara uğraması söz konusu olabilir. Kiracı bu zararının tazminini elbette zarar verenden aralarındaki sözleşmeye dayanarak talep edebilecektir. Bu zararın kiraya verenden talep edilmesi ise, kiraya verenin kusuru olmaması nedeniyle (TBK 308) mümkün görünmemektedir.

Elbette (Ü)'nün haksız fiil hükümlerine dayanarak (Z₁)'e başvurması mümkündür. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanarak (Ü)'nün (Z)'ye başvurması da mümkün olabilir, meğerki (Z) kurtuluş kanıtı getirebiliyor olsun.¹⁰³ Ancak (Ü)'nün haksız fiil sorumluluğuna başvurması her zaman amaca uygun olmayabilir, zira haksız fiil sorumluluğu sözleşmesel sorumluluğa kıyasla genel olarak birçok açıdan daha dezavantajlıdır.¹⁰⁴ Örneğin, somut olayda (Z)'nin kurtuluş kanıtı getirmesi ve (Z₁)'in ödeme güçlüğü içerisinde olması hâlinde (Ü)'nün eli boş kalması olasıdır. (Ü) ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk hükümlerine başvurabilseydi (Z)'nin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktı.

Görüldüğü üzere burada sorun, (Ü)'nün (H) ile (Z) şirketi arasındaki sözleşmeye taraf olmadığı için (Z)'ye karşı haksız fiile kıyasla daha avantajlı sonuçları olan sözleşmesel bir talep ileri sürememesidir. Burada zarar kayması, aslında yalnızca sözleşmeye dayanarak tazmin edilebilecek zarar bakımından gerçekleşmektedir: Sözleşmenin tarafı olan (H)'nin aynı zamanda malik olsaydı tipik olarak uğrayacağı borca aykırılıktan kaynaklanan zarar (Ü)'nün malvarlığında doğmaktadır. Bu kategoride haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi söz konusu olmayacaktır, çünkü bu ilişkilerin doğası gereği zaten zarar gören üçüncü kişi eşyanın malikidir ve haksız fiilden doğan tazminat alacağına her hâlükârda sahiptir.¹⁰⁵

Bu olay grubunda zarara uğrayan üçüncü kişinin sözleşmesel bir talepten mahrum kalması sorununa ilişkin öğretide ileri sürülen alternatif çözüm önerileri ve üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin uygulanması sonucu varılacak sonuçlar daha sonra detaylı biçimde ele alınacaktır.¹⁰⁶

e. Diğer Örnekler

Tartışmalı olmakla beraber İsviçre ve Alman öğretilerinde birçok yazar üçüncü kişinin zararının tazmininin yukarıda sayılan olay gruplarıyla sınırlı olmadığını, zarar kaymasının meydana geldiği başka örneklerde de üçüncü kişinin zararının tazmininin kabul edilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁷ Yukarıda sayılan olay gruplarına girmeyen ancak bu çalışmada tanımlandığı

¹⁰³ Bkz TBK 66 II.

¹⁰⁴ Bkz aşağıda §9.

¹⁰⁵ Marti-Schreier, para 294. *Puhle*, başka gerekçelerle birlikte, bu durumu söz konusu olay grubunda üçüncü kişinin zararının tazminine karşı bir gerekçe olarak ileri sürmektedir. Bkz *Puhle*, 103.

¹⁰⁶ Bkz aşağıda §9.

¹⁰⁷ Bkz yukarıda §1.B.2.

şekilde zarar kaymasının mevcut olduğu ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin düşünülebileceği başka örnekler bu çalışmanın en sonunda ele alınacaktır.¹⁰⁸

§2. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununun Teorik Sebepleri

A. Borca Aykırı Davranıştan Doğan Zarar Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere zarar veren ile hak sahibi arasında bir borç ilişkisinin mevcut olduğu ve bu borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün ihlali sonucu bazı vakıalar sebebiyle hak sahibi yerine üçüncü kişinin zarara uğradığı hallerde borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi söz konusudur.¹⁰⁹ Borca aykırılıktan doğan zarar bakımından zarar kaymasının söz konusu olduğu hallerde zararın tazmin edilememesinin iki sebebi vardır. Bunlardan ilki borcun (ya da geniş anlamıyla borç ilişkisinin) nispiliği ilkesi, ikincisi ise alacaklının menfaati ilkesidir (*Dogma vom Gläubigerinteresse*). Aşağıda bu iki ilkenin amaçları ele alınacaktır.

1. Sözleşmenin Nispiliği İlkesi

Bu ilkeye göre borç ilişkileri ve özellikle sözleşmeler yalnızca tarafları arasında hukuki sonuç doğurur ve bu ilişkiden doğan haklar ile borçlar taraflarca yalnızca ilişkinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilir. Üçüncü kişiler kural olarak kendilerine yabancı bir borç ilişkisi sonucu ne hak edebilirler ne de yükümlülük altına girebilirler.¹¹⁰ Nispilik ilkesi hem dar anlamda borç hem de geniş anlamda borç (borç ilişkisi) için geçerlidir.¹¹¹ İlkenin uygulanabilmesi için borç ilişkisinin bir sözleşme ile kurulması şart değildir.¹¹² Öğretide bir görüş, bu ilkenin genel olarak iki sonucu olduğunu savunmaktadır. Bunlar, yalnızca ihlal edilen borçlunun alacaklısının tazminata ehil olması diğeri ise yalnızca alacaklının kaybının tazmin edilmesidir. Yani bu görüş bir sonraki

¹⁰⁸ Bkz aşağıda §10.

¹⁰⁹ İsviçre öğretisinde bkz Von Graffenried, para 562; Marti-Schreier, para 13. Yazarlar sözleşmesel üçüncü kişinin zararının tazmini (*vertragliche Drittschadensliquidation*) ifadesini kullanmaktadır. Bu çalışmada borca aykırı davranıştan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini ifadesi kullanılacaktır, zira zarar verenin hak sahibine olan borcunun bir sözleşmeden doğmuş olması şart değildir. Örneğin, bkz aşağıda §10.A. (sebeatsız zenginleşenin iade borcu örneği).

¹¹⁰ Von Graffenried, para 83; Bärtschi, 11, Oğuzman/Öz, C I, para 73-74; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Alttop, 60; Eren, Borçlar Genel, 52-55; Nomer, Borçlar Genel, para 9 vd; Gümüş, Borçlar Genel, 54; Marti-Schreier, para 73; Moser, 10; Schwenger/Fountoulakis, para 4.06-4.07. Bir görüşe göre bu ilke sorumluluk sisteminin temelindeki sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu ayrımı ile de bağlantılıdır: von Graffenried, para 83.

¹¹¹ Bärtschi, 68; von Graffenried, para. 99;

¹¹² Von Graffenried, para 2; MüKo – Bachmann, 2022, BGB 241, para 14.

başlıkta ayrıca ele alınacak olan alacaklının menfaati ilkesini de nispilik ilkesinin bir sonucu olarak görmektedir.¹¹³

Öğretiye göre nispilik ilkesinin üçüncü kişi üzerinde iki etkisi vardır: Üçüncü kişi kural olarak kendisine yabancı bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir borç altına girmez (pozitif etki) ve üçüncü kişi kendisine yabancı bir borç ilişkisinden hak kazanamaz (negatif etki).¹¹⁴ Üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından asıl önemli olan negatif etkidir. Eğer bir üçüncü kişi kendisine yabancı bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir zarara uğramışsa, bu kişiye sözleşmeden doğan bir tazminat alacağı tanınmayacaktır.¹¹⁵ Negatif etkinin amacı borçlunun sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerin kapsamını belirlemek ve sınırlamaktır. Aksi hâlde (yani borçlunun üçüncü kişilere karşı da sorumlu tutulması hâlinde) tarafların kontrol altında tutmaları güç ve öngörülemez bir risk altına girmesi söz konusu olabilecektir.¹¹⁶ Zarara uğrayan üçüncü kişinin bu durumda zarar verenin olası haksız fiil sorumluluğuna başvurması gerekecektir.

Kural olarak bu durum menfaatler dengesine uygun görülebilir, çünkü üçüncü kişi yabancı bir borç ilişkisi sebebiyle borç altına da girmemektedir. Dolayısıyla burada pozitif ve negatif etki birbirini gerekçelendirmek için kullanılabilir. Ancak dahil olan tüm menfaatler değerlendirildiğinde bu iki etki arasındaki dengenin bozulması ve üçüncü kişiye sözleşmesel bir tazminat talebi tanınması gereken haller söz konusu olabilir.¹¹⁷

2. Alacaklının Menfaati İlkesi (*Dogma vom Gläubigerinteresse*)

Alman hukukunda bu isimle anılan ilkeye göre tazminatla yükümlü olan kişi yalnızca hukuk düzenince ihlali tazminat yaptırımına bağlanan hakkın sahibinin (borca aykırılıkta alacaklının) malvarlığında meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür, bir başkasının malvarlığında doğan zararı tazmin etmekle yükümlü değildir.¹¹⁸ Bu ilke İsviçre hukukunda, her zaman açıkça bu adla

¹¹³ Luther, 573; Bärtschi, 69.

¹¹⁴ Von Graffenried, para 104; Bärtschi, 68-69; doğrudan pozitif ve negatif etki ifadelerini kullanmaksızın benzer yönde Oğuzman/Öz, C I, para 73 vd; Eren, Borçlar Genel, 52-55; Nomer, Borçlar Genel, para 9 vd; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, 15-17; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 21-22; BK-Kramer, Allgemeine Einleitung, para 44. Kanun koyucu üçüncü kişi yararına sözleşmeye izin vererek negatif etkiye önemli bir istisna getirmiştir.

¹¹⁵ Von Graffenried, para 84; Dauner-Lieb/Langen-Krebs, BGB 241, para 11; Gümüş, Borçlar Genel, 54; Akünal, Nispilik, 224.

¹¹⁶ Bärtschi, 69; Henn, 246.

¹¹⁷ Von Graffenried, para 105.

¹¹⁸ Henn, 24; Petersen, Drittschadensliquidation, 17; von Schroeter, 5 vd; Urban, 14; Tägert, 3; Traugott, 13; Hagen, 1-2; Lee, 90; Marti-Schreier, para 2; von Graffenried, para 118.

anılmasa da, genellikle kabul edilmektedir.¹¹⁹ Türk hukukunda da öğretide açıkça bu isimle anılmasa da benzer şekilde bu ilkenin geçerli olduğundan şüphe duymamak gerekir.¹²⁰

Alacaklının menfaati ilkesi nispilik ilkesi ile yakından ilişkilidir.¹²¹ Öğretiye göre bu ilke aslında nispilik ilkesini tamamlamaktadır, çünkü bu ilke olmadan alacaklı aracılığıyla üçüncü kişinin zararı talep ettirilerek nispilik ilkesi dolanılabilirdi.¹²² Bu ilkenin özellikle nispilik ilkesinin negatif etkisini tamamladığı söylenebilir. Hatırlanacağı üzere negatif etki uyarınca borçlu, alacaklı dışında bir üçüncü kişiye karşı tazminatla mükellef değildir. Alacaklının menfaati ilkesi kapsamında da sorumluluğun bu şekilde kısıtlanması, alacaklı aracılığıyla bir üçüncü kişinin zararının tazmin ettirilmesinin önüne geçilerek güçlendirilmektedir. Hatta, bir önceki başlıkta da belirtildiği üzere, bazı yazarlar açıkça alacaklının menfaati ilkesini nispilik ilkesinin bir sonucu olarak görmektedir.¹²³ Sonuç olarak bu ilkenin amacı borçlunun sorumluluğunu makul ve öngörülebilir sınırlar içerisinde tutmaktır.¹²⁴ Bu ilke, borçlar hukukunun temel bir ilkesidir ve hem sözleşmesel sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda uygulanmaktadır.¹²⁵

3. Değerlendirme

Görüldüğü üzere sözleşmenin nispiliği ve alacaklının menfaati ilkeleri birbiriyle yakından ilişkilidir ve bu ilkelerin birbirini tamamladığı söylenebilir. En nihayetinde her iki ilke birlikte borçlunun kapsamı öngörülemeyecek şekilde geniş taleplerle karşılaşmasının önüne geçmeyi

¹¹⁹ Keller, 190-191; von Graffenried, para 3; von Tuhr/Escher, 110; Marti-Schreier, para 35; BSK OR I – Wiegand, Art 97, para 40; BK-Weber, 2020, Art 97 OR, para 487; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, C II, para 2882; Schwenger/Fountoulakis, para 14.19-14.20. Belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda borca aykırılığın tazminat yükümlülüğü doğuracağını belirten OR 97 I'de alacaklının zararından söz edilememekte, yalnızca borca aykırılığın yol açtığı zarardan (*für den daraus entstehenden Schaden*) söz edilmektedir. Nitekim kanun yapım süreci dikkate alındığında bu ifadenin hükümde yer almamasının bilinçli bir tercih olduğu ifade edilmektedir: bkz Weber, 226; Siegrist, 5. Yine de İsviçre hukukunda bu ilkenin kabul edildiği hususunda tereddüt yoktur: bkz von Graffenried, para 121.

¹²⁰ Bkz Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 20-23 (yazar bu sonuca nispilik ilkesinden yola çıkarak varmaktadır). Ayrıca TBK 112'de, OR 97'den farklı olarak, açıkça alacaklının zararından söz edilmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda bu ilkenin geçerli olduğu yönünde daha kuvvetli deliller mevcuttur.

¹²¹ Marti-Schreier, para 2; Von Graffenried, para 118; ayrıca bkz Keller, 190-191.

¹²² Keller, 190-191; von Graffenried, para 119.

¹²³ Luther, 573; Bärtschi, 69; Nitekim yukarıda belirtildiği üzere Tandoğan da nispilik ilkesinden yola çıkarak alacaklının menfaati ilkesi ile aynı sonuca varmaktadır: bkz Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 20-23.

¹²⁴ Keller, 190-191; von Graffenried, para 119; von Schroeter, 7-8; Neuner, JZ, 127; Lee, 117-118.

¹²⁵ İsviçre hukukunda: Keller, 190; Von Graffenried, para 120; Alman hukukunda: Täger, 3; Hagen, 1. Haksız fiil sorumluluğunda bu ilke ile normun koruma amacı teorisinin bağlantılı olduğu söylenebilir. Hatta *Henn*, alacaklının menfaati ilkesini, bir sorumluluk normunun yalnızca bu norm tarafından korunan kişilerin zararlarını tazmin etmeyi amaçladığı, bu kişilerin dışında kalan üçüncü kişilerin zararlarının tazminini ise dışladığı şeklinde ifade etmektedir: Henn, 24. Bu ise aşağıda incelenecek olan normun koruma amacı teorisine oldukça yakın bir ifadedir: Bkz aşağıda §2.B.1.a.

amaçlamaktadır. Türk öğretisinde alacaklının menfaati ilkesinden açıkça söz edilmemesinin sebebinin ise bu ilkenin nispile ilkesinin kapsamında görülmesi olduğu söylenebilir.

Borca aykırılıktan doğan sorumluluk özelinde değerlendirildiğinde bu iki ilke haksız fiil sorumluluğundan daha katı bir sorumluluk düzenine adım atan tarafların sorumluluğunu öngörülebilir sınırlar içerisinde tutmaya hizmet etmektedir. Borca aykırılıktan doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğundan daha katı olmasının sebebi, bir borç ilişkisine taraf olan kişilerin herhangi iki kişi arasındaki tesadüfi bir ilişkinin ötesine geçmeleridir.¹²⁶

Borçlunun sorumluluğunu sınırlayan bu iki ilke katı biçimde uygulanırsa borca aykırılıktan doğan zararın üçüncü kişinin malvarlığına kaydığı hallerde üçüncü kişinin zararı tazmin edilemeyecektir, çünkü üçüncü kişi hem sözleşmeye taraf değildir hem de söz konusu zarar alacaklının zararı değildir. Peki bu sonuç bu iki ilkenin korumak istediği menfaate hizmet etmekte midir?

Üçüncü kişinin zararının tazmininin kabulü halinde zarar verenin tazmin edeceği zarar, tipik olarak hak sahibinin malvarlığında doğması beklenen ancak üçüncü kişinin malvarlığına kayan bir riskten doğan zarardır. Dolayısıyla aslında burada zarar verenin ihlalden sorumlu tutulduğu hukuki menfaatler kümesinde bir değişiklik meydana gelmemektedir.¹²⁷ Tam tersi, zarar verenin kendi dışında gerçekleşen bir olgu olan zarar kayması sonucu sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmiş olmaktadır.¹²⁸ Dolayısıyla burada borç ilişkisinin nispile ve alacaklının menfaati ilkelerinin ulaşmak istediği amaçla çelişen bir durum söz konusu değildir. Bu iki ilke sonucu üçüncü kişilerin dahil olduğu bazı ilişkilerde tatmin edici olmayan sonuçların doğmasının sebeplerinden biri, bu ilkelerin günümüz ekonomisinin karmaşık ilişkileri göz önünde tutularak geliştirilmemiş olmasıdır.¹²⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki alacağın devri borçlunun izni olmaksızın mümkündür ve devir sonrası borçlunun borca aykırı davranışı sonucu zarara uğrayan devralan alacaklı tazminat talebinde

¹²⁶ Immenhauser, 46; von Graffenried, para 4; benzer yönde Akünel, Nispile, 223; Serozan, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, 122-125.

¹²⁷ Marti-Schreier, para 27; Bärtschi, 412-413; Henn, 41; von Schroeter, 13; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 292; Lee, 120-121; Doobe, 80.

¹²⁸ Von Graffenried, para 569; Armbrüster, Wiegand’a Armağan, 2005, 75; Bärtschi, 412-413; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 292.

¹²⁹ Von Graffenried, para 11. Benzer şekilde *Atamer* de satış sözleşmesi özelinde klasik hukuk kuralları ile modern ekonomik gerçeklik arasındaki uyumsuzlukların sebebinin Roma hukukuna dayandığını, çünkü söz konusu kuralların Roma ekonomisinin ihtiyaçlarına çözüm üretmek için geliştirildiğini belirtmektedir: *Atamer*, ZSR, 450.

bulunabilecektir.¹³⁰ Yani burada da borçlu, en başta borç ilişkisine girdiği kişi dışında bir kişinin malvarlığında doğan zararı tazminle yükümlü tutulmaktadır. Alacağın devrinde borçluyu koruma ihtiyacı çeşitli mekanizmalarla sağlanmıştır.¹³¹ Dolayısıyla söz konusu ilkelerin katı bir şekilde uygulanması şart değildir. Önemli olan olası hukuki sorunlara ve ihtiyaçlara cevap veren çözümler geliştirmektir.¹³²

Son olarak bir meseleye daha değinmek gerekir. İsviçre öğretisinde bazı yazarlara göre nispilik ilkesinin aşılması ancak açık bir kanun hükmünün mevcut olması hâlinde mümkündür. Bu görüşlere göre üçüncü kişinin tazminat talebinde bulunmasına izin veren açık bir kanun hükmü (OR 262 III - TBK 322 III gibi) olmadıkça, üçüncü kişi alacağın devri yoluyla tazminat alacağını elde etmedikçe ya da bir üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olmadıkça üçüncü kişinin zararının tazmini mümkün değildir.¹³³ Bu görüşler, üçüncü kişinin zararının tazmini ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi kurumlara soğuk yaklaşmaktadır.

İsviçre öğretisinde hâkim olduğu belirtilen görüşe göre ise nispilik ilkesi bu kadar katı bir dogma olarak anlaşılmamalıdır.¹³⁴ *Von Graffenried*'e göre nispilik ilkesi sözleşme yapmama hürriyetinin (*negative Vertragsfreiheit*) bir görünümüdür. Sözleşme yapmamayı tercih eden kişi ağır sözleşmesel sorumluluğa tabi tutulmamalıdır. Böylece nispilik ilkesi sorumluluğun sınırlandırılmasına hizmet eder ve sözleşmesel sorumluluk - haksız fiil sorumluluğu ayrımı ile bağlantılıdır. Her ne kadar nispilik ilkesi sözleşmesel sorumluluğun istenmeyen şekilde genişlemesini engellemeyi amaçlasa da, bu ilkenin istisnaları mevcuttur. Bu istisnaların kanun ile tek tek belirlenmesi zordur. Dolayısıyla istisnaları öğreti ve uygulama birlikte belirleyecektir.¹³⁵ Kanun koyucunun bazı istisnaları kendisinin belirmiş olması başka istisnalar olamayacağı anlamına gelmemektedir, aksine ilkenin mutlak olmadığını göstermektedir.¹³⁶

¹³⁰ Devralan alacaklının uğradığı zararın ne ölçüde tazmin edileceğine ilişkin tartışmalar için bkz aşağıda §4.B.2.b.

¹³¹ Örneğin TBK 188 uyarınca borçlu devri öğrendiği sırada eski alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları yeni alacaklıya karşı ileri sürebilir.

¹³² Henn, 246.

¹³³ Tartışma için bkz von Graffenried, para 112. Özellikle bu doğrultuda Piotet, Drittschadensliquidation, para 48 vd.

¹³⁴ Von Caemmerer, 342-343; von Graffenried, para 113; Bärtschi, 82 (yazar kanunda açıkça öngörülme ve hatta kanun koyucu tarafından birçok durumda göz ardı edilen nispilik ilkesinin yeni hukuki mekanizmaların geliştirilmesine engel olmaması gerektiğini belirtmektedir); Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, para 3918; sonuç bakımından benzer yönde Armbrüster, Wiegand'a Armağan, para 86;

¹³⁵ Von Graffenried, para 113; von Caemmerer, 343.

¹³⁶ Von Graffenried, para 113.

Özetle zarar kaymasının meydana geldiği hallerde nispilik ve alacaklının menfaati ilkeleri zararın tazminine engel olmamalıdır, çünkü zararın tazmin edilmesi bu ilkelerin korumaya çalıştığı menfaat ile çatışmamaktadır. Bu tespitin bir adım ötesinde ise zararın tazmininin hukuki dayanağı sorusu yer almaktadır. Üçüncü kişinin zararının tazmininin teorik olarak hangi hukuki kurumlara başvurularak gerekçelendirilebileceği meselesi haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkmasına yol açan ilkeler incelendikten sonra ele alınacaktır.¹³⁷

B. Haksız Fiilden Doğan Zarar Bakımından Salt Malvarlığı Zararının Kural Olarak Tazmin Edilememesi

Hâlihazırda temas edildiği üzere zarar kayması haksız fiilden kaynaklanan zarar bakımından da gerçekleşebilir. Bu gibi durumlarda zarar veren ile hak sahibi arasında mevcut bir borç ilişkisi yoktur. Haksız fiilden doğan zarar belirli vakıalar sebebiyle tipik olarak doğması beklenen kişinin malvarlığında değil, bir üçüncü kişinin malvarlığında doğmaktadır. Burada ihlal edilen yüküm bir sözleşmeden doğmamakta, daha ziyade bir mutlak hak ya da hak sahibinin bu türden bir zararını önlemeyi amaçlayan (ancak üçüncü kişiyi kapsamına almayan) bir koruma normu ihlal edilmektedir. Böyle bir senaryoda haksız fiil hukuku kuralları uyarınca üçüncü kişinin uğradığı zarar kural olarak tazmin edilememektedir.¹³⁸ Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine göre haksız fiilden kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazmininin öğretide ve yargı kararlarında daha geri planda kaldığı belirtilmektedir.¹³⁹

Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun temel sebebi salt malvarlığı zararının kural olarak tazmin edilememesidir. Aşağıda bunun altında yatan sebepler ve salt malvarlığı zararının tazmin edilebilmesi için özel bir koruma normu arayan normun koruma amacı teorisi ele alınacaktır.

1. Salt Malvarlığı Zararı Kavramı ve Bu Tür Zararların Tazmini

Bir mutlak hakkın ihlalinden kaynaklanmayan zararlara salt malvarlığı zararı denmektedir.¹⁴⁰ Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde bir mutlak hakkın ihlalinden doğan zarar kural olarak hukuka aykırı kabul edilirken, salt malvarlığı zararları bakımından durum farklıdır. Salt malvarlığı zararına yol

¹³⁷ Bkz aşağıda §3.

¹³⁸ Von Graffenried, para 563; Marti-Schreier, para 289.

¹³⁹ Von Graffenried, para 564; Bärtschi, para 409; Rey, para 363 ve 369.

¹⁴⁰ Çağlayan Aksoy, 13; Büyüksağış, para 159; Gümüş, Borçlar Genel, 436; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C I, para 1621.

açan bir fiilin hukuka aykırı kabul edilebilmesi için mağdurun malvarlığını somut olaydaki biçimde gerçekleşen zarardan korumayı amaçlayan bir normun ihlal edilmiş olması gerekmektedir.¹⁴¹ Bu nitelikte özel bir koruma normunun bulunması hâlinde, söz konusu norm ile zarar arasında hukuka aykırılık bağının olduğundan söz edilir.¹⁴² Daha açık ifade etmek gerekirse, söz konusu normun zarar gören kişiyi¹⁴³ ve değeri korumayı amaçlamasına¹⁴⁴ ek olarak doğan zararın söz konusu normun engellemeyi amaçladığı türde bir davranış ya da tehlike sonucu meydana gelmesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Buna normun koruma amacı teorisi de denmektedir.¹⁴⁶ Söz konusu koruma normunun özel hukuka ilişkin olması şart değildir, başka bir alana ilişkin mevzuatta (örneğin ceza hukuku) da yer alması mümkündür.¹⁴⁷ Zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminini amaçlayan açık bir mevzuat hükmü formuna bürünmüş bu tür bir koruma normunun tespiti halinde haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun gündeme gelmeyeceği açıktır. Yazılı bir kuralın tespit edilememesi halinde ise, yazılı olmayan bir koruma normunun söz konusu olup olamayacağı incelenmelidir. Bu bağlamda öğretide hâkimin bir koruma normu yaratabileceği ifade edilse de bu yetkinin kapsamı sınırlanmakta ve hâkimin yalnızca mutlak hakların dolaylı ihlallerini tazminat yükümlülüğüne bağlayacak bir koruma normu yaratabileceği, salt malvarlığı zararları bakımından ise yazılı bir koruma normunun tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁴⁸ Dürüstlük kuralının bir koruma normu teşkil edip edemeyeceği meselesi ise oldukça tartışmalıdır.¹⁴⁹

Bir görüşe göre dürüstlük kuralı hukuka aykırılık bağı kuran bir koruma normu teşkil edebilir.¹⁵⁰ Ancak bu durumda hangi hallerin dürüstlük kuralına aykırı olduğu sorusu gündeme gelecek ve bu

¹⁴¹ Abik, 371; Oğuzman/Öz, C II, para 51 c; Baysal, Haksız Fiil, para 2.99; Nomer, Borçlar Genel, para 101.1; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1-2; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C I, para 1621.

¹⁴² Oğuzman/Öz, C II, para 50; Eren/Dönmez, Şerh C II, para 237; Gümüş, Borçlar Genel, 437; Kurtulan, 481.

¹⁴³ Atamer, Haksız Fiil, 80-81; Abik, 384; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 11 vd.; Gümüş, Borçlar Genel, 437.

¹⁴⁴ Atamer, Haksız Fiil, 81-83; Abik, 388 vd.; Baysal, Haksız Fiil, para 2.103; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 11 vd.; Gümüş, Borçlar Genel, 437.

¹⁴⁵ Abik, 392; Atamer, Haksız Fiil, 85-86; Baysal, Haksız Fiil, para 2.105; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 11 vd.; Gümüş, Borçlar Genel, 437.

¹⁴⁶ Kimi yazarlar hukuka aykırılık bağı ile normun koruma amacı teorisinden birbirinden farklı iki kavram olarak bahsetmektedir: Örneğin Eren/Dönmez, Şerh C II, para 237 (İki kavram arasındaki farkın ne olduğu yazarların ifadelerinden anlaşılamamaktadır). İki kavramın birbiri yerine kullanıldığı ancak normun koruma amacı teorisi kavramının tercih edilmesi gerektiği yönünde: Atamer, Haksız Fiil, 73; Abik, 356; Gümüş, Borçlar Genel, 437. İki kavramın benzer olduğu yönünde: Oğuzman/Öz, C II, para 50 dn 15.

¹⁴⁷ Abik, 369; Atamer, Haksız Fiil, 75; Oğuzman/Öz, C II, para 49.

¹⁴⁸ Atamer, Haksız Fiil, 76; Abik, 372.

¹⁴⁹ Bu konudaki görüşlerin daha kapsamlı bir analizi için bkz Çağlayan Aksoy, 400 vd.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz, C II, para 51 g; Kurtulan, 498-499.

soruya öngörülebilir bir cevap vermek kolay olmayacaktır. Haksız fiil hukukunun bireylerin davranışlarını yönlendirme amacına ulaşabilmesi için koyduğu kuralların öngörülebilir olması gerekir. Bu bağlamda kimi yazarlar dürüstlük kuralının koruma normu teşkil edebilmesi için taraflar arasında özel bir bağlantının (*Sonderverbindung*) bulunması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁵¹ Bir başka görüş ise bu şartı reddetmekte ve dürüstlük kuralının genel bir koruma normu teşkil edebileceğini savunmaktadır.¹⁵² Bu doğrultuda dürüstlük kuralını koruma normu olarak sınırlı bir biçimde kabul eden bir başka görüş ise özel bağlantı şartını aramamakta, ancak mahkemeler tarafından önceden belirlenecek olay grupları bakımından dürüstlük kuralının bir koruma normu olarak uygulanmasını önermektedir.¹⁵³

Aksi yöndeki görüş ise dürüstlük kuralının bu türden bir koruma normu teşkil edemeyeceğini savunmakta, aksi halde sorumluluğunun sınırlarının oldukça genişleyeceğini ve hareket özgürlüğünün ölçsüz biçimde kısıtlanacağını belirtmektedir.¹⁵⁴ Ayrıca bir görüş bu sonuca bir gerekçe olarak ahlaka aykırı fiil ile kasten zarar verilmesini yaptırıma bağlayan TBK 49 II hükmüne dayanmaktadır. Bu görüşe göre bu hükmün varlığı adil olmayan sonuçların doğmasını önlemeyi amaçlamaktadır ve yasa koyucu söz konusu sonuçların doğmasını önlemeyi dürüstlük kuralı gibi genel bir koruma normu aracılığıyla yapmak yerine özel bir hüküm ile sağlamayı tercih etmiştir. Dolayısıyla yasa koyucu dürüstlük kuralının genel bir koruma normu olarak kabulünün aksi yönünde bir irade ortaya koymuştur.¹⁵⁵

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki salt malvarlığı zararları birçok durumda tazmin edilememektedir. Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun konusunu teşkil eden zarar da daima bir salt malvarlığı zararı olacaktır. Zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda salt malvarlığı zararının tazmin edilememesinin mevcut hukuk düzeniyle bağdaşp bağdaşmadığını anlayabilmek için salt malvarlığı menfaatlerinin neden diğer menfaatlerden daha az korunduğunu incelemek gerekmektedir.

¹⁵¹ Bkz Werro, Sorgfaltspflichtverletzung, 363; Zulliger, 55; Zeller, 277 (kural olarak); Müller-Chen, Krise, 300 ve Müller-Chen, Revision, 14; BK-Hausheer/Aebi-Müller, 2012, Art. 2 ZGB, para 136 vd.

¹⁵² Delco, 176 (yazar yine de özel bağlantı şartından ihlâlin hukuka aykırı nitelendirilebilmesi için aranacak yoğunluğun belirlenmesi için yararlanılabileceğini ileri sürmektedir).

¹⁵³ Çağlayan Aksoy, 416 vd.

¹⁵⁴ Bu görüşün öğretide hâkim olduğu yönünde: Çağlayan Aksoy, 400-401; Buz, TBK 60, 42 dn 82; Antalya, C V/1,2, para 338 vd.; Rey, para 719; Honsell, FS Schlechtriem, 751; Schwenger/Fountoulakis, para 50.22.

¹⁵⁵ Baysal, Haksız Fiil, para 2.107.

2. Salt Malvarlığı Menfaatlerinin Daha Az Korunmasının Nedenleri ve Değerlendirme

a. Hukuki Açıdan

Hukuk düzeninin bir menfaati koruması ve dolayısıyla ihlalini tazminat yaptırımına bağlaması bu menfaatin sahibi dışındaki kişilerin hareket serbestisini kısıtlayacaktır. Bu nedenle hukuk düzeninin bir menfaati ne ölçüde koruyacağı belirlenirken ilgili menfaatin korunmasına olan ihtiyaç ile bu menfaatin sahibi dışındaki kişilerin hareket serbestisi arasında bir denge kurulması gerekmektedir.¹⁵⁶

Mutlak haklara yüksek bir koruma bahşedilmesinin olası bir sebebi, bu hakların kişinin hakları içerisinde bireysel özgürlüğünü geliştirebilmesi için özel bir yer tutuyor olmasıdır.¹⁵⁷ Kişilik hakları için bu gerekçenin anlaşılması kolay olsa da, malvarlığı içindeki mutlak hakları diğer haklardan ayırmak için bu gerekçenin geçerliliği tartışmaya açıktır.¹⁵⁸ Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasal olarak alacak hakları da AY 35'te düzenlenen mülkiyet hakkının kapsamındadır.¹⁵⁹ Dolayısıyla anayasal düzenin bu haklar arasında bir ayırım yaptığından bahsetmek güçtür. Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre ceza hukuku da malvarlığı içindeki mutlak hakların daha üstün bir koruma hak ettiği düşüncesinden hareket etse de,¹⁶⁰ bir başka görüş mülkiyet hakkını koruyan¹⁶¹ hırsızlık ve daha ziyade salt malvarlığı menfaatlerini koruyan dolandırıcılık suçlarından hareket edildiğinde böyle bir hiyerarşinin olduğu sonucuna varmanın güç olduğunu ifade etmektedir.¹⁶² Ayrıca mutlak hakların kişi için her zaman salt malvarlığına ilişkin menfaatlerden daha önemli olduğu da söylenemez: Bir şirket için bir başka şirketle olan iş ilişkisinin bozulması fabrikasının hasara uğramasından daha ciddi sonuçlar doğurabilir ya da yeni alınmış ancak henüz

¹⁵⁶ Çağlayan Aksoy, 5-6; Henn, 140; Luther, 573, Canaris, Boşluk, 157; Fabricius, 295; Picker, 1052.

¹⁵⁷ Henn, 186; Canaris, Larenz'e Armağan, 31.

¹⁵⁸ Henn, 186

¹⁵⁹ Bkz AYM, E 2008/58, K 2011/37, 10/02/2011; AYM, Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu, 2013/28, 25.02.2015, para 36; AYM, Baki Zaza Başvurusu, 2014/2881, 08.11.2017, para 17. Alman Hukuku'nda bu yönde Henn, 186.

¹⁶⁰ Canaris, Larenz'e Armağan, 31.

¹⁶¹ Belirtmek gerekir ki hırsızlık suçunun koruduğu hukuki değer ne olduğu öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Korunan hukuki değer mülkiyet hakkı, zilyetlik ve hem mülkiyet hakkı hem zilyetlik olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz Ergüne, 1277 vd.

¹⁶² Henn, 186-187.

teslim edilmemiş bir televizyonun telef olması, en az evde halihazırda bulunan televizyonun telef olması kadar talihsiz bir durum olarak değerlendirilebilir.¹⁶³

Öğretideki bir başka yaklaşıma göre ise bir menfaatin korumaya şayan olup olmadığı tipik olarak ne kadar aleni olduğu ile belirlenmektedir.¹⁶⁴ Bunun sebebi, alenileşen menfaatlerin üçüncü kişilerce fark edilebilmesinin ve ihlalden kaçınılabilmesinin daha kolay olmasıdır.¹⁶⁵ Aleniliğin mevcut olup olmadığının tespiti bakımından ise yapılacak değerlendirmenin objektif olması gerektiği belirtilmektedir.¹⁶⁶ Aleniliğin gerçekleştiği durumda menfaat sahibi dışındaki kişilerin hareket serbestisinin kısıtlanması daha kabul edilebilir olacaktır.¹⁶⁷

Mutlak hakların aleni olmaları sebebiyle korunmaya layık haklar arasında hiyerarşik olarak en üst sırada yer aldığı, salt malvarlığı menfaatlerinin ise üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olmaması sebebiyle aleni olmadığı ve bu türden menfaatlerin korunması halinde herkesin davranışlarının sonuçlarını tartabilmek için kapsamlı bir araştırma yapmak zorunda kalacağı ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Ayrıca kişilerin ekonomik ilişkilerindeki bağlılık sebebiyle bir fiilin öngörülemeyecek derecede fazla kişinin salt malvarlığı zararına uğramasına yola açması mümkündür.¹⁶⁹ Dolayısıyla salt malvarlığı menfaatlerinin zarara uğraması ihtimalinin öngörülebilirliği mutlak hak olarak sınıflandırılıp koruma altına alınan menfaatlere göre daha düşüktür.¹⁷⁰ Bu doğrultuda, üçüncü kişilerin hareket serbestisine ilişkin menfaatin salt malvarlığı menfaatine kıyasla daha fazla korunmaya layık olduğu savunulmaktadır, aksi halde sorumluluğun öngörülemez biçimde artması

¹⁶³ Henn, 187.

¹⁶⁴ Çağlayan Aksoy, 6; Canaris, Larenz'e Armağan, 31; Fabricius, 296 vd. *Fabricius*'a göre bir malvarlığı değerini ihlal eden ve zarara yol açan fiilin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağının tespitinde, zararın sosyo-tipik olarak ne kadar fark edilebilir olduğuna bakmak gerekir (*Die sozialtypische Erkennbarkeit des Schadens*). Bu görüşe göre kişilerden, başkalarına ait menfaatlerden yalnızca tehlikeye girme ihtimalini (gereken özeni göstererek) öngörebildikleri değerler bakımından tedbirli davranmaları beklenebilir.

¹⁶⁵ Çağlayan Aksoy, 7; Canaris, Larenz'e Armağan, 31; Faust, 559.

¹⁶⁶ Çağlayan Aksoy, 7.

¹⁶⁷ Çağlayan Aksoy, 7; Larenz/Canaris, 355-358; Faust, 559.

¹⁶⁸ Çağlayan Aksoy, 9, benzer yönde Picker, 1054; Jaun, 481-482. *Fabricius*, kimi durumda kendi ifadesiyle sosyotipik fark edilebilirlik sağlanmasa da mutlak haklar dışındaki bazı haklar için de ihlal eden açısından aleniliğin sağlanabileceği ve bunun tazminat yükümlülüğünü meşru kılacağını belirtmektedir. Örneğin, başkasına ait alacağın haksız olarak tahsil edilmesinde yazara göre böyle bir durum söz konusudur. Bkz Fabricius, 303-304. Bazı mutlak hakların da (örneğin kişilik hakkı gibi) sınırlarının belirsiz olabileceği, dolayısıyla mutlak hakların aleniliği sebebiyle ihlâlinin otomatik olarak hukuka aykırı sayılması gerektiği argümanının yalnızca temel mutlak haklar bakımından geçerli olabileceği yönünde: Fisch, para 523

¹⁶⁹ Picker, 1053; Çağlayan Aksoy, 20.

¹⁷⁰ Picker, 1053; Çağlayan Aksoy, 19; Faust, 559.

toplum için gerekli ve faydalı birçok faaliyetten kaçınılması sonucunu doğurabilecektir.¹⁷¹ Salt malvarlığı menfaatini korumak isteyen kişinin sigorta yaptırmak yoluna başvurabileceği belirtilmektedir.¹⁷²

Sözleşmesel sorumlulukta salt malvarlığı zararlarının tazmininin önünde bir engel olmamasının sebebi ise bir önceki paragrafta bahsedilen riskin mevcut olmamasıdır. Zira kişiler arasında sözleşme gibi özel bir bağın (*Sonderverbindung*) mevcut olduğu hâllerde, haksız fiil hukukunun düzenlediği herhangi iki kişi arasındaki tesadüfi karşılaşmalardan doğan zararlardan farklı olarak, doğacak zararın kapsamı alacaklının şahsında bireyselleştirilmiş ve sınırlanmıştır. Dolayısıyla burada haksız fiil hukukunda bir aynı hak ya da koruma normunun ihlali şartının sağladığı işlevi taraflar arasındaki bu özel bağ sağlamaktadır.¹⁷³

Zarar kaymasının gerçekleştiği hallerde ise bir ayırım yapmak gerekir. Zarar kayması olmasaydı, yani ilgili menfaat hak sahibinin malvarlığında kalsaydı, birçok durumda bu menfaatin ihlalden doğacak zarar bir mutlak hakkın ihlali sonucu ortaya çıkan zarar niteliğinde olacaktı. Bu durumda ihlal edilen menfaatin ihlalde bulunan kişi bakımından aleni olduğu söylenebilir, çünkü alenilik hak sahibinin hakkını kaybetmesinde (ya da bir hakkının ihlalinde) ortaya çıkmaktadır.¹⁷⁴ Zarar kaymasına yol açan sebepler zarar verenin etki alanı dışındadır ve bu sebepler onun ihlal ettiği mutlak hakka ilişkin menfaatin aleniliğini kaybetmesi sonucunu doğurmamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere aleni menfaatlerin daha fazla korunmasının olası sebebi, olası failer bakımından bu menfaatlerin ihlalinin daha öngörülebilir olmasıdır. Zarar kaymasının gerçekleştiği ihtimallerde ise, zararın tazminine izin verilmesi hâlinde, olası failer bakımından ihlali halinde tazminatla sorumlu tutulacakları (aleni) menfaatler kümesinde bir genişleme meydana gelmemektedir.

Bir diğer ihtimal ise söz konusu zararın hak sahibinin malvarlığında iken de bir salt malvarlığı zararı teşkil etmesidir. Bu durumda zarar kayması meydana gelmeseydi dahi söz konusu zarar kural olarak tazmin edilemeyecekti. Bununla beraber söz konusu zarar hak sahibinin malvarlığında kalsaydı onun zararının tazminini sağlayan (ancak üçüncü kişiyi açıkça kapsamına almayan) bir koruma normunun bulunması da istisnaen söz konusu olabilir. Bu durumda da üçüncü kişinin

¹⁷¹ Picker, 1053; Çağlayan Aksoy, 9-10 ve 19. Salt malvarlığı zararına uğrayacak kişinin sıklıkla söz konusu zararın doğmaması için zarar verene kıyasla daha etkin biçimde önlem alabilecek durumda olduğu yönünde Faust, 559.

¹⁷² Çağlayan Aksoy, 10.

¹⁷³ Picker, 1053-1054.

¹⁷⁴ Aynı yönde Henn, 197.

zararının tazmininin hukuk sisteminin altında yatan tercihlerle uyumlu olduğu söylenebilir. Kanun koyucu, ihlali salt malvarlığı zararına yol açan hak sahibinin menfaatinin korunmasını olası faillerin hareket serbestisinin korunmasına kıyasla daha üstün tutmuştur. Bu menfaatin failin etki alanı dışındaki bir sebeple somut olayda üçüncü kişiye aktarılmış olması failin hareket serbestisine üstünlük tanınması için bir sebep teşkil etmemelidir. Zira zararın tazmininin kabulü hâlinde failin ihlalinden sorumlu tutulacağı menfaatler kümesinde bir artış meydana gelmemektedir. Dolayısıyla bu durumda da üçüncü kişinin zararının tazmininin yukarıda sayılan değerlerle çelişmediği söylenebilir, çünkü söz konusu zararı tazmin etme gereği fail bakımından öngörülebilecek durumdadır.¹⁷⁵

b. Ekonomik Açıdan

Son olarak salt malvarlığı zararlarının tazmin edilmemesinin daha ziyade ekonomik düşüncelere dayanan bir diğer gerekçesini değerlendirmek gerekir. Birçok durumda salt malvarlığı zararına yol açan bir fiil bir üçüncü kişinin malvarlığında artışa yol açacaktır. Bu gibi durumlarda toplumun gördüğü net zarar, salt malvarlığı menfaati ihlal edilen kişinin zararından daha az olacaktır.¹⁷⁶ Örneğin, bir şirketin yöneticisinin kusurlu bir biçimde yaptığı yanlış açıklama sonucu şirketin hisselerinin gerçek değerinin üstüne çıkması halinde, bu açıklamadan sonra paylarını satan pay sahipleri bu fiilden olumlu etkilenecek iken bu açıklama sonrası pay alan yeni pay sahipleri olumsuz etkilenecektir. Burada toplumun net zararı ancak bilginin doğru açıklanmamasından doğan etkinlik düşüşü (örneğin sermaye piyasalarına doğan güven kaybı) sebebiyle olacaktır. Sorumluluğa ilişkin kural yalnızca malvarlığı menfaati ihlal edilen kişinin zararını dikkate alırsa ekonomik etkinlik açısından aşırı sorumluluk doğabilecek ve caydırıcılık gereken (ekonomik olarak etkin) düzeyin üstüne çıkabilecektir.¹⁷⁷ Ancak bu gözlem kural olarak kusursuz sorumluluk için geçerlidir.¹⁷⁸ Kusurlu sorumluluk hallerinde ne olacağı ise hukuk düzenince tespit edilen kusur standardı ile bağlantılıdır.

Kusura dayanan sorumluluğun öngörüldüğü durumlarda, kişilerden beklenen özen net bir şekilde tanımlanmışsa ve kişilerce biliniyorsa, salt malvarlığı zararlarının tazminine cevaz verilmesi fazla caydırıcılığa yol açmayacaktır.¹⁷⁹ Bunun sebebi, toplumun gördüğü net zarar hak sahibinin

¹⁷⁵ Benzer yönde Canaris, Boşluk, 157-158.

¹⁷⁶ Schäfer/Ott, 278-279; Parisi, 79; Arlen, 713; Landes/Posner, 251; Bishop, 4.

¹⁷⁷ Schäfer, 66; Schäfer/Ott, 279-281.

¹⁷⁸ Dari-Matiacci/Schäfer, 23.

¹⁷⁹ Schäfer/Ott, 280.

gördüğü zarardan az olsa dahi her halükârda olası fail için en mantıklı seçeneğin yasada belirtilen optimal önlemleri almak olmasıdır. Tazminat miktarının fazla olması failin daha fazla önlem almasına yol açmayacaktır, çünkü kanun tarafından belirlenen optimal önlemi aldığı takdirde fail her halükârda kusursuz addedilecek ve sorumluluktan kurtulacaktır.¹⁸⁰ Bu sebeple, failin yalnızca kasten veya ağır kusuruyla yol açtığı salt malvarlığı zararlarının tazmininin öngörülmesi ekonomik açıdan istenmeyen sonuçlara yol açmayacaktır, çünkü kast ve ağır ihmalin ne anlama geldiği büyük ölçüde nettir ve fail tarafından bilinebilir durumdadır. Elbette, ihmal standardının optimal özenin altında (veya üstünde) olması failin gerekenden daha az (veya fazla) önlem almasına yol açabilir.¹⁸¹

Hafif ihmal ile sebep olunan salt malvarlığı zararları bakımından ise müstakbel failin hukuk düzeninin kendisinden beklediği özen ölçüsünü tam olarak öngörebilmesi kolay olmayabilir. Potansiyel fail ne kadar önlem alırsa alsın özen ölçüsündeki belirsizlik sonucu küçük de olsa kendisinin sorumlu tutulma ihtimali mevcuttur. Bu durumda potansiyel failin daha fazla önlem alarak sorumlu tutulma ihtimalini ve dolayısıyla beklenen sorumluluğunun miktarını düşürmesi mümkündür. Ancak alınan fazladan önlemler masraflıdır. Alınan önlemlerin ne kadar masraflı olduğu ve bu önlemlerin sorumlu tutulma ihtimalini ne kadar düşüreceği arasındaki ilişkiye bağlı olarak potansiyel failin sosyal olarak optimal olandan az ya da fazla önlem alması mümkündür. Yukarıda açıklandığı üzere, sorumluluk halinde ödenecek tazminatın toplumun gördüğü net zarardan fazla olabileceği düşünüldüğünde, bu durumda potansiyel failin optimal düzeyin üzerinde önlem alması ve gereğinden fazla caydırılmış olması daha olasıdır.¹⁸²

Salt malvarlığı zararının aksine, bir eşyanın hasara uğratılması sonucu ortaya çıkan zararlarda ise toplumun gördüğü net zarar ile hak sahibinin gördüğü zarar birçok durumda birbirine eşittir.¹⁸³ Örneğin, bir kişinin arabasının tahrip edilmesi halinde toplumdaki toplam malvarlığı değerinde arabanın gördüğü zarar kadar eksilme olacaktır. Dolayısıyla fazla caydırıcılık riski bu tür zararlarda ortaya çıkmayacaktır.

¹⁸⁰ Dari-Matiacci/ Schäfer, 24-25; Schäfer, 68.

¹⁸¹ Schäfer/Ott, 281; Schäfer, 69.

¹⁸² Schäfer/Ott, 281-283; Dari-Matiacci/Schäfer, 24; Schäfer, 69; Shavell, 137.

¹⁸³ Schäfer, 67.

Bazı hallerde salt malvarlığı zararına yol açan fiil sonucunda bir başkası bundan menfaat sağlamamış olabilir.¹⁸⁴ Bu durumda toplumun gördüğü net zarar menfaati ihlal edilen kişinin gördüğü zarara eşit olacaktır. Buna örnek olarak elektrik kablolarının zarar görmesi sonucu bir fabrikanın üretim yapamaması sebebiyle uğradığı kâr kaybı verilebilir. Burada fabrikanın üretim yapamaması sonucu bir başkası menfaat elde etmemektedir.¹⁸⁵ Bu bağlamda öğretilde bir görüşe göre salt malvarlığı zararlarından bir değer kaybından doğanlar (*resource damage*) ve yeniden dağıtımına dayananlar (*redistribution damage*) arasında bir ayrım yapılmalı ve ilkinin tazmini mümkün olmalıdır.¹⁸⁶

Zarar kaymasının gerçekleştiği hallerde birçok durumda bir değer kaybından doğan zarar söz konusu olacaktır. Nitekim üçüncü kişinin zarara uğramasının sebebi, hak sahibi tarafından kendisine aktarılan bir ekonomik değer zarar veren tarafından yok edilmesi ya da kayba uğratılmasıdır. Dolayısıyla zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmini, salt malvarlığı zararlarının tazmin edilmemesi gerektiğine ilişkin düşüncenin altında yatan olası ekonomik gerekçeyle de çelişmemektedir. Bir değer kaybından doğmayan fakat ekonomik olarak tazmin edilmesi gerektiği düşünülen zararlar bakımından zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda ise, zarar kayması sonucu zarara yol açan kişinin ihlalden sorumlu olduğu menfaatlerde bir artış meydana gelmediğinden yine sorumluluğun doğmasının ekonomik etkinliğe hizmet edeceği söylenebilir.

Sonuç olarak, haksız fiilden kaynaklanan ve hak sahibinin malvarlığında doğması halinde tazmin edilecek bir zararın, bir üçüncü kişinin malvarlığına kaymış olması sebebiyle tazmini mümkün

¹⁸⁴ Landes/Posner, 252; Arlen, 713; Bishop, 19 vd.

¹⁸⁵ Schäfer, 71; Schäfer/Ott, 284; Arlen, 713. Buna cevap olarak fabrikanın rakiplerinin kârlarını artırabileceği ileri sürülebilirse de (bkz Shavell, 136) burada da aslında bir kayıp vardır. Öncelikle fabrikanın yapamadığı satışları rakiplerin yapabilmesi için fazla kapasitelerinin olması gerekir. Rekabetçi bir pazarda fazla kapasitenin bulunması ise somut olayda gerçekleşen risklere karşı bir önlem olarak görülebilir. Bu sebeple, fazla kapasitenin bulundurulması da başlı başına bir ekstra masraf teşkil etmektedir. Bkz. Dari-Matiacci/Schäfer, 15-17; Schäfer, 71-72; Schäfer/Ott, 285.

¹⁸⁶ Schäfer, 284-285; benzer yönde Parisi, 81 vd. *Dari-Matiacci/Schäfer*'a göre taraflardan birinin zarara uğramamak için bir miktar para ödemeye istekli olduğu (ya da hâlihazırda ödediği) bazı durumlarda toplumun gördüğü net zarar salt malvarlığı zararına uğrayan kişinin gördüğü zarardan az da olsa bu zararın tazmin edilmesi gerekir. Örneğin bir evi satın almak isteyen ve evin değeri için eksper raporu alan bir kişi daha sonra evi satın almaktan vazgeçip arkadaşına önermiş olsun. Bu durumda eksperin kusurlu biçimde evin değerini olması gerekenden yüksek tespit etmiş olması halinde evi satın alan arkadaş bir salt malvarlığı zararına uğrayacaktır. Bu durumda evi satan kişi eksperin yanlış raporu sonucu menfaat elde edeceğinden toplumun gördüğü net zarar alıcının zararından düşüktür. Burada alıcı eksperle arasında sözleşme olmadığı için onun sorumluluğuna başvuramayacaktır. Yazarlara göre burada ekspere belirli derecede özen göstererek borcunu ifa etmesi ve olası sorumluluğunda kendi malvarlığında doğacak masraflar için para ödenmiştir. Dolayısıyla eksperin olası sorumluluğu söz konusu bedelin içindedir. Zararın bir başka alıcının malvarlığında doğması eksperin sorumluluk riskini değiştirmemektedir. Bu sebeple eksper sorumlu tutulmalıdır: bkz Dari-Matiacci/Schäfer, 18-19.

olmayan bir salt malvarlığı zararı olarak ortaya çıktığı iddiasıyla tazminat talebinin kabul edilmemesi salt malvarlığı zararının tazmininin reddini gerektiren hukuki ve ekonomik gerekçelerle bağdaşmamaktadır. Bu sebeple öğretide bir grup yazar tarafından ileri sürülen, zarar kaymasının söz konusu olduğu durumlarda haksız fiil sonucu üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini reddeden görüşlerde¹⁸⁷ isabet yoktur.¹⁸⁸

¹⁸⁷ İsviçre hukukunda bu yönde: CHK OR-Reetz/Graber, Art 112, para 41; BK-Brehm, 2021, Art 41 OR, para 26 (yazara göre burada üçüncü kişinin zararının tazminine ihtiyaç yoktur, çünkü her hâlükârda haksız fiil sonucu hak sahibi doğrudan zarar görmektedir ve tazminat alacağı ona aittir. Burada hak sahibinin zararının olmadığı gerekçesiyle haklı olarak aksi yönde: Marti-Schreier, para 291); Perren, 62 (yazar pratik önemi olmadığı gerekçesiyle haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazminine İsviçre öğretisinde kuşkuyla yaklaşıldığını belirtmektedir). Alman hukukunda bu yönde: Jauernig-Kern, Vorbemerkungen zu den §§ 249-253 BGB, para 21; HK BGB-Schulze, Vorbemerkung zu §§ 249-253 BGB, para 27; Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249, para 106; Kluckhohn, 418 ve 428-431 (yazar kasten işlenen fiiller için bir koruma normu bulmanın mümkün olduğu, diğer fiiller için mevcut olan boşluğun ise pratik olarak önemli olmadığı görüşündedir). *Henn* Alman hukukunda bu görüşü savunanların OLG Hamburg'un 1970 yılında verdiği bir karara dayandığını düşünmektedir (OLG Hamm, NJW 1970, 1793). Yazara göre bu kararda haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazminini dışladığı iddia edilen kısımlar *obiter dictum* niteliğindedir: Henn, 67.

¹⁸⁸ Haksız fiilden doğan zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda da üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceği yönünde Reinhardt, 127; Täget, 35; Urban, 21; von Graffenried, para 561; Marti-Schreier, para 291; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 31.

İkinci Bölüm: Sorunun Teorik Çözümü, Tazminat Alacağının Özellikleri ve Olası Diğer Talep Dayanaklarıyla İlişkisi

§3. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununa Öğretideki Yaklaşımlar ve Bu Çalışmada Benimsenen Çözüm

Üçüncü kişinin zararının tazmininin teorik dayanağı konusunda İsviçre ve özellikle Alman hukukunda birçok görüş ileri sürülmüştür.¹⁸⁹ Aşağıda öğretide ileri sürülen görüşler ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu görüşlerin farklı biçimlerde sınıflandırılması mümkündür.¹⁹⁰ Bu çalışmada görüşler temelde iki grupta incelenecektir. İlk grup üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkmasını engellemeye çalışan görüşlerdir. Bu görüşlerden bazıları zarar kavramına ilişkin çeşitli teoriler ortaya atarak hak sahibinin kendisinin zararı olduğunu gerekçelendirmeye çalışmakta ve bu yolla hak sahibinin zarar verene başvurabilmesini sağlamaktadır. Bunlar normatif zarar kavramından hareket eden görüş¹⁹¹, objektif minimum zarar kavramını ortaya atan görüş¹⁹² ve hak sahibinin üçüncü kişi ile ilişkisinin bozulması sebebiyle kendisinin zarara uğradığını ileri süren görüştür.¹⁹³ İlk grup altındaki bir diğer yaklaşım ise zarar vereni hak sahibinin ifa yardımcısı kabul ederek hak sahibini üçüncü kişiye karşı sorumlu tutmaktadır.¹⁹⁴

İkinci grup ise üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu kabul edip bunu çeşitli hukuki mekanizmalarla çözmeye çalışmaktadır. Bu görüşlerden ilki, doğrudan TBK 112 (OR 97) hükmüne dayanmaktadır. Diğer görüşler ise çoğunlukla bir kanun hükmüne dayanmamakta, bunun yerine çeşitli teoriler geliştirerek soruna çözüm bulmaya çalışmaktadır. Bu görüşler sayıca fazladır

¹⁸⁹ *Von Graffenried*'e göre genel bir dogmatik temelin mi söz konusu olduğu yoksa her bir olay grubu için ayrı bir temelin mi bulunması gerektiği net değildir: von Graffenried, para 612; Benzer yönde Marti-Schreier, para 103; Bärtschi, 420. Ayrıca yazara göre üçüncü kişinin zararının tazmininin teorik temeli hususunda şüphelerin olmasının sebebi bu kurumun en nihayetinde hakkaniyet düşüncesine dayanmasıdır: von Graffenried, para 612.

¹⁹⁰ Örneğin *Henn*, Alman hukukunda ileri sürülen çözüm önerilerini üçe ayırmaktadır. Yazara göre Alman hukukundaki hâkim görüş, üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu çözmek için alacaklının menfaati ilkesinden vazgeçmekte ve hak sahibinin kendi zararı olmasa da üçüncü kişinin zararının tazminini isteyebileceğini kabul etmektedir. Başka yazarlar ise zarar gören ile talep hakkına sahip olan kişinin birbirinden ayrı düşmesinin önüne geçmeye çalışmakta ve fark teorisinin zarar kavramına karşı çıkarak normatif zarar kavramı ile hak sahibinin kendisinin zarara uğradığı sonucuna varmaktadır. Yazara göre üçüncü yöntem ise üçüncü kişinin direkt talebini savunmaktadır. Bu yöntemin benimsenmesi ile fark teorisinin zarar kavramı ve alacaklının menfaati ilkelerine dokunulmamaktadır. Bkz Henn, 40.

¹⁹¹ Bkz aşağıda §3.A.1.a.

¹⁹² Bkz aşağıda §3.A.1.b.

¹⁹³ Bkz aşağıda §3.A.1.c.

¹⁹⁴ Bkz aşağıda §3.A.2.

ve bunların ortak noktasını tespit etmek kolay değildir. Aşağıda bu görüşler ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

A. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununun Ortaya Çıkmasını Engellemeye Çalışan Görüşler

1. Zarar Kavramına İlişkin Çeşitli Teorilere Dayanarak Hak Sahibinin Zarara Uğradığını Savunan Görüşler

a. Normatif Zarar Kavramından Hareket Eden Görüş

Normatif zarar kavramına göre, hukuk sisteminin altında yatan normatif değer yargıları gözetilerek bazı durumlarda her ne kadar fark teorisine göre bir zarardan söz edilemese de tazminat talebini kabul etmek gerekir.¹⁹⁵ Bu kavram doğrultusunda, bazı yazarlara göre zararın salt objektif olarak malvarlığının zarara yol açan davranıştan önceki ve sonraki hali arasındaki farka göre hesaplanması yerine, kanun koyucunun gözettiği değer yargıları da dikkate alınarak hesaplanması sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında hak sahibinin kendisinin zarara uğradığı kabul edilebilir.¹⁹⁶ Zira zarar kaymasına yol açan vakıalar kanun koyucunun değer yargıları göz önünde tutularak incelendiğinde onun sorumluluktan kurtulması amaçlanmamaktadır ve dolayısıyla bu sonuca yol açılmamalıdır.¹⁹⁷ Böylece zarar kayması ortadan kalkacak ve üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelmeyecektir.¹⁹⁸

Hak sahibinin kendi zararının bu şekilde normatif olarak kurgulanması için zarar verenin hak sahibinin zarara uğramadığı yönündeki itirazının dinlenmemesi gerekmektedir. Bunun yapılabilmesi için ise öğretilerde iki farklı yol ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmasını bir tür fayda olarak görmekte ve bu faydanın zarar hesaplanırken denkleştirilmesini reddetmektedir. Diğer görüş ise hak sahibinin zarara uğramadığı yönündeki itirazın hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeden kaynaklandığını ve nispiyet ilkesi uyarınca bunun zarar veren tarafından ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır. Aşağıda her iki görüş ayrı ayrı incelenecektir.

¹⁹⁵ Bkz Schwenzer/Fountoulakis para 14.05; BSK OR I – Wiegand, Art 97, para 38b; Gauch/Schluep/Emmenegger, C II, para 2852, Serozan, İfa, § 16 para 7; Çakırca, 18-19; Vuraloğlu, 29-30.

¹⁹⁶ Bu yaklaşım hakkında bkz Serozan, İfa, § 16 para 7.

¹⁹⁷ (Karşı) edim hasarının üçüncü kişiye geçtiği haller bakımından bu görüşte: Büdenbender, NJW 2000, 990-991. Ayrıca bkz Von Graffenried, para 575; Bärtschi, 417.

¹⁹⁸ Von Graffenried, para 575; Marti-Schreier, para 39.

i. Denkleştirmenin Engellenmesine Dayanan Görüş **(Versagte Vorteilsausgleichung)**

Alman öğretisinde savunulan bu görüşe göre hak sahibinin üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulması zarar veren ile olan ilişkisinde dikkate alınmamalıdır. Zarar kaymasına ve dolayısıyla hak sahibinin borcundan kurtulmasına yol açan sebebin zarara yol açan olayla bir bağlantısı yoktur. Dolayısıyla zarar verenin, hak sahibinin borcundan kurtulmasından menfaatin denkleştirilmesine benzer şekilde faydalanarak hak etmediği biçimde sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmelidir. Burada durum tıpkı zarar görene yapılan bazı sigorta ödemeleri ya da ifa amacını taşımayan ödemelerden borçlunun faydalanamamasında olduğu gibidir.¹⁹⁹ Türk hukukunda TBK 55 bu sonucu açıkça öngörmüştür. Bu hükmün altında yatan düşünce, söz konusu ödemelerin amacının zarar verene bir menfaat sağlamak olmamasıdır.²⁰⁰ Alacaklının üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulması sonucunu doğuran kuralların amacı da benzer şekilde yalnızca alacaklıya üçüncü kişi ile olan ilişkisi kapsamında bir fayda sağlamaktır, bu kuralların amacı zarara sebep olan borçluyu sorumluluktan kurtarmak değildir.²⁰¹

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu görüş kabul edilse dahi üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıktığı bazı olaylara çözüm üretememektedir. Örneğin, dolaylı temsilde temsil olunanın menfaatine ifanın dolaylı temsilciye geç yapılması ihtimalinde bu görüşe başvurulsa dahi dolaylı temsilcinin zararını tespit etmek mümkün değildir, çünkü ifa zamanında yapılsaydı dahi dolaylı temsilci zaten ifadan faydalanmayacaktı. Dolayısıyla burada denkleştirilmesinin önüne geçilen bir fayda söz konusu değildir.²⁰²

Ayrıca öğretilde denkleştirmenin engellenmesi ile kurulan paralelliğe de karşı çıkmaktadır. Bir görüşe göre zarar kavramının normatif olarak bu şekilde değiştirilmesi yerinde değildir, çünkü zarar kayması diğer denkleştirme halleri (örneğin üçüncü kişinin zarar görene yaptığı iyilik amaçlı ödeme) ile kıyaslanabilir değildir. Zarar kaymasının olduğu durumlarda baştan itibaren alacaklının

¹⁹⁹ Büdenbender, NJW 2000, 990-992. Benzer şekilde (karşı) edim hasarının üçüncü kişiye geçmesinin kıyasen bir tür dolaylı yoldan üçüncü kişinin yaptığı ödeme olarak değerlendirilebileceği yönünde: Hagen, 161.

²⁰⁰ Eren/Dönmez, Şerh C II, 1330; Baysal, Haksız Fiil, para 4.30 vd.

²⁰¹ Büdenbender, NJW 2000, 990-992; Urban, 52. *Puhle* ise üçüncü kişinin zararının tazmini hususunda bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmektedir ve bu kanun boşluğunu kıyasen denkleştirmenin engellenmesi kurumuna başvurarak doldurmaktadır: bkz *Puhle*, 98 vd. Kanun boşluğunun doldurulması görüşüne ilişkin daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §3.B.11.

²⁰² Henn, 101. Aynı yönde: Lee, 109-110. *Peters* buna çözüm olarak “tipik zarar” kavramını ortaya atmakta ve hak sahibinin uğrayacağı tipik zararın tespitini ve tazminini önermektedir: *Peters*, 356 vd. Ancak *Henn*’e göre yukarıdaki gibi örneklerde bunun tespit edilip somut olayda tazmin edilecek zararın ortaya konması da kolay değildir: Henn, 102.

herhangi bir zarara uğramayacağı bellidir ve bu göz ardı edilmemelidir.²⁰³ Ancak belirtmek gerekir ki sigorta alacağının denkleştirilmesinin önlenmesinde de baştan itibaren hak sahibinin zarara uğramayacağı bellidir. Dolayısıyla bu argüman bu açıdan çok da isabetli değildir.²⁰⁴

Bu görüşe öğretide getirilen bir diğer eleştiri ise hasarın geçtiği hallerde zarara yol açan davranışın bir sonucu olarak hak sahibinin zaten bir fayda elde etmemesidir, çünkü hak sahibi zarara yol açan davranış olmasaydı da karşı edimi (örneğin satış bedeli) her hâlükârda elde edecekti. Dolayısıyla burada bir faydadan söz edilemeyeceğinden, faydanın denkleştirilmesinin önlenmesinden de söz edilememelidir.²⁰⁵

Öğretide ayrıca bu görüşün kabulünün bazı durumlarda garip sonuçlara yol açabileceği belirtilmektedir. *Henn* tarafından verilen örnek şu şekildedir: (H), (M)'nin tek mirasçısı olsun ve kendisine bir pul koleksiyonu kalmış olsun. Miras kalan pul koleksiyonundaki pullardan biri (H)'nin kendisinin sahip olduğu koleksiyondaki tek eksik parçadır ve (H)'deki 5 pul ile birleştirince toplam değeri 2000 TL olmaktadır. Pulların tek tek değeri ise 300 TL'dir. İyi bir pazarlıkçı olan (H), söz konusu pulları 2550 TL'ye satmayı başarır ancak pulları devretmeden önce bir başkası miras kalan pula zarar verir. Alıcı eksik pul olmadan diğer pulları almak istemez. Daha sonra (M)'nin daha önce bilinmeyen vasiyeti bulunur ve terekedeki pulu (Ü)'ye vasiyet ettiği ortaya çıkar.²⁰⁶

Burada menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesi görüşünü kabul edip (H)'nin pulu vasiyet alacaklısı (Ü)'ye devredeceğini ve pulun yok olması ile bu borcundan kurtulduğunu dikkate almazsak (H)'nin zararı $2550 - 1500 = 1050$ TL'dir (çünkü 5 pul hala malvarlığında durmaktadır). Bu durumda 1050 TL tutarında olduğunu kabul ettiğimiz zararın tazminine ilişkin alacak bir tür

²⁰³ Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 79; Henn, 103.

²⁰⁴ Denkleştirilmesinin engellenmesi ile kurulan paralelliğe bir diğer itiraz ise *Luther* tarafından ileri sürülmektedir. Yazara göre tazminat hukukundaki fark teorisi, zenginleşme yasağı ve bunun sonucu olarak menfaatin denkleştirilmesi kavramlarının istisnaları mevcuttur. Bu gibi durumlarda kanun koyucu normatif gerekçelerle zenginleşme yasağına istisna tanıyarak zarar görenin zenginleşmesini istemektedir ve menfaatin denkleştirilmesinin önüne geçilmesi amaca uygundur. Normatif zarar öğretisi üçüncü kişinin zararının tazmini problemini her ne kadar (karşı) edim hasarının üçüncü kişiye geçmesinin etkisini zararın hesaplanmasında dikkate almayarak çözmeye çalışsa da, fark teorisinden vazgeçilebilmesi için menfaatlerin denkleştirilmesinin önüne geçilmesini gerektirecek bir sebep bulunmalıdır. Yazara göre böyle bir sebep riskin geçtiği hallerde mevcut değildir, çünkü burada tazminata hak kazanan kişinin normatif sebeplerle zenginleştirilmek istenmesi değil, zarara uğrayan kişinin tazminat talebine hak kazanamamasına rağmen (hak sahibi aracılığıyla) zararının tazmin edilmesi söz konusudur. Yani burada sorun fark teorisi değildir, sorumluluk hukukunun riskin geçtiği kişiyi korumasıdır. Bkz *Luther*, 579.

²⁰⁵ Henn, 104.

²⁰⁶ Henn, 105.

kaim değer olarak (Ü) tarafından talep edebilecektir. Ancak (Ü)'nün vasiyet alacağı yalnızca 300 TL değerindeki bir pula ilişkili ve zararı da dolayısıyla 300 TL'dir.²⁰⁷ Bu sonucun önüne geçmek için öğretide bir görüş talep edilebilecek tutarın eşyanın üçüncü kişinin malvarlığında ifade edeceği değerle sınırlanması gerektiğini, aksi halde üçüncü kişinin eşyanın ona devredildikten sonra zarar gördüğü ihtimale göre daha iyi bir duruma geleceğini belirtmektedir.²⁰⁸ Nitekim öğretideki hâkim görüş kaim değer önceki değeri aşması halinde yüksek olan kaim değer talep edilebileceği yönünde olmakla beraber,²⁰⁹ bir görüşe göre hakkaniyete aykırı durumların doğduğu hallerde dürüstlük kuralına dayanarak bu kurala istisna tanınması mümkündür.²¹⁰ Özellikle borçlunun yüksek kaim değeri kendi kişisel özellikleri yardımıyla elde ettiği durumlarda bu şartın sağlandığı ifade edilmektedir.²¹¹ Somut örnekte de üçüncü kişinin kaim değer olarak talep edilebileceği miktarın hakkaniyete uygun olarak sınırlanması mümkündür.²¹² Dolayısıyla söz konusu örnek denkleştirmenin reddedilmesi yoluyla normatif zararı kurgulayan görüşün reddi için tek başına yeterli değildir.

Kanaatimce zararın normatif olarak değerlendirilmesi sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözülmesine getirilebilecek daha önemli itirazlar mevcuttur. Ancak bu itirazlar hem denkleştirilmenin reddedilmesi hem de nispilik ilkesinden yola çıkarak zararın normatif olarak kurgulanması için geçerlidir. Dolayısıyla aşağıda önce nispilik ilkesinden yola çıkan görüşe yer verilecek, daha sonra her iki görüş için ortak olarak ileri sürülebilecek diğer eleştiriler ele alınacaktır.

ii. Nispilik İlkesini Kullanarak Alacaklının Zarara Uğramadığı İddiasının Önüne Geçen Görüş

Bu görüşe göre zarar veren, zarar kayması sebebiyle hak sahibinin zarara uğramadığını iddia ettiğinde hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki nispi bir ilişkiye dayanmaktadır. Örneğin, (karşı) edim hasarının üçüncü kişiye geçtiği hallerde zarar veren buna dayanarak bir savunma yaptığında

²⁰⁷ Henn, 106.

²⁰⁸ Bollenberger, 338-339.

²⁰⁹ Bkz Önay, 349.

²¹⁰ Önay, 350-351. Yazar bu durumda fazla kısmın ancak şartlarının gerçekleşmesi halinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayanarak talep edilebileceğini belirtmektedir. Somut örnekte (M)'nin vasiyetinin sonradan ortaya çıktığı göz önüne alındığında (H)'nin kötü niyetli olduğunu söylemek güçtür. Öğretideki hâkim görüşe göre gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden doğan talep için kötü niyet aranmaktadır: bkz Baş Süzel, 44.

²¹¹ Önay, 350.

²¹² Henn ise buna katılmamakta ve bu türden normatif düzeltmeler yapıldıkça aslında bir yükümlülüğün ihlalinin yol açtığı olumsuzluğun değil, tazmin edilmeye değer bulduğumuz zararın tazmin edildiğini belirtmektedir: Henn, 106.

asında üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki hukuki ilişkiyi ilgilendiren riskin geçişine ilişkin kurallardan faydalanmaya çalışmaktadır. Öğretide kimi yazarlarca söz konusu kuralların hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki iç ilişkideki risk paylaşımını ilgilendirdiği, bu hükümlerin amacının borçluyu borçtan kurtarmak olmadığı, borç ilişkisinin nispi olduğu ve bu sebeple zarara yol açan borçluyu söz konusu ilişkinin ilgilendirmedeği ileri sürülmektedir.²¹³ Bu görüşe göre hukuki ilişkiler yalnızca taraflarını borç altına sokup kural olarak taraflarına hak kazandırdığından hak sahibi söz konusu hukuki ilişkiye dayanmamalıdır.²¹⁴

Öğretide bu görüş haklı olarak eleştirilmekte ve fark teorisi uyarınca zarar hesaplanırken bir durumun dikkate alınmasının onun borç ilişkisi dışındaki birine (somut olayda zarar veren) karşı hukuki etki doğurduğu anlamına gelmediği belirtilmektedir. Burada zarar hesaplanırken bütün ilişkiler birer vakıa olarak dikkate alınmaktadır ve yalnızca hesaplamada birer kalem olarak değerlendirilmektedir.²¹⁵ Yani burada borçlu üçüncü kişinin bir hakkını ileri sürmemekte, aksine davanın dayanağına ilişkin bir savunmada bulunmaktadır.²¹⁶ Benzer şekilde borçlunun alacaklının üçüncü bir kişi ile yaptığı kârlı bir sözleşme sonucu zararının azaldığını ileri sürmesine izin verilmektedir, dolayısıyla burada da bu savunmaya nispilik ilkesine dayanarak karşı çıkılamamalıdır. Ayrıca bunun tersi de mümkündür, yani alacaklının zarara uğradığını ortaya koyabilmesi için borçlu ile üçüncü kişi arasındaki bir hukuki ilişkinin varlığını ileri sürmesi gerekebilir. Şöyle bir örnek düşünelim. Borçlu alacaklı ile yaptığı sözleşme ile geçerli bir biçimde belirli bir süre alacaklı ile rekabet etmemeyi borçlanmış olsun. Daha sonra bu borcunu ihlal edecek şekilde bir üçüncü kişi ile sözleşme yapmış olsun. Bu durumda alacaklı rekabet yasağının ihlali sebebiyle tazminat isterken üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeyi bir vakıa olarak ileri süremeyecek midir? Bu soruya olumlu yanıt verilmesine nispilik ilkesi engel olmuyorsa, zarar verenin hak sahibinin zarara uğramadığını ileri sürmesine de tek başına engel olmamalıdır.

iii. Normatif Zarar Kavramından Yola Çıkan Görüşlere İlişkin Ortak Değerlendirme

²¹³ Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 84-85 ve 86.

²¹⁴ Piotet, Drittschadensliquidation, para 257; von Tuhr, Interesse, 536 dn 24; BK-Brehm, 2006, Art 41 OR, para 26a; BSK ZGB II – Huwiler, Art 562, para 43a.

²¹⁵ Henn, 103, Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 203-204.

²¹⁶ Tägert, 39; Kluckhohn, 427.

Öğretide normatif zarar kavramı kullanılarak hak sahibinin kendi zararının mevcut olduğunun savunulması haklı olarak eleştirilmektedir. Bu yola başvurulduğunda üçüncü kişinin zararının tazminini gerekçelendirmek için kullanılan değer yargıları aslında zarar kavramının kendisinde kullanılmakta ve böylece üçüncü kişinin zararının tazmini teorisine olan ihtiyaç ortadan kaldırılmaktadır.²¹⁷ Dolayısıyla aynı sonuca aynı gerekçeyle ancak farklı kavramlar kullanılarak varılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki normatif zarar kavramı ne Türkiye’de ne de İsviçre’de tam olarak yerleşmiş durumdadır ve fark teorisinden ne ölçüde vazgeçilebileceği de henüz net değildir.²¹⁸

Kanaatimce bu çözüm yönteminin en zayıf noktası fiili gerçeklikle bağdaşmaması ve hak sahibinin var olduğu iddia edilen zararının fiktif olmasıdır. Eğer hak sahibinin normatif zararının tazmini için elde ettiği miktarı üçüncü kişiye devretmesi gerektiği kabul ediliyorsa,²¹⁹ *Bärtschi*’nin de belirttiği gibi, aslında üçüncü kişinin zarara uğramış olduğu örtülü olarak kabul edilmektedir.²²⁰ Ancak eğer hak sahibinin kendi zararı varsa üçüncü kişinin zararı söz konusu olamaz, çünkü aynı zarar aynı anda iki farklı kişinin malvarlığına ait olamaz.²²¹ Ayrıca üçüncü kişinin zarar verene karşı hâlihazırda haksız fiilden doğan bir alacak hakkının mevcut olduğu ancak zarar kayması sebebiyle sözleşmesel bir talep ileri süremediği durumlarda²²² normatif zarar kavramına başvurulması halinde garip bir durum ortaya çıkacaktır. Aynı zarar haksız fiil alacağının muhtevasını teşkil ettiğinde üçüncü kişiye ait olurken sözleşmesel bir talebin muhtevasını teşkil ettiğinde hak sahibine ait olacaktır. Bunun ise gerekçelendirilmesi güçtür.²²³ Sonuç olarak normatif zarar kavramından yola çıkarak üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa teorik açıdan tatmin edici bir çözüm bulmak mümkün görünmemektedir.

²¹⁷ Von Graffenried, para 575; Urban, 54-55.

²¹⁸ Von Graffenried, para 577. İsviçre’de OR 2020 teklifinde normatif zararın tazmin edilebilir olmasını sağlayacak bir hüküm gündeme gelmişse de söz konusu teklif yasalaşmamıştır (bkz Art 47: “*Der Schaden besteht in einer Vermögenseinbusse oder einer anderen Einbusse./Zarar, bir malvarlığı kaybı ya da herhangi başka kayıptan mütevellittir*” (vurgu eklenmiştir)). Türk öğretisinde normatif zarar kavramının genel olarak kabul görmediği yönünde: Çakırca, 22-23; Doğu, 1143. Normatif zarar kavramıyla ilgili öğretide ileri sürülen görüşlerin bir özeti için bkz Doğu, 1143 vd. Türk hukukunda normatif zararın tazmininin kanunda açıkça kabul edildiği bir örnek paket tur sözleşmelerinde tüketicinin boşa harcanan tatil zamanı için tazminat talep edebileceğini öngören TKHK 51 VIII c 2 hükmüdür: bkz Doğu, 1142.

²¹⁹ Örneğin bkz Serozan, İfa, § 16 para 7; Piotet, Drittschadensliquidation, para 259.

²²⁰ Bärtschi, 417 dn 1888; Benzer yönde von Graffenried, para 577.

²²¹ Benzer yönde Marti-Schreier, para 43.

²²² Örnek olarak üçüncü kişiye ait eşya üzerinde özen borcu doğuran ilişkiler (*Obhutsfälle*) verilebilir. Bkz aşağıda §9.

²²³ Marti-Schreier, para 44.

**b. Zarar Kavramının Alternatif Yorumları Sonucu Hak Sahibinin
Eşyanın En Az Objektif Değeri Kadar Zarara Uğradığını
Savunan Görüşler**

Öğretide bir grup görüş, farklı yollardan, hak sahibinin zarar gören ekonomik varlığı bir başkasına devretme yükümlülüğü olup bu değere gelen zarar sonrası söz konusu yükümlülüğünden kurtulduğu hallerde dahi en azından ilgili ekonomik varlığın objektif piyasa değeri kadar zarara uğradığı sonucuna varmaktadır. Bu sonuca varıldıktan sonra ise hak sahibinin zarar verene karşı sahip olduğu tazminat alacağının kaim değer olarak kabul edilip üçüncü kişi tarafından kendisine devrinin talep edilebileceği belirtilmektedir.

Hagen, söz konusu sonuca varmak için subjektif zarar kavramını ortaya atmaktadır. Yazara göre hukuk devletinin özü kişisel özgürlüklerin garanti altına alınmasıdır.²²⁴ Malvarlığı ise kişinin hareket özgürlüğünü (*Handlungsfreiheit*) artırmakta ve kişinin bu özgürlüğünü temel ihtiyaçlarının ötesine geçen ve kendisi için anlam taşıyan amaçlar için kullanmasını kolaylaştırmaktadır.²²⁵ Dolayısıyla malvarlığını koruyan tazminat hukuku da kişiliğin özgürce geliştirilmesini odağına almak durumundadır.²²⁶ Bu doğrultuda malvarlığı da genel olarak kişiliğin geliştirilmesine hizmet eden imkânların somut bir karşılığı olarak görülmeli ve söz konusu imkânların azaltılması bir zarar olarak telakki edilmelidir. Bu tür bir zarar yalnızca kişinin malvarlığındaki somut bir değeri ekonomik bir amaca tahsis etmesinin önlenmesi halinde değil, herhangi bir hayat amacına vakfedilmesine engel olunması halinde de doğar.²²⁷ Bu sebeple yazara göre tazminata hükmedebilmek için finansal olarak ölçülebilen bir zararın söz konusu olması şart değildir, her halükârda bir hukuki menfaati ihlal edilen kişinin en azından bu menfaatin objektif olarak tespit edilecek minimum değeri (yani bu menfaatin tekrar yerine konulması için gereken tutar) kadar zarara uğradığının kabulü zorunludur.²²⁸ Hak sahibinin söz konusu eşyayı nasıl kullanacağı zarar vereni ilgilendirmemektedir.²²⁹

²²⁴ Hagen, 177.

²²⁵ Hagen, 178.

²²⁶ Hagen, 178.

²²⁷ Hagen, 180

²²⁸ Hagen, 180-182; (karşı) edim hasarının geçtiği haller bakımından aynı yönde Larenz, 13. Bası, 428-429.

²²⁹ Hagen, 184. Yazar, savunduğu görüşün, kötü bir tercih sonucu kârlı olmayan bir amaca geri dönülemez şekilde tahsis edilen malvarlığı menfaatlerinin ihlali halinde kişinin zararını nasıl açıklayacağını sorunlu olduğunu kabul etmekte, ancak BGB 249 hükmünün de bu durumda tazminatın en azından eşyanın minimum değeri kadar olmasını desteklediğini belirtmektedir. (BGB 249 I: “*Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen,*

Yazara göre bağışlanan eşyaya zarar verilmesi örneğinde malik finansal olarak zarara uğramasa da bu eşyayı bağışlama amacından alıkonulmuştur ve dolayısıyla eşyanın piyasa değeri kadar tazminata hak kazanmalıdır. Söz konusu eşyayı bağışlama sözleşmesi uyarınca karşılık almaksızın devretme borcundan kurtulması bağışlayanın zarara uğramadığı sonucunu doğuracak malvarlıksal bir fayda olarak görülmemelidir.²³⁰ Vasiyet edilen değer vasiyet borçlusu külli halef mirasçının malvarlığında iken zarar görmesi halinde de vasiyet borçlusu mirasbırakanın son arzusunu yerine getirmekten yoksun bırakılmaktadır. Dolayısıyla burada da mirasçının vasiyet borcundan kurtulması bir tür fayda olarak görülemez.²³¹ Mesafe satışında ise karşı edim hasarının alıcıya geçmesinden sonra eşyanın zarara uğraması halinde satıcı borcunu amaçladığı gibi ifa etme imkanından mahrum bırakılmaktadır.²³² Sonuç olarak edim ya da karşı edim hasarının hak sahibi ve üçüncü kişi arasındaki ilişkide nasıl düzenlendiği zarar vereni ilgilendirmemektedir ve en azından zarar gören menfaatin minimum objektif değeri yerine konmak zorundadır.²³³ Üçüncü kişinin, imkânsızlaşan asıl edim yerine geçen bir kaim değer olarak söz konusu tazminat alacağının kendisine devrini talep etmesi mümkündür.²³⁴

Bu görüş öğretide çeşitli eleştirilere uğramıştır. *Henn*, bu görüşün kabulü halinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun birçok senaryoda daha doğmadan çözüldüğünü kabul etmekte²³⁵ ancak halihazırda satılmış olan eşyaya verilen zarar örneği bakımından satıcının hareket özgürlüğünün kısıtlandığının kabulünün şüpheli olduğunu ve bu kabulün satıcının alıcıya olan borcunu ifa etmeyip eşyayı başka şekilde kullanabileceğinin onaylanması anlamına geleceğini belirtmektedir. Bu ise yazara göre hukuk düzeninin potansiyel bir sözleşme ihlalini koruması demektir.²³⁶ Ayrıca yazar, mesafe satışlarında taşınırın kargolanması ve dolayısıyla karşı edim hasarının alıcıya geçmesi sonrası alacaklının eşya üzerinde nasıl bir tasarruf kabiliyetinden söz edilebileceğini sorgulamaktadır.²³⁷ Son olarak yazara göre söz konusu görüş, ilk aşamada

der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre./Tazminatla yükümlü olan kişi zarara yol açan davranış gerçekleşmeseydi var olacak durumu tahsis etmekle yükümlüdür.”)

²³⁰ Hagen, 186.

²³¹ Hagen, 186.

²³² Hagen, 187.

²³³ Hagen, 187.

²³⁴ Hagen, 186.

²³⁵ Henn, 90.

²³⁶ Henn, 108-109.

²³⁷ Henn, 109.

gerçekten zarara uğrayan üçüncü kişinin zararının tazminini amaçlamayarak tazminat hukukunun denkleştirme amacından sapmaktadır.²³⁸

Kanaatimce *Henn*'in ileri sürdüğü ilk eleştiri yerinde değildir. İlk olarak, yukarıda açıklandığı üzere, *Hagen*, karşı edim hasarının alıcıya geçtiği bir durumda satılan eşyaya verilen zarar bakımından satıcının borcunu gereği gibi ifa kabiliyetinin sınırlandığını belirtmekte ve satıcının zararını güttüğü amacı yerine getirememesinde görmektedir. Bunun ise *Henn*'in ileri sürdüğü gibi eşyanın başka bir amaçla kullanılabileceğinin onaylanması anlamına gelmediği aşikardır. Yazarın ileri sürdüğü son eleştiri ise yukarıda normatif zarar kavramından yola çıkan görüşlere karşı ileri sürülen ve hak sahibinin uğradığı iddia edilen zararın fiktif olduğu yönündeki eleştiri ile benzerlik taşımaktadır.

Kanaatimce *Hagen*'in teorisi başka açılardan zayıf noktalar taşımaktadır. Örneğin vasiyet edilen eşya örneğinde, mirasbırakanın tek yasal mirasçısı olan oğlunun mirasbırakanın (saklı payları ihlal etmeden) söz konusu eşyayı arkadaşına vasiyet etmesinden rahatsız olduğunu kabul edelim. Hatta bu durumdan o kadar rahatsız olsun ki babasının son arzusuna karşı gelerek eşyayı vasiyet alacaklısına devretmekten kaçınsın ve vasiyet alacaklısı dava yoluna başvurmuş olsun. Tam bu sırada eşyaya bir başkasının zarar vermesi halinde, *Hagen*'in teorisi kapsamında mirasçı oğlun nasıl bir zararından söz edilebilir? Bu durumda *Hagen*'in teorisi, muhtemelen kendisi dahi zarara uğradığını düşünmeyen hak sahibine bir tür tazminat alacağını adeta dayatmaktadır. Yukarıda normatif zarardan yola çıkan görüşlerde olduğu gibi burada da hak sahibinin uğradığı iddia edilen zarar birçok durumda fiktiftir.

Alman öğretisinde *Hagen* dışında başka yazarlar da farklı gerekçelerle objektif minimum zararın tazminini savunmaktadırlar. *Neuner*'e göre haksız fiil tazminatının asıl amacı denkleştirmeden ziyade hukukun icrasını sağlamak ve bu doğrultuda ihlale yaptırım uygulamaktır. Haksız fiil tazminatının ihlal edilen menfaatin objektif değerine göre belirlenmesi bu amaçla uyumludur.²³⁹ Borca aykırılık bakımından ise, ifa hala mümkünse alacaklının aynen ifayı talep etmesi mümkündür. Borçlu buna ifanın alacaklı bakımından subjektif olarak düşük bir değer taşıdığını ileri sürerek karşı çıkamaz. Bu sebeple, alacaklının ifa yerine tazminat talep ettiği durumda da borçlu aynı itirazı ileri sürememelidir. İfanın mümkün olmaması da bu sonucu değiştirmez, çünkü

²³⁸ Henn, 110.

²³⁹ Neuner (R), AcP, 290-292.

bu durum borçluyu ifa mümkün olup aynen ifa talep edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirmemelidir. Sonuç olarak borca aykırılık bakımından da tazminatın, ifanın minimum objektif değeri dikkate alınarak hesaplanması gerekir.²⁴⁰

Jahr'a göre ise bir hukuki menfaatin ihlal edilmesi sonucu bu menfaat adeta zarar veren tarafından tazminat ödenmesi yoluyla zorla paraya çevrilmiş olmaktadır. Söz konusu menfaati zorla paraya çeviren kişi, menfaatin sahibinin varsayımsal olarak bu menfaati paraya çevirmeyecek olması ihtimalinden faydalanamamalıdır.²⁴¹ Sonuç olarak her hâlükârda ihlal edilen menfaatin objektif değeri tazmin edilmelidir.²⁴²

Wilburg'a göre hak sahibinin malvarlığına ilişkin başkalarıyla olan hukuki ilişkileri zarar vereni ilgilendirmemektedir. Zarar veren, hak sahibinin kendisi için avantaj sağlayacak bir hukuki ilişkiye gireceğinden medet ummamalıdır. Dolayısıyla tazminat objektif değer dikkate alınarak belirlenmelidir.²⁴³

Stoll'a göre zarara yol açan kişi zarar göreni zarar verici davranış gerçekleşmeden önceki duruma getirmek zorundadır, dolayısıyla zarar verici davranış olmasaydı söz konusu eşyanın bir üçüncü kişiye devredilecek olması gibi sebeplerle hak sahibinin zararının olmadığı iddiası dinlenmemelidir.²⁴⁴

Söz konusu görüşlerin tamamının ortak noktası, her biri açıkça ifade etmese de, tazminat yükümlülüğünü belirlerken zarar veren kişiye odaklanmalarıdır. Ancak hem haksız fiil tazminatının hem de sözleşmesel tazminatın birincil amacı zarar verici davranışları caydırmak değil, zararı telafi etmektir.²⁴⁵ Dolayısıyla bu görüşler zarar kavramını tazminat hukukunun temel amacı ile bağdaşmayacak şekilde tanımlamaktadır.²⁴⁶ Ayrıca, normatif zarar kavramına dayanan

²⁴⁰ Neuner (R), AcP, 293-294.

²⁴¹ Jahr, 736-737.

²⁴² Jahr, 733. Bu görüşün eleştirisi için bkz Henn, 96-97. Yazara göre zarar verici davranış gerçekleşmeseydi alacaklının eşyayı nasıl kullanacağı bilinmese de bu bilinmezliğin negatif sonuçları zarara yol açana yüklenmelidir ve alacaklının eşyayı makul bir kullanıma tabi tutması sonucu elde edeceği ekonomik fayda kadar tazminata hükmedilmelidir. Ancak üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında durum farklıdır. Örneğin eşyanın üçüncü kişiye devredilecek olduğu ihtimalde eşyanın makul kullanımı söz konusu devirdir. Alacaklı eşyayı devretmekten kaçınacağını iddia etse dahi bu ihtimalde de bunun sonuçlarına katlanacaktı. Dolayısıyla yazara göre bu görüş üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarını çözmemektedir.

²⁴³ Wilburg, 145-146.

²⁴⁴ Stoll, 12 ve 14.

²⁴⁵ Oğuzman/Öz, C II, 120; Nomer, Borçlar Genel, para 131.2; Rey, para 395. Aksi takdirde bir özel hukuk cezasından söz etmek gerekirdi: bkz Keuk, 49; Oğuzman/Öz, C II, 120; Nomer, Borçlar Genel, para 131.2. Bu konuda ve özel hukuk cezası kavramı hakkında daha detaylı bilgi için bkz Önay/Ok, 1321 vd.

²⁴⁶ Benzer yönde Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 78.

görüŖe yöneltilen eleŖtiriye benzer bir eleŖtiri burada da ileri sürülebilir. Bu çözüm yöntemi fiili gerçeklikle bağdaŖmamaktadır ve hak sahibinin var olduğu iddia edilen zararı fiiktiftir. Burada, hak sahibinin elde ettiği miktarı üçüncü kiŖiye devretmesi gerektiği kabul edildiğinden aslında fiilen üçüncü kiŖinin zarara uğramıŖ olduğu örtülü olarak kabul edilmektedir.²⁴⁷

c. Hak Sahibinin Üçüncü KiŖi ile İliŖkisinin Bozulmasından Doğan Zararı

Bazı durumlarda hak sahibinin üçüncü kiŖinin zararının tazmininde dolaylı da olsa bir malvarlıksal menfaati mevcut olabilir. Örneğin hak sahibi ile üçüncü kiŖi arasındaki güven iliŖkisi alacaklı bakımından çok önemliyse, üçüncü kiŖinin uğradığı zararın tazmin edilemeyecek olması halinde bu iliŖkinin zedeleneceği ve hak sahibinin uzun vadede de olsa üçüncü kiŖi ile iliŖkisinin bozulması, hatta iŖlerini ciddi bir Ŗekilde takip etmediği söylentisinin yayılması nedeniyle başkalarından alacağı iŖlerin azalması sonucu maddi zarara uğrayacağı ileri sürülebilir. Örneğin, mesafe satıŖında bağımsız taşıyıcıya teslim ile karŖı edim hasarının alıcıya geçmesi sonrasında eŖyanın hasara uğraması halinde satıcının, hukuken haklı olarak, satıŖ bedelini talep etmesi alıcı tarafından kaba bir davranıŖ olarak görülebilir. Alıcıların gözündeki itibarını ve bununla bağlantılı olarak pazardaki pozisyonunu korumak isteyen satıcının bu bedeli talep etmekten vazgeçmesi ya da yeni bir ürün göndermesi olasıdır. Bu durumda satıcının herhangi bir zararının olmadığını iddia etmenin gerçekçi olmayacağı ileri sürülmüŖtür.²⁴⁸

Öğretide hak sahibinin bu türden dolaylı bir zararının söz konusu olması için hangi Ŗartların sağlanması gerektiği hususunda çeŖitli görüşler ileri sürülmüŖtür. *Werner*'e göre hak sahibinin kendi isteğiyle üçüncü kiŖinin zararını tazmin etmesi hak sahibinin bu türden bir zararının doğduğunun kabulü için yeterlidir. Zarar verenin, hak sahibine karŖı üçüncü kiŖinin zararını tazminle yükümlü olmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teŖkil edecektir.²⁴⁹ *Siber*'e göre de hak sahibinin üçüncü kiŖinin zararının tazminine iliŖkin bir menfaatinin olması, örneğin

²⁴⁷ Von Graffenried, para 577; Bärtschi, 417 dn 1888. Genel olarak hak sahibinin kendi zararını kurgulamaya çalıŖan yöntemlerin yapay olduğu ve reddedilmesi gerektiği yönünde: Junker, AcP 193, 352.

²⁴⁸ Büdenbender, NJW 2000, 989. Haklı menfaatleri korumak için yapılan harcamaların bir malvarlığı zararı kalemi teŖkil edebileceği yönünde: Mertens, 163.

²⁴⁹ Werner, Vorbemerkungen §§ 249-255 BGB III 2c, 119. Ancak burada hak sahibinin davranıŖı zararı artırmama külfeti ile çatıŖıyor gibi görülebilir. Hak sahibi tarafından ileri sürülebilecek olası bir karŖı argüman ise kendi davranıŖının tam tersi zararı artırmama külfeti kapsamında gerekli olduğu, zira ilgili müŖterinin kötü tecrübesini paylaŖması sonucu ileride başka müŖterileri kaçırp zararının artmasının mümkün olduğudur. Zararı artırmama külfeti hakkında bkz aŖađıda §4.B.4.b.

üçüncü kişinin zararının tazminini nezaket gereği görmesi ya da iş ilişkileri veya itibarını korumak için gerekli olduğunu düşünmesi ve buna dayanarak kendi isteğiyle üçüncü kişinin zararını tazmin etmesi halinde böyle bir zarardan söz edilebilir.²⁵⁰

Her iki görüşe karşı öğretilerde eleştiriler yöneltmiştir. Bu eleştirilerden ilki, birçok durumda alacaklının burada malvarlıksal bir menfaatten ziyade müşteri memnuniyetine ilişkin daha ziyade hissi ya da manevi bir menfaatinin söz konusu olmasıdır.²⁵¹ Ayrıca her iki görüş de tazmin edilecek zararın kapsamı bakımından net bir sınır çizememesi sebebiyle eleştirilmektedir.²⁵²

Hak sahibinin gönüllü olarak üçüncü kişinin zararını gidermesinin tek başına onun yaptığı ödeme tutarında zarara uğradığının kabulü için yeterli olmadığı açıktır.²⁵³ Hak sahibinin zarara uğradığının kabulü için bunun ötesinde üçüncü kişiye yaptığı ödeme olmaksızın ileride yapma imkanını kaybedebileceği hukuki işlemleri ve bunlardan ne ölçüde zarara uğrayacağını belirli bir olasılık dahilinde ispat etmesi gerekecektir.²⁵⁴ Ancak böyle bir ispatın güçlüğü ortadadır.²⁵⁵

Son olarak öğretilerde, hak sahibi zararını ispat etse dahi talep edebileceği tazminatın hak sahibinin kendi zararının telafisine yönelik olacağı ve üçüncü kişinin zararının karşılığı olmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu görüş uyarınca üçüncü şahıs bu tazminatın kendisine devredilmesini talep edemeyecektir.²⁵⁶ Sonuç olarak hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazmininde bir menfaati olsa ve bu menfaat malvarlıksal nitelik taşısa dahi, öğretilerdeki karşı görüşlere göre söz konusu menfaat üçüncü kişinin ifaya olan menfaatine tekabül etmeyecektir.²⁵⁷

Bu eleştirilerde haklılık payı mevcuttur. Kanaatimce burada birçok durumda asıl sorun hak sahibinin zarara uğrayacağını ispat etse dahi zararın miktarının ispat edememesi olacaktır. Burada alternatif olarak şu akla gelebilirdi. Acaba hâkim, TBK 51 uyarınca tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini belirleme yetkisine dayanarak,²⁵⁸ bir tür aynen tazmin biçimi olarak üçüncü kişinin zararının tazminine hükmedebilir mi?²⁵⁹ Burada zarara yol açan husus üçüncü kişi ile hak sahibi

²⁵⁰ Siber, § 249 BGB, 82-83.

²⁵¹ Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 195; Reinhard, 23; Kunze, 34.

²⁵² Täget, 6-7.

²⁵³ Hagen, 32.

²⁵⁴ Hagen, 33; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 195.

²⁵⁵ Hagen, 33; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 195.

²⁵⁶ Reinhardt, 24; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 196.

²⁵⁷ Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 196.

²⁵⁸ Bu hüküm TBK 114 II uyarınca borca aykırılıktan doğan zarar bakımından da uygulanır.

²⁵⁹ Belirtmek gerekir ki tazminatın bir miktar para olarak belirlenmesi nakden tazminin söz konusu olduğu anlamına gelmemektedir. Nakden tazmin – aynen tazmin arasındaki fark şudur: Bu kavramlardan ilkinde tazminatın miktarı

arasındaki ilişkinin bozulması olduğundan, hâkim adeta üçüncü kişinin zararının tazminine hükmederek bu bozulmayı “tamir” etmiş olacaktır.

Bu imkânın kabulü hâlinde hak sahibinin ileride uğrayacağı zararın ne kadar olası olduğu bu ödeme en nihayetinde zarar verenin sırtına yükleneceği için onun menfaati açısından dikkate alınmalıdır.²⁶⁰ Kanaatimce hak sahibinin önemli miktarda (en azından üçüncü kişinin zararı ile kıyaslanabilecek tutarda) zarara uğrayabileceğinin oldukça olası görüldüğü durumlarda bu yola başvurulabilir. Örneğin, rekabetin yoğun olduğu bir piyasada hak sahibi ile üçüncü kişi arasında süregelen ve devam edeceği aşikâr olan bir ticari ilişki söz konusuysa, üçüncü kişinin zararının hak sahibince karşılanmaması hâlinde üçüncü kişinin rakip teşebbüs ile çalışmaya başlaması yüksek bir ihtimal olabilir. Somut olayda bu ihtimalin yüksek olduğunu gösterecek başka emareler de olabilir. Bu durumda hâkimin bir tür aynen tazmin olarak üçüncü kişinin zararı tutarında tazminata hükmetmesi kanaatimce mümkün olmalıdır. Böylece üçüncü kişinin zararı hâlihazırda hak sahibi tarafından karşılanmamışsa doğrudan üçüncü kişiye ödeme yapılmasına hükmedilerek tazminatın üçüncü kişiye devrine ilişkin öğretide ileri sürülen sorun da çözülmüş olacaktır.²⁶¹

Son olarak belirtmek gerekir ki yukarıdaki paragraftaki yol tercih edildiğinde bağımsız bir üçüncü kişinin zararının tazmini teorisine başvurulmamaktadır. Burada hak sahibinin zararının aynen tazminine başvurulmasının bir sonucu olarak fiilen üçüncü kişinin zararının tazmini de sağlanmış olmaktadır. Bu çalışmada geliştirilecek üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi²⁶² ile hak sahibinin yukarıdaki paragrafta açıklanan aynen tazmin talebi birbirine alternatif teşkil edecektir. İki yoldan herhangi birine başvurulup başarıya ulaşılması halinde üçüncü kişinin zararı tazmin edilmiş olacağından artık diğer yolun dayanağı ortadan kalkacaktır. Ancak hak sahibinin aynen tazmin yoluna başvurabilmesi için zarara uğrayacağını ve bu zararın tam olarak miktarını ispatlayamasa da en azından üçüncü kişinin uğradığı zarardan büyük ihtimalle daha yüksek olacağını ispatlaması gerekeceğinden bu çözüm yoluna sıklıkla başvurulabilmesi pek olası görünmemektedir.

d. Genel Değerlendirme

zarar görenin malvarlığındaki değer eksikliği dikkate alınarak belirlenirken, ikincisinde ise tazminat hak konusu varlığın kendisinde meydana gelen değişiklik dikkate alınarak eski hâlin tesisini sağlayacak şekilde belirlenmektedir: bkz Nomer, Maddi Tazminat, 37 vd.

²⁶⁰ Belirli bir hayat amacına erişmek için kullanılan hukuki değerın zarar görmesi sonucu zarara uğrayanın bu amaca ulaşmak için yaptığı harcamalar bakımından bu yönde: Mertens, 172.

²⁶¹ Bu yönde bir mahkeme kararının usul hukuku kurallarınca mümkün olup olmadığı aydınlatılmaya muhtaçtır.

²⁶² Bkz aşağıda §4.

Görüldüğü üzere zarar kavramının anlamı ve kapsamından yola çıkarak çeşitli yollarla hak sahibinin kendi zararının olduğu sonucuna varan ve üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu henüz doğmadan çözen yukarıdaki yöntemlerin hiçbirisi tam olarak tatmin edici değildir.²⁶³ Bu yöntemlerin neredeyse tamamı, birtakım yapay akıl yürütmelere dayanmaktadır ve hak sahibinin zarara uğradığının kabulü için zarar kavramını olduğundan daha karmaşık hale getirmektedir. Ayrıca görüldüğü üzere bu yöntemlere başvurulduğunda üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıktığı senaryoların bazıları hala çözümsüz kalmaktadır. Dolayısıyla, bu çözüm yollarının kabulü hâlinde dahi, çözümsüz kalan senaryolar bakımından başka yollara başvurmak kaçınılmaz olacaktır. Bu ise işleri daha da karmaşıktır. Kanaatimce daha sade ve olayların büyük çoğunluğu bakımından çözüm sunabilecek bir teori tercih edilmelidir.

2. Zarar Veren Hak Sahibinin Yardımcı Kişisi Sayılarak Sorumlu Tutulması

Üçüncü kişinin zararının tazmini için bağımsız bir teoriye genel olarak karşı çıkan *Piotet*'ye göre hukukumuzda bu tür bir teorinin cevap vermeye çalıştığı ihtiyacı giderebilecek başka mekanizmalar hâlihazırda mevcuttur. Yazara göre borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından, özellikle (karşı) edim hasarının geçtiği hallerde ve üçüncü kişiye ait eşya üzerinde özen borcu doğuran ilişkilerde, birçok durumda yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa ilişkin şartları üçüncü kişi lehine yorumlayarak zarar vereni hak sahibinin ifa yardımcısı olarak kabul etmek mümkündür.²⁶⁴ Bu kabulün sonucu olarak üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu ortadan kalkacaktır, çünkü hak sahibi üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağından zarar kayması söz konusu olmayacaktır.

Aşağıda her bir olay grubunda yeri geldikçe yardımcı kişinin sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı detaylı olarak tartışılacaktır. Ancak şimdiden belirtmek gerekir ki TBK 116 uyarınca bir borcun ifası ya da bir hakkın kullanılması bakımından yardımcı kişiden söz edebilmek için zarar verenin borçlunun veya hak sahibinin isteği ve bilgisi dahilinde borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılmış olması gerekmektedir.²⁶⁵ Üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğduğu olaylarda bu şart her zaman sağlanmayacaktır. Bunun olası bir sebebi birçok

²⁶³ Aynı yönde Marti-Schreier, para 49.

²⁶⁴ Bkz Piotet, *Drittschadensliquidation*, para 266 vd ve 333 vd; Piotet, *théorie*, 346 vd.

²⁶⁵ Weber, 223; von Graffenried, para 638; Yağcı, 109 ve 111; Yünlü, 230 ve 241-242; Akçura Karaman, 1686-1687.

örnekte zarar verenin hak sahibinin borcunun ifasına katılmıyor oluşudur.²⁶⁶ Örneğin, üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun belki de en sık tartışıldığı örneklerden olan mesafe satışında taşıyıcı satıcının ifa yardımcısı değildir. Bunun sebebi, taşıyıcının satıcının borcunun ifasına katılmamasıdır. Bir mesafe satışından söz edebilmek için gönderilecek borcun söz konusu olması gerekir, yani satıcının eşyayı taşıyıcıya teslim etmesi ile ifa fiili sona ermektedir.²⁶⁷ Götürülecek borçtan farklı olarak, burada borçlu satış konusu eşyayı alıcının yerleşim yerine götürmekle yükümlü değildir. Taşıyıcının gerçekleştirdiği fiil ise tam olarak ikincisidir. Dolayısıyla taşıyıcı burada satıcının yükümlü olduğu bir fiili yerine getirmediğinden ifa yardımcısı kavramı ne kadar esnetilirse esnetilsin burada bir ifa yardımcısından söz etmek pek mümkün görünmemektedir.²⁶⁸

Ayrıca öğretilde, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu üçüncü kişinin zararının tazmini sorunun ortadan kaldıracak şekilde genişletmenin istenmeyen sonuçlarının olabileceği belirtilmektedir. Üçüncü kişinin zararının tazmininin doğrudan ilk aşamada zarar veren tarafından sağlanacağı bir teori geliştirildiğinde, zarar verenin iflas riskini üçüncü kişi taşımaktadır. İfa yardımcısının fiilinden sorumluluk halinde ise bu riski hak sahibi üstlenmektedir, zira üçüncü kişi zararının tazmini için önce hak sahibine başvuracak, hak sahibi ise daha sonra zarar verene rücu edecektir.²⁶⁹ Bu ise her zaman menfaatler dengesine uygun olmayabilir.²⁷⁰

B. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununu Kabul Eden ve Bu Sorunu Çeşitli Hukuki Mekanizmalarla Çözmeye Çalışan Yaklaşımlar

1. Genel Olarak

Öğretilde birçok görüş zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda çeşitli hukuki kurumların sınırlarını zorlayarak zarar kaymasını ortadan kaldırmaya çalışmak yerine bunu bağımsız bir sorun olarak kabul etmekte ve üçüncü kişinin zararının tazmininin nasıl ve hangi teorik dayanakla sağlanabileceği sorusuna cevap aramaktadır. Bu hususta farklı hukuki kurumlara dayanan birçok

²⁶⁶ Weber, 224; von Graffenried, para 189.

²⁶⁷ Bu anda borç henüz ifa edilmiş değildir, çünkü mülkiyet ve zilyetlik henüz alıcıya geçmemiştir. Ancak satıcı ifa için üzerine düşen fiili yerine getirmiştir.

²⁶⁸ Von Graffenried, para 614; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 83 dn 21; Marti-Schreier, para 213; Bärtschi, 441.

²⁶⁹ Von Graffenried, para 640; Marti-Schreier, para 214.

²⁷⁰ Ayrıca *Marti-Schreier* ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda zararın hak sahibinin ekonomik sahasına göre hesaplanacağını ve dolayısıyla üçüncü kişinin kâr kaybının dikkate alınamayacağını belirtmektedir (para 214). Yazarın bu sonuca nasıl vardığını anlamak güçtür. İfa yardımcısının fiilinden sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde hak sahibi doğrudan üçüncü kişiye karşı borca aykırılıktan sorumlu tutulmaktadır ve zarar elbette üçüncü kişinin şahsı dikkate alınarak hesaplanacaktır. Örneğin yoksun kalınan kârın yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun kapsamına girdiği yönünde: Yağcı, 139.

görüş ortaya atılmıştır. Aşağıda bu görüşler ayrı ayrı ele alınacak ve Türk hukuku açısından kabule şayan olup olmadıkları değerlendirilecektir. Üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu Almanya ve İsviçre öğretilerinde daha çok borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararı özelinde incelenmiştir. Bu görüşlerden haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazminine uygulanma olanağı olmayanlara yeri geldikçe işaret edilecektir. Ayrıca yalnızca haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa çözüm getirmeye çalışan görüşlere özel olarak işaret edilecektir. Daha sonra bu çalışmada benimsenen teorik dayanak açıklanacaktır.

2. İsviçre Hukukunda OR 97’den (TBK 112) Yola Çıkan Yaklaşım

İsviçre’de yaygın olarak savunulan bir görüşe göre borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminini TBK 112 hükmünün kaynağını teşkil eden OR 97 hükmüne dayandırmak mümkündür.²⁷¹ OR 97’nin lafzı “bundan [ihlalden] doğan zarardan (*daraus entstehenden Schaden*)” söz etmektedir. Öğreti bu lafızdan yola çıkarak, hükmün üçüncü kişinin zararının tazminini açıkça kabul etmese de bunu dışlamadığını ve bunun bilinçli bir tercih olduğunu savunmaktadır.²⁷² Bu görüşe göre burada hükmün lafzı açık biçimde kaleme alınarak içinin doldurulması uygulayıcılara bırakılmıştır. Hâkimin bu hükmü şartları gerçekleştiğinde üçüncü kişinin zararının tazminine izin verecek şekilde yorumlaması ve alacaklının menfaati ilkesine bir istisna tanınması mümkündür.

Bu görüşle ilgili detaylara geçmeden önce belirtmek gerekir ki TBK 112, OR 97’den farklı şekilde kaleme alınmıştır. TBK 112 hükmü açıkça borca aykırı davranan borçlunun “alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü” olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, OR 97’den farklı

²⁷¹ Von Graffenried, para 620-621 (yazar bu görüşün muhtemelen hâkim görüş olduğunu belirtmektedir); Marti-Schreier, para 145; Wolf, 291-292; Friedrich, 76; Yung, 318; Bärtschi, 157 ve 421; Friedrich, 76; Spiro, 200; Tandoğan, dommage, 313-314; Thorens, 128; BSK ZGB II – Huwiler, Art 562, para 43b (son iki yazar haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini için OR 41/TBK 49 hükmünün de benzer şekilde üçüncü kişinin zararının tazminini dışlamadığı görüşündedir).

²⁷² Belirtmek gerekir ki Walter Munzinger tarafından hazırlanan 1870 yılındaki kanun taslağının OR 97’ye tekabül eden 149. maddesi şu şekildeydi: “*Der Schuldner, der wegen Nichterfüllung oder wegen nicht gehöriger Erfüllung einer Obligation haftbar ist, hat dem Gläubiger Schadenersatz zu leisten. / Bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle sorumlu olan borçlunun alacaklıya tazminat ödemesi gerekir*” (vurgu eklenmiştir). Daha sonraki tasarlarda ve yasalaşan metinde alacaklıya yapılan vurgu kaldırılmıştır. Öğreti, buradan yola çıkarak söz konusu tercihin bilinçli olduğunu ve kanun gerekçesinden de tazminat sorumluluğunun alacaklının uğrayacağı zararlar sınırlanması yönünde bir sonuca varılmadığını belirtmektedir: Weber, 225-226; Siegrist, 5; Marti-Schreier, para 112; von Graffenried, para 620.

olarak, doğrudan TBK 112 hükmünün yorumundan borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceği sonucuna varmak zor görünmektedir.²⁷³

Yine de İsviçre öğretisinde OR 97'nin borca aykırılıktan kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazminine izin verecek şekilde yorumlanmasına dayanak teşkil eden argümanlar Türk hukuku için geliştirilecek çözüm bakımından da önem taşıyabilir. Öğretide hükmün temel olarak denkleştirmeyi amaçladığı,²⁷⁴ ancak ikincil olarak da olsa borca aykırı davranışa yaptırım uygulama ve bu tür davranışları caydırma amacının da olduğu belirtilmektedir.²⁷⁵ Ayrıca hüküm, borçlunun sorumluluğunu makul seviyede tutmayı da amaçlamaktadır.²⁷⁶ Nitekim yorum yoluyla ulaşılan ve yukarıda açıklanan alacaklının menfaati ilkesi de bu amaca hizmet etmektedir.²⁷⁷

Hükmün amaçları bu şekilde tespit edilince, üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmesi ile aslında zarar kayması sonucu ortadan kalkmış olan denkleştirme, yaptırım ve caydırıcılık amaçlarının tekrar canlandırılmış olduğu belirtilmektedir.²⁷⁸ Ayrıca borçlu, tipik olarak alacaklıya ait olacak bir menfaatin ihlalden doğan zararı tazmin edecektir. Bu sebeple burada borçlunun sorumluluğunun sistematik olarak genişlemesi söz konusu değildir,²⁷⁹ daha ziyade borçlunun tesadüfen sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmektedir.²⁸⁰ Sonuç olarak üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmesi ile borçlunun sorumluluğunun makul olmayacak ölçüde genişlemesi söz konusu olmamaktadır.²⁸¹

²⁷³ Aynı yönde: Çelt, 91. Nitekim yasalaşmayan OR 2020 tasarısında OR 97'ye tekabül eden 128. madde de TBK 112 gibi kaleme alınmıştı. Bu hüküm şu şekildeydi: “*Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Schuldner eine Pflicht verletzt hat. / Alacaklı, borçlunun bir yükümlülüğe aykırı davranışı sebebiyle uğradığı zararın tazmini için bir alacak hakkına sahiptir.*” Benzer şekilde üçüncü kişinin zararının tazminini tasarıdaki hükme dayanarak gerekçelendirmenin mümkün olmayacağı yönünde: von Graffenried, para 620 dn 1505; Marti-Schreier, para 112 dn 272. Türk hukukunda, dolaylı temsilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bağlamında, TBK 112'de giderilecek zararın kime ait olduğu konusunda bir kesinliğin bulunmadığını ifade eden *Karasu*'nun görüşü kanun hükmünün lafzıyla uyumlu değildir. Yazar, ileri sürdüğü görüşün hükmün lafzıyla nasıl bağdaştığı hususunda herhangi bir değerlendirmede bulunmamaktadır. Bkz Karasu, 443.

²⁷⁴ Marti-Schreier, para 122; Keller, 193 (yazar sorumluluk hukukunun kişilerin malvarlığını haksız eksilmelere karşı koruması gerektiğini de belirtmektedir); Walter, Rechtfertigung, 302 vd; BSK OR I – Wiegand, Art 97, para 54.

²⁷⁵ Marti-Schreier, para 122; Keller, 193-194; Genel olarak bkz Walter, Rechtfertigung, 305 vd; Alman hukukunda bu yönde: Henn, 37 (Alman hukukunda hâkim görüşün bu olduğu yönünde: dn 64); Avusturya hukukunda bu yönde ABGB Praxiskommentar – Wagner, Vor §§ 1293 vd, para 4.

²⁷⁶ Marti-Schreier, para 123.

²⁷⁷ Bkz yukarıda §2.A.2.

²⁷⁸ Marti-Schreier, para 126.

²⁷⁹ Marti-Schreier, para 130; von Tuhr, Interesse, 567; Widmer, 67; Barth, 86 (ancak yazar OR 97'ye açıkça dayanmamaktadır).

²⁸⁰ Marti-Schreier, para 130; von Tuhr, Interesse, 567.

²⁸¹ Marti-Schreier, para 133; Alman hukuku bakımından benzer yönde Canaris, Boşluk, 157; Avusturya hukuku bakımından benzer yönde Apathy, 74-75. Aslında bu mesele üçüncü kişinin zararının tazmininde tazminatın nasıl

Ayrıca belirtmek gerekir ki borçlu her hâlikârda borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla adil olan, borca aykırı davranış sonucu ortaya çıkan zararı, her ne kadar bu zarar başka bir kişinin malvarlığına kaymış olsa da, zarara yol açan borçlunun tazmin etmesidir.²⁸² Borçlunun zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda alacaklının menfaati ilkesine dayanarak sorumluluktan kurtulmasında korunmaya değer bir menfaati yoktur.²⁸³

İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında bir üçüncü kişinin alacaklının zararını gidermesi halinde borçlunun alacaklının zararının kalmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağını kabul etmiştir. Mahkemeye göre üçüncü kişinin giderdiği zarar için alacaklıya başvurup başvurmamak olmasının bu sonuca bir etkisi yoktur. Üçüncü kişinin zararı gidermesinden faydalanacak olan kişi zarar gören olmalıdır, borçlu değil.²⁸⁴ Her ne kadar üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğduğu olaylarda bu içtihadı konu vakialardan farklı olarak zarar kayması henüz daha zarar doğmadan mevcut olup zararın alacaklının malvarlığında doğma ihtimali mevcut olmasa da, öğretide bu içtihadın altında yatan düşüncenin üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarına da uygulanmaması için bir sebep olmadığı belirtilmektedir.²⁸⁵

Ayrıca son olarak OR 487 (TBK 576) hükmüne de değinmek gerekir. TBK 576'ya (ve aynı yöndeki OR 487'ye) göre “[o]tel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar.” Hükümde söz konusu eşyanın konaklayana ait olma şartı aranmadığından, İsviçre’de bu hükmün üçüncü kişinin zararının tazmininin kanundaki özel bir görünümü olduğu kabul edilmektedir.²⁸⁶ Öğretide bu hükmün varlığının, genel hüküm OR 97’nin üçüncü kişinin zararının tazmininin tanındığı bir sistemin parçası olduğunu ve dolayısıyla bu sistemde üçüncü kişinin zararının tazmininin dışlanmadığını gösterdiği belirtilmektedir.²⁸⁷

hesaplanacağı sorunu ile de ilgilidir. Bu konuda bkz aşağıda §4.B.2. Zarar kaymasının gerçekleştiği hallerde zarar verenin bundan fayda sağlamamasının, zarar veren kişi davranışlarının yol açacağı olası zararın tamamını göz önünde bulundurmamak zorunda kalacağı için, sözleşmenin etkin ihlali yönünde bir dürtü sağlayacağı ve dolayısıyla ekonomik etkinliğe katkı sağlayacağı yönünde: Metzger, 503-504.

²⁸² Marti-Schreier, para 136; Benzer yönde Armbrüster, recht, 85-86; Barth, 86 (ancak yazar OR 97'ye açıkça dayanmamaktadır).

²⁸³ Marti-Schreier, para 136.

²⁸⁴ Örneğin bkz BGE 4A_310/2014; BGE 99 V 140; BGE 62 II 290; BGE 116 II 441 (*obiter dictum*). Nitekim Türk hukukunda TBK 55 hükmü ile bu durum açıkça kanunda belirtilmiştir.

²⁸⁵ Marti-Schreier, para 144; Alman hukukunda benzer yönde: Urban, 52.

²⁸⁶ Marti-Schreier, para 119; Honsell, Özel, 426; Koller, Gastwirt, 237.

²⁸⁷ Marti-Schreier, para 120.

Özetle, OR 97 hükmünün üçüncü kişinin zararının tazminini (bilinçli olarak) dışlamamasından yola çıkarak, bu hükmün sistematik ve amaca yönelik yorumuyla İsviçre hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmininin mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Yukarıda belirtildiği üzere Türk hukukunda bu hükmün karşılığını teşkil eden TBK 112 hükmü açıkça alacaklının zararından söz ettiğinden, yorum yoluyla aynı sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Ancak hükmün amacına ve diğer hükümlerle ilişkisine dair tespitler Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, her ne kadar farklı bir hukuki kurguya ihtiyaç duyulsa da, söz konusu gerekçeler üçüncü kişinin zararının tazmininin Türk hukukunda kabul edilmesini desteklemektedir.

3. Alman Hukukunda Özel Bağlantı (*Sonderverbindung*) ve Sorumluluğun Kapsamının Baştan İtibaren Sınırlanmasından Yola Çıkan Yaklaşım

Alman öğretisinde *Henn*, borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu özel bağlantı (*Sonderverbindung*) kavramından yararlanarak çözmektedir. Yazara göre bir üçüncü kişinin zararının tazmini senaryosunda eğer zarara yol açan kişi zarar gören kişi ile fark edilebilir özel bir ilişki/bağlantı içindeyse bu kişiye doğrudan zarar verene karşı ileri sürebileceği bir tazminat talebi tanınmalıdır.

Yazara göre örneğin dolaylı temsilden ve taşıma ilişkilerinden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bakımından üçüncü kişi ile zarar veren arasında özel bir bağlantının bulunduğu kabul edilebilir. Burada borcun ifası üçüncü kişinin malvarlığına (dolaylı da olsa) yöneldiğinden, borçlunun üçüncü kişiye zarar verme ihtimali tesadüfi herhangi birine zarar verme ihtimalinden daha fazladır.²⁸⁸ Ayrıca borçlunun kötü ifanın zarara yol açacağını öngörmesi mümkündür, bu zararın üçüncü kişinin malvarlığında doğması sonucu değiştirmemelidir.²⁸⁹ Burada borçlunun üçüncü kişinin dahlini bilebilecek durumda olması da şart değildir, çünkü burada üçüncü kişinin zararının tazmini ile borçlu birden fazla kişiye karşı sorumlu tutulmamakta, birden fazla sorumluluk üst üste binmemektedir (*Haftungskumulation*).²⁹⁰ Bunun sebebi, zararın üçüncü kişiye kaymış olmasıdır. Yazara göre burada bilinebilir olması gereken şey, her ne kadar üçüncü kişiye

²⁸⁸ Henn, 253.

²⁸⁹ Henn, 254. Yazara göre, eğer üçüncü kişinin malvarlığında atipik derecede yüksek bir zarar doğacaksa borçlunun bu konuya önceden dikkatinin çekilmesinin gerektiği söylenebilir.

²⁹⁰ Henn, 254.

geçmiş olsa da, ihlal edilen alacaklı menfaattir ve bu menfaatin kapsamı baştan itibaren sınırlanmış durumdadır.²⁹¹

Yazara göre teminat amaçlı alacak devrinde de benzer bir durum söz konusudur. Teminat amaçlı alacak devrinde üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin gündeme gelebilmesi için teminat olarak devredilen alacağın borçlusunun borcuna aykırı davranması ve teminat verenin zarara uğraması gerekir. Bu ihtimalde borca aykırı davranıldığı sırada hukuken alacaklı teminat alan olduğundan tazminat talebinde bulunabilecek kişi odur, ancak zarara uğrayan kişi²⁹² teminat verendir. Dolayısıyla talepte bulunan kişi ile zarara uğrayan kişi birbirinden ayrılmış olmaktadır. Bu durumda teminat olarak devredilen alacağın borçlusunun kötü ifa riskini teminat veren taşıyacaktır. Yazara göre borçlu açısından bakıldığında, burada borcun yerine getirilmemesi sonucu zarara uğrayacak alacaklı çevresi *ex ante* bellidir, zira teminat verilen alacağın borçlusu borcunu teminat alana ifa etseydi söz konusu ekonomik değer (teminat veren kendi borcunu ödediği durumda) teminat verene aktarılacağı bilinmektedir. Zarar görebilecek kişilerin bu şekilde sınırlanması sebebiyle burada özel bir bağlantıdan söz edilebilir.²⁹³

Üçüncü kişiye ait eşya üzerinde özen yükümlülüğü doğuran ilişkilerde (*Obhutsfälle*) ise üçüncü kişi elbette haksız fiile dayanarak talepte bulunabilir, zira bir ayni hakkı ihlal edilmiştir. Üçüncü kişinin borca aykırılığa dayanıp dayanamayacağı bakımından ise daha detaylı bir inceleme yapmak gerekir. *Henn'e* göre, borçlunun bakış açısından bakıldığında, borçlu eşyanın zarar görmemesindeki menfaatin sözleşmenin tarafı alacaklıya ait olduğunu varsayabilirse de, borçlu aynı zamanda eşyaya zarar vermekten kaçınması gerektiğinin de farkındadır. Buna dayanarak borca aykırılığa gidilip gidilemeyeceğinin analiz edilmesi gerekir.²⁹⁴ Yazara göre burada sorumluluğu gerekçelendirmek için, her ne kadar borçlu ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir temas olmasa da, alacaklı ile kurulan hukuki ilişki ve bu hukuki ilişki ile bağlantılı olarak üçüncü kişiye ait eşya ile kurulan yakınlık yoluyla sağlanan özel bir bağın kurulduğu savunulabilir.²⁹⁵

²⁹¹ Henn, 254. Belirtmek gerekir ki yazar, zarar kaymasının bilinebilir olmasını aramamaktadır. Yazara göre iktisadi açıdan bakıldığında da burada üçüncü kişinin korunmasının gerektiği söylenebilir, çünkü böylece taraflar hukuki işlemleri daha pürüzsüz şekilde gerçekleştirecektir. Aksi halde, üçüncü kişinin kendini korumak için kapsamlı ve masraflı olması muhtemel önlemler alması gerekecektir: bkz Henn, 253.

²⁹² Bu durum teminat verenin alacağı devralana (teminat alana) karşı kendi borcunu yerine getirmesi ve dolayısıyla teminatın paraya çevrilmesinin gerekmemesi hâlinde söz konusu olacaktır.

²⁹³ Henn, 229-230.

²⁹⁴ Henn, 230.

²⁹⁵ Henn, 236-237. Yazar ayrıca ekonomik olarak da bu olay grubunda sözleşmesel sorumluluğun kabulünün daha etkin bir sonuç doğuracağını savunmaktadır. Eğer taraflar kendilerinde bulunan üçüncü kişilere ait olası eşyalara

Sonuç olarak *Henn*'e göre, zarar kayması gerçekleşmeseydi alacaklının borçluya karşı borca aykırılığa dayanarak tazminat talep edebileceği hallerde, eğer somut olayda *ex ante* üçüncü kişiye ait olan menfaatin sosyo-tipik olarak sözleşmenin tarafı alacaklıya ait olması borçlu tarafından beklenebilir ise, üçüncü kişinin borçluya karşı borca aykırılıktan doğan bir tazminat talebi söz konusu olmalıdır.²⁹⁶

Yazar haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından ise öğretide ortaya atılan diğer sorumluluk temelleri yerine tazminatı bağımsız olarak temellendirmeyi önermektedir. Yazara göre sorumluluğun dayanağını zararın kendisi kabul etmek ve BGB 823 I'de²⁹⁷ sayılan hallerin kural olarak var olan sorumluluğun sınırlarını esnek bir biçimde çizdiğini kabul etmek gerekir. Üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında bu yaklaşımın kabulü halinde üçüncü kişinin uğradığı zararın hukuken tazmini kabul edilen türden bir zarar olduğunun (bu tür zararlarla benzediğinin) ispatı sorumluluk için yeterli olacaktır.²⁹⁸ Yazara göre, örneğin ifaya ilişkin riskin üçüncü kişiye geçtiği ve ifa ilişkisinin dışında bulunan bir kişinin zarara yol açtığı hallerde sorumluluk, yalnızca sorumluluğu baştan itibaren sınırlayan bir faktör söz konusuysa gündeme gelebilir. Burada üçüncü kişi malik olmaya ilişkin tipik menfaati baştan itibaren taşıdığından, sorumluluk onun şahsında mülkiyet hakkı ihlaline dayalı zararlarla sınırlanmaktadır. Burada haksız fiile dayanan talebe izin vermek gerekir.²⁹⁹

Kanaatimce *Henn*'in yaptığı açıklamalar ve vardığı sonuçlar yerindedir. Ancak yazarın ortaya attığı teori hukuki bir dayanak teşkil etmekten ziyade üçüncü kişinin zararının neden tazmin edilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Nitekim hatırlanacağı üzere bu hususta yukarıda ilgili

sözleşmesel ilişkinin karşı tarafının vereceği zararın sorumluluğunu bu kişiye yükleyemezlerse işlem maliyetleri yükselecektir, zira üçüncü kişiler kendilerini başka şekilde korumak durumunda kalacaktır. Ayrıca üçüncü kişilere ait eşyaların dahlinin zorunlu olduğu ilişkilerde (inşaat sözleşmeleri gibi), söz konusu üçüncü kişiler eşyalarına gelen zarar sonucu zarara yol açan kişiyi sorumlu tutabileceklerinden emin olmadıkları durumda bu ilişkilere girmekten kaçınabilirler: *Henn*, 239. Kanaatimce burada kimin riski daha düşük maliyetle üstlenebileceğine bakmak gerekir. Zarara yol açan kişi hâlihazırda karşı tarafa ait eşyalara verdiği zarardan sorumlu tutulmaktadır ve dolayısıyla bu eşyalara zarar vermemek için önlem alması kendisinden beklenmektedir. Birçok durumda eşyanın bir başkasına ait olduğu zaten bilinebilir olmayacağından, alınması gereken önlem seviyesi zarara yol açabilecek kişinin bakış açısından bakıldığında çok da değişmeyecektir. Her hâlükârda kendi yaptığı işin yol açacağı zararları en iyi bilebilecek ve bunlara en düşük maliyetle önlem alabilecek kişinin borçlu olduğunu söylemek birçok durumda mümkündür.

²⁹⁶ *Henn*, 231.

²⁹⁷ “*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. / Kasten veya ihmalen bir başkasının hayatına, bedenine, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyet hakkına veya başka bir hakkına hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, zarar görenin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*”)

²⁹⁸ *Henn*, 214.

²⁹⁹ *Henn*, 231.

bölümlerde de benzer açıklamalar yapılmıştı.³⁰⁰ Kanaatimce Türk hukukunda hâlihazırda yürürlükteki hukukta yer alan birtakım hükümleri kullanarak bu açıklamalarla uyumlu sonuçlara varmak mümkündür.³⁰¹

4. Tarafların İradesinden Yola Çıkan Yaklaşım

Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmininde akla gelebilecek bir diğer yaklaşım taraf iradesine başvurmaktır. Sözleşmenin yorumundan bir şekilde tarafların üçüncü kişinin zararının tazmini hususunda anlaştıkları sonucuna varılabiliyorsa üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu taraf iradesi ile çözülmüş olacaktır. Tarafların bu yönde bir anlaşma yapmalarının mümkün ve bu anlaşmanın hukuken geçerli olduğu hususunda tereddüt yoktur.³⁰²

Alman öğretisinde eski bir görüş üçüncü kişinin ifaya olan menfaatinin borçlu tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda söz konusu menfaatin borcun temel bir unsuru haline geldiğini ve bu sebeple üçüncü kişinin zararının tazmininin gerekeceğini savunmaktadır.³⁰³ Bir başka görüş ise, sözleşmenin niteliği gereği zarara uğrama riskinin borçlu tarafından öngörülebilir şekilde baştan itibaren esasen salt üçüncü kişide olduğu durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin sözleşme (*der Vertrag mit Schadensliquidation zugunsten Dritter*) kavramını ortaya atmaktadır.³⁰⁴ Bu görüşe göre bu durumda zararın tazmininin dayanağı, aksi halde borca uygun davranma yükümlülüğünün içi boş bir yükümlülük haline gelecek olmasıdır.³⁰⁵ İsviçre öğretisinde *Koller*'e göre de aynı gerekçeyle sözleşmenin niteliği gereği ifa menfaatinin öncelikle üçüncü kişide olduğu ve dolayısıyla zararın esasen üçüncü kişinin malvarlığında doğacağını baştan itibaren borçlu tarafından bilinebilir olduğu sözleşmelerde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurarak üçüncü kişinin zararının tazminini gerekçelendirmek mümkündür.³⁰⁶ Alman Mahkemeleri de bazı eski kararlarında üçüncü kişinin zararının tazminini sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandırmıştır.³⁰⁷

³⁰⁰ Bkz yukarıda §2.

³⁰¹ Bkz aşağıda §3.C.

³⁰² Aynı yönde Reinhardt, 62; Hadding, 182 vd; Neuner, 133. Böyle bir durumda konusunu üçüncü kişinin zararının tazmininin teşkil ettiği bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olacağı yönünde: von Graffenried, para 618.

³⁰³ Crome, 76. *Hellwig* ise üçüncü kişinin menfaatinin sorumluluğun kapsamına gireceğinin açıkça belirtilmesi ya da somut olaydaki vakıaları kapsamına alan bu yönde bir teamül olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz *Hellwig*, 89.

³⁰⁴ Neuner, JZ, 133.

³⁰⁵ Neuner, JZ, 133.

³⁰⁶ Koller, AT, para 61.23; Alman öğretisinde benzer yönde Kunze, 125.

³⁰⁷ RGZ 170, 246; BGH I ZR 78/53, para 22; BGH NJW 1974, 502. İlk kararda yüklenici ile Mannheim Belediyesi arasında yapılan anlaşmaya göre yüklenici belediyeye soğutucu tedarik etmiş ancak soğutucular beklenen performansı

Söz konusu görüşler İsviçre ve Alman öğretilerinde eleştirilmektedir. Öncelikle tarafların çoğu zaman üçüncü kişinin zararının tazminini akıllarından bile geçirmediikleri, *ex-post* bir bakış açısıyla sözleşmenin yorumundan üçüncü kişinin zararının tazmini sonucuna varılmasının zorlama bir kurgudan ibaret olduğu belirtilmektedir.³⁰⁸ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında³⁰⁹, bir başkasına ait sanat eserlerini bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyetliğinde bulunduran bir şirketin söz konusu sanat eserlerini sergilenmek üzere bir başkasına verdiği ve sergiyi organize eden kişinin sanat eserlerini hasarlı bir şekilde geri verdiği bir olayda sanat eserlerinin sahibinin zararının tazmin edileceğinin şirket ile sergiyi organize eden kişi arasındaki anlaşmada yeterince açık olmadığı gerekçesiyle zararın tazminini reddetmiştir. *Marti-Schreier*, bu karardan da yola çıkarak, sözleşmenin amacından tek başına üçüncü kişinin zararının tazmin edileceği sonucunun çıkarılamayacağını belirtmektedir. Yazara göre bir olay grubunda genel olarak üçüncü kişinin menfaatinin zarara yol açan kişi tarafından öngörülebilir olması somut olayda bu yönde bir anlaşmanın kanıtlanması gereğini ortadan kaldırmamaktadır.³¹⁰

Öğretide bir başka görüş, borçlu ile alacaklı arasında üçüncü kişinin zararının tazmin edileceği yönünde bir anlaşma yapılması mümkün olsa da böyle bir anlaşmanın genellikle yapılmıyor oluşunun üçüncü kişinin zararının tazmini için taraf iradelerine dayanmanın yeterince güçlü bir argüman olmadığını ortaya koyduğunu ileri sürmektedir.³¹¹

vermemiştir. Bunun üzerine taraflar bir anlaşma daha yapmış ve yüklenicinin riski kendisine ait olmak ve herhangi bir kesintiye sebep olmamak şartıyla sorunu çözmesi kararlaştırılmıştır. Yüklenicinin çalışmaları sırasında çıkan yangın, soğuk hava deposundaki bazı makinelere ve orada et depolayan birçok kasabın etlerine zarar vermiştir. Mahkeme, belediyenin kasaplara karşı sorumlu olmamasına rağmen kasapların zararının tazminini yükleniciden isteyebileceğine hükmetmiş ve bunu taraflar arasındaki sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandırmıştır. *Henn*'e göre günümüzde bu problem üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile de çözülebilirdi: *Henn*, 75. *Tandoğan*'a göre burada üçüncü kişinin zararının tazmini problemi söz konusudur: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 153. İkinci kararda ise üçüncü kişiye ait otomobil üzerinde koruma borcu doğuran bir ilişki söz konusudur. Mahkeme bu olay grubuna özel olarak sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla üçüncü kişinin zararının tazmininin kabulü için borçlunun eşyanın üçüncü kişiye ait olduğunu bilebilecek durumda olmasının önemli olmadığını, zira her hâlükârda sözleşmedeki ilgili borcun amacı gereği eşyanın korunması gerektiğini ve eşyanın kime ait olduğunun borçlu açısından bir önemi olmadığını belirtmiştir. Son kararda ise lisans veren lisans sözleşmesinde bazı üçüncü kişilerin lisanstan etkilenmemesi için birtakım istisnalar tanımıştır. Lisans alan bu sözleşmeyi ihlal etmiş ve söz konusu üçüncü kişiler zarara uğramıştır. Mahkemeye göre lisans veren burada zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararının tazminini talep edebilir, bunun dayanağı sözleşmenin yorumudur.

³⁰⁸ İsviçre Hukukunda: Marti-Schreier, para. 108; benzer yönde von Graffenried, para 617; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 76; Perren, 63; Junker, Vertretung, 6; Alman Hukukunda: Reinhardt, 62; Urban, 40-41; von Schroeter, 27; Winterfeld, 13. Türk hukukunda: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 71-72, 162-163 ve 279.

³⁰⁹ BGH 4A_71/2012.

³¹⁰ Marti-Schreier, para 107.

³¹¹ Von Graffenried, para 618; Benzer yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 163.

Ayrıca sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurulması gerektiğini ileri süren görüş de eleştirilere uğramıştır. Bu yola başvurabilmek için tarafların düzenlemeyi ihmal ettikleri bir husus söz konusu olmalı, yani bir sözleşme boşluğu mevcut olmalıdır. Üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğduğu birçok durumda bunun söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir.³¹² Zira, bu eleştiriye ileri sürenlere göre, burada birçok durumda tarafların sözleşme ile düzenlemeleri beklenerek bir meseleyi istemsizce düzenlememiş olduklarından söz edilemez.³¹³ Burada sözleşmenin tamamlayıcı yorumu kisvesi altında tazminat hukukuna ilişkin hükümlerin bir tür düzeltilmesi yapılmaktadır.³¹⁴

Taraf iradesinden yola çıkan yaklaşım, üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa her senaryoda cevap veremediği gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Örneğin, birçok dolaylı temsil senaryosunda işlemin bir başkasının hesabına yapıldığı zaten borçludan gizlenmektedir ve dolayısıyla zarar veren ile hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazmini yönünde ortak bir iradesinden söz etmek mümkün değildir.³¹⁵ Ayrıca haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu da bu yolla çözmek mümkün değildir.³¹⁶

Kanaatimce taraf iradesinden yola çıkan görüşlerin birer kurgudan ibaret olduğu ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurulamayacağı yönündeki eleştiriler her somut olay bakımından yerinde değildir. Tarafların üçüncü kişi menfaatine yapılan bir sözleşmede üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu düzenlememeleri birçok durumda üçüncü kişinin zararının hukuk düzenince tazmin edilemeyeceğini bilmemelerinden ileri gelecektir. Dolayısıyla burada bir sözleşme boşluğu söz konusu olabilir.³¹⁷ *Koller*'in haklı olarak belirttiği gibi salt üçüncü kişi menfaatine yapılan sözleşmelerde (*Verträgen im Interesse eines Dritten*) kararlaştırılan edim, ancak borçlunun üçüncü kişinin zararından sorumluluğunun kabulü halinde bir anlam ifade etmektedir, çünkü aksi halde pratik olarak borçluyu ifaya zorlamak mümkün değildir. Bu sebeple alacaklı, üçüncü kişinin zararından sorumluluk meselesi gündeme gelse idi borçlunun üçüncü kişinin zararının tazminini üstleneceğini düşünmekte dürüstlük kuralı uyarınca haklıdır. Aynı şekilde borçlu da kendi ifa

³¹² Junker, Güvende Temsil, 6; von Graffenried, para 614, 618; Urban, 41; von Schroeter, 27; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 163.

³¹³ Urban, 41; von Schroeter, 27.

³¹⁴ Junker, Vertretung, 6; Urban, 41; Reinhardt, 66; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 279.

³¹⁵ Von Graffenried, para 613; Von Caemmerer, 355; Urban, 40.

³¹⁶ Von Graffenried, para 614; Urban, 41; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 72 ve 278.

³¹⁷ Tarafların hukuki sorunu sözleşmenin kurulması aşamasında öngörememesi sebebiyle bu sorunu düzenlememiş olması halinde bir tür gerçek sözleşme boşluğundan söz edileceği yönünde Atamer, Boşluk, 174-175.

sözünün, ihlali halinde dürüstlük kuralı uyarınca üçüncü kişinin zararının tazmin edileceği şeklinde yorumlanacağını varsaymak durumundadır.³¹⁸ Dolayısıyla eğer ifade baskın biçimde (ve kural olarak salt) üçüncü kişinin menfaati varsa ve bu durum borçlu tarafından bilinebilecek durumdaysa, sözleşme boşluğu doldurularak üçüncü kişinin zararının borçlu tarafından tazmin edileceği sonucuna varılabilir.³¹⁹ Bu durumda, tıpkı üçüncü kişi yararına sözleşmede olduğu gibi, tazminat üçüncü kişinin ekonomik sahası dikkate alınarak hesaplanacaktır.³²⁰ Ancak belirtmek gerekir ki ifade üçüncü kişinin menfaati baskın değilse ve hak sahibinin ifade kendi menfaati de söz konusuysa üçüncü kişinin zararının tazminini sözleşme boşluğunun doldurulmasına dayandırmak her zaman mümkün olmayacaktır. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi gündeme gelseydi hak sahibinin dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun üçüncü kişinin zararının tazminini üstleneceğini düşünmekte her zaman haklı olduğu söylenemez.³²¹ Örneğin, ürün sorumluluğunun gündeme geldiği olaylar bakımından üreticinin dağıtıcı ile yaptığı sözleşmede her ne kadar ürünü ileride satın alacak üçüncü kişinin menfaati söz konusu olsa da bu sözleşmede üreticinin satış konusu eşyayı devretme yönündeki ediminin baskın olarak üçüncü kişi menfaatine olduğu söylenemez, zira dağıtıcı da bu eşyayı ileride yapacağı satıştan kâr elde etmeyi amaçladığı için devralmak istemektedir. Dolayısıyla burada üçüncü kişinin zararının tazmin edilmeyecek olması edimi anlamsız hâle getirmemektedir ve taraflar üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun farkında olup bu meseleyi gündeme getirselerdi üreticinin üçüncü kişinin zararının tazmin edileceğini kabul etmesi gerektiğinin dürüstlük kuralı uyarınca hak sahibi tarafından her zaman beklenebileceği söylenemez.³²²

³¹⁸ Koller, AT, para 61.27. *Neuner*'e göre ise sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla kimi durumlarda bu yönde bir yükümlülüğün kabulü mümkün olsa da tarafların sorumsuzluk anlaşması yapması ya da sözleşmenin geçersizliği gibi ihtimallerde bu yola başvurulamayacağından, genel olarak bu yükümlülüğün dürüstlük kuralı yoluyla kabulü tercih edilmelidir: *Neuner*, JZ, 133.

³¹⁹ Alman hukukunda dolaylı temsil ilişkileri bakımından benzer yönde: *Sutschet*, 156 vd. Üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin bir yedek hüküm mevcut olmadığından burada sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile yedek hükmün rolü arasındaki ilişkinin ne olacağı sorunu gündeme gelmeyecektir. Bu ilişki hakkındaki tartışma için bkz *Atamer*, *Boşluk*, 177-185. Burada bir yedek hüküm mevcut olmadığı için sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna mı başvurulacağı yoksa kanun boşluğu doldurularak hâkim tarafından genel uygulama alanı olan bir hüküm mü yaratılması gerektiği tartışması gündeme gelebilir: bkz *Atamer*, *Boşluk*, 185-189. Hangi yol tercih edilirse edilsin metindeki gerekçelerle eldeki problem bakımından varılacak sonuç değişmeyecektir.

³²⁰ Aynı yönde: *Neuner*, JZ, 134; *Crome*, 76; *Hadding*, 182. Üçüncü kişinin zararının tazmininde genel olarak tazminatın nasıl hesaplanacağına ilişkin daha detaylı değerlendirmeler için bkz aşağıda §4.B.2.

³²¹ Koller, AT, para 61.27

³²² Ürün sorumluluğu ile üçüncü kişinin zararının tazmini arasındaki ilişki için bkz aşağıda §5.D. Ayrıca *Neuner*'e göre ürün sorumluluğunda olduğu gibi üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmini için başvurabileceği alternatif hukuki çareler mevcutsa üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün değildir: *Neuner*, 133.

Von Caemmerer tarafından verilen şu iki örnekte³²³ üçüncü kişinin zararının tazmininin doğrudan zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmeye dayandırılması mümkündür. İlk örnekte, bir anne 7 yaşındaki çocuğuna baş ağrısı ve grip için ilaç satın almaktadır. Anne eczacıya söz konusu ilaçların 7 yaşındaki bir çocuğun kullanımına uygun olup olmadığını açıkça sormaktadır. İlaçların eczacının belirttiğinin aksine 7 yaşındaki bir çocuğun kullanımına uygun olmaması halinde çocuğun uğrayacağı olası bedensel zararın tazmininin satış sözleşmesinin tamamlayıcı yorumuna dayandırılması mümkündür, zira bu sözleşme uyarınca zarara uğrama ihtimali olan kişi yalnızca çocuktur ve satıcı bu durumun farkındadır. Yazarın verdiği ikinci örnekte ise bir banka, müşterisinin saklaması için kendisine emanet ettiği kıymetli eşyaları bir başka bankanın kasasına koymakta ve açıkça bu eşyaların bir müşterisine ait olduğunu belirtmektedir. İkinci bankanın özen yükümlülüğüne aykırı davranıp müşterinin zararına yol açması halinde bu zararın tazmin edilmeyecek olması ikinci bankanın koruma borcunu ihlâli herhangi bir yaptırıma bağlanmayan bir yükümlülük hâline getirirdi.³²⁴

Ayrıca sözleşmedeki kimi hükümler de yorum yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulünü sağlayabilir. Örneğin hak sahibi ile borçlu arasındaki sözleşmede, hak sahibinin borca aykırılıktan doğan zararın tazminine ilişkin haklarını üçüncü kişiye devrettiği yönündeki ifadeler bu yönde bir kabul için güçlü bir emaredir.³²⁵

Görüldüğü üzere üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü, gereği gibi yerine getirilmemesi üçüncü kişinin zarara uğramasına yol açan edimin baskın olarak (hatta kural olarak salt) üçüncü kişi yararına öngörülmüş olması hâlinde mümkündür. Bu ise sınırlı sayıda hayat olayında gündeme gelecektir. Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olmadığı hâllerdeki üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından ise tarafların gerçek ya da varsayılan iradesi dışında başka bir hukuki dayanak bulmak gerekecektir. Bu ihtimallerde benimsenmesi gereken çözüm yolu aşağıda ele alınmıştır.³²⁶

³²³ Von Caemmerer, 354.

³²⁴ Elbette bu iki olay grubu bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulması da düşünülebilir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile üçüncü kişinin zararının tazmini arasındaki ilişki için bkz aşağıda §5.A.

³²⁵ Benzer yönde: Hadding, 183-184. Finansal kiralama sözleşmeleri bakımından bu konuda bkz aşağıda §6.A.3.

³²⁶ Bkz aşağıda §3.C.

5. Alacaklının Üçüncü Kişinin Zararının Tazmin Edileceği Hususunda Borçluyla Anlaşma Yükümü Altında Olduğunu Kabul Eden Görüş

Alman hukukunda *Kluckhohn* tarafından savunulan bir görüşe göre borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından hak sahibi (alacaklı) üçüncü kişinin zararının tazmini hususunda zarar veren (borçlu) ile anlaşmakla yükümlüdür. Yazara göre bu yükümün kaynağı dürüstlük kuralıdır.³²⁷ Bu yükümünü ihlal eden alacaklı üçüncü kişiye karşı kendisi sorumlu olacağından, aslında alacaklının kendisi zarara uğramış olacak ve bu zararın tazminini borçludan talep edebilecektir. Yazara göre alacaklı söz konusu yükümünü gereği gibi yerine getirseydi üçüncü kişi doğrudan borçluya karşı bir talep elde edecekti. Üçüncü kişiyi bu duruma getirmek için alacaklı, borçluya karşı sahip olduğu tazminat alacağını bir kaim değer olarak üçüncü kişiye devretmelidir.³²⁸

Benzer bir görüş *Kunze* tarafından ortaya atılmıştır. Yazara göre üçüncü kişinin menfaatinin borçlu tarafından bilinebilir olduğu hallerde sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla alacaklı üçüncü kişinin zararının tazminini borçludan talep edebilecektir.³²⁹ Alacaklının yükümü, borçlunun üçüncü kişinin ifaya olan menfaatinin bilebilecek durumda olmadığı hallerde bu menfaatten borçlunun haberdar olmasını sağlamaktır.³³⁰ Bu yükümün kaynağı (vekil, vekaletsiz iş gören ya da komisyoncu gibi bir sıfatla) üçüncü kişi hesabına hareket eden borçlunun üçüncü kişinin menfaatinin korumaya yönelik özen yükümüdür.³³¹

Kunze, alacaklının söz konusu yükümünü yerine getirmemesi halinde üçüncü kişiye karşı ödeyeceği tazminattan doğan zararını borçluya rücu edebileceğini, ancak burada alacaklının üçüncü kişinin menfaatinin borçluya bildirmemesinin bir tür müterafik kusur olarak rücu alacağının tutarının tespitinde dikkate alınacağını belirtmektedir.³³² Yazara göre benzer şekilde üçüncü kişinin ifaya olan menfaati borçlu tarafından bilinebilir olsa da söz konusu menfaatin çeşitli sebeplerle alışılmışın dışında bir düzeyde yüksek olması halinde de alacaklı söz konusu duruma borçlunun dikkatini çekmekle yükümlüdür. Aksi halde borçlu, makul kabul edilebilecek düzeyin üstündeki

³²⁷ Kluckhohn, 434.

³²⁸ Kluckhohn, 436.

³²⁹ Bu görüş hakkında daha detaylı bilgi için bkz yukarıda §3.B.4.

³³⁰ Kunze, 125.

³³¹ Kunze, 125.

³³² Kunze, 126.

kısma tekabül eden zarardan üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulamayacak ve ayrıca söz konusu kısımdan üçüncü kişiye karşı sorumlu olan alacaklı da bu tutarı borçluya rücu edemeyecektir.³³³

Söz konusu görüşlere ilişkin bir değerlendirme yapmadan önce öğretide bu görüşlere karşı ileri sürülen eleştirilerden bahsetmek yerine olacaktır. Bu görüşlere karşı olarak ileri sürülen bir eleştiri, bu yolun haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini için bir çözüm getiremiyor olmasıdır.³³⁴ Ayrıca üçüncü kişinin ifaya olan menfaatinin gizli tutulmasında kendi çıkarının olduğu hallerde de bu teori çalışmayacaktır.³³⁵ Ancak *Kluckhohn* bu son ihtimali zaten kendisi de değerlendirmektedir ve bu durumda alacaklının üçüncü kişiyi korumak için harekete geçmemesinin sebebinin zaten üçüncü kişinin kendisine atfedilebileceğini haklı olarak belirtmektedir.³³⁶ Bu görüşü bir başka yönden eleştiren *Tandoğan*'a göre ise alacaklıya yüklenen bu yönde bir mükellefiyetin yerine getirilmemesi sonucu en nihayetinde rücu yoluyla zarar verenin sorumlu tutulması menfaatler dengesine uygun görülmeyebilir.³³⁷

Her ne kadar *Kluckhohn*'un kendisi pratikte çok nadiren alacaklının borçlu ile üçüncü kişinin zararının tazminin konu alan bir anlaşma yapacağını kabul etse ve bunun alacaklının bu yöndeki yükümü bakımından bir önemi olmadığını belirtse de³³⁸, *Henn*'e göre bu durum alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile alacaklıya böyle bir borç yüklemeye engel teşkil edecektir.³³⁹ Ayrıca *Henn*'e göre alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir anlaşma yapmakta menfaati yoktur ve söz konusu borcun bir irade varsayımı ile ona dayatılması hareket özgürlüğünü kısıtlayacaktır.³⁴⁰ Son olarak *Marti-Schreier*'e göre zarar kaymasına yol açan durumların borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin yapıldığı sırada ortaya çıkmış olması şart değildir. Böyle bir durum henüz mevcut değilken alacaklıdan üçüncü kişinin menfaatini dikkate almasını beklemek mümkün değildir.³⁴¹

³³³ Kunze, 127.

³³⁴ Reinhardt, 16; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 191.

³³⁵ Henn, 53 dn 132; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 191.

³³⁶ Kluckhohn, 435. Belirtmek gerekir ki bu çalışmada benimsenen görüşe göre bu durumda üçüncü kişinin zararı yine de tazmin edilecektir, ancak tazminatın kapsamı üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edilebildiği durumlara kıyasla daha dar olacaktır. Bkz aşağıda §3.C. ve §4.B.2.

³³⁷ Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 191.

³³⁸ Kluckhohn, 435.

³³⁹ Henn, 53.

³⁴⁰ Henn, 53.

³⁴¹ Marti-Schreier, para 57.

Kanaatimce her iki görüş de genel olarak kabule şayan değildir. *Kluckhohn*'un ileri sürdüğü, alacaklının borçlu ile üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir anlaşma yapma yükümü gerçekçi olmadığı gibi böyle bir yükümlülüğe gerek de yoktur. Uygulamada birçok durumda taraflardan hiçbiri hukuk düzenince zarar kayması sebebiyle üçüncü kişinin zararının tazmin edilememe ihtimalinin farkında olmayacaktır. Bu kadar karmaşık bir problemin taraflarca bilinebilir olmasını beklemek gerçeklikten kopmak olur.

Kunze'nin ileri sürdüğü görüş ise ancak istisnai durumlarda kabul edilebilir. Üçüncü kişinin ifaya olan menfaatinden borçlunun haberdar olduğu durumda, bir önceki başlıkta açıklandığı üzere, eğer ifada baskın olarak üçüncü kişinin menfaati söz konusu ise alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin tamamlayıcı yorumu sonucu borçlunun üçüncü kişinin zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu sonucuna varılması mümkün olabilir. Bunun mümkün olmadığı durumlarda veya borçlunun üçüncü kişinin menfaatinin bilemeyecek durumda olması halinde ise, aşağıda açıklanacağı üzere³⁴², borçlu yalnızca zarar kayması gerçekleşmeseydi alacaklının farazi olarak uğrayacağı zarardan üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulabilecektir. Bunu aşan kısımdan ise alacaklının (hak sahibinin) üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, yalnızca alacaklının üçüncü kişinin menfaatinden borçluyu haberdar kılmak yönünde bir yükümü doğmuş ve bunu yerine getirmemişse gündeme gelecektir. Alacaklı birçok durumda borçluyu üçüncü kişinin menfaatinden haberdar etmesinin hukuken böyle bir etki doğuracağından zaten haberdar olmayacaktır. Bunun ötesinde, böyle bir etkiden haberdar olması da kendisinden beklenmemelidir. Ancak istisnai durumlarda, örneğin üçüncü kişinin ifa bakımından oldukça hassas olduğu ya da çeşitli sebeplerle borcun ifa edilmemesi hâlinde oldukça yüksek tutarda zarara uğrayacağı ve bu sebeple hak sahibinin oldukça titiz hareket etmesini istediği ihtimalde, hak sahibinin borçluyu da ifanın üçüncü kişi açısından arz ettiği yüksek önem hakkında bilgilendirmesi gerektiği yönünde dürüstlük kuralından doğan bir borcunun olduğu savunulabilir.

Birçok durumda ise böyle bir yükümden söz edilmesi zaten taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine ters düşecektir. Örneğin, üçüncü kişinin menfaatinin gizli tutulmak istendiği ya da *Marti-Schreier*'in belirttiği gibi zarar kaymasının alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin yapılmasından sonra meydana geldiği durumlarda alacaklının böyle bir yükümü gündeme

³⁴² Bkz aşağıda §4.B.2.

gelmeyecek ve üçüncü kişi yalnızca yukarıda bahsedilen alacaklının uğrayacağı farazi zararlarla sınırlı olarak³⁴³ zararının tazminini zarara yol açan borçludan talep edebilecektir.

6. Alacaklının Talep Hakkını (*actio inanis*) Bir Tür Kaim Değer Kabul Eden Görüş

Alman hukukunda *Fischer* tarafından ortaya atılan görüşe göre birbirinden ayrılan talep ve zararı, talebin zarara uğrayan üçüncü kişiye bir tür kaim değer olarak devrini sağlayarak tekrar birleştirmek mümkündür.³⁴⁴ Yazar görüşünün temellerini *von Tuhr*'un Roma hukukuyla ilgili açıklamalarına dayandırmaktadır. *Von Tuhr*'a göre Roma hukukunda borç (*obligatio*), birbirinden ayrı düşünülen *actio* ve bu *actio*'ya ilişkin muhtevanın/alacağın (*Anspruch*) birleşiminden oluşmaktadır.³⁴⁵ Bunlardan ilki hak sahibine bir kişiyi mahkeme önüne çıkarma yetkisini bahşederken ikincisi hak sahibine bir kişinin mahkemede gerçekleşen süreç sonucu belirli bir edimi ifa etmeye mahkûm edilmesini sağlama yetkisini vermektedir.³⁴⁶ Yazara göre tipik olarak bu ikisine aynı kişi sahip olsa da Roma hukukunda bazı durumlarda *actio*'ya sahip olan kişinin tam bir alacak hakkı mevcut olmayabilir. Örneğin rehin hakkına konu bir eşyanın paraya çevrildiğini (*Pfandverkauf*) ve sonrasında alıcı (Ü)'nün elinden bir başkası tarafından tarafından zapt edildiğini düşünelim. Rehinli alacaklı (H)'nin zapttan sorumlu tutulamadığını kabul edelim. Burada rehinli alacaklı rehnin paraya çevrilmesinden elde edilen tutardan alacağını elde ettiğinden zarara uğramamıştır ve dolayısıyla rehin veren borçlu (Z)'ye karşı, her ne kadar borçlu zapttan sorumlu tutulabilse de, ileri sürebileceği bir tazminat alacağı yoktur. Zarara uğrayan alıcı (Ü) ise (Z)'ye karşı *actio*'ya sahip değildir, zira (Ü) ile (Z) arasında bir sözleşmesel ilişki mevcut değildir. Yazarlara göre bu durumda Roma hukukunda (H)'nin sahip olduğu adeta içi boş *actio*'yu (*actio inanis*) (Ü)'ye devrederek (Ü)'nün tam bir alacak hakkına kavuşup tazminat talep edebilmesini sağlayabileceği kabul edilmekte,³⁴⁷ hatta (H)'nin bu yönde bir devirle yükümlü olduğu da belirtilmekteydi.³⁴⁸ Yazarlar ayrıca Roma hukukunda bu yolun yalnızca bu örnek ile sınırlı

³⁴³ Bkz aşağıda §4.B.2.

³⁴⁴ Fischer, 100 vd.

³⁴⁵ Von Tuhr, Interesse, 559. Yazar *Bekker*'in *actio* ve alacak (*Anspruch*) kavramlarının Roma hukukunda birbirinden ayrı düşünüldüğü yönündeki açıklamalarına dayanmaktadır. Bkz *Bekker*, 8 vd ve 252 vd.

³⁴⁶ Fischer, 101; von Tuhr, Interesse, 559.

³⁴⁷ Fischer, 101-102; Von Tuhr, Interesse, 560-561

³⁴⁸ Fischer, 101-102.

olmadığını, başka hallerde de üçüncü kişiye bu yoldan bir koruma sağlanabildiğini belirtmektedir.³⁴⁹

Fischer'in modern hukuk bakımından *actio inanis* kavramından faydalanan görüşüne geçmeden önce belirtmek gerekir ki *von Tuhr*'un Roma hukukuna ilişkin açıklamalarının gerçeği ne kadar yansıttığı şüphelidir. Öncelikle *actio inanis* kavramını, yukarıda açıklandığı anlamıyla, *von Tuhr*'un ortaya attığı belirtilmektedir. *Reichard*'a göre Roma hukuku kaynaklarında bu kavram çeşitli bağlamlarda geçse de *von Tuhr*'un ifade ettiği anlamda kullanılmamakta, kullanıldığı yere göre başkaca anlamlara gelmektedir.³⁵⁰ Ayrıca yazara göre *von Tuhr*'un içi boş dava hakkına ilişkin yaptığı çıkarım Roma hukukuyla bağdaşmamaktadır. Roma hukukunda *actio*'dan bağımsız teknik anlamda bir alacak kavramına rastlanmamaktadır. Roma hukukunda *actio*'nun sahibi kimse alacağın sahibi de odur.³⁵¹ Yazara göre *actio* ile alacağı birbirinden ayırıp *actio*'yu gerektiğinde içi boş olabilen ve alacağı taşıyan bir tür araç olarak görmek Roma hukukunun mantığı ile çelişmektedir.³⁵² Ayrıca *Reichard* içi boş bir *actio*'nun devri yoluyla üçüncü kişinin zararının tazmininin Roma hukukunda alacağın devri için kullanılan mekanizmalar ile de bağdaşmayacağını belirtmektedir.³⁵³

Roma hukukunda böyle bir mekanizma bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılırsa, günümüz Türk/İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde, zarar kaymasının meydana geldiği durumlarda zarara uğramasa da bir hakkı ihlal edilen (H)'nin bu hakkın ihlalinden doğan tazminat talep etme hakkının üçüncü kişiye olan borcu yerine geçen bir kaim değer olarak düşünülüp üçüncü kişiye devri sağlanarak talep ve zararın birleştirilmesi ve böylece üçüncü kişinin doğrudan zarar veren kişiden tazminat talep etmesi mümkün olabilir mi?

Öğretide bazı yazarlar *actio inanis*'in Alman hukukuna yabancı olduğunu ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin bu yoldan çözülemeyeceğini savunmaktadır.³⁵⁴ *Von Tuhr*'a göre (H)'nin (Z)'ye karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı yoksa (Ü)'ye devredebileceği bir şey

³⁴⁹ Fischer, 102. Daha detaylı bilgi için bkz von Tuhr, Interesse, 562-565.

³⁵⁰ Bkz Reichard, 170 dn 9.

³⁵¹ Reichard, 172-173.

³⁵² Reichard, 173. *Krückmann*'a göre ise *von Tuhr*'un *actio inanis*'e ilişkin çıkarımda bulunduğu metinlerden varılması gereken sonuç, üçüncü kişiye içi boş bir dava hakkının devredildiği değil, aksine baştan itibaren üçüncü kişinin menfaatine ilişkin bir dava hakkının devredildiğidir: *Krückmann*, *Schadensliquidation*, 312-315.

³⁵³ Reichard, 174-175.

³⁵⁴ Henn, 55; von Tuhr, Interesse, 565-566; Oberscheidt, 13-14.

de yoktur: *nemo plus iuris transferre quam habet ipse*³⁵⁵. Fischer'a göre ise bu düşünce hatalıdır ve modern Alman hukukunda Roma hukuku ile bu bağlamda köprü görevi görebilecek hükümler mevcuttur. Örnek olarak, asıl borçlu dışındaki bir kişi kimi durumlarda yaptığı ifa ile alacaklıya halef olabilmektedir. Yazara göre bu duruma daha yakından bakıldığında, aslında yapılan ifa ile borç sona ermekte ve alacaklı tatmin edildiği için artık ileri sürebileceği bir alacak hakkı kalmamaktadır. Ancak yine de söz konusu alacak hakkının ifada bulunan kişiye yasa yoluyla devrolacağı kabul edilmektedir.³⁵⁶

Ayrıca Fischer, ifa imkansızlığı sonucu borçlunun elde ettiği kaim değer alacaklı tarafından talep edilebileceğini düzenleyen BGB 281³⁵⁷ hükmünden yola çıkarak da görüşünü desteklemektedir. Yazar şu iki örneği vermektedir: İlk örnekte, malik (Ü), kitabını arkadaşı (H)'ye ödünç vermiş ve hiçbir şekilde bu kitabı başkasına kullanırmamasını tembihlemiştir. Buna rağmen (H) arkadaşı (Z)'nin ısrarlarına dayanamamış ve kitabı ona ödünç vermiştir. (Z) kusurlu bir şekilde kitabı telef etmiştir. İkinci örnekte ise (Ü), (H)'nin kitabı yalnızca (Z)'ye ödünç verebileceğini belirtmiş ve olayın geri kalanı aynı şekilde gelişmiştir. Haksız fiilden doğan olası talebi şimdilik bir kenara bırakalım ve yalnızca borca aykırılığa dayanan tazminat talebi üzerinden düşünelim. İlk örnekte (H), borca aykırı davrandığı için malik (Ü)'ye karşı sorumludur ve bunu bir zarar kalemi olarak kendi borçlusu (Z)'ye rücu edebilecektir. BGB 281 (285) uyarınca (Ü) söz konusu rücu alacağının kaim değer olarak kendine devrini talep edebilir ve böylece doğrudan (Z)'ye başvurabilir. İkinci olasılıkta ise (H), (Ü)'ye karşı herhangi bir borcunu ihlal etmediği için sorumlu değildir ve dolayısıyla (H)'nin (Z)'ye karşı bir rücu alacağı da doğmamıştır. Bu durumda BGB 281 (285)'e dayanarak (Ü)'nün (H)'den kendisine devretmesini isteyebileceği bir kaim değer yoktur demek, alacaklı (H)'ye atfedilebilen ve atfedilemeyen imkânsızlık hallerinde farklı sonuca varmak anlamına gelecektir. Yazara göre hükümde bu yönde bir ayırımın emaresi olmadığı gibi böyle bir kabul kanun koyucunun iradesiyle uyumlu olamaz.³⁵⁸

³⁵⁵ Kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez.

³⁵⁶ Henn'e göre bu tür problemler günümüzde kanun koyucu tarafından *actio inanis* yerine denkleştirmenin reddedilmesi ya da istisnai olarak yapılan ifa üzerine alacağın sona ermemesini sağlayarak çözülmektedir: bkz Henn, 55. İkinci görüş yönünde: Oberscheidt, 13. Kanaatimce öğretinin kanun koyucunun verdiği sonucu bu iki kurumla açıklıyor olması alta yatan düşüncenin *actio inanis*'in devrine benzediğini tek başına dışlamaz.

³⁵⁷ Günümüzde bu hüküm BGB 285'te yer almaktadır.

³⁵⁸ Fischer, 106-107. Oberscheidt'e göre burada hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin borçluya karşı bir alacak hakkına sahip kılınması kanun koyucunun iradesi ile çelişmemektedir. Hak sahibi bu yönde bir alacak hakkına sahip kılındığında ise BGB 281 (285) hükmü aracılığıyla üçüncü kişiye kaim değer olarak devredilen alacağın içi boş olmamaktadır: Oberscheidt, 14; benzer yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 221.

Bu durumda gündeme gelecek bir soru, hak sahibinin talep hakkının üçüncü kişinin zararı ile birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan tazminat alacağının kapsamının ne olacağıdır. Yukarıdaki örnekteki kişiler üzerinden gidersek, *Fischer*'e göre burada tazminatın talep hakkı sahibi (H)'nin tam menfaati dikkate alınarak hesaplanması mümkün değildir, çünkü bu durumda eşyanın asıl malikinin (Ü) olduğu ve (Ü) ile (H) arasındaki sözleşmesel ilişki göz ardı edilmiş olacaktır. Burada, yazara göre, yalnızca eşyanın objektif piyasa değeri tazminat olarak talep edilebilir.³⁵⁹

Kanaatimce *actio inanis*'e dayanan çözüm oldukça yaratıcıdır. Her ne kadar Alman ve Türk/İsviçre hukuklarında “boş talep” ya da *actio inanis* diye bir kavram olmasa da, bu akıl yürütme günümüz hukuk sistemleri açısından olası bir kanun boşluğu doldurulurken yol gösterici olabilir. Dolayısıyla bu çözüm yolunu hukukumuzda yabancı olduğu gerekçesiyle doğrudan bir kenara atmamak gerekir.

7. Korunmak İstenen Değerin Kendisinde Somutlaştırılmış Menfaat Görüşü

Reinhardt'ın ortaya attığı bu teori uyarınca alacaklının menfaati ilkesinin, hukuk düzeninin korumak istediği değerın kendisinde somutlaştırılmış (ya da objektifleştirilmiş) menfaat ilkesi ile değiştirilmesi sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini problemi çözülebilir. *Reinhardt*'a göre tazminat ödeme yükümlülüğünün doğmasının temelinde yer alan şey ne ise sorumluluğun kapsamını da o belirlemelidir.³⁶⁰ Bir davranışın tazminat ödeme yükümlülüğüne yol açmasının sebebi, bu davranışın hukuk düzeninin koyduğu, her hukuk süjesine uygulanan ve belirli davranışları yerine getirmeyi ya da bunlardan kaçınmayı emreden objektif normlara göre değerlendirilip bu normlara aykırı bulunmasıdır.³⁶¹ Dolayısıyla, tazminat yükümlülüğüne yol açan şey hukuk süjelerine hukuki yükümlülükler olarak yüklenen bu tarz davranış yasaklarının ihlali olup, alacaklının kim olduğu ya da kimin tazminat talep edebileceği bu konuda bir rol oynamadığından, tazminatın kapsamı belirlenirken de zarar görenin kim olduğundan değil ihlal edilen yükümlülüğün kendi içeriğinden hareket edilmelidir.³⁶²

³⁵⁹ Yazar (Ü)'nün eşyanın objektif değerini aşan olası zararının tazmin edilip edilemeyeceği meselesini açıkça tartışmamaktadır. Kanaatimce yazarın ifade etmek istediği şudur: (Ü) yalnızca eşyanın piyasa değeri tutarında bir tazminat talebinde bulunabilir. Kendi zararının ya da (H)'nin malvarlığına göre hesaplanacak fiktif zararın bunun üzerinde olması durumu değiştirmez. Roma hukukundaki düşünceye göre (Ü)'nün kendi zararının tamamının tazminini isteyebileceği yönünde: von Tuhr, Interesse, 560-561.

³⁶⁰ Reinhardt, 72.

³⁶¹ Reinhardt, 73.

³⁶² Reinhardt, 75.

Yazarın bu aşamada sorduğu soru şudur: Acaba ihlal edilen hukuki yükümlülüğün içeriğinden yalnızca alacaklının/hak sahibinin menfaatinin korunacağı sonucuna varmak mümkün müdür? Yazar bu soruyu olumsuz yanıtlamaktadır. Yazara göre her hukuki yükümlülük bir değeri korumaya yönelmektedir. Söz konusu değer ihlal edilmemiş olması durumunda sağlayacağı faydalanma olanağı ise bir malvarlığı değeri teşkil etmektedir. Bir hukuki yükümlülüğün ihlali sonucu tazminat borcunun doğması, söz konusu faydalanma olanağı ve bunun ortaya çıkardığı malvarlığı değerinin hukuk düzenince garanti altına alındığı anlamına gelmektedir.³⁶³ Üçüncü kişinin zararının tazmininde aslında ihlali tazmin edilen değer üçüncü kişi olmasaydı hak sahibinin sahip olacağı ancak üçüncü kişi ile kurulan ilişki sonucu hak sahibine ait olmayan menfaattir.³⁶⁴ Bu menfaat, kime ait olursa olsun, hukuk düzenince garanti altına alınmış olan menfaattir: Her iki durumda da hukuk düzeninin kişiye yüklediği yükümlülüğün yerine getirilmesi sonucu ortaya çıkacak (ya da zarar görmesi engellenecek) bir faydalanma olanağı olarak ifade edilebilecek bir malvarlığı değeri söz konusudur.³⁶⁵ Dolayısıyla, tazminatın kapsamı hukuk düzeninin korumak istediği faydalanma olanağının ortaya çıkardığı malvarlığı değerine göre belirlenince, üçüncü kişinin zararının tazmininin önünde bir engel kalmayacaktır. Yazara göre borca aykırılıktan doğan tazminat yükümlülüğüne ilişkin BGB 280 hükmünde alacaklı ifadesinin geçmesinin sebebi ise tazminat talebinde alacaklının bulunacağını belirtmektir, yoksa bu tazminatın sadece alacaklının malvarlığındaki zararı kapsamına alacağını değil.³⁶⁶

Reinhardt'ın teorisine karşı öğretilde çeşitli eleştiriler yöneltmiştir. İlk olarak, bu yaklaşımın kabulü halinde tazmin edilecek zararların kapsamının aşırı şekilde genişleyeceği ileri sürülmektedir.³⁶⁷ Örneğin, *Reinhardt*'a göre bir tenorun akşamında konser vereceği gün trafik kazası geçirip konsere çıkamaması halinde kazaya sebep olan kusurlu sürücü yalnızca tenorun kaybettiği ücret alacağını değil, konser salonunun zararını da karşılamalıdır, çünkü tenor iş gücünü konser salonunun faydalanmasına tahsis etmektedir ve bu iş gücü hukuken korunmaktadır.

³⁶³ Reinhardt, 75-77.

³⁶⁴ Reinhardt, 84.

³⁶⁵ Reinhardt, 85-86.

³⁶⁶ Reinhardt, 69. BGB 280 gerçekten alacaklının borca aykırılıktan doğan zararı talep edebileceğini belirtmektedir, alacaklının zararından açıkça söz edilmemektedir. “*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. / Borçlu borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünü ihlal ettiğinde, alacaklı bundan doğan zararın tazminini talep edebilir. Söz konusu ihlal borçluya yüklenemiyorsa bu kural uygulanmaz.*”)

³⁶⁷ Tägert, 31-35; Junker, 6; Hagen 106-107. Ayrıca *Reinhardt*'ın teorisinin kabulü halinde tazmin edilecek zarar ile tazmin edilemeyecek zararın birbirinden ayrılmasının oldukça zorlaşacağı da belirtilmektedir: Hagen, 106-107; Diederichsen, Warenhersteller, 149; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 258.

Nitekim tenor konseri kendisi organize etseydi bu zararın tazmin edileceğinde tereddüt bulunmamaktadır.³⁶⁸ Ayrıca *Reinhardt*'a göre zincirleme satışta ilk satıcı, kusurlu olarak borcunu ifa etmemesi halinde zincirin bütün halkalarındaki kişilerin toplam zararını karşılamalıdır. Yazar şu örneği vermektedir: Aynı eşyayı (Z) (H)'ye 100 TL'ye, (H) (Ü₁)'e 110 TL'ye, (Ü₁) (Ü₂)'ye 120 TL'ye ve son olarak (Ü₂) (Ü₃)'e 130 TL'ye satmış olsun. (Z)'nin kusurlu olarak eşyanın mülkiyetini (H)'ye devretmemesi halinde (H), (Ü₁) ve (Ü₂) 10'ar TL zarara uğrayacaktır. Burada (H)'nin tazmin etmesi gereken zarar bunların toplamı yani 30 TL'dir. Yazara göre bunun sebebi, en kârlı son satışı doğrudan ilk alıcı yapsa idi, yani (H) eşyayı doğrudan kendisi 130 TL'ye satmış olsaydı tazminatın tutarının 30 TL olacağına tereddüt olmamasıdır. Yazara göre birden fazla satış yapılmış olması burada hukuken korunan ifa menfaatinin birden fazla kişiye bölündüğü anlamına gelmektedir ve bu durum sonucu değiştirmemelidir.³⁶⁹

Kanaatimce *Reinhardt*'ın verdiği örneklerde zarar kayması mevcut değildir. İlk örnekte yazar her ne kadar konseri tenorun kendisinin düzenlemesi ihtimalinden söz etse de somut olayda bu gerçekleşmemiştir. Burada zarar kaymasının mevcut olabilmesi için tenorun konseri organize etmesi, daha sonra konser gelirini somut olaydaki şirkete devretmeyi vadetmesi gerekirdi. Somut olayda bu söz konusu değildir. Yani somut olayda tenor, konser biletlerinin satışından elde edilecek kâra ilişkin menfaate aslında kendisi sahip olup daha sonra bu menfaati konser şirketiyle yaptığı sözleşme ile konser şirketine aktarmış değildir. Dolayısıyla tenorun kaza geçirmesi sonucu tipik olarak kendisinin uğrayacağı zararın bir üçüncü kişiye kayması söz konusu değildir.³⁷⁰ Burada daha ziyade tenorun zarara uğraması sebebiyle konser şirketinin de zarara uğraması söz konusudur ve bu bağımsız bir yansıma zarar niteliğindedir. Yine ikinci örnekte en yüksek fiyatla yapılan son satışı ilk alıcının yapabileceği ileri sürülmektedir. Ancak somut olayda bu satışı o yapamamıştır. Bunun son satışın kendisinin erişiminin olmadığı ekonomik ilişkiler kullanılarak yapılmış olması gibi çeşitli sebepleri olabilir. İlk alıcının mülkiyetin kendisine devredilmemesi sonucu uğrayacağı tipik zarar, ideal bir dünyada yapabileceği en yüksek bedelle satış yaptığı ihtimalde uğrayacağı zarar değildir.³⁷¹ Bu sebeple burada da zarar kayması yoktur.

³⁶⁸ Reinhardt, 98.

³⁶⁹ Reinhardt, 112-113.

³⁷⁰ Nitekim konser organizasyonu işi tipik olarak sanatçıların kendisi tarafından üstlenilmemekte, organizasyon şirketleri tarafından yerine getirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında da burada tipik olarak hak sahibinin malvarlığına ait bir menfaatten söz etmek güçtür.

³⁷¹ Zararın kapsamının bu şekilde tespitinin sorumluluk hukukuna yabancı olduğu yönünde: Hagen, 106; Krückmann, AcP, 71-72. Benzer yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 322-323.

Henn ise, *Reinhardt*'ın teorisinin bu haliyle sorumluluğu fazla genişlettiği eleştirisine katılsa da teorisinin bir miktar değiştirilmesi halinde bu eleştirinin boşa çıkacağını ileri sürmektedir. Yazara göre hukuki değere ilişkin korunan menfaat yalnızca bu değerden tek seferlik istifade olarak tanımlanırsa, bu sonuç ortaya çıkmayacak ve sorumluluk aşırı biçimde genişlemeyecektir.³⁷²

Reinhardt'ın teorisine yöneltilen ikinci eleştiri ise alacaklının menfaati ilkesinden tamamen vazgeçmesidir. Bu eleştiriye yönelten yazarlara göre söz konusu ilke hem BGB'nin sözü hem de sistematığı ve tarihçesi tarafından desteklenmektedir.³⁷³ Ayrıca *Reinhardt*'ın ileri sürdüğü sorumluluğa dayanak teşkil eden prensip ile sorumluluğun kapsamını belirleyen prensibin neden aynı olması gerektiğinin açık olmadığı, sorumluluğun doğup doğmadığı ile sorumluluğun kapsamının birbirinden farklı meseleler olduğu belirtilmektedir.³⁷⁴ Buna ek olarak eğer tazminat alacaklının malvarlığındaki eksilmeden bağımsız olarak zarar gören varlığa bağlı kriterler üzerinden belirlenecekse, hala denkleştirme amacının nasıl mevcut olduğu üzerine iyi düşünmek gerekir.³⁷⁵ Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere *Reinhardt*'ın teorisi neredeyse münhasıran caydırıcılık fikrine dayanmaktadır ve gerçek anlamda zararın önlenmesi fikrinden ziyade soyut olarak yasa koyucunun belirlediği spesifik varlıkların muhafazasını sağlamaktadır. Modern tazminat hukukunda tazminatın dayanağı norm ihlali değil normun koruduğu menfaatin zarar görmesidir.³⁷⁶

Kanaatimce de *Reinhardt*'ın görüşüne karşı ileri sürülen eleştiriler yerindedir. Üçüncü kişinin zararının tazmini problemini çözmek için tazminat kavramı üzerinde bu kadar köklü bir değişiklik yapmak öngörülmeleyen birçok sonuca yol açabilir. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözümü için tabiri caizse olası “yan etkileri” bu kadar fazla ve öngörülemez olmayan, hedefe doğrudan odaklı “cerrahi” bir yol tercih etmek daha yerinde olacaktır.

³⁷² Henn, 57.

³⁷³ Junker, 6; Hagen, 102.

³⁷⁴ Hagen, 104.

³⁷⁵ Henn, 58.

³⁷⁶ Henn, 59.

8. Junker'ın Ortaya Attığı Güvende Temsil (*Vertretung im Vertrauen*) Teorisi

Alman hukukunda *Junker*, hem üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin çözmeye çalıştığı sorunu hem de üçüncü kişinin zararının tazmini problemini tek bir teori ile çözmeye çalışmıştır: Güvende temsil teorisi (*Vertretung im Vertrauen*).

Junker teorisini güven sorumluluğuna ve temsil kurumuna dayandırmaktadır. Hukuk düzeninde birbiriyle uyumlu karşılıklı irade beyanları ile bir sözleşme ve dolayısıyla hukuki işlem yoluyla kurulan bir özel bağlantı (*rechtsgeschäftliche Sonderverbindung*) meydana gelmektedir. Kurulan salt karşılıklı güven ilişkisi yoluyla ise kimi durumda yasa aracılığıyla kurulan bir özel bağlantı (*gesetzliche Sonderverbindung*) meydana gelebilmektedir. Her iki durumda da özel ilişkinin kurulması hukukun değer atfettiği karşılıklı bir davranış yoluyla gerçekleşmektedir. Her nasıl ki hukuk düzeni bunların ilkinin temsil yoluyla bir başkası aracılığıyla kurulmasına izin vermişse, ikincisi bakımından da aynısının mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.³⁷⁷ Burada bir irade açıklaması mevcut olmadığından temsile ilişkin hükümlerin doğrudan değil kıyasen uygulanması söz konusudur.³⁷⁸

Yazara göre üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğduğu bir senaryoda üçüncü kişi, sahip olduğu hukuki değerlerin zarara uğratılmayacağına güvenmektedir. Zarar veren ile hak sahibi arasında kurulan özel ilişkide hak sahibi söz konusu güveni iletmekte ve adeta bir güvende temsilci olarak hareket etmektedir.³⁷⁹ Dolayısıyla söz konusu güvenin ihlali ve üçüncü kişinin zarara uğraması hâlinde üçüncü kişi zarar vereni sorumlu tutabilmelidir.³⁸⁰

Temsile ilişkin hükümler kıyasen uygulandığında, yazara göre burada hak sahibinin temsilci olarak hareket etme iradesini kabul etmek kolaydır. Ancak temsil yetkisi bakımından daha dikkatli düşünmek gerekir. Hak sahibi ile zarar veren arasındaki hukuki ilişkinin kurulduğu sırada üçüncü kişi ile hak sahibi arasında hâlihazırda bir ilişki mevcutsa, burada temsil yetkisinin örtülü olarak verildiğini kabul etmek gerekir; çünkü güvende temsil yetkisinden temsil olunan üçüncü kişi salt fayda sağlayacaktır.³⁸¹ Aynı sebeple burada hak sahibinin zarar veren ile kuracağı özel ilişkiyi

³⁷⁷ Junker, 25.

³⁷⁸ Junker, 25.

³⁷⁹ Junker, 27.

³⁸⁰ Junker, 25 vd.

³⁸¹ Junker, 28-29

üçüncü kişinin spesifik olarak biliyor olması da şart değildir.³⁸² Hak sahibi ile zarar veren arasındaki ilişkinin kurulduğu sırada üçüncü kişinin henüz sahnede olmaması halinde ise aynı akıl yürütme çalışmayacaktır. Bu durumda yazara göre hak sahibinin yetkisiz güvende temsilci olarak hareket ettiğini, üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki ilişkinin kurulduğu anda ise üçüncü kişinin bu yetkisiz “işlemi” örtülü olarak onayladığını kabul etmek gerekir.³⁸³

İşlemin temsilen yapıldığının karşı tarafa bildirilmesi şartı bakımından ise yazar bir ayrım yapmaktadır. Üçüncü kişinin varlığının müstakbel zarar veren tarafından bilindiği hallerde sorun yoktur, zira bu kişi üçüncü kişinin zarara uğramayacağına güvendiğini ve bu güven bakımından aradaki hak sahibinin adeta bir aracı olduğunu bilmektedir.³⁸⁴ Müstakbel zarar verenin üçüncü kişinin kimliğini tam olarak bilmiyor olması ise herhangi bir sorun teşkil etmemelidir, çünkü yazara göre burada ilgili için açık işlemin varlığının kabulü mümkündür.³⁸⁵

Müstakbel zarar verenin üçüncü kişinin varlığından haberdar olmadığı durumda ise yazar, ilgili için örtülü işlem kurumuna başvurulması gerektiğini belirtmektedir.³⁸⁶ Bu kuruma başvurabilmek için zarar veren bakımından özel ilişkinin hak sahibi ile mi, üçüncü kişi ile mi yoksa her ikisi ile birden mi kurulduğunun bir öneminin olmaması gerekmektedir. Bunun için ise sorumluluğun kapsamının aynı kalması gerekir. Yani zarar veren hak sahibine karşı nasıl sorumlu olacak idiyse üçüncü kişiye karşı da aynı kapsamda sorumlu tutulursa bu şart sağlanacaktır, çünkü bu durumda zarar verenin sorumluluğunun spesifik bir kişiye karşı olmasını isteme konusunda korunmaya değer bir menfaati olmayacaktır. Yazar sorumluluğun bu şekilde sınırlanması gerektiğini kabul etmektedir. Benzer şekilde yazar, ilgili için örtülü işlemin şartlarının sağlanabilmesi için, zarar verenin hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceğini kabul etmektedir.³⁸⁷ Üçüncü kişinin varlığının bilindiği durumlarda ise *Junker*, ilgili için örtülü

³⁸² Junker, 29.

³⁸³ Junker, 29.

³⁸⁴ Junker, 30.

³⁸⁵ Junker, 30. Öğretide temsilcinin temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bildirmesine rağmen temsil olunanın kimliğini daha sonra açıklayacak şekilde temsil yoluyla işlem yapmasının mümkün olduğu kabul edilmekte ve buna ilgili için işlem adı verilmektedir. İlgili için açık işlem kurumu hakkında daha detaylı bilgi için bkz Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 678 vd; İnceoğlu, 56 vd; Kapancı, Temsil, 1905 vd.

³⁸⁶ İlgili için örtülü işlemde söz edilebilmesi için temsilcinin temsil yetkisine sahip olması, kendi iç dünyasında üçüncü kişi (temsil olunan) adına hareket etmesine rağmen bunun karşı tarafça bilinebilir olmaması ve karşı taraf için hukuki işleminin tarafının temsilci ya da temsil olunan olmasının fark yaratmıyor olması gerekir. Bu durumda TBK 40 II uyarınca sözleşmenin tarafı temsil olunan olacaktır: Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 682 vd; İnceoğlu, 67 vd; Kapancı, Temsil, 1906 dn 41.

³⁸⁷ Junker, 32-33.

işleme başvurmayaya gerek kalmayacağı için, üçüncü kişinin zararının tamamının tazmin edileceğini ve zarar verenin hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı ileri süremeyeceğini belirtmektedir.³⁸⁸

Junker teorisinin haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarını çözemeyeceğini, çünkü teorisinin uygulanabilmesi için zarar veren ile hak sahibi arasında bir sözleşmesel ilişkinin mevcut olması gerektiğini kabul etmektedir.³⁸⁹

Junker'in teorisine öğretide çeşitli eleştiriler yöneltmiştir. *Henn*'e göre *Junker*'in teorisi sonuç bakımından yerindedir. Üçüncü kişi ile borçlu arasında doğrudan bir özel ilişki kurulduğundan normatif zarar kavramının yol açtığı fazla ya da az tazmin sorunları ortadan kalkmaktadır. Ayrıca üçüncü kişi doğrudan bir alacak hakkına kavuştuğundan tazminatın bir aracı olarak alacaklı (hak sahibi) tarafından talep edildiği ihtimalde ortaya çıkan sorunlardan da kaçınılmaktadır.³⁹⁰ Ancak yazara göre *Junker*'in teorisi günümüzde Alman hukukunda hâkim olan temsil teorisiyle bağdaşmamaktadır. Alman öğretisine göre, BGB'de kabul edilen temsil sisteminde temsilcinin irade beyanının sonuçları temsil olunanın üzerinde doğmaktadır (*Repräsentationstheorie*), yoksa temsil olunanın iradesi temsilci aracılığıyla işlemin karşı tarafına iletilmemektedir.³⁹¹ Dolayısıyla temsil olunanın güveninin temsilci aracılığıyla “iletilmesi” de bu sistem ile bağdaşmamaktadır. *Junker*'in varmak istediği, üçüncü kişinin zararının tazmini senaryoları ile temsil kurumu arasındaki paralellik, *Henn*'e göre ancak *Beuthien*'in ileri sürdüğü³⁹² ve temsil kurumunu temsil olunanın temsilci aracılığıyla dolaylı olarak işlemler yaptığı (iradesini ilettiği) bir kurum olarak kabul eden görüş (*Erklärungsmittlung*) kabul edilirse sağlanabilir.³⁹³ Ancak bu yaklaşım günümüz hâkim öğretisi tarafından kabul edilmemektedir.³⁹⁴

Henn, *Junker*'in teorisinin başka yönlerden de zayıflıkları olduğunu belirtmektedir. Yazara göre eğer zarar kaymasının gerçekleştiği senaryolarda böyle bir teoriye başvurulmasının nedeni üçüncü

³⁸⁸ Junker, 33. Güvende temsil teorisi kapsamında üçüncü kişinin ve hak sahibinin müterafik kusurunun tazminatın belirlenmesinde dikkate alınıp alınamayacağı hususunda bkz Junker, 35-38. Sorumsuzluk anlaşmasının mümkün olup olmadığı ve etkisi hususunda ise bkz Junker, 42.

³⁸⁹ Junker, 45. Yazar haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu bir sonraki başlıkta açıklanacak farklı bir teori ile çözmeye çalışmaktadır.

³⁹⁰ Henn, 121-122. Bu sorunlar için bkz aşağıda §4.B.1.a.ii.

³⁹¹ Henn, 124; bu teorinin Türk hukukunda da hâkim olduğu yönünde İnceoğlu, 9; Eren, Borçlar Genel, 444; Kavasoglu, 15.

³⁹² Beuthien, 6.

³⁹³ Henn, 125.

³⁹⁴ Nitekim *Beuthien* de kendi teorisinin baskın olmadığını kabul etmiştir: Beuthien, 1.

kişinin korunma ihtiyacı ve tazminatın zarar veren tarafından direkt olarak zarara uğrayan kişiye ödenmesi ise teorinin dayanağını teşkil eden güvenin ve bunun meydana getirdiği iddia edilen özel ilişkinin hiçbir rolü kalmamaktadır. Zarar veren kişi zarar kayması olmasaydı doğan zararı zaten tazmin edecekti ve bu teori uyarınca yalnızca tazminatı ödeyeceği kişi değişmektedir, yani sorumluluk genişlememektedir. Bu durumda söz konusu güvenin meydana getirdiği özel ilişki zarar verene yasanın ona yüklediğinin ötesinde ek bir yüküm getirmemektedir.³⁹⁵

Luther de Junker'in teorisine karşı çıkmaktadır. Yazara göre bu teori normatif bir güven kavramından hareket etmektedir ve bu güveni tanımlayabilmek için öncelikle sorumluluğun ne derecede olacağına karar vermek gerekir. Söz konusu teori aslında sorumluluğun dayanağı ve kapsamı sorularını cevaplamak yerine ortaya yeni bir kavram (güvende temsil) atarak bu soruları örtmektedir.³⁹⁶

Kanaatimce öncelikle *Junker*'in teorisinin oldukça yaratıcı ve kendi içinde tutarlı olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak *Henn*'in belirttiği gibi söz konusu yaklaşım, Türk hukukunda da hâkim olan, öğretinin kabul ettiği temsil teorisi ile bağdaşmamaktadır ve bu sebeple temsile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması dayanağını yitirmektedir. Dolayısıyla *Junker*'in teorisinin Türk hukuku bakımından da kabulü zor görünmektedir.

9. Haksız Fiilden Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Problemi Bakımından *Junker*'in Ekonomik Mülkiyet Teorisi

Junker haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözümü için ekonomik mülkiyet kavramını ortaya atmaktadır.³⁹⁷ Söz konusu kavram ilk olarak vergi hukuku öğretisinde vergi hukukundan doğan bazı yükümlülüklerin kime yükleneceğine karar vermek kullanılmıştır. Alman Vergi Kanunu (*Abgabenordnung*) 39 II'de öğreti tarafından ekonomik mülkiyet olarak anılan kavramın tanımı yer almaktadır: “*Malik dışında bir kişi, iktisadi değeri olan bir eşya üzerinde kullanım süresi boyunca eşyanın malikinin olası müdahalelerine ekonomik olarak engel*

³⁹⁵ Henn, 126.

³⁹⁶ Luther, 600. Güvenin iletilmesi mekanizmasının anlaşılması zor ve muğlak olduğu, üçüncü kişinin zarara uğramayacağına ilişkin güveninin ise bir sorumluluğun doğmasına sebebiyet veremeyecek ölçüde soyut olduğu yönünde: Lee, 132-133.

³⁹⁷ Yazar borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözümü için ise güvende temsil adını verdiği bir önceki başlıkta açıklanan teoriye başvurmaktadır.

*olabilecek şekilde fiili hakimiyet sahibi ise, iktisadi değeri olan bu eşya söz konusu kişiye atfedilir.”*³⁹⁸

Junker’in kullandığı ekonomik mülkiyet kavramı ise vergi hukukundaki kavramdan farklıdır. Yazarın ortaya attığı ekonomik mülkiyet kavramı bakımından eşya üzerinde fiili hakimiyet şart değildir.³⁹⁹ Yazara göre, bir eşyanın maliki olmaksızın o eşyanın zarara uğraması ya da yok olmasının riskini tek başına taşıyan ve eşyanın kullanım menfaati ile olası değer artışından kaynaklanacak faydadan tek başına yararlanan kişi eşyanın ekonomik malikidir.⁴⁰⁰

Junker’e göre, üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bakımından nasıl birçok yazarın hareket noktası tesadüfi zarar kayması ise, mülkiyetin eşyanın zarar görmesinin sonuçlarını üstlenen kişiye (üçüncü kişiye) hâlihazırda geçip geçmediği de tesadüfidir.⁴⁰¹ Menfaatler dengesi açısından bakıldığında aslında üçüncü kişi hâlihazırda malike eşdeğerdir, zira eşyanın yok olmasına ilişkin bütün riski o taşımaktadır.⁴⁰² Sonuç olarak, yazara göre (haksız fiilden doğan) üçüncü kişinin zararının tazmini ile aslında söz konusu ekonomik mülkiyet hakkının ihlali sonucu bir haksız fiil tazminatına izin verilmiş olmaktadır.⁴⁰³

Kanaatimce söz konusu kavramın üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu çözmek için kullanılması öngörülmesi mümkün olmayan sorunlara yol açabilir. *Junker*’in tabiriyle ekonomik malik olarak kabul edilen kişinin eşyanın gördüğü zarar sonucu haksız fiil tazminatına hak kazanması menfaatler dengesine uygundur. Ancak bu kişi her anlamda malike eşdeğer kabul edilecek midir? Malike yüklenen her yükümlülük bu kişiye de yüklenecek midir? Örneğin, komşuluk hukukundan doğan yükümlülükler (TMK 737 vd) ya da yapı malikinin sorumluluğu

³⁹⁸ “Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen.”

³⁹⁹ Junker, AcP 193, 353.

⁴⁰⁰ Junker, AcP 193, 354.

⁴⁰¹ Junker, AcP 193, 358.

⁴⁰² Junker, AcP 193, 359.

⁴⁰³ Junker, AcP 193, 359. Belirtmek gerekir ki yazar üçüncü kişinin ekonomik mülkiyetini iş sahibinin arazisi üzerinde yapılan eserin teslimden önce hasara uğraması bakımından kabul etmemektedir. Yazara göre burada yüklenici eşyanın faydasını ve zararını tek başına üstlenmemektedir: bkz Junker, AcP 193, 354 dn 27. Benzer şekilde yazara göre mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta da alıcı ekonomik malik değildir, çünkü eşyanın yok olması riskini tek başına taşımamaktadır. Satıcının da söz konusu eşyanın satış bedelinin teminatını sağlaması sebebiyle eşya üzerinde ekonomik menfaati mevcuttur (Junker, AcP 193, 355 dn 28). Aynısı teminat amaçlı inancılı devir bakımından da, devralanın teminat menfaati sebebiyle, geçerlidir (Junker, AcP 193, 362). Son olarak yazar, finansal kiralamada da kiraya verenin, elde ettiği kira bedelleri sebebiyle, eşyanın ekonomik menfaatine dahil olması sebebiyle kiracının ekonomik malik olmadığını belirtmektedir (Junker, AcP 193, 363). Yazara göre bu sayılanlar dışındaki üçüncü kişinin zararının tazmini hallerinde üçüncü kişinin ekonomik malik olduğunu savunmak mümkündür (Junker, AcP 193, 363).

bakımından süje ekonomik malik mi olacaktır? Ayrıca ekonomik malik birçok durumda eşyanın zilyedi de olmayacaktır, bu durumda aleniyet prensibinin sağlanmaması sebebiyle mülkiyet hakkına ilişkin bütün kuralların uygulanması başkaca sorunlara yol açabilir. Söz konusu sorunların önüne geçmek için yalnızca zararın tazmini bakımından üçüncü kişiyi malike eşdeğer kılmak ise mülkiyet kavramının içini boşaltmaktadır. Dolayısıyla kanaatimce ekonomik mülkiyet kavramına ihtiyaç olmadığı gibi bu kavramın ortaya atılması da yerinde değildir.⁴⁰⁴

10. Örf ve Âdet Hukukuna Dayanan Görüş

Alman hukukunda mahkemeler ve öğretinin çoğunluğu üçüncü kişinin zararının tazminini çeşitli olay gruplarında kabul ettiğinden bu konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı (*Gewohnheitsrecht*) olduğu bazı yazarlarca ileri sürülmektedir.⁴⁰⁵ Ancak bütün olay grupları bakımından bir örf ve âdet hukuku kuralından söz edilemeyeceği de birtakım yazarlarca savunulmaktadır. Bir görüşe göre örf ve âdet hukuku kuralından yalnızca dolaylı temsil ilişkilerinde meydana gelen üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından söz edilebilir, diğer olay gruplarında üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından mahkeme kararları ve öğretide birlik yoktur.⁴⁰⁶ Bir başka görüşe göre ise üçüncü kişiye ait eşya üzerinde koruma borcu doğuran ilişkilerde de bir örf ve âdet hukuku kuralından söz edilebilir.⁴⁰⁷

Öğretide bu yaklaşım çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. *Peters*'e göre her ne kadar dolaylı temsil ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmini mahkemelerce sürekli kabul edilse de, bu kararlara konu olaylarda genelde tipik zarar dava edilmiştir. Üçüncü kişinin hak sahibinin uğramayacağı atipik bir zarara uğraması halinde ne olacağı konusunda ise aynı istikrarlı içtihat oluşmuş değildir. Bu yüzden örf ve âdet hukukuna dayanan bir kuraldan henüz söz etmek mümkün değildir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ Benzer şekilde kavramın Alman eşya hukuku sistemine uymayıp, çözdüğünden daha çok soruna yol açabileceği yönünde Luther, 585-586. Bu kavramın alacak haklarının adeta bir ayni hak gibi kabulüne ve dolayısıyla salt malvarlığı zararlarının (hukuk düzeniyle uyuşmayacak şekilde) genel olarak tazminine yol açabileceği yönünde: Lee, 142.

⁴⁰⁵ Örneğin bkz Täger, 37; Lübke, 103; Erman-Ebert, Vorbemerkung vor §249, para 124.

⁴⁰⁶ Von Schroeter, 28; Soergel-Ekkenga/Kuntz, 13. Bası, para 347.

⁴⁰⁷ Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor §249, para 249 (*Obhut*) ve 252 dn 5 (dolaylı temsil). *Büdenbender*'e göre de dolaylı temsil ve inançlı işlemler bakımından üçüncü kişinin zararının tazmin edileceği yönünde içtihat birliği olsa da diğer olay gruplarında böyle bir durum söz konusu değildir: Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 72-73. Alman hukukunda bazı yazarlar ise üçüncü kişinin zararının tazmininin hukuki temelini daha ziyade örf ve âdet hukuku ile güçlendirilmiş hâkimin hukuk yaratması (*Gewohnheitsrecht erstarktes Richterrecht*) olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda bkz Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 76.

⁴⁰⁸ Peters, 352.

Urban'a göre ise üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin kuralları belirlemek ve uygulamak kişilerin değil mahkemelerin görevi olduğundan, burada örf ve âdet hukuku kuralının şartı olarak kişiler arasındaki ilişkilerde yaygın ve bağlayıcı olduğu düşüncesiyle bilinçli olarak uygulanan bir kuraldan söz etmek mümkün değildir.⁴⁰⁹

Henn'e göre de soyut bir kavram olarak üçüncü kişinin zararının tazmininin bağlayıcılığı konusunda yerleşik bir inançtan söz etmek mümkün değildir. Yazara göre genel olarak üçüncü kişinin zararının tazmininin gerektiği yönündeki “hukuk hissi” (*Rechtsgefühl*) muhtemelen hukukçu olmayanların büyük çoğunluğunda da yaygın bir şekilde mevcuttur, fakat bu tazminin hak sahibinin talebiyle yapılması gerektiğine⁴¹⁰ ilişkin yaygın bir kanaatin olma ihtimali düşüktür. Ayrıca bazı spesifik örnekler bakımından, örneğin vasiyetname örneği, üçüncü kişinin zararının tazmininin gerektiği konusunda bir uzlaşısı olduğunu savunmak zordur, çünkü kişilerin karmaşık tazminat hukukunun detaylarını bilmelerini beklemek güçtür. Bu konuda mümkün olan en yaygın uzlaşısı hukuk uygulaması, içtihat ve öğreti arasında olabilir, fakat böylesine dar bir uzlaşının yasaların mecliste yapıldığı demokratik bir ülkede bir hukuk kuralının doğumuna yol açıp açmayacağı yazara göre şüphelidir.⁴¹¹

Türk hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini ne içtihatla ne de öğretide kendine yeterince yer bulabilmiştir. Bu sebeple, bu şekilde bir örf ve âdet hukuku kuralının meydana gelip gelemeyeceği tartışmasından bağımsız olarak Türk hukukunda her hâlükârda bu yönde bir kuralın meydana gelmiş olduğunun savunulabilmesi zor görünmektedir. Dolayısıyla bu konuda daha fazla detaya girmenin Türk hukuku bakımından bir katkısı olmayacaktır.

11. Kanun Boşluğu Görüşü

Alman hukukunda hâkim görüş üçüncü kişinin zararının tazmini hususunda bir kanun boşluğu bulunduğunu ve bu boşluğun hâkim tarafından doldurulması sonucu üçüncü kişinin zararının tazmininin sağlanacağını kabul etmektedir.⁴¹² Bir görüşe göre BGB'nin yasalaşma süreci

⁴⁰⁹ Urban, 42. *Puhle* de detaylı bir açıklama yapmasa da örf ve âdet hukuku kuralının şartlarının sağlanmadığını belirtmektedir: bkz Puhle, 96.

⁴¹⁰ Bu konuda bkz aşağıda §4.B.1.

⁴¹¹ Henn, 63. Yazar ayrıca bireysel olay kümeleri bakımından üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi gerektiği hususunda öğretide birçok kişi aynı görüşte olsa da bunun dayanağı konusunda bir uzlaşıdan söz etmenin zor olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla yazara göre öğretide de en azından üçüncü kişinin zararının tazmininin dayanağı bakımından bir yerleşik fikirden bahsedilemez: Henn, 67.

⁴¹² Bu görüşün hâkim görüş olduğu yönünde Lange/Schiemann, 462, Junker, 14, Urban, 42; von Graffenried, para 615.

incelendiğinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun gündeme geldiği ve bu sorunun çözümü için bir hüküm önerildiği görülmektedir.⁴¹³ Ancak bu meselenin açık bir kanun hükmüyle çözümünden kaçınılmıştır, çünkü nasıl bir çözüm getirilmesi gerektiği hususunda oturmuş bir görüş mevcut olmadığı için bu konudaki bilimsel gelişmelerin önü kesilmek istenmemiş ve mahkemelerin bu sorunu kendilerinin çözebileceği düşünülmüştür.⁴¹⁴ Bu sebeple burada bir bilinçli kanun boşluğunun söz konusu olduğu ileri sürülmektedir.⁴¹⁵

Bir başka görüşe göre ise kanun koyucu ilgili hükümlerin yorumu yoluyla üçüncü kişinin zararının tazmininin tatmin edici bir dayanağa kavuşacağını varsaymıştır, ancak bu gerçekleşmemiştir. Üçüncü kişinin zararının tazminine engel görünen alacaklının menfaati ve nispilik ilkeleri bu sonucu amaçlamamaktadır.⁴¹⁶ Bu görüşe göre kanun koyucu bunu öngörse idi bu konuda bir düzenleme yapmaktan kaçınmayacağı söylenebilir, bu sebeple burada (bilinçli olmayan) bir kanun boşluğu söz konusudur.⁴¹⁷

Luther üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu kanun boşluğu doldurulması dışında başka dayanaklarla çözmeye çalışan görüşleri eleştirmektedir. Yazara göre anayasal düzende mahkemelerin hukuk yaratması ancak sistematik eksiklikleri (*systematische Defizite*) gidermek için mümkündür. Dolayısıyla hâkimin hukuk yaratabilmesi için sistematik açıdan hukuk sisteminin eksik ya da tutarsız olması gerekir. Tesadüfi zarar kayması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmininin gerektiğini savunanlar bu görüşlerini açıklanan şekilde temellendirmek yerine yalnızca hakkaniyet kavramı üzerinden gerekçelendirmektedir. Hatta üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna karşı çıkanlar da benzer bir hataya düşmekte, hukuk yaratmanın şartlarının sağlanıp sağlanmadığı üzerinde durmaksızın, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu yerine başka şekilde hukuk yaratarak sorunu çözmeye çalışmaktadırlar. Fakat üçüncü kişinin zararının tazmini ile ilgili her bir görüşün çıkış noktası kanun boşluğu olmalıdır.⁴¹⁸ Yazara göre hem borca

⁴¹³ Önerilen hüküm için bkz Mugdan II, 518.

⁴¹⁴ Mugdan II, 518; Urban, 42-44; Puhle, 96-97; Kohlhöser, 304; Diehle, 81.

⁴¹⁵ Urban, 43-44; von Schroeter, 29. Benzer yönde: Kohlhöser, 304-305.

⁴¹⁶ Diehle, 92. Bu ilkelerin amacı ve üçüncü kişinin zararının tazmininin bu amaçla bağdaşıp bağdaşmadığı tartışması hakkında detaylı bilgi için bkz yukarıda §2.

⁴¹⁷ Diehle, 90. Yazara burada bir gerçek kanun boşluğunun söz konusu olduğunu belirtmektedir: bkz Diehle, 93. Ancak belirtmek gerekir ki yazar kanun boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin çözümünü yalnızca eserinin konusunu teşkil eden inanca ilişkin işlemler ve dolaylı temsil halleri için önermektedir, diğer üçüncü kişinin zararının tazmini örnekleri için ise başka çözüm yollarını dışlamaktan kaçındığını açıkça belirtmektedir: bkz Diehle, 95. Boşluğun bilinçli mi bilinçsiz mi olduğunun bir önemi olmadığı, her hâlükârda bu boşluğun kıyas yoluyla doldurulmasının mümkün olduğu yönünde: Henn, 132.

⁴¹⁸ *Luther*, 574-575.

aykırılıktan hem de haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu ilgili sorumluluk hukuku kurallarının amaçlamadığı bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu boşluk, üçüncü kişinin zararının tazmini sağlanarak doldurulmalıdır.⁴¹⁹

İsviçre hukukunda *Koller*'in savunduğu görüşe göre de üçüncü kişinin dahlinin borçlu tarafından bilinebilir olmadığı durumlarda kanun boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazmininin kabulü mümkündür.⁴²⁰ *Armbrüster*'e göre ise OR 97 I'in üçüncü kişilerin zararının tazminini dışlamadığı görüşü yerinde olmakla beraber, İsviçre hukuk düzeni üçüncü kişinin zararının tazmini konusunda ZGB 1 II'ye dayanarak hâkimin hukuk yaratmasına da açıktır.⁴²¹ Türk hukukunda *Tandoğan* da üçüncü kişinin zararının tazmininin kanun boşluğu doldurulması yoluyla sağlanabileceğini savunmuştur.⁴²²

Von Graffenried'e göre kanun koyucunun üçüncü kişinin zararının tazmini meselesini bilerek düzenlemekten kaçındığı Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda böyle bir durum söz konusu değildir.⁴²³ Yazar kanun boşluğu doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazmini görüşüne katılmamakta, OR 97'ye dayanıldığında, kanun boşluğu doldurulmasından farklı olarak, varılan çözümün alacaklının menfaati ilkesi ile çelişmeyeceğini, çünkü alacaklının menfaati ilkesinin zaten kanun hükümlerinin yorumundan çıkarıldığını ve yorum yoluyla bu ilkenin istisnalarının tespitinin de mümkün olduğunu belirtmektedir.⁴²⁴ Benzer şekilde *Marti-Schreier* de üçüncü kişinin zararının tazmininin kanun boşluğu doldurulması yoluyla kabul edilemeyeceğini

⁴¹⁹ Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun nispiyet ilkesinin istenmeyen bir sonucu olduğu yönünde: Luther, 590; Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmin edilememesinin ise risk paylaşımına ilişkin kuralların amacıyla bağdaşmadığı, bu kuralların taraflar arasındaki ilişkinin dışındaki kişileri sorumluluktan kurtarmayı amaçlamadığı yönünde: Luther, 581.

⁴²⁰ Koller, AT, para 61.20 ve 61.40; Koller, Dritthaftung, para 17 ve 34. Yazar üçüncü kişinin dahlinin bilinebilir olduğu bazı durumlarda ise üçüncü kişinin zararının tazminini sözleşme boşluğunun doldurulmasına dayandırmaktadır: bkz yukarıda §3.B.4. *Bärtschi* ise üçüncü kişinin zararının tazmininin, bunu dışlamayan OR 97 (TBK 112) ve OR 41 I (TBK 49 I) hükümlerine dayanarak sağlanabileceğini, ancak üçüncü kişinin zararından sorumluluğun spesifik şartlarının hâkim tarafından kanun boşluğu doldurulması suretiyle tespit edileceğini, bu sebeple kanun boşluğu doldurulmasının üçüncü kişinin zararının tazmininin dolaylı hukuki temeli olduğunu savunmaktadır. Bkz *Bärtschi*, 421.

⁴²¹ *Armbrüster*, 77.

⁴²² *Tandoğan*, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 365.

⁴²³ *Von Graffenried*, para 619. Kanaatimce bu durum bir örtülü kanun boşluğundan söz edilmesine engel değildir.

⁴²⁴ Kanaatimce bu argüman bir kelime oyunundan ibarettir. Kanun boşluğu doldurulması yolu ile alacaklının menfaati ilkesinin istisnalarının tespit edildiği ve dolayısıyla bu ilke ile çelişilmediğinin de aynı şekilde savunulması mümkündür.

savunmaktadır, çünkü yazara göre OR 97'nin yorumundan üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varılabildiği için burada bir kanun boşluğu söz konusu değildir.⁴²⁵

Kanaatimce Türk hukuku bakımından, haksız fiilden kaynaklanan ya da bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olmadığı borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bir örtülü kanun boşluğu teşkil etmektedir.⁴²⁶ Yukarıda açıklandığı üzere Türk hukuku bakımından OR 97'nin karşılığı olan TBK 112'den yola çıkarak borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu çözmek mümkün değildir, zira TBK 112 hükmünde açıkça alacaklının zararından söz edilmektedir.⁴²⁷ Bu ise alacaklının menfaati ilkesinin kanundaki açık bir görünümüdür. Ayrıca sözleşmenin nispiyeti ilkesi kanunda açıkça yer almasa da bu ilkenin kanun hükümlerinin altında yatan düşünceye ve sorumluluk hukukunun sistematığına içkin olduğu konusunda tereddüt yoktur. Dolayısıyla TBK 112 hükmü olduğu gibi uygulandığında üçüncü kişinin zararının tazminine engel teşkil etmektedir. Benzer şekilde TBK 49 hükmü kapsamında kural olarak salt malvarlığı zararı tazmin edilememektedir ve haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararı da bu nitelikte olduğundan tazmini mümkün görünmemektedir.

Ancak yukarıda açıklandığı üzere bahsedilen ilkelerin amacı incelendiğinde⁴²⁸ üçüncü kişinin zararının tazmin edilememesi söz konusu amaca uygun düşmemektedir. Yasa koyucu tipik olarak zararın hak sahibinin malvarlığında doğacağı düşüncesinden hareket etmiş ve zararın bir başka malvarlığına kayması ihtimalini gözden kaçırmıştır. *Serozan*'ın tabiriyle “[t]ipik olayı düşünen yasa koyucu, tipik olmayan (atipik) olayı düşünememiştir; bu atipik olay için eklenmesi gerekli dışlayıcı ayrığı eklemeyi savsaklamıştır.”⁴²⁹ Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğduğu hallerde kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir hüküm (TBK 112 veya TBK 49) bulunmasına rağmen, bu hükmün uygulanması sonucu doğan sonuç kanunun amacı ve ruhuna uygun düşmemektedir. Bu sebeple burada bir örtülü kanun boşluğu söz konusudur.⁴³⁰ Bu kanun boşluğunun Türk hukukunda nasıl doldurulması gerektiği meselesine geçmeden önce,

⁴²⁵ Marti-Schreier, para 149.

⁴²⁶ Zarar verenin üçüncü kişinin varlığını bilebilecek durumda olduğu ve ifanın baskın olarak üçüncü kişi menfaatine öngörüldüğü borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla çözülmesi mümkündür. Bkz yukarıda §3.B.4.

⁴²⁷ Bkz yukarıda §3.B.2.

⁴²⁸ Bkz yukarıda §2.

⁴²⁹ Serozan, Medeni, Medeni Hukuk I §5 para 38a.

⁴³⁰ Alman hukukunda benzer yönde: Lee, 120 vd. Kavram hakkında daha detaylı bilgi için bkz Kırca, 96; Oğuzman/Barlas, para 340; Serozan, Medeni, Medeni Hukuk I §5 para 38a.

Alman-İsviçre hukuklarında ileri sürülen ve Türk hukukunda da kabul edilmesi düşünülebilecek birtakım görüşlerden bahsetmekte fayda vardır.

Alman hukukunda *Puhle* tarafından savunulan görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin kanun boşluğu menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesi kurumuna başvurularak doldurulmalıdır.⁴³¹ *Von Schroeter*'e göre ise kanun boşluğunun doldurulması için menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesinden faydalanılması altta yatan menfaatlerin benzerliği bakımından uygun görünse de doğurduğu sonuç bakımından reddedilmelidir. Yazara göre menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesine dayanılması durumunda üçüncü kişinin zararının ancak hak sahibinin uğrayacağı zarar kadar olan kısmı tazmin edilebilir. Yazara göre ise tazminat üçüncü kişinin şahsı dikkate alınarak belirlenmelidir ve bu sebeple bu yaklaşım kabule şayan değildir.⁴³²

Stamm ise hasarın geçişine ilişkin kurallardan kaynaklanan ve bir haksız fiil sonucu doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından ilginç bir görüş ortaya atmaktadır. Yazar, bir haksız fiilin mağdurun ölümüne yol açması halinde failin cenaze masraflarını karşılamakla yükümlü olan kişiye karşı bu masraflardan sorumlu olacağını düzenleyen BGB 844 I hükmünden kıyasen yararlanılmasını önermektedir. Türk hukukunda da TBK 53 I'in ilk bendinde benzer bir hüküm mevcuttur. Yazara göre bu hükmün amacı, ölüm halinde cenaze masraflarının tipik olarak ölen kişinin malvarlığı yerine bu kişi ile yakın ilişki içerisindeki bir başka kişinin malvarlığından karşılanmasının faili sorumluluktan kurtarmasını önlemektir. Burada zarara uğrayan yakının bir mutlak hakkı ihlal edilmemiştir. Mutlak hakkı ihlal edilen mağdur ise (cenaze masrafları bakımından) zarara uğramamıştır. Bu durumda alacaklının menfaati ilkesinin zararın tazmini önünde teşkil ettiği engel, BGB 844 I ile zarara uğrayan üçüncü kişi lehine aşılmaktadır.⁴³³

Yazara göre hasarın geçişine ilişkin kurallardan kaynaklanan ve bir haksız fiil sonucu doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından da benzer bir menfaatler dengesi söz konusudur. BGB 844 I'in düzenlediği durumda olduğu gibi burada da hukuken korunan bir değer ihlali sonucu bu değer ait olduğu kişi dışında biri zarara uğramaktadır. Her iki durumda da

⁴³¹ Puhle, 101. Bu kavrama başvurulması ile kanun boşluğu doldurulmasına gerek kalmadığı yönünde: Urban, 52-53 ve 69-70. Menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesi kurumu ve bunun üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa uygulanması bakımından daha detaylı açıklamalar için bkz yukarıda §3.A.1.a.i.

⁴³² Von Schroeter, 31-32. Tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiği ile ilgili tartışmalar için bkz aşağıda §4.B.2.

⁴³³ Stamm, AcP 203, 338.

tesadüfî bir zarar kayması söz konusudur. Failin bundan haksız bir fayda sağlamasının önüne geçilmesi adil bir çözümün gereğidir.⁴³⁴

Peki cenaze masraflarına ilişkin BGB 844 I (ve TBK 53 I) hükmü üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarına kıyasen uygulanmaya müsait bir norm mudur? Alman öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre bu hükmün yokluğunda zarara yol açan kişinin cenaze masraflarından sorumlu tutulamamasının sebebi zarar kayması değildir. Hayatın olağan akışında somut olayda cenaze masraflarını karşılayan kişi yüksek ihtimalle söz konusu fiil olmasaydı ileride ölüm gerçekleştiğinde cenaze masraflarını yine karşılayacaktı. Yani bu durumda üçüncü kişi konumundaki masrafları karşılayan kişinin aslında zararı mevcut değildir. Dolayısıyla burada bir zarar kaymasından söz edilemez.⁴³⁵

Buna rağmen zarar kaymasına benzer bir durumun söz konusu olduğunu ve hükmün hala kıyasen uygulanabileceğini söyleyebilir miyiz? Burada mutlak hakkı ihlal edilen kişi vefat etmiştir ve mirasçılar cenaze masraflarını karşılamakla yükümlüdür (bkz BGB 1968). *Henn*'e göre burada hak sahibi vefat ettiğinden hukuka aykırı fiilin sonucu onun malvarlığı yerine bir başkasının malvarlığında doğmaktadır. Dolayısıyla burada zarar kaymasına benzer bir durum söz konusudur.⁴³⁶ Ancak yazarın da haklı olarak işaret ettiği gibi, bu görüşe söz konusu zararın, yani cenaze masraflarının, aslında kişi öldükten sonra doğduğu ve kişi öldüğü anda yerine külli halef mirasçılar geçmiş olduğundan talep ile zararın birbirinden ayrılmadığı gerekçesiyle karşı çıkılabilir.⁴³⁷

Henn'e göre burada kanun koyucunun amacı tazmin edilebilir zararın kapsamını belirlemenin ötesindedir. Çünkü amaç bu olsaydı, mirasçıların zararın tazminini isteyebileceklerini söyleyerek bir önceki paragraftaki itirazın önüne geçilmesi mümkün olurdu. Böyle bir hüküm mevcut olsaydı, cenaze masraflarını karşılamakla mirasçılar dışında bir kişinin yükümlü olması hâlinde bu kişinin zararının karşılanabilmesi için üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak gerekecekti. Ancak mevcut BGB 844 I hükmü doğrudan bu kişinin talepte bulunabilmesini sağlamaktadır. Yazara göre burada kanun koyucu doğrudan zararın malvarlığında doğduğu kişinin talepte bulunmasını

⁴³⁴ Stamm, AcP 203, 339. Benzer yönde: Lee, 124.

⁴³⁵ Henn, 134; Luther, 586.

⁴³⁶ Henn, 134-135. Cenaze masraflarını mirasçılar yerine bu masrafları karşılamayı sözleşmesel olarak üstlenen bir kişinin karşılaması hâlinde her hâlükârda zarar kaymasından söz edilebileceği yönünde: Henn, 135.

⁴³⁷ Henn, 135 dn 531.

istemektedir. Dolayısıyla hükmün altında yatan bu düşünceyi diğer üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarına genişleterek üçüncü kişinin direkt talebini gerekçelendirmek yazara göre mümkün olabilir.⁴³⁸ Fakat yazara göre burada yalnızca direkt talep lehine bir argüman söz konusudur, ilgili hüküm üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarının çözümü için dogmatik bir temel sağlamamaktadır.⁴³⁹

Canaris ise haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından dolaylı zararların kural olarak tazmin edilememesi prensibinin teleolojik redüksiyona tabi tutulması ile üçüncü kişinin zararının tazminini önermektedir. Yazara göre söz konusu yasağın amacı haksız fiil sorumluluğunun öngörülemez biçimde artmasını önlemektir ve zarar kaymasının gerçekleştiği hallerde zararın tazmini bu amaca aykırı bir sonuç doğurmamaktadır.⁴⁴⁰

Luther ise söz konusu boşluğun doldurulması için denkleştirme zararı (*Kompensationsschaden*) kavramını ortaya atmaktadır. Üçüncü kişinin uğradığı zarar, bir haksız fiil söz konusu ise hak sahibinin haksız fiil hukuku tarafından korunan bir menfaatinin ihlali sonucu üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulması yani söz konusu menfaatin ihlalinin adeta üçüncü kişi zararına giderilmesi sonucu doğmaktadır.⁴⁴¹ Benzer şekilde bir borca aykırılık söz konusu olduğunda ise bu sefer hak sahibinin ifa menfaatinin ihlalinin, hak sahibinin üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulması yoluyla, üçüncü kişi zararına giderilmesi sonucu üçüncü kişi bir kayba uğramaktadır.⁴⁴² Yazar,

⁴³⁸ Henn, 135-136. Türk hukukunda TBK 53 I hükmünün ilk bendi bakımından cenaze giderlerinin karşılanması kimin talep edebileceği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre bunu yalnızca mirasçılar talep edebilir. Bkz Tunçomağ, 473 (yazar bu giderleri ya doğrudan failin ödeyeceğini ya da mirasçıların giderleri karşılayıp faile başvuracağını belirtmektedir); Eren, Borçlar Genel, 774 (yazar cenaze giderlerinin terekeye dahil olduğunu ve mirasçılar tarafından yapıldığını, bu sebeple tazminat hakkının mirasçılara ait olduğunu belirtmektedir); Gümü, Borçlar Genel, 549. Bir diğer görüşe göre ise masrafları kim yaptıysa tazminat talebinde bulunma hakkı ona aittir. Bkz Oğuzman/Öz, Cilt II, para 306 (Yazarlar aksi halde masrafları yapanın terekeden alacaklı olması ve bu borçtan dolayı mirasçıların failden iştirak halinde alacaklı olmaları gibi karmaşık bir durumun ortaya çıkacağını belirtmektedir).

⁴³⁹ Henn, 136.

⁴⁴⁰ *Canaris*, Boşluk, 157; benzer yönde: Lee, 120-121. Ancak *Canaris*'e göre borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından aynı yola başvurulamaz, çünkü burada zararın tazmin edilememesinin bir diğer gerekçesi üçüncü kişinin zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmeye taraf olmamasıdır. Yazar, borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ya da sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla çözülebileceğini belirtmektedir. Bkz *Canaris*, Boşluk, 157 dn 56. *Henn*'in haklı olarak belirttiği ve yukarıda da açıklandığı üzere (bkz yukarıda §2.A.) sorumluluğun çeşitli şekillerde sınırlanması yalnızca haksız fiil hukukunda değil sözleşme hukukunda da *Canaris*'in belirttiği amaçlara hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu amaçların riske girmesinin söz konusu olmadığı bütün durumlarda, haksız fiil ile sınırlı olmaksızın, sorumluluğun tesis edilmesi mümkün olmalıdır. Bkz Henn, 140.

⁴⁴¹ Luther, 584.

⁴⁴² Luther, 590.

üçüncü kişiye bu denkleştirme zararını konu alan bir tazminat alacağı tanınarak kanun boşluğunun doldurulmasını önermektedir.⁴⁴³

Luther'e göre önerdiği yaklaşımın kabulünün klasik öğreti ile içtihadın kabul ettiği ve hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminini talep ettiği kurama⁴⁴⁴ kıyasla pratik faydaları olacaktır. Üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı tanındığından usuli açıdan süreç daha ekonomik olacaktır ve hukuk kuralının pratikte istenen sonucu doğurma ihtimali artacaktır. Fakat bu faydalar borçlunun sırtına yüklenmemelidir ve borçlu alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilmelidir.⁴⁴⁵

Kanaatimce bu görüşlerin hiçbirisi teorik açıdan yeterince doyurucu değildir. Menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesi yoluna başvurulmasının neden yerinde olmayacağı yukarıda açıklanmıştı.⁴⁴⁶ *Stamm* tarafından önerilen yol ise hem yalnızca haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunuyla sınırlı olarak bir çözüm önerisi sunduğu hem de kıyasen yararlanılan hükmün doğrudan uygulama alanına giren durumlarda zarar kaymasının varlığı hususunda ileri sürülen haklı çekinceler sebebiyle kabule şayan gözükmemektedir. *Luther*'in sunduğu çözüm yolu vardığı sonuçlar bakımından isabetli olmakla birlikte ortaya attığı denkleştirme zararı kavramı üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu betimlemek için bir terim türetmekten başka teorik bir katkı sağlamamaktadır. Hem borca aykırılıktan hem de haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa ilişkin kanun boşluğunun Türk hukukunda ortak bir şekilde kanunda yer alan başka hükümlerden kıyasen yararlanarak çözülmesi mümkündür.

C. Bu Çalışmada Benimsenen Yaklaşım

Yukarıdaki açıklamaların gösterdiği gibi Türk hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından bir örtülü kanun boşluğu söz konusudur.⁴⁴⁷ Örtülü kanun boşluğunun doldurulması hususunda öğretide genel olarak benimsenen yol amaca uygun sınırlamadır (*teleolojik redüksiyon*).

⁴⁴³ Luther, 584 ve 590-591.

⁴⁴⁴ Bu konuda bkz aşağıda §4.B.1.

⁴⁴⁵ Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından: Luther, 585. Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından: Luther, 592.

⁴⁴⁶ Bkz yukarıda §3.A.1.a.i.

⁴⁴⁷ Hatırlanacağı üzere ifade üçüncü kişinin menfaatinin baskın olduğu ve bu menfaatin borçlu tarafından önceden bilenebilir olduğu borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olabileceği belirtilmişti. Bkz yukarıda §3.B.3. Somut olayda bu yönde bir kabulün mümkün olması hâlinde kanun boşluğu doldurarak bir çözüme ulaşmaya gerek kalmayacaktır. Bu ihtimale ilerleyen bölümlerde ele alınacak üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin özel sorunlar bakımından yeri geldikçe ayrıca işaret edilecektir.

Amaca uygun sınırlamanın anlamı, somut olaya uygulandığında tespit edilen amacına aykırı bir sonuç doğuran kanun hükmünün, söz konusu amaca uygun bir sonuç doğurması için daraltılarak uygulanmasıdır.⁴⁴⁸ Ancak örtülü kanun boşlukları doldurulurken de başka kanun hükümlerinden kıyasen yararlanılmasına bir engel yoktur.⁴⁴⁹

Amaca uygun sınırlama yoluyla üçüncü kişinin zararının tazmininin sağlanması gerektiğinin söylenmesi tek başına bütün sorunları çözmeye yeterli olmamaktadır, çünkü üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu zararın tazmin edilmesi gerekliliğinin ötesinde başka meseleler de gündeme getirmektedir. Örneğin, zarar veren ile hak sahibi arasındaki savunmaların üçüncü kişiye etkisi ne olacaktır? Benzer şekilde hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden doğan savunmaların zararın tazmini talebine bir etkisi var mıdır? Tazminat kimin şahsı ve ekonomik ilişkileri dikkate alınarak hesaplanacaktır? Zararın tazmini talebinde kim bulunacaktır?

Tüm bu sorulara, kanunda düzenlenen ve benzer bir menfaatler dengesine ilişkin çözümler getiren kurumlarda kanun koyucunun ortaya koyduğu tercihlerle uyumlu cevaplar verilmesi gerekmektedir. Bunun için ise, eğer mümkünse, bulunacak çözümün söz konusu kurumlardan kıyasen yararlanılarak elde edilmesi ilk tercih olmalıdır.

Daha önce de belirtildiği üzere kanun koyucu sorumluluk hukukunda gerek ifaya gerekse hukuken korunan bir değere ilişkin menfaatin alacaklı veya söz konusu hukuki değer sahibiye ait olduğunu varsaymaktadır. Bir an için bunun gerçekten böyle olduğunu ve hak sahibinin borca aykırılık ya da haksız fiil sonucu zarara uğradığını varsayalım. Bu zararın tazminini hedef alan tazminat alacağı somut olayda hukuken olmasa da ekonomik olarak üçüncü kişiye aittir. Bunun sebebi, zarar kaymasına yol açan olgunun hak sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulan ve somut olaydaki ihlal edilen değeri üçüncü kişiye aktarmayı amaçlayan bir hukuki ilişki olmasıdır. Yani böyle bir tazminat alacağı gerçekten doğmuş olsaydı bu tazminat alacağının hukuken sahibi olacak olan hak sahibi, bu alacağı adeta üçüncü kişi hesabına kazanmış olacaktı.⁴⁵⁰ Dolayısıyla bu

⁴⁴⁸ Kırca, 98 vd; Serozan, Medeni, Medeni Hukuk I §5 para 40a; Altuntaş, 100.

⁴⁴⁹ Nitekim *Serozan*, vekilin müvekkilden tazminat talebini müvekkilin kusurlu olmasına bağlayan TBK 510 II hükmünün ivazsız vekaletle uygulanmasının amaca uygun olmayacağını ve bu örtülü boşluğun, ilgili hüküm amaca uygun sınırlama ile ivazlı vekaletle sınırlandıktan sonra, ivazsız vekalet için vekaletsiz iş görmede iş sahibinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen TBK 529'dan kıyasen yararlanarak doldurulabileceğini belirtmektedir: Serozan, Medeni, Medeni Hukuk I §5 para 41n; ayrıca bkz Altuntaş, 101 vd.

⁴⁵⁰ Alman hukukunda *Esser* de hak sahibinin zarar gören değer üzerindeki menfaatinin geçici olduğunu ve onun bu menfaat bakımından üçüncü kişinin bir mutemedi (*Treuhänder*) gibi hareket ettiğini belirtmektedir: Esser, 180-181. Aksi görüşte: Selb, 1769. Yazar, örneğin mesafe satışında karşı edim hasarının alıcıya geçişine ilişkin BGB 447 hükmünün yalnızca alıcı ve satıcıyı dikkate alan bir hüküm olduğunu, hükmün hasarın alıcıya geçişinin üçüncü kişiye

varsaydığımız senaryoda aslında, elde edilen (varsayımsal) tazminat alacağı bakımından, dolaylı temsil benzeri bir ilişki söz konusudur.

Bu aşamada akla gelen hüküm vekalet sözleşmesine ilişkin TBK 509 I'dir. Bu hükme göre “[v]ekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.” Bu hükmün vekalet sözleşmesi dışındaki dolaylı temsil ilişkilerinde de uygulanacağı öğretide kabul edilmektedir.⁴⁵¹ Kanun koyucunun varsaydığı tipik durum hak sahibinin zarara uğraması olduğundan, bu tipik durumun gerçekleşmediği atipik ihtimallerdeki kanun boşluğu doldurulurken de kanun koyucunun tipik durum için ortaya koyduğu iradede kıyasen faydalanılması uygun olacaktır. Dolayısıyla her ne kadar üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin doğduğu senaryolarda hak sahibi zarara uğramamış olsa da, TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanarak bu husustaki kanun boşluğunun doldurulması sonucu üçüncü kişi zarar verene karşı doğrudan ileri sürebileceği bir tazminat alacağına kavuşturulmalıdır. Nitekim İsviçre öğretisinde de bu hükmün amacının zarar kimin malvarlığında doğarsa doğsun vekalet vereni zarardan ari kılmak olduğu belirtilmektedir.⁴⁵²

Ancak belirtmek gerekir ki burada üçüncü kişi ile hak sahibi arasında bir hukuki ilişki söz konusu olmalıdır ve bunun sonucu olarak zarar verici davranış gerçekleşmeseydi hak sahibi kendisine aktarılan ekonomik değeri üçüncü kişiye iletme borcu altında olmalıdır. Sadece bu durumda hak sahibinin hukuk düzenince korunan kendisine ait menfaatin ihlali sonucu elde ettiği olası (varsayımsal) tazminat alacağını üçüncü kişi hesabına kazandığından söz edilebilir. Salt fiili bir ilişkinin varlığı halinde ise bunu savunmak güçtür.⁴⁵³ Örneğin, (H)'nin arkadaşı (Ü)'ye hediye etmek üzere çok sevdiği bir başka arkadaşı koleksiyoner (Z)'nin dükkanından (H)'nin büyükbabasına ait bir tabloyu değerinin oldukça altında bir fiyata satın aldığını varsayalım.⁴⁵⁴

etkisini dikkate almadığını ve bu sebeple burada bir mutemetlikten söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazarın argümanı metinde varılan sonucu çürütmemektedir. Belirtildiği üzere hak sahibi zarar gören değeri üçüncü kişiye kazandırma borcu altındadır ve bu değer ihlali sonucu bir tazminat alacağı doğsa idi, bu tazminat alacağı bakımından onun dolaylı temsilci benzeri bir konumda bulunduğunu söylemek mümkün olacaktı.

⁴⁵¹ Bkz Tandoğan, Borçlar Özel C II, 516; BSK OR I – Oser/Weber, Art 401, para 4.

⁴⁵² Von Graffenried, para 667; benzer yönde Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 81. Benzer bir durum bu hükmün tamamlayıcısı olarak görülebilecek alt vekalet ilişkisi TBK 507 III (OR 399 III) hükmü için de geçerlidir: von Graffenried, para 662. TBK 509 I (OR 401 I) hükmünün varlığının üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyacı ortaya koyduğu yönünde: Bärtschi, 439-440.

⁴⁵³ Zarar kaymasından söz edebilmek için salt fiili ilişkinin varlığının yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda bkz aşağıda §4.A.5.b.

⁴⁵⁴ Benzer bir örnek için bkz Thorens, 115.

(Z)'nin daha sonra bu tabloya ihmali sonucu zarar vermesi sebebiyle tabloyu teslim edememesi halinde (Ü)'nün zarara uğradığından söz edilebilecektir. Ancak (H), (Ü)'ye karşı herhangi bir borç altına girmiş değildir. Her ne kadar eşyayı (Ü)'ye hediye etmeyi planlasa da (H) yakın arkadaşı (Z)'nin (Ü)'ye karşı sorumlu olmasını istemeyebilir. Bu durumda tazminat talep etme hakkının ve bu konudaki tercihin (H)'ye bırakılması yerindedir.⁴⁵⁵

Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiyle hak sahibi arasında bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu hâllerde, İsviçre öğretisinde kimi yazarlarca TBK 509 I hükmünün dolaylı temsil senaryolarında üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözümü için kullanılması yönünde görüşler ortaya atılmıştır.⁴⁵⁶ Burada önerilen çözüm ise, gerek haksız fiilden gerek borca aykırılıktan doğsun, herhangi bir senaryodaki üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi bakımından uygulanabilir.

Burada kanuni temlik öngören bir hükümden kıyasen yararlanıldığı için alacağın devrine ilişkin hükümlerden de kıyasen yararlanılarak üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin birçok sorunun bu hükümler uyarınca çözülmesi mümkün olacaktır. Ayrıca TBK 509 I hükmü uyarınca yasal devrin gerçekleşebilmesi için vekalet verenin üçüncü kişiye karşı bütün borçlarını ifa etmiş olması gerekmektedir. Hükümden kıyasen yararlanıldığında üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu için bu kuralın anlamı şudur: Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı başlangıçtaki borcu ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunan bir alacaktan doğan savunmalar mevcut oldukça üçüncü kişi tazminat alacağına kavuşamayacaktır.⁴⁵⁷

§4. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Teorisinden Doğan Alacak Hakkının Şartları ve Özellikleri

A. Şartları

1. Genel Açıklamalar

⁴⁵⁵ Bu yönde: Thorens, 118-119. Yazar bu gibi üçüncü kişinin hak sahibini aralarında bir borç ilişkisi olmaması sebebiyle ifaya zorlayamayacağı durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmin edilip edilmeyeceğine salt hak sahibinin karar vereceğini, (yazar üçüncü kişinin direkt talebini kabul etmediğinden) üçüncü kişinin hak sahibini zararın tazminine ilişkin alacağını kendisine devretmeye zorlayamayacağını belirtmektedir. Benzer yönde: Reinhardt, 124.

⁴⁵⁶ Örneğin bkz Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 80-81; Friedrich, 79; Piotet, théorie, 340; Chaix, 246. Daha detaylı bilgi için bkz aşağıda §7.

⁴⁵⁷ Dolaylı temsil senaryoları bakımından bu hükmün kanun koyucunun değer yargısını yansıttığı ve bu doğrultuda üçüncü kişinin zararının tazmininde hak sahibinin üçüncü kişiden bir alacak hakkı mevcut olduğu sürece (yazar hak sahibinin tazminat talebinde bulunacağını kabul ettiğinden) hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkını üçüncü kişiye devretmekten kaçınabileceği yönünde: Marti-Schreier, para 337.

Üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin şartları ele almadan önce bir önceki bölümde ortaya konan hukuki dayanak sonucu yapılacak çıkarımları özetlemek yerinde olacaktır, zira üçüncü kişinin zararının tazmininin şartları incelenirken ve özel sorunlar ele alınırken sık sık bu çıkarımlara ve çeşitli ihtimallerdeki farklılıklara gönderme yapılacaktır.

Bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazmini hususundaki kanun boşluğunun doldurulması için TBK 509 I hükmünün kıyasen uygulanması ile hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaların bulunmaması hâlinde üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminine ilişkin bir alacak hakkına kavuşacağı kabul edilmiştir.⁴⁵⁸ Bunun sonucu olarak üçüncü kişi doğrudan zarar verenden tazminat talep edebilecektir.

Sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabul edilebildiği sınırlı ihtimâllerde⁴⁵⁹ ise kural olarak bir eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur.⁴⁶⁰ Bunun taraflar arasındaki menfaatler dengesi bakımından altında yatan gerekçe hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu savunmaları ileri sürebilmesi ve bu savunmalar mevcut olduğu sürece tazminat talep etmekten kaçınabilmesi gereğidir, zira tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin peşin olarak kabulü ile üçüncü kişinin doğrudan direkt talep hakkına kavuşturulması bu savunmaların dolanılmasına sebep olacaktır.⁴⁶¹ Ayrıca TBK 129 kural olarak eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını kabul etmektedir.⁴⁶² Elbette somut olayın özellikleri tarafların iradesinin kural olarak kabul edilen bu durumun ötesine geçtiğini ve tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün gerektiğini gösteriyorsa durum başkadır.

⁴⁵⁸ Bkz yukarıda §3.C.

⁴⁵⁹ Bkz yukarıda §3.B.4. Yani burada bir tür anlaşılmış üçüncü kişinin zararının tazmini (*vereinbarte Drittschadensliquidation*) söz konusudur: bkz Lange/Schiemann, 464-465; Medicus, 617.

⁴⁶⁰ Benzer yönde Neuner, JZ, 134; Koller, AT, 61.23 Dolaylı temsil ilişkileri bakımından Alman hukukunda benzer yönde: Oberscheidt, 22; havale ilişkisi bağlamında açıkça üçüncü kişi yararına sözleşme ifadesini kullanmasa da benzer yönde Schön, 451-452. Yukarıda da değinildiği üzere Alman Federal Mahkemesinin bir kararında lisans veren kişi lisans sözleşmesinde bazı üçüncü kişilerin lisanstan etkilenmemesi için istisnalar tanımıştır. Lisans alan bu sözleşmeyi ihlal etmiş ve söz konusu üçüncü kişiler zarara uğramıştır. Mahkemeye göre lisans veren burada üçüncü kişilerin zararının tazminini talep edebilir, bunun dayanağı ise sözleşmenin yorumudur. Bkz NJW 1974, 502. Yani mahkemenin de burada üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını kabul ettiği söylenebilir.

⁴⁶¹ Benzer yönde Neuner, JZ, 134; Koller, AT, 61.26. Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmalar hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §4.B.5.

⁴⁶² Çilenti Konuralp, 42-43; Kartal, 53.

Ancak eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü hâlinde de TBK 509 I hükmünün kıyasen uygulanması ile hak sahibinin kavuştuğu tazminat alacağının⁴⁶³, hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaların ortadan kalkması (örneğin üçüncü kişinin hak sahibine karşı olası borcunu ifa etmesi) sonucu, kendiliğinden üçüncü kişiye geçeceği kabul edilmelidir. Zira burada hak sahibi zarar verenden elde edeceği hukuki değeri üçüncü kişiye aktarmak amacıyla hareket etmektedir ve bu hukuki değer ihlali sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini için elde ettiği alacak hakkını da adeta üçüncü kişi hesabına kazanmaktadır.⁴⁶⁴

Üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin şu ana kadar yapılan teorik açıklamalar ve bu kurumun hukuki dayanağına ilişkin yukarıda yapılan tespitler çerçevesinde, üçüncü kişinin zararının tazmininin genel şartları bu kısımda incelenecektir. Alman ve İsviçre öğretisinde birçok yazar üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulama şartlarını incelememektedir ve genellikle olay grupları üzerinden bir inceleme yapılmaktadır.⁴⁶⁵ Hâlbuki bu çalışmada benimsenen hukuki dayanaktan yola çıkarak hem borca aykırılık hem de haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarını belirlemek mümkündür. Şimdiden belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin zararının tazmini, aşağıda sayılacak şartların sağlanması halinde, öğretide ya da yargı kararlarında henüz tespit edilmemiş olay grupları bakımından da mümkündür.⁴⁶⁶

Bu çalışmada benimsenen görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının ilki, zarar kayması gerçekleşmiş olmasaydı, yani zarar hak sahibinin malvarlığında doğmuş olsaydı, sorumluluğun şartlarının sağlanacak olmasıdır. Bunlar fiilin hukuka aykırı olması, fiil ile zarar

⁴⁶³ Bu noktada belirtmek gerekir ki öğretide bir görüş eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede vadedenin edimini gereği gibi ifa etmeyip üçüncü kişinin zararına yol açması hâlinde tazminat talebinde kimin bulunacağını kanunda düzenlenmediğini ve bu sebeple üçüncü kişiye direkt tazminat talebinde bulunma hakkı tanımak gerektiğini belirtmektedir: Koller, *Vertragsverletzungen*, 1494. Aksi yöndeki görüş ise vadettirenin tazminat talebinde bulunacağını savunmaktadır: Papanikolau, 56; von Graffenried, para 384-385. Burada üçüncü kişi yararına sözleşmenin muhtevası doğrudan üçüncü kişinin zararının tazminidir, yani üçüncü kişi yararına öngörülen bir borcun ihlali sonucu tazminat talebi gündeme gelmemektedir. Dolayısıyla burada her hâlükârda tazminat talebinin vadettirene ait olduğunu kabul etmek gerekir.

⁴⁶⁴ Hatırlanacağı üzere benzer bir akıl yürütme kanun boşluğunun doldurulması yoluyla çözüme ulaşıldığı ihtimalde de yapılmıştı. Bkz yukarıda §3.C.

⁴⁶⁵ Aynı yönde: von Graffenried, para 565. Yazar, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından durumun böyle olmadığını haklı olarak işaret etmektedir.

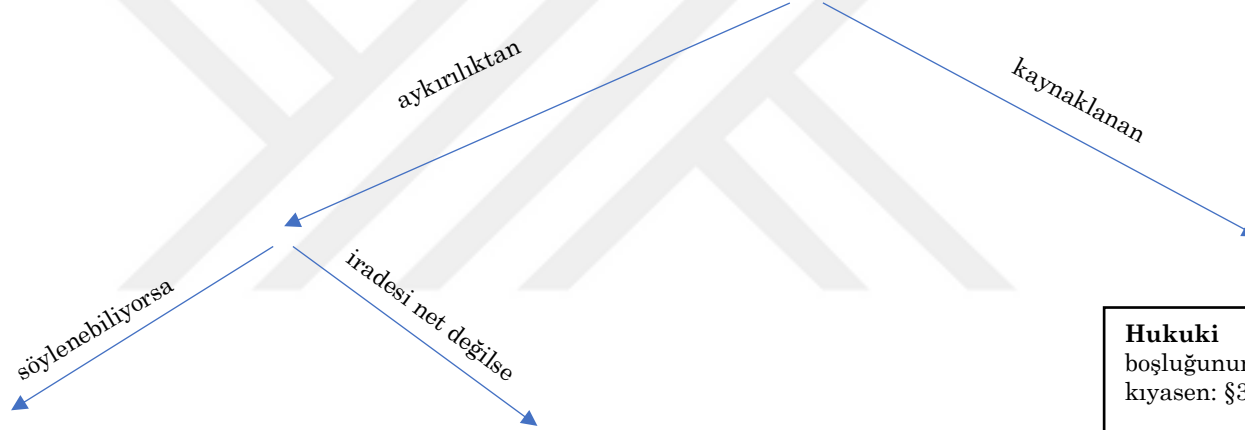
⁴⁶⁶ Von Graffenried, para 567; Marti-Schreier, para 163 (yazar her bir olay grubu bakımından ayrı ayrı gerekçelendirme yapılmasına gerek olmadığını, genel şartların sağlanmasının yeterli olduğunu belirtmektedir). Yukarıda da ifade edildiği üzere Alman öğretisinde savunulan ancak isabetli olmayan bir görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmini kural olarak dört olay grubu (dolaylı temsil, hasarın geçtiği haller, inançlı işlemler ve üçüncü kişiye ait eşyaya ilişkin koruma borcu doğuran sözleşmeler) ile sınırlıdır: Medicus/Lorenz, AT I §52, para 37. *Von Graffenried* ise İsviçre hukukunda hâkim olduğunu iddia ettiği öğretinin yalnızca dolaylı temsil ilişkileri bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine izin verdiğini belirtmektedir: von Graffenried, para 565 dn 1356.

arasında uygun illiyet bağı ve gerekiyorsa kusurdur. Bunlara ek olarak, zararın zarar kayması sonucu üçüncü kişinin malvarlığında doğmuş olması gerekir.⁴⁶⁷ Bu şartların incelenmesine geçmeden önce çeşitli ihtimallerde üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun çözümünün hukuki dayanağı ve bu ihtimaller bakımından varılacak sonuçlar aşağıdaki grafikte özetlenebilir:



⁴⁶⁷ *Von Graffenried* ise sorumluluğun genel şartları olan zarar, sözleşme ihlali, nedensellik bağı ve sözleşmenin ihlalinin borçlunun davranışına izafe edilebilirliğine ek olarak dört şart aramaktadır: zarar kayması, özel vakıa, tesadüfîlik ve koruma ihtiyacı. Bu şartlardan bu çalışmada aranmayanlara yeri geldikçe değinilecektir.

Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Sorununun Çözümü



Hukuki dayanak: sözleşme boşluğunun doldurulması (§3.B.4.)

Sorumluluğun tabi olduğu rejim: Borca aykırılık

Talepte bulunacak kişi: (Ü) (TBK 509 I kıyasen: §4.A.1.)

Tazmin edilecek zararın kapsamı: Kural olarak (Ü)'nün zararının tamamı (§4.B.2.d.)

(Z), (H)'ye karşı olan savunmalarını (Ü)'ye karşı ileri sürebilir mi? Evet (§4.B.4.)

(H)'nin (Ü)'ye karşı savunmalarının varlığı (Ü)'nün tazminat talebine kavuşmasını engeller mi? Evet (TBK 509 I kıyasen: §4.B.5.)

Hukuki dayanak: örtülü kanun boşluğunun doldurulması (TBK 509 I kıyasen: §3.C.)

Sorumluluğun tabi olduğu rejim: Borca aykırılık

Talepte bulunacak kişi: (Ü) (TBK 509 I kıyasen: §3.C. ve §4.A.1.)

Tazmin edilecek zararın kapsamı: (H)'nin uğrayacağı farazi zararlar sınırlı (§4.B.2.d.)

(Z), (H)'ye karşı olan savunmalarını (Ü)'ye karşı ileri sürebilir mi? Evet (§4.B.4.)

(H)'nin (Ü)'ye karşı savunmalarının varlığı (Ü)'nün tazminat talebine kavuşmasını engeller mi? Evet (TBK 509 I kıyasen: §4.B.5.)

Hukuki dayanak: örtülü kanun boşluğunun doldurulması (TBK 509 I kıyasen: §3.C.)

Sorumluluğun tabi olduğu rejim: Haksız fiil

Talepte bulunacak kişi: (Ü) (TBK 509 I kıyasen: §3.C. ve §4.A.1.)

Tazmin edilecek zararın kapsamı: (H)'nin uğrayacağı farazi zararlar sınırlı (§4.B.2.d.)

(Z), (H)'ye karşı olan savunmalarını (Ü)'ye karşı ileri sürebilir mi? Evet (§4.B.4.)

(H)'nin (Ü)'ye karşı savunmalarının varlığı (Ü)'nün tazminat talebine kavuşmasını engeller mi? Evet (TBK 509 I kıyasen: §4.B.5.)

2. Hukuka Aykırı Fiil

İlk olarak belirtmek gerekir ki, borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından zarara yol açan fiil zarar veren ile hak sahibi arasındaki borç ilişkisinden doğan bir borcun ihlalini teşkil etmelidir. Bu durumda borca aykırı olan fiil hukuka da aykırı olacağından, hukuka aykırılık şartı sağlanmış olacaktır. Örneğin, dolaylı temsil ilişkisinden doğan bir örnekte borçlunun kusuruyla imkânsızlığa yol açması borca aykırı davranış niteliğindedir ve dolayısıyla hukuka aykırıdır.

Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından ise daha dikkatli bir inceleme gerekir. Zarara yol açan fiil, bir koruma normunun varlığı sebebiyle doğrudan zarar gören üçüncü kişiye karşı hukuka aykırı olarak nitelendirilebiliyorsa zaten haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna başvurmaya ihtiyaç kalmayacaktır, dolayısıyla ilk olarak böyle bir normun mevcut olup olmadığının incelenmesi yerinde olur.

Böyle bir normun mevcut olmaması halinde ise farazi bir inceleme yapmak gerekir. Zarar kaymasına yol açan vakıa gerçekleşmeyip zarar hak sahibinin malvarlığında doğmuş olsaydı zarara yol açan fiilin hukuka aykırı sayılabiliyor olması gerekir. Hak sahibinin ihlal edilen hakkının bir mutlak hak olması hâlinde hukuka aykırılığın kabulü bakımından herhangi bir sorun doğmayacaktır. Örneğin yukarıdaki örnekte dolaylı temsilcinin üçüncü kişi hesabına iktisap ettiği eşyaya bir başkasının zarar vermesi hâlinde durum budur. Bunun dışındaki durumlarda ise somut olayda hak sahibinin uğrayacağı farazi zararı önlemeyi amaçlayan bir koruma normunun mevcut olup olmadığı incelenmeli, böyle bir normun varlığı halinde fiilin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir.⁴⁶⁸

3. Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağının ne anlama geldiği bakımından öğretide yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.⁴⁶⁹ Akla gelebilecek bir soru, uygun illiyet bağının fiil ile hangi zarar arasında aranacağıdır. Yani hak sahibinin uğrayacağı farazi zarar mı yoksa üçüncü kişinin fiilen uğradığı zarar mı dikkate alınmalıdır? Aşağıda açıklanacağı üzere⁴⁷⁰ bu çalışmada benimsenen görüşe göre

⁴⁶⁸ Sonuç bakımından benzer yönde: Marti-Schreier, para 245.

⁴⁶⁹ Bkz Oğuzman/Öz, C II, para 138 vd; Nomer, Borçlar Genel, para 112 vd; Eren/Dönmez, Şerh C III, madde 112 para 73.

⁴⁷⁰ Bkz aşağıda §4.B.2.

üçüncü kişinin tazmin edilebilecek zararı hak sahibinin farazi olarak uğrayacağı zarar ile sınırlıdır. Bunun istisnası, borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu hallerdir.⁴⁷¹ Dolayısıyla kural olarak hak sahibinin uğrayacağı farazi zarar tazmin edileceğinden, uygun illiyet bağı da ilk aşamada bu zarar ile fiil arasında aranacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, hak sahibinin uğrayacağı farazi zararın tespiti sırasında zaten uygun illiyet bağı da test edilmiş olmaktadır. Çünkü bu zararın tespiti sırasında, zarar kayması olmasaydı bu fiil hak sahibinin malvarlığında nasıl bir zarara yol açardı sorusu sorulmaktadır. Bu soru ise ancak uygun illiyet bağı çerçevesinde yol açılacak zararlar dikkate alınarak cevaplanabilir.

Eğer somut olayda istisnaen üçüncü kişinin uğradığı ve hak sahibinin uğrayacağı farazi zararı aşan zararın tazmini de mümkünse, bu zarar kalemi ile fiil arasında da uygun illiyet bağı elbette mevcut olmalıdır. Örneğin, dolaylı temsilcinin üçüncü kişi hesabına eski bir ikinci el otomobil satın aldığı ve bunun borçlu tarafından önceden bilinebilir olduğu bir örnekte borçlunun ifadan önce kusuruyla otomobilin telef olmasına yol açtığını varsayalım. Sözleşmenin kurulmasından sonra aynı marka bir başka otomobilin üzerine göktaşı düşmesi ve bu olayın video kaydının internette yayılması sonucu bu marka otomobile olan ilginin ve dolayısıyla otomobilin değerinin olağan dışı biçimde artması hâlinde söz konusu değer artışına tekabül eden miktarın tazmini uygun illiyet bağının yokluğu sebebiyle talep edilemeyecektir.

4. Kusur

Zarar verenin, üçüncü kişinin zararından sorumlu tutulabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekir.⁴⁷² Bunun istisnası kusursuz sorumluluk halleridir. Hak sahibinin zarara uğradığı farazi ihtimâlde zarar veren kusursuz sorumlu tutulabiliyorsa, üçüncü kişinin zararı bakımından da kusursuz sorumlu tutulmalıdır.

Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu haksız fiil hükümlerine tabi olacağı için, kusur bakımından ispat yükü zarar gören üçüncü kişinin üzerinde olacaktır. Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini ise borca aykırılık hükümlerine tabi olacak ve TBK 112 hükmü uyarınca zarar verenin sorumluluktan kurtulabilmek için kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir.

⁴⁷¹ §3.B.4.

⁴⁷² Marti-Schreier, para 244.

5. Zarar Kayması

a. Genel Olarak

Manevi zarar bakımından zarar kaymasının gerçekleşmesi mümkün görünmediğinden, üçüncü kişinin maddi zarara uğramış olması gerekir. Zira manevi zarardan söz edebilmek için kişilik hakkı ihlâlinin söz konusu olması gerekir.⁴⁷³ Dolayısıyla üçüncü kişinin manevi zararından söz edebilmek için üçüncü kişinin kendi kişilik hakkının ihlâl edilmiş olması gerekecektir. Bu durumda da hak sahibinin ekonomik sahasına ilişkin bir riskin üçüncü kişiye aktarılmasından ziyade üçüncü kişinin bağımsız bir manevi zararı söz konusu olacaktır. Zararın fiili zarar şeklinde ortaya çıkması mümkün olduğu gibi kâr kaybı şeklinde ortaya çıkması da mümkün olabilir. Ancak kâr kaybı şeklinde gerçekleşen zararlar bakımından, bu çalışmada benimsenen görüşe göre, zarar kayması gerçekleşmeseydi hak sahibinin uğrayacağı farazi zararın kapsamına girmeyecek bir kâr kaybının kural olarak tazmin edilemeyeceğini gözden kaçırmamak gerekir.⁴⁷⁴ Bunun dışında zarar kavramı ile ilgili öğretide yapılan genel açıklamalar burada da geçerlidir.⁴⁷⁵

b. Zarar Kayması Kavramı

Şu ana kadarki açıklamaların gösterdiği üzere üçüncü kişinin zararı tazmini kurumunun anahtar kavramı zarar kaymasıdır (*Schadensverlagerung*). Zarar kayması tabirinin isabeti tartışmaya açık olsa da,⁴⁷⁶ İsviçre ve Alman öğretilerinde yaygın olarak kullanılması sebebiyle bu çalışmada da bu tabir tercih edilmiştir. Zarar kaymasından söz edebilmek için, hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki bir ilişki sebebiyle, tipik olarak hak sahibinin malvarlığına ait olan menfaat ile bu menfaatin ihlâlinden doğan tipik riskin somut olayda üçüncü kişiye aktarılmış olması ve bu nedenle üçüncü kişinin zarara uğramış olması gerekir. Burada gelecekte doğacak zararın altında yatan (ve ihlâl edilen) menfaat, zarar doğmadan önce üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmaktadır.

Üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin amacı, zarar verenin hukuka aykırı fiilinin yol açtığı zararın, zarar verenin dahlinin olmadığı nedenlerle, tipik durum gerçekleşmeyip hak sahibi yerine

⁴⁷³ Keskin, 111; Oğuzman/Öz, C II, para 743; Gümüş, Borçlar Genel, 533; Eren/Dönmez, C II, Madde 49, para 43; Dural/Öğüz, para 794; Gönen, 97.

⁴⁷⁴ Bkz aşağıda §4.B.2.

⁴⁷⁵ Bkz Oğuzman/Öz, C I, para 113 vd.; Nomer, Borçlar Genel, para 111 vd.; Gümüş, Borçlar Genel, 454 vd.

⁴⁷⁶ Bkz yukarıda §1.C.1.a

üçüncü kişinin malvarlığında doğması sebebiyle sorumluluktan kurtulmasının önüne geçmektir. Bir başka deyişle talep ve zararın birbirinden ayrılmasından zarar veren faydalananmamalıdır.⁴⁷⁷

Alman öğretisinde *Neuner*, zarar kaymasından söz edebilmek için iki şart aramaktadır. Bunlardan ilki, zarar kaymasına yol açan sebep gerçekleşmeseydi aynı zarara teorik olarak hak sahibinin de uğramasının mümkün ve tipik olmasıdır. Aynı şart, yukarıda yapılan tanımda hâlihazırda yer almaktadır. İkincisi ise zarar veren ile hak sahibi arasındaki hukuki ilişkinin üçüncü kişinin menfaati söz konusu olmaksızın meydana gelmesinin düşünülebilir olmasıdır, yani böyle bir ilişkinin üçüncü kişinin dahil olmadan da anlam ifade etmesidir. İkinci şartın gerçekleşmemesi halinde yazar bir zarar kaymasının değil, üçüncü kişinin kendine özgü zararının (*originärer Drittschaden*) söz konusu olacağını belirtmektedir.⁴⁷⁸ Yazar örnek olarak bir vasiyetname kaleme almakla görevlendirilen avukatın bunu zamanında yapmaması sebebiyle söz konusu vasiyetnamede mirasçı atanan kişinin tek başına mirasçı olamaması ve bu sebeple zarara uğramasını vermektedir.⁴⁷⁹ Bu gibi ilişkilerde yazara göre üçüncü kişinin dahil kaçınılmazdır ve üçüncü kişinin zarara uğrayacağı baştan itibaren öngörülebilirdir.⁴⁸⁰ Ancak yazar bu gibi hâllerde üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edilebileceğini belirtmektedir.⁴⁸¹ Yukarıda açıklandığı üzere kanaatimce de bu yola başvurulması kural olarak mümkündür.⁴⁸²

Yazar ortaya attığı ilk şartın gerçekleşmediği hallere şu örnekleri vermektedir. İlk örnek, bir Alman Federal Mahkemesi kararına da konu olan nitrürleme fırını olayıdır (*Nitrierofen-Fall*).⁴⁸³ Bu olayda hak sahibi bir nitrürleme fırını işletmektedir ve çeşitli müşterilerin verdiği malzemeleri bu fırında nitrürlemektedir. Nitrürleme sırasında müşterilerden birinin (zarar veren) verdiği malzemenin gereken şartları taşınamaması sebebiyle fırında aynı anda nitrürlenmekte olan bir başka müşterinin (üçüncü kişi) malzemesi zarar görür. Yazara göre burada üçüncü kişinin dahil

⁴⁷⁷ Von Graffenried, para 569; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 75; Neuner, JZ, 130.

⁴⁷⁸ Neuner, JZ, 131.

⁴⁷⁹ Neuner, JZ, 131. Alman Federal Mahkemesi de bu durumda zarara uğrayan mirasçının avukatla miras bırakan arasındaki sözleşmenin koruma alanına girdiğini ve avukattan tazminat talep edebileceği sonucuna varmıştır: BGH VI ZR 47/64. Avukatlık sözleşmelerinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulama alanı bakımından bkz MüKo-Gottwald, 2022, BGB 328, para 214-215. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile üçüncü kişinin zararının tazmini arasındaki ilişki için bkz aşağıda §5.A.

⁴⁸⁰ Neuner, JZ, 131.

⁴⁸¹ Neuner, JZ, 133

⁴⁸² Bkz yukarıda §3.B.4. ve §4.A.1.

⁴⁸³ BGHZ 133, 168 vd.

olmasaydı aynı zarara hak sahibi uğramayacaktı. Dolayısıyla burada bir zarar kayması değil, birden fazla kişiye ait farklı menfaatlerin bir arada aynı riske maruz kaldığı haksız fiil hukukunu ilgilendiren bir durum söz konusudur.⁴⁸⁴ İkinci örnek ise tatile giden bir kişinin (üçüncü kişi) sahip olduğu değerli bir tabloyu tatilden dönene kadar arkadaşına (hak sahibi) emanet etmesi ve kiracı olan arkadaşının evinde tablonun konuttan kaynaklanan bir sebeple zarar görmesidir. Burada soru, kiraya verenin bu zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Yazara göre burada da üçüncü kişinin dahli olmasaydı söz konusu zarar meydana gelmeyeceğinden zarar kaymasından söz edilemez.⁴⁸⁵

Kanaatimce her iki örnekte de yazarın vardığı sonuç yerindedir. İlk örnekte, tipik olarak hak sahibinin malvarlığına ait olan menfaat nitrürleme makinesinin zarar görmemesidir. Makinede işlenen eşyaların zarar görmesi tipik olarak makine sahibinin malvarlığına ilişkin bir risk değildir. Aynı makinede birden fazla kişiye ait malzemenin işlem görmesinin mutaat olması ve dolayısıyla bunun öngörülebilir olması bu sonucu değiştirmez. Bu durum yalnızca başka sorumluluk teorilerine başvurmanın yolunu açabilir.⁴⁸⁶ İkinci örnekte ise tipik olarak kiracının malvarlığına ilişkin risk evde kullanmak için bulundurduğu eşyalara ilişkindir. Başkasına ait bir eşyanın geçici olarak depolanmak için evde bulunması ise bu tipik risk alanına dahil değildir. Eğer kiracının evde kullanmak için üçüncü kişiden kiraladığı bir oturma grubu zarar görmüş olsaydı, bu durumda bir zarar kaymasından söz edilebilirdi.⁴⁸⁷ Bu problem benzer şekilde başka sorumluluk hukuku teorilerini ilgilendirmektedir.⁴⁸⁸

Von Graffenried'e göre zarar kaymasının özel bir vakıaya dayanması gerekir. Burada özel bir vakıa ile kastedilen zarar kaymasına yol açan olay(lar)dır. Her bir olay grubunda zarar kaymasına yol açan vakıaların niteliği farklı olabildiğinden, söz konusu özel vakıaları genel olarak tanımlamak yazara göre zordur. Fakat bu özel vakıaların ortak bir özelliği alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden doğmasıdır.⁴⁸⁹ Çoğu durumda bu bir sözleşme olsa da böyle olması şart değildir. Bu ilişki kanundan doğabileceği gibi kişisel bir ilişki de olabilir. Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin

⁴⁸⁴ Neuner, JZ, 131.

⁴⁸⁵ Neuner, JZ, 131.

⁴⁸⁶ Örneğin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi. Nitekim alt derece mahkemesi bu olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin şartlarının sağlandığı sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme ise ifaya yakınlık ve koruma ihtiyacı şartlarının sağlanmadığı gerekçesiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisine başvurulamayacağını belirtmiştir. Üçüncü kişinin zararının tazmini ise kararda tartışılmamıştır.

⁴⁸⁷ Aynı yönde, Neuner, JZ, 131.

⁴⁸⁸ Örneğin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi.

⁴⁸⁹ Von Graffenried, para 592.

yoğunluğu bakımından ise yazara göre ek bir şart aramaya gerek yoktur.⁴⁹⁰ *Von Graffenried*'in zarar kaymasına yol açan vakıalarla ilgili yaptığı açıklamalara katılmakla birlikte, zarar kayması bakımından “özel bir vakıaya dayanma” şeklinde bir şart aramaya gerek olmadığı kanaatindeyim. Nitekim yazar da özel vakıa kavramını açık şekilde tanımlayamamaktadır. Açıkça tanımlanmayan bu türden şartlar genellikle bir kurumun öngörülemeyen ve istenmeyen olası sonuçlarının önüne geçmek için bir emniyet supabı işlevi görmektedir. Kanaatimce teorik ve kavramsal tutarlılık açısından ne olduğu (ya da olmadığı) ancak “görüldüğünde anlaşılan” bu tür şartlardan kaçınmak gerekir.

Öğretide tartışmalı olan mesele, salt fiili ilişkilerin (örneğin nezaketen ya da hatır için yapılan işler gibi) zarar kaymasının kabulü için yeterli olup olmayacağıdır. Öğretideki bir görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmini için zarar kaymasına yol açan ilişkinin salt fiili bir ilişki olması yeterli değildir, alacaklı ile üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişki mevcut olmalıdır.⁴⁹¹ Kanaatimce üstün tutulması gereken diğer görüş ise salt fiili ilişkiyi yeterli bulmaktadır.⁴⁹² *Marti-Schreier*, hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin hukuki bir ilişki olmayıp salt fiili ilişki olduğu olası bir senaryoya şu örneği vermektedir: Bir kişi bir yakınından piyasaya göre uygun bir fiyatla kendisine birkaç kasa elma alırken nezaketen komşusuna da bir kasa elma almıştır. Satıcının kusuru sonucu elmalar henüz teslim alınmadan telef olmuştur.⁴⁹³ Burada elmaları satın alan hak sahibi ile komşusu arasında bir borç ilişkisi yoktur.

Von Graffenried prensip olarak ikinci görüşe katılmakla birlikte şu noktaya dikkat çekmektedir: Bu gibi durumlarda üçüncü kişinin zararı söz konusu olmayabilir. Örneğin *Marti-Schreier*'in verdiği hatır için elma örneğinde elmalar üçüncü kişiye teslim edildikten sonra bir hastalığa yol açarsa üçüncü kişinin zararı söz konusudur. Ancak elmalar henüz teslim edilmeden telef olmuşsa üçüncü kişinin zararı yoktur. Çünkü üçüncü kişinin zaten elmaların mülkiyetini talep edebileceği bir alacak hakkı hiç doğmamıştır. Üçüncü kişinin malvarlığı borçlunun sözleşmeyi ihlalinin öncesinde ve sonrasında aynıdır.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Von Graffenried, para 592-593.

⁴⁹¹ Örneğin bkz von Tuhr, Interesse, 567; ABGB Praxiskommentar – Wagner, Vor §§ 1293 vd, para 25; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 271-272 ve 310-311.

⁴⁹² Marti-Schreier, para. 28; Thorens, 22-23; Reinhardt, 124.

⁴⁹³ Marti-Schreier, para 29-30.

⁴⁹⁴ Von Graffenried, para 595. Aksi yönde: Thorens, 23.

Yazara göre burada tazminat talebinin doğmamasının sebebi alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin salt fiili bir ilişki olması değil, daha ziyade üçüncü kişinin zarara yol açan fiil sonucu bir alacak hakkından mahrum kalmamış olmasıdır.⁴⁹⁵ Yazar bu gibi durumlarda tazminat talebinde bulunulabilmesi için ya farklı bir zarar kavramından hareket edilmesi ya da üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁹⁶

Kanaatimce *von Graffenried*'in açıklamaları isabetsizdir. Satıcının borca aykırı davranışı olmasaydı elmalar üçüncü kişinin mülkiyetine geçecekti. Borca aykırı davranış buna engel olmuştur ve bu davranış ile elmaların mülkiyetinin üçüncü kişinin malvarlığına girememesi arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Nitekim eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede de üçüncü kişinin bir alacak hakkı yoktur.⁴⁹⁷ *Von Graffenried*'in görüşünün kabulü, tutarlılık açısından eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede borca aykırılık sonucu üçüncü kişinin zarara uğramadığının kabulünü gerektirir. Fakat yazarın kendisi de eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin alacaklı olmadığını kabul etmesine rağmen,⁴⁹⁸ borca aykırılık sonucu üçüncü kişinin zarara uğrayacağını ve bu zararın tazmininin vadettiren tarafından talep edilebileceğini kabul etmektedir.⁴⁹⁹

Ancak yeri gelmişken hatırlatmak gerekir ki hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin fiili bir ilişki olduğu durumlarda, bu ilişkinin hukuki bir ilişki olduğu durumlara kıyasla, bu çalışmada istisnaen farklı bir yaklaşım benimsenmektedir. Burada üçüncü kişinin zararının tazmin edilip edilmeyeceği hak sahibinin inisiyatifine bırakılmalıdır. Bunun altında yatan sebepler yukarıda açıklanmıştır.⁵⁰⁰

c. Zarar Kaymasına Neden Olan Vakıanın Gerçekleşme Anı

Cevaplanması gereken bir diğer soru ise zarar kaymasına neden olan vakıanın ne zaman gerçekleşmiş olması gerektiğidir. Bu çalışmada kanun boşluğu doldurulurken benimsenen yaklaşım uyarınca, bir an için hak sahibinin zarara uğradığı varsayılırsa, bu zarardan doğan tazminat alacağının üçüncü kişi hesabına kazanıldığından söz edebilmek için söz konusu menfaate

⁴⁹⁵ Von Graffenried, para 596.

⁴⁹⁶ Von Graffenried, para 596.

⁴⁹⁷ Oğuzman/Öz, C II, para 1302.

⁴⁹⁸ Von Graffenried, para 330.

⁴⁹⁹ Von Graffenried, para 380-385.

⁵⁰⁰ Bkz yukarıda §3.C.

ilişkin ekonomik riskin en geç zarar gerçekleştiği anda üçüncü kişiye aktarılmış olması gerekir.⁵⁰¹ Dolayısıyla borca aykırılık sebebiyle gerçekleşen üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından, zarar veren ile hak sahibi arasındaki borç ilişkisi kurulduktan sonra da zarar kayması gerçekleşebilir. Örneğin, (H) kendisi kullanmak için sipariş verdiği sınırlı sayıda üretilen özel bir kalemi henüz kendisine teslim edilmeden aynı kalemi satın almayı çok isteyen ancak stokların tükenmesi sebebiyle alamayan yakın arkadaşına bağışlama sözü verir. Ancak elbette bu, kural olarak söz konusu borç ilişkisi kurulurken üçüncü kişinin menfaatinin bilinebilir olmasının önüne geçecek ve dolayısıyla sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulü mümkün olmayacaktır.⁵⁰² Bunun pratik sonucu ise zararın üçüncü kişinin ekonomik ilişkileri dikkate alınarak değil, hak sahibinin ekonomik ilişkileri dikkate alınarak hesaplanacak olmasıdır.⁵⁰³

d. Zarar Kaymasının Tesadüfi Olmasının Anlamı

Gerek İsviçre gerek Alman öğretisinde üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesi için zarar veren bakımından “tesadüfi” bir zarar kaymasının mevcut olması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu kavramın ne anlama geldiği net değildir. Kimi yazarlar normal şartlarda hak sahibinin uğrayacağı zarara üçüncü kişinin uğramasının tesadüfi olduğundan söz etmesine rağmen bunun ötesinde tesadüfilik kavramını tanımlamamaktadır.⁵⁰⁴ Kimi yazarlar ise zarar kaymasına yol açan vakianın üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki ilişkiden doğması ve zarar vereni ilgilendirmemesi ya da bu vakianın sonucu olarak uygulanan hukuk kurallarının zarar verenin hukuki durumunu değiştirmeyi amaçlamaması sebebiyle zarar kaymasının zarar veren açısından tesadüfi olduğundan

⁵⁰¹ Benzer yönde von Schroeter, 30 dn 186. *Tandoğan* bu mesele bakımından zarara yol açan vakianın gerçekleştiği anı belirleyici kabul etmektedir: Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, 311. *Marti-Schreier* zarar kaymasının borca aykırılıktan önce gerçekleşmiş olmasını aramaktadır: Marti-Schreier, para 31 (*Henn* ise borca aykırılıktan sonra gerçekleşecek zarar kaymaları bakımından üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun gündeme gelmeyeceğini savunmaktadır: Henn, 46. Kanaatimce bu görüş yerinde değildir: bkz aşağıda §5.D.). Zarar kaymasının hak sahibi ile zarar veren arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda hâlihazırda gerçekleşmiş olması gerektiği yönünde: OLG Koblenz NJW-RR 1991, 152.

⁵⁰² Ancak belirtmek gerekir ki hak sahibi ile zarar veren arasındaki sözleşmenin kurulması sırasında zarar kayması gerçekleşmese de bunun gelecekte gerçekleşeceği açık olabilir. Bu durumda da diğer şartları sağlanmışsa sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkündür. Nitekim üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından lehtarın kim olduğunun sözleşmenin kurulması sırasında belirli olması şart değildir, ifa sırasında belirlenebilir olması yeterlidir: bkz Çilenti Konuralp, 96 vd; Kartal, 41 vd; Oğuzman/Öz, C II, para 1295 vd; Akyol, 100-101 (yazar belirsiz şahıs yararına sözleşme kavramını kullanmaktadır).

⁵⁰³ Bu konuda bkz aşağıda §4.B.2.

⁵⁰⁴ Örneğin, İsviçre hukukunda: Schwenzer/Fountoulakis, para 14.25; Armbrüster, recht, 86; Keller, 193-195; Feit, para 275; Alman hukukunda: Becker, 724; Brinkmann, 358; Neuner, JZ, 130-131.

söz etmektedir.⁵⁰⁵ Alman öğretisinde *Hirth* tarafından savunulan görüşe göre ise zarar kaymasının tesadüfi olması için zararın üçüncü kişinin malvarlığında doğacak olmasının zarar veren tarafından öngörülemez olması gerekir.⁵⁰⁶ *Traugott* ise *Hirth*'in bu düşüncesine katılmamakta ve tesadüfiliğin daha ziyade zarar veren açısından hesaplanabilir riskin değişmemesi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁰⁷

Öğretide bazı yazarlar üçüncü kişinin zararının tazmini için tesadüfiliğin bir şart olarak aranmasını eleştirmektedir. *Marti-Schreier*'e göre tesadüfilik (*Zufall*) mücbir sebepten (*höhere Gewalt*) ya da üçüncü kişinin⁵⁰⁸ etkisinden (*Dritteinwirkung*) kaynaklanma anlamına gelmektedir. Yazara göre üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bağlamında düşünüldüğünde zarar kaymasının hak sahibi ya da üçüncü kişiden kaynaklanmıyor olmasını aramak yerinde olmayacaktır, aksi halde üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulama alanı oldukça daralacaktır.⁵⁰⁹ Özellikle dolaylı temsil senaryolarında üçüncü kişinin zararının tazmini hiç uygulama alanı bulamayacaktır, çünkü zarar kaymasının gerçekleşme sebebi alacaklının borçlu ile kendi adına ve üçüncü kişi hesabına bir sözleşme akdetmesidir. Burada mücbir sebep ya da üçüncü kişi etkisi söz konusu değildir.⁵¹⁰

Zarar verenin gözünden bir tesadüfiliğin mevcut olması şeklindeki yaklaşım da *Marti-Schreier*'e göre sorunları çözmemektedir. Örneğin dolaylı temsil ilişkilerinde borçlunun sözleşmenin üçüncü kişi hesabına yapıldığını biliyor olması mümkündür.⁵¹¹ Bu durumda yazara göre zarar verenin gözünden de tesadüfilik söz konusu olmayacaktır.⁵¹²

Marti-Schreier, tesadüfiliğin zarar verenin gözünden bakıldığında zararın kimin malvarlığında doğduğunun fark yaratmaması şeklinde anlaşılabilirliğini belirtmektedir. Eğer borçlu bakımından

⁵⁰⁵ Örneğin, İsviçre hukukunda: Fatzer, 71; Alman hukukunda Stamm, Regreßfiguren, 194; Von Schroeter, 2, 13 ve 31. *Medicus* ise zarar kaymasına yol açan bir normun somut olayda devreye girmesinin tesadüfi olarak nitelendirilemeyeceğini ve bu kavramın kullanılmasına şüpheyle yaklaşılması gerektiğini belirtmektedir: PWW-Medicus, 2009, §249 para 92; aynı yönde Nissen, 292 dn 10.

⁵⁰⁶ *Hirth*, 143. Alman hukukunda yakın tarihli bir makalede *Gomille*'nin de tesadüfilikten zarar kaymasına yol açan vakıayı zarar verenin hesaba katamayacak olmasını anladığı görülmektedir: *Gomille*, 621, 623 ve 625. Ancak yazar, üçüncü kişinin dahlinin zarar veren tarafından bilinebilir olduğunu açıkça ifade ettiği kimi dolaylı temsil senaryolarında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulacağını belirtmektedir: *Gomille*, 624-625.

⁵⁰⁷ *Traugott*, 72.

⁵⁰⁸ Burada kastedilen üçüncü kişi, zarara uğrayan üçüncü kişi değildir. Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin tarafları dışında kalan bir kişi kastedilmektedir.

⁵⁰⁹ *Marti-Schreier*, para 255; benzer şekilde birçok durumda aslında tesadüfilikten söz edilemeyeceği yönünde *Stahl*, 52.

⁵¹⁰ *Marti-Schreier*, para 255.

⁵¹¹ *Marti-Schreier*, para. 256.

⁵¹² Nitekim yazarın da belirttiği üzere öğretide bazı görüşlere göre üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesi için zarar verenin üçüncü kişinin menfaatini bilebiliyor olması gerekir. Bkz aşağıda §4.A.6.

sözleşmenin kiminle yapıldığı fark yaratmıyorsa temsil ilişkisi borçluya bildirilmese bile OR 32/2 (TBK 40/2) uyarınca temsil olunan sözleşmeye taraf olacaktır ve yazara göre bu hüküm dolaylı temsile de uygulanmaktadır.⁵¹³ Bu durumda ise üçüncü kişinin zararının tazmini problemi zaten doğmayacaktır. Bu yüzden yazara göre burada kastedilen borçlu bakımından alacaklının mı yoksa üçüncü kişinin zararının mı tazmin edildiğinin fark yaratmamasıdır. Örneğin, üçüncü kişinin zararının daha yüksek olması halinde bu durumun gerçekleştiği söylenemeyecektir.⁵¹⁴

Burada yazara göre şu soru cevaplanmalıdır: Alacaklının ve üçüncü kişinin hangi davranışları tesadüfi bir zarar kayması olmaması gerekçesiyle üçüncü kişinin zararının tazmininin engellenmesi yoluyla “cezalandırılmalıdır” ya da taraflar zarar verenin üçüncü kişinin zararını tazmin etmekten kurtulmasının önüne geçmek için nasıl hareket etmeliydi? Alacaklı, borçlu ile üçüncü kişinin zararının tazmin edileceği yönünde bir anlaşma mı yapmalıydı? *Marti-Schreier*’e göre böyle bir anlaşma geçerli olsa da tarafların böyle bir anlaşma yapmamaları sebebiyle üçüncü kişinin zararının tazminini reddetmek yerine değildir. Dolaylı temsilde temsil olunanın kimliğinin açıklanmamasına izin verdiğimizize göre böyle bir şart aramak bu imkânı zedeleyecektir.⁵¹⁵ Sonuç olarak *Marti-Schreier*’e göre tesadüfilik şartı aranmamalıdır, bu şart arandığında hangi durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmininin doğru bir şekilde dışlanacağı net değildir.⁵¹⁶

Benzer şekilde *von Graffenried*’e göre de tesadüfilik kavramı muğlaktır ve bu kavrama çok fazla anlam atfetmemek gerekir.⁵¹⁷ Her halükarda yazara göre tesadüfilik teknik olarak⁵¹⁸ anlamamak gerekir.⁵¹⁹ Böyle bir şartın aranması halinde yazara göre özellikle dolaylı temsil senaryolarında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamaz, çünkü taraflar bilerek ve isteyerek bu kurguyu

⁵¹³ Marti-Schreier, para 257. Aynı yönde: BSK OR I – Watter, Art 32, para 32; von Tuhr/Peter, 389. Belirtmek gerekir ki yazar *Fellmann*’ın da bu görüşte olduğunu iddia etse de *Fellmann* temsilcinin hukuki işlemi üçüncü kişi adına yapma iradesi olmadıkça bu hükmün uygulanamayacağını belirtmektedir: BK-Fellmann, 1992, Art 401 OR, para 141 (*Marti-Schreier* 32. paragrafa atıf yapmaktadır. Bu paragraftan *Fellmann*’ın yazarın ifade ettiği görüşte olduğu çıkarılamamaktadır. Nitekim *Fellmann* bu paragrafta paragraf 139 ve devamına gönderme yapmaktadır). Ancak *Kocayusufoğlu* bu hükmün uygulanabilmesi için doğrudan temsil yetkisinin mevcut olması gerektiğini ve artık hâkim fikrin bu hükmün dolaylı temsil halinde uygulanmayacağı yönünde olduğunu belirtmektedir: *Kocayusufoğlu*, *Borçlar Genel*, 683. Aynı yönde: *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, para 1333; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 189; *Akünel*, *İlgili İçin İşlem*, 62-63; *Bucher*, OR AT, 622.

⁵¹⁴ Marti-Schreier, para 257. Elbette bu, tazminatın üçüncü kişiye göre hesaplanması hâlinde geçerlidir. Bu konuda bkz aşağıda §4.B.2.

⁵¹⁵ Marti-Schreier, para 258.

⁵¹⁶ Marti-Schreier, para 259.

⁵¹⁷ Von Graffenried, para 598.

⁵¹⁸ Yazar burada *Marti-Schreier* tarafından da belirtilen mücbir sebepten ya da üçüncü kişinin etkisinden kaynaklanmayı kastetmektedir.

⁵¹⁹ Von Graffenried, para 599;

yaratmaktadır.⁵²⁰ Yazara göre tesadüfilik şartı daha ziyade betimleyici niteliktedir ve zarar kaymasına yol açan özel vakıalarla ilişkili olarak anlaşılmalıdır.⁵²¹ Söz konusu vakıalar zarar veren ve hak sahibi arasındaki ilişkiden değil, hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden doğmaktadır ve bu açıdan zarar veren açısından tesadüfi olarak nitelenebilir.⁵²²

Son olarak *Henn*, öğretide tesadüfilik kavramı ile ne kastedilmek istendiğinin ve özellikle bu kavramın üçüncü kişinin zararının tazminine özel bir anlamının olup olmadığının açık olmadığını belirtmektedir ve bu kavramı eleştirmektedir.⁵²³ *Henn*'e göre tesadüfilik kavramı ile kastedilen, yalnızca talep ve zararın birbirinden ayrılması sebebiyle tazminatı reddetmenin hukuk düzeninin altında yatan değerlerle bağdaşmamasıdır.⁵²⁴ Yazara göre tesadüfilik kriteri, hukuk sisteminin altında yatan değerleri ve düşünceleri tespit etmek gereğini hatırlatmaktan başka bir fayda sağlamamaktadır.⁵²⁵ Sonuç olarak *Henn*'e göre tesadüfilik kavramına bir şart olarak yer vermemek gerekir.⁵²⁶

Kanaatimce bu eleştiriler yerindedir. Aslında birçok yazarın tesadüfilik kavramını zarar kayması sebebiyle neden zarar verenin sorumluluktan kurtulmaması gerektiğini açıklamak için kullandığı görülmektedir. Bu ise hâlihazırda ilgili sorumluluk hukuku kurumları ve bunların amaçları doğrultusunda gerekçelendirilebilmektedir. Dolayısıyla tesadüfilik, söz konusu gerekçelendirmeyi isimlendirmekten başka bir şey ifade etmemektedir ve üçüncü kişinin zararının tazmini için ek bir şart olarak aranmamalıdır.

Yalnızca *Hirth*'in yukarıda açıklanan ve tesadüfiliği zarar verenin üçüncü kişinin menfaatinin öngöremiyor oluşu şeklinde anlayan görüşü (kabulü halinde) üçüncü kişinin zararının tazmini için diğer şartlar bağlamında hâlihazırda mevcut olmayan ek bir kısıtlama getirmektedir. Bu görüşün kabulü ise yerinde değildir. Zarar verenin üçüncü kişinin dahlini öngörebiliyor olması sorumluluk hukukunun değer yargıları bağlamında varılan sonucu değiştirmemektedir. Öngörülebilirlik, bu çalışmada benimsenen görüşe göre, yalnızca borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının

⁵²⁰ Von Graffenried, para 599.

⁵²¹ Von Graffenried, para 600.

⁵²² Von Graffenried, para 600.

⁵²³ Henn, 32.

⁵²⁴ Henn, 33.

⁵²⁵ Henn, 35.

⁵²⁶ Henn, 46-47. Alman öğretisinde *Lee*'ye göre ise üçüncü kişinin zararının tazmininin tarafların iradesine dayandırılmadığı hâllerde tesadüfilikten söz edilebilir: Lee, 98-99. Bu şekilde anlaşıldığında da tesadüfiliğin fiilen üçüncü kişinin zararının tazmin edilip edilmeyeceği sorusunun cevabına bir etkisi olmamaktadır.

tazminini bakımından sınırlı hâllerde zararın tazmininin teorik dayanağını ve tazmin edilecek zararın kapsamını değiştirebilir.⁵²⁷ Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından ise herhangi bir fark yaratmamaktadır.

e. Üçüncü Kişinin Zararının Tazminini Haklı Kılacak Bir Zarar Kaymasının Mevcut Olup Olmadığının Şüphe Uyandırabileceği Durumlar

Zarar kayması kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için bu şartın sağlanıp sağlanmadığı şüphe uyandırabilecek durumların incelenmesi faydalı olacaktır. Burada ilk olarak Alman hukukunda *Henn* tarafından tartışılan birtakım örnekleri ve yazarın bu konudaki değerlendirmelerini incelemek yerinde olur.

İlk örnek (mesafe satışı olmayan) bir satış sözleşmesine dayanmaktadır. Satıcı borcunu ifa etmeden önce, bir başkasının kusuru ile eşyanın zarar görmesi sonucu alıcı (her ne kadar satış bedelini ödemeyecekse de) bir süre eşyayı kullanmaktan mahrum kalabilecektir, ancak kullanım kaybı için üçüncü kişinin zararının tazminine başvurularak tazminat talebi savunulmamaktadır. Eğer tarafların anlaşmasına göre satıcı ifaya kadar eşyayı kullanmaya devam edebilecek olsaydı, yazara göre satıcının eşyayı kullanamamaktan doğan zararının tazminini isteyebileceğine şüphe olmayacaktı.⁵²⁸

İkinci örnek ise kira sözleşmesi ile ilgilidir. Bir taşınmazı yazın kullanmak üzere birden fazla kişi farklı dönemler için kiralamış olsun: Örneğin, haziran ayı için (A), temmuz için (B) gibi. Taşınmazın ilk kiracının kusuru sonucu yanması halinde tazminat talep edebilecek tek kişi yazara göre maliktir. İkinci kiracı (B) her ne kadar başka bir eve daha yüksek kira ödemek zorunda kalabilecekse de bu zararının tazminini yazara göre talep edemeyecektir. Temmuz ayında evi malik kullanacak olsaydı, aynı zarar için malik tazminat talep edebilecekti.⁵²⁹

Üçüncü olarak, bir eşyanın maliki sahip olduğu eşyanın değerini yanlış değerlendirmesi sonucu bu eşyayı piyasa değerinden ucuza satmış olsun. Eşyanın mülkiyetinin ve zilyetliğinin alıcıya devrinden önce eşyaya birisi zarar verirse, alıcının üçüncü kişinin zararının tazminine başvurup

⁵²⁷ Bkz yukarıda §4.A.1. ve aşağıda §4.B.2.

⁵²⁸ Henn, 44.

⁵²⁹ Henn, 44.

eşyanın gerçek değeri ile ucuza anlaştığı bedel arasındaki farkı isteyebileceğini yazara göre kimse savunmamaktadır.⁵³⁰

Bu örnekler ile ilgili bir değerlendirmede bulunmadan önce yazarın örneklerle ilgili görüşlerini açıklamak yerinde olur. Yazara göre, ilk iki örnekte üçüncü kişinin yalnızca bir kullanım menfaatinin söz konusu olması ayırt edici gibi görülebilirse de yalnızca bu kritere göre bir ayırım yapmamak gerekir.⁵³¹ Yazara göre asıl belirleyici olan, verilen örneklerde üçüncü kişinin kullanım menfaatine ek olarak alacaklının (malikin) da daha az değerli olsa bile benzer kümülatif bir menfaatin söz konusu olmasıdır. Kira örneğinde malikin beklenen kira bedellerini elde etme menfaati vardır, satış örneğinde ise malikin kâr beklentisi mevcuttur.⁵³²

Üçüncü örnekte ise her ne kadar satıcı bilmeden eşyayı değerinden ucuza satsa da bir değiş tokuş ilişkisi söz konusudur ve yazara göre normatif olarak eşyanın korunmasındaki menfaat satıcıdadır. Ancak *Henn*, bu örnek özelinde bazı tereddütlerin doğabileceğini kabul etmektedir. Burada satıcının zararı satış bedeline eşittir ve bu bedel eşyanın değerinden düşüktür. *Henn*'e göre burada alıcıya kısmi bir risk transferinin gerçekleştiği kabul edilip üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması düşünülebilir.⁵³³

Özetle yazara göre üçüncü kişinin eşyanın korunmasında ya da kullanılmasında belirli bir zamanla ya da eşyanın değerinin belirli bir kısmı (örneğin karma bağışlama) ile sınırlı münhasır/tek başına bir menfaati söz konusu ise zarar kayması gerçekleşmiştir. Eşyanın korunmasında ya da kullanılmasında üçüncü kişinin yalnızca paralel bir menfaati ise yeterli değildir.⁵³⁴

Kanaatimce de ilk iki örnekte zarar kayması mevcut değildir. Her eşyanın özgülenebileceği çeşitli kullanım alanları mevcuttur. Sorumluluk hukukunun faili ihlalinden sorumlu tuttuğu risk bu kullanım alanlarından birden fazlasına ilişkin olabilirse de birbiriyle çelişen kullanım alanlarına ilişkin riskten failin aynı anda sorumlu tutulması söz konusu değildir. Örneğin, bir eşyanın malikin bu eşyayı aynı zaman dilimi içerisinde hem satıp mülkiyetini bir başkasına devrederek kâr elde etmesi hem de kullanmaya devam etmesi mümkün değildir. İlk örnekte malik, eşyayı satarak bu kullanım alanlarından kâr elde etmeye ilişkin olanı tercih etmiştir. Dolayısıyla bu eşyaya

⁵³⁰ Henn, 44.

⁵³¹ Henn, 44.

⁵³² Henn, 45.

⁵³³ Henn, 45.

⁵³⁴ Henn, 45-46.

zarar verenin sorumlu tutulacağı risk, söz konusu kârın kaybına ilişkindir. Eşyayı kullanmaya devam etmek malikin tercih ettiği kullanım alanı (eşyanın satışı) ile bağdaşmayan bir başka kullanım alanıdır. Somut olayda her ne kadar eşyanın kullanımına ilişkin risk üçüncü kişiye geçmiş olsa da, eşyanın malikin bu konudaki menfaatinin yerini kâr elde etmeye ilişkin menfaat almıştır.

Bu iki menfaat ekonomik olarak birbirinin karşılığını teşkil etmektedir. Zira alıcı eşyanın kullanımından bir menfaat elde etmeyi beklediği için satıcıya bir bedel ödemektedir. Yani bu iki menfaat adeta birbirinin ayna görüntüsüdür ve eşyanın zarar görmesi halinde her ikisi birden yok olacaktır. Eşyanın maliki bu iki menfaatin aynı anda korunmasını isteyemeyecekken, bu menfaatlerden birinin üçüncü kişiye geçmesi sebebiyle üçüncü kişinin tazminat talep edebileceğinin kabulü failin ihlalinden sorumlu tutulduğu menfaatler kümesinin genişlemesine yol açacaktır. Bu da aslında failin ekonomik olarak aynı menfaatin ihlalinden iki kere sorumlu tutulması anlamına gelecektir. Burada “ikiz menfaat problemi” söz konusudur. Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu bu amaca hizmet etmemektedir. Bu sorunun çözülmesi için zarar kaymasından anlaşılması gereken, bir menfaatin geride tazmin edilebilir bir eşleniğini bırakmadan hak sahibinin malvarlığından üçüncü kişinin malvarlığına geçmesidir.

İkinci örnekte de benzer bir durum söz konusudur. Malik eşyayı kiralamaya karar verdiğinde bu eşyayı kullanarak kendisi fayda sağlamak yerine semeresinden yararlanmayı tercih etmiştir. Aynı anda hem eşyayı kullanıp hem de bu anlamda semeresinden yararlanmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu eşyanın zarar görmesi sonucu doğacak risk, eşyanın semerelerinden faydalanmaya ilişkindir. Yani malik, eşyayı kiraya vererek eşyanın kullanımına ilişkin sahip olduğu menfaatten vazgeçerek bu menfaatin yerine eşyanın semeresinden yararlanmaya ilişkin bir başka menfaatin geçmesini sağlamıştır. Burada da ikiz menfaat sorunu söz konusudur. Bu durumda zarar kaymasından söz edilemeyecektir.

Son örneği ise bir başka örnekle kıyaslayarak analiz etmek faydalı olabilir. Farz edelim ki malik eşyayı alıcıya değerinde yanılması sebebiyle değil, bağışlama iradesiyle ucuza satmış olsun (karma bağışlama). Nasıl ki bağışlama örneğinde zarar kayması sebebiyle üçüncü kişinin zararının tazminine izin veriliyorsa, karma bağışlamada da eşyanın değerinin bağışlama teşkil eden kısmı bakımından zarar kaymasının kabulü ve üçüncü kişinin zararının tazmini gerekir. Bu örnekle yukarıdaki örnek arasındaki tek fark, birinde malikin bilerek, diğesinde ise yanılması sebebiyle eşyayı ucuza satmış olmasıdır. Üçüncü kişinin içinde bulunduğu durum ise aynıdır. Dolayısıyla

malikin yanıldığı durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminine izin vermemek üçüncü kişi aleyhine faili koruyacaktır. Halbuki failin her iki durumda da risk transferine dahil olmadığı gibi, üçüncü kişinin de örneklerden birinde diğerine nazaran daha az korunmaya layık olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla fail, söz konusu yanılmadan yararlanamamalı ve burada da zarar kaymasının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Yani zarar kaymasından söz edebilmek için malikin saikte yanılmış olmaması şartı aranmamalıdır.

Ancak belirtmek gerekir ki birçok durumda bu son örnekteki problem başka yollarla çözülecektir. Malikin düştüğü saik hatası temel hatası (TBK 32) boyutuna ulaşmışsa, malik üçüncü kişi ile yaptığı satış sözleşmesini (ve hatta mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işlemi) iptal edebilir. Örneğin, dedesinden kendisine miras kalan oldukça değerli bir sanat eserini alelade bir tablo zannedip koleksiyoncu (Ü)'ye oldukça ucuza satan (H) bakımından temel hatasının şartlarının sağlandığı söylenebilir. Bu esere daha sonra (Z)'nin zarar vermesi ve bunun üzerine (H)'nin tablonun niteliğinden haberdar olması halinde (H), sözleşmeyi (ve tasarruf işlemi) geriye etkili olarak iptal edip tablonun piyasa değerinin tazminini (Z)'den talep edebilmelidir.⁵³⁵

Paraya değer vermeyen (H)'nin (Ü)'nün tablonun kıymetini bileceğini düşünerek sözleşmeyi onadığını kabul edelim. Bu durumda (H)'nin iradesinin bir karma bağışlamada bulunmak olduğu söylenebilir. Bu durumda zarar kayması sebebiyle (Ü)'nün zararının tazminini (Z)'den isteyebileceği hususunda tereddüt yoktur.

Son örneğin tam tersi de söz konusu olabilir: Bu sefer bir mesafe satışında alıcı, bir eşyanın piyasa değeri hususunda yanılmış olsun. Örneğin, alıcı, değeri 800 TL olan bir eşyayı 1000 TL'ye satın almak üzere eşyanın maliki ile anlaşmış olsun. Eşyanın henüz bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesinden önce bir başkası tarafından hasara uğratılması halinde malikin uğrayacağı zarar 1000 TL'dir ve bunun tazmininin zarar verenden istenebileceğinden şüphe yoktur. Burada malik, eşyayı kârlı bir satışa konu etmiştir ve bu menfaati hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Eşyanın bağımsız taşıyıcıya teslim edildikten ancak alıcıya ulaşmadan önce bir başkası tarafından hasara uğratılması ihtimalinde alıcının isteyebileceği tazminat 1000 TL midir yoksa eşyanın değeri olan 800 TL mi?

⁵³⁵ Tasarruf işleminin bir sebeple iptal edilememesi ve taşınır mülkiyetinin devrinin sebepten soyut olduğunun kabulü hâlinde ise mesele sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözülecek ve üçüncü kişinin zararının tazmininin tekrar gündeme gelmesi mümkün olacaktır. Bu konuda bkz aşağıda §10.A.

Burada hukuk düzeni tarafından korunan ve alıcıya geçen risk yalnızca eşyanın değerine ilişkin risktir. Eşyanın kârlı bir satışa konu edilmesine ilişkin menfaate ilişkin risk ise alıcıya geçmiş değildir. Bu sebeple zarar kaymasının eşyanın piyasa değeri kadar olduğu kabul edilmelidir.⁵³⁶ Yani aslında her iki ihtimalde de (satıcının veya alıcının değerinde yanılması) üçüncü kişinin tazmin edilecek zararı eşyanın piyasa değerine tekabül etmektedir.

Zarar kaymasının mevcut olup olmadığı tereddüt uyandırabilecek bir başka örnek ise şudur. (H), (Z)'den özel üretilmiş bir bilgisayar satın almak için bir sözleşme yapmış olsun. (H) bilgisayarı teslim almadan (Ü)'ye daha yüksek bir bedelle satsın. (Z) kusurlu olarak bilgisayarı (H)'ye geç teslim etsin. Bunun üzerine (Ü), işleri aksadığı için kâr kaybına uğramış olsun. Acaba burada (Ü)'nün uğradığı kâr kaybı bakımından bir zarar kaymasından söz edebilir miyiz?

Henn'e göre bu olayın dolaylı temsil ilişkilerinden iki farkı vardır. İlk olarak, (Z)'nin sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmesinde (H)'nin menfaati vardır, zira bilgisayarı (Ü)'ye teslim edemezse (Ü) sözleşmeden dönebilir ve (H) kâr kaybına uğrayabilir. İkinci olarak, (Ü)'nün uğradığı zarar tipik bir ilk alıcının uğradığı zarar değildir. Burada birbirinden bağımsız zararlar söz konusudur. Yazara göre bu tür kümülatif zarar kalemleri tazmin edilemez.⁵³⁷ Her ne kadar ilk alıcı (H)'nin hem eşyanın maddi değerinin hem de kullanılabilirliğinin (bir başkasına satacağı için) korunmasında menfaati olsa da, (Ü)'nün eşyanın kullanımına ilişkin menfaati ikinci basamakta bir menfaattir. Bunun sebebi (H)'nin hem eşyayı satın değerini elde etme hem de onu kullanma hususunda aynı anda menfaatinin olamayacak olmasıdır, bunlardan biri birçok durumda diğerini dışlamaktadır. Dolayısıyla (Z)'nin bakış açısından bakıldığında (H)'nin ya eşyayı satın kar elde etme ya da eşyayı kullanma yönünde menfaati olacaktır. Dolayısıyla (Ü)'nün eşyayı zamanında elde etmeye ilişkin menfaati (Z)'nin bakış açısıyla fark edilebilir bir sosyal tipik menfaat değildir ve burada bir zarar kaymasından söz edilemez.⁵³⁸

Kanaatimce yazarın görüşü yerindedir. Burada da aslında ikiz menfaat problemine benzer bir durum söz konusudur. Zira taraflarca eşyanın satış bedeli üzerinde anlaşılırken eşyanın kullanımından elde edilmesi beklenen kâr da dikkate alınmaktadır. Burada kira örneğine kıyasla fark şuradadır: Örneğin, kira sözleşmesinin ifa edilememesi sonucu 15 gün geç ev bulabilen

⁵³⁶ Nitekim *Selb*, burada 1000 TL'nin tazmininin kabulü halinde aslında bir zarar kaymasının değil, bir tür rücuun söz konusu olduğunu belirtmektedir: *Selb*, 1768.

⁵³⁷ *Henn*, 310.

⁵³⁸ *Henn*, 310.

kiracının bir ay yerine 15 günlüğüne ev kiralaması ve zamanla orantılı kira ödemesi teorik olarak mümkündür. Bilgisayarın geç teslim edilecek olduğunu öğrendikten sonra sözleşmeden dönen (Ü) ise alacağı yeni bilgisayarı muhtemelen benzer bir satış bedeline edinecektir ve kaçırdığı işlerden uğradığı zararı bilgisayarın bedelinden düşmesi mümkün olmayacaktır. Yani ömrü (Ü)'nün kaçırdığı işe tekabül edecek kadar daha kısa ve fiyatı da bununla orantılı olarak daha ucuz bir bilgisayar bulmak mümkün değildir. Burada sorun, bilgisayarın sağladığı faydanın bölünmesinin daha zor olmasıdır. Yine de burada hak sahibi bilgisayarın sağlayabileceği faydalardan kâr elde etmeye ilişkin olanı seçmiştir ve yazarın belirttiği gibi bununla uyumsuz bir faaliyet olan bilgisayarı kullanmadan elde edilecek menfaat artık tipik menfaat olmaktan çıkmıştır. Bu sebeple (Ü)'nün zararı tazmin edilemeyecektir.

Bir önceki bilgisayar örneğini değiştirelim: Geç ifanın sebebi (Z)'nin kusurlu davranışı yerine (Z₁)'in eşyayı çalması olsun. *Henn*'e göre burada da (H)'nin ya da (Ü)'nün (Z₁)'i sorumlu tutması düşünülemez. Burada hukuk düzeni tarafından korunan mülkiyete ilişkin menfaat hala tamamen malik (Z)'ye aittir, çünkü (Z) aksi halde borcunu yerine getirip satış bedelini elde edemeyecektir.⁵³⁹ Kanaatimce de yazarın vardığı sonuç yerindedir. Burada tipik menfaat bakımından yukarıdaki örnekten hiçbir fark yoktur, sadece borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu yerine haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu söz konusudur.

Bir diğer örnek şu şekildedir. (Ü) hesabına hareket eden komisyoncu (H), (Z)'den birkaç adet cam şırınga sipariş eder. Şırıngaların sözleşmeye uygun şekilde (Ü)'ye teslimi sonucu (H) 10 TL komisyon alacaktır. Geç ifa sonucu (Ü) 50 TL zarara uğrar ve (H) komisyon alacağını kaybeder. *Henn*'e göre burada (Ü)'nün zararı tazmin edilmelidir. (H)'nin de zarara uğramış olması zarar kaymasının varlığını dışlamamaktadır.⁵⁴⁰ Kanaatimce de burada bir zarar kayması söz konusudur, zira somut olayda tipik menfaat eşyanın kullanımına ilişkindir ve bu menfaat üçüncü kişiye geçmiştir. Elbette burada (Ü)'nün zararı hesaplanırken (H)'ye ödemekten kurtulduğu 10 TL'lik komisyon ifaya ilişkin 50 TL'lik menfaatinden düşülecektir.

Son olarak ilginç bir başka örnek üzerinden ilerleyelim. (H) ile (Ü) arasındaki anlaşmaya göre (Ü), (H)'ye ait tek kişinin işletebildiği küçük bir balıkçı teknesini işletecek ve tuttuğu balıkları (Ü)

⁵³⁹ Henn, 310.

⁵⁴⁰ Henn, 310.

(H)'ye verecektir. Bunun karşılığında (H) ise (Ü)'ye 100 TL ödeyecektir. (Z) haksız fiili sonucu tekneye zarar vermiş olsun ve tekne bir süre boyunca kullanılamasın. Ayrıca bu süre bakımından (Ü)'nün başka bir iş bulamadığını varsayalım. Farz edelim ki teknenin işletilemediği süre boyunca tutulacak balıkların değeri 150 TL olsun. Bu durumda (H)'nin zararı 50 TL'dir ve bu 50 TL'yi (Z)'den isteyebileceği hususunda tereddüt yoktur. Peki (Ü)'nün uğradığı 100 TL zarar bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkün müdür?

Bu olayda zarar kaymasının mevcut olup olmadığını anlamak için (H)'nin tekneyi kendisinin işlettiği senaryoyu incelemek faydalı olacaktır. (H)'nin tekneyi kendisinin işlettiğini ve bu süreçte 150 TL değerine balık elde edeceğini varsayalım. Eğer (H)'nin teknenin çalışamaz durumda olduğu süreçte bir başka tekne kiralaması ya da başka bir işte çalışması ve gelir elde etmesi mümkün ise (fiilen bunları yapmasa bile) söz konusu tutar zararı artırmama külfetine dayanarak 150 TL zarardan düşülecektir.⁵⁴¹ Ancak böyle bir durumun mümkün olmaması hâlinde 150 TL'nin tamamının tazmin edileceği hususunda tereddüt yoktur.⁵⁴² Yani hukuk düzeni, teknenin gelir elde etmesi için harcanacak emeğin değerinin de tazminine imkân tanımaktadır. Yukarıdaki örnekte ise söz konusu emeğin değerine ilişkin risk (Ü)'ye geçmiştir. Dolayısıyla burada da, (Ü)'nün başka bir işte çalışması mümkün olmadığından, 100 TL ücret alacağı bakımından zarar kaymasının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Nitekim benzer bir olay Yargıtay'ın 1978 yılında verdiği bir karara konu olmuştur.⁵⁴³ Davacı (Ü)'nün (H)'den balık avına çıkmak için kiraladığı motora (Z)'ye ait römorkör çarpmıştır. Yargıtay (Ü)'nün tazminat talebini hem hukuka aykırılık bağı hem de (H)'nin uğradığı zarar ile zarara yol açan fiil arasında uygun illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Burada bir salt malvarlığı zararı söz konusu olduğundan hukuka aykırılık bağına ilişkin değerlendirme isabetli görülebilirse de uygun illiyet bağının mevcut olmadığı söylenemez. Peki burada bir zarar kayması mevcut mudur? (H) sahip olduğu motorun getireceği ekonomik menfaatler arasından kiraya verip semere elde etmeye ilişkin olanı tercih etmiştir. Karardan anlaşılmamakla birlikte taraflar arasındaki anlaşmaya göre eğer (Ü) kaza sebebiyle kira ödeme borcundan kurtulmuş ise (H)'nin bu zararın tazminini isteyebileceğine şüphe yoktur. Eğer (Ü) kazaya rağmen kira ödeyecekse, bu

⁵⁴¹ Altınok Ormancı, 194 vd ve 133 vd; benzer yönde Öğüz, 289.

⁵⁴² Bu yönde değerlendirmeler veya benzer örnekler için bkz Oğuzman/Öz, C II, para 121; Eren/Dönmez, C II, Madde 49, para 26; Gönen, 82; BK-Brehm, 2021, Art 41 OR, para 78a; BSK OR I – Kessler, Art 41, para 12.

⁵⁴³ Yargıtay 4 HD, E 1977/5312 K 1978/3193, 13.03.1978 (Kazancı).

durumda (H)'nin semere elde etmeye ilişkin menfaatine ilişkin risk (Ü)'ye geçmiştir. Burada bir zarar kayması mevcuttur ve (Ü)'nün ödediği kira bedelini üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak (Z)'den talep etmesi mümkün olmalıdır.

6. Üçüncü Kişinin Menfaatinin Borçlu Tarafından Bilinebilir Olmasının Etkisi

Bu çalışmada savunulan görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesi için üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından zararın doğduğu sırada bilinebilir olmasının şart olmadığı, bunun yalnızca tazminatın kapsamı bakımından önem taşıyabileceği ifade edilmişti.⁵⁴⁴ Ancak yine de öğretilde bununla ilgili tartışmalar olduğundan aksi yöndeki görüşlerden bahsedebilmek için üçüncü kişinin menfaatinin bilinebilir olmasının bir şart olarak aranıp aranmayacağına ilişkin ayrı bir başlık açılması gereği doğmuştur.⁵⁴⁵

Bu şart genellikle borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bağlamında incelenmiştir, çünkü hak sahibi ile zarar veren arasında bir borç ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda üçüncü kişinin menfaatinin varlığının bilinebilirliği daha yüksektir. Öğretilde kimi görüşlere göre bilinebilirlik şartı aranmalıdır. İsviçre hukukunda *Becker* tarafından savunulan görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmininin kabul edilebilmesi için zarar verenin üçüncü kişinin menfaatini bilebiliyor olması gerekir, çünkü ancak bu durumda zarar verenden üçüncü kişinin menfaatini dikkate alması beklenebilir.⁵⁴⁶ Alman Hukukunda *Rodig* de bu görüşü savunmuştur.⁵⁴⁷

Günümüzde savunulan hâkim görüşe göre ise zarar görenin üçüncü kişinin menfaatini bilebilecek durumda olması şart değildir.⁵⁴⁸ *Marti-Schreier*'e göre bu şart iki sebeple aranmamalıdır. Zarar

⁵⁴⁴ Bkz yukarıda §4.A.5.b.

⁵⁴⁵ Zarar kaymasından söz edebilmek için üçüncü kişinin menfaatinin bilinebilir olmaması gerektiğini savunan *Hirth*'in görüşüne ve bu görüşün eleştirisine yukarıda yer verilmişti. Bkz yukarıda §4.A.5.b. Burada aynı görüş tekrar edilmeyecektir.

⁵⁴⁶ BK-Becker, 1945, Art 97 OR, para 47. *Von Büren* ise üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olmadığı durumlarda söz konusu menfaate ilişkin riskin borçluya yüklenmesinin adil olmayacağını ancak bunun tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir: von Büren, AT, 80. Nitekim bu çalışmada benimsenen görüşe göre de üçüncü kişinin menfaatinin baştan öngörülebilir olması borçlunun sorumluluğunun genişlemesine yol açabilir: bkz aşağıda §4.B.2.

⁵⁴⁷ Rodig, 32.

⁵⁴⁸ İsviçre hukukunda: Marti-Schreier, para 260 vd; von Graffenried, para 610; Loser-Krogh, FS Kramer, 603; Bärtschi, 412; Keller, 196; von Caemmerer, 359, 367; von Tuhr/Escher, 112; Wolf, 293-294 (yazar, borçlunun olası zararın türünü ve yüksekliğini hesaplayabilecek durumda olduğu sürece zararın kimin malvarlığında doğduğunun önemli olmadığını belirtmektedir); Loser, para 1075; En azından dolaylı temsilde bu şartın aranmaması gerektiği yönünde BK-Fellman, 1992, Art 398 OR, para 606. Alman hukukunda: Traugott, 82; Reinhardt, 63; von Tuhr,

hiçbir şekilde öngörülebilir değilse zaten yazara göre uygun illiyet bağının olmaması sebebiyle tazmin edilmeyecektir. Ancak bu, üçüncü kişinin menfaatinin bilinebilirliğinden farklıdır. Çünkü uygun illiyet bağı yoksa zarar veren doğrudan hak sahibinin malvarlığında doğan zararı da tazmin etmekle yükümlü değildir.⁵⁴⁹ Ayrıca zararın öngörülebilir olduğu fakat üçüncü kişinin malvarlığında doğacağına borçlu tarafından beklenebilir olmadığı halde zarar veren bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır, çünkü halihazırda kendisi olası zararı öngörmüştür (ya da öngörebilecek durumdadır) ve buna göre hareket edebilecektir.⁵⁵⁰ Borçlu sadece zararın kimin malvarlığında doğacağı hususunu bilebilecek durumda değildir ve bu sorumluluktan kurtulmasına yol açmamalıdır. Nasıl ki (A)'ya ait bir eşyayı (B)'nin sanarak zarar veren (C) bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamıyorsa burada da yazara göre aynı mantık geçerli olmalıdır.⁵⁵¹ Nitekim finansal olarak da kimin zararının tazmin edildiği, biri diğerinden yüksek olmadıkça, zarar veren için fark yaratmamaktadır.⁵⁵² Son olarak yazara göre üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olduğu durumlarda üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevcut olma ihtimali vardır ve bu durumda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek kalmamaktadır.⁵⁵³

Von Graffenried'e göre de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden farklı olarak üçüncü kişinin zararının tazmininde üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından öngörülebilir olması şart değildir. Çünkü burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden farklı olarak kişi bakımından sorumluluğun genişlemesi söz konusu değildir.⁵⁵⁴ Benzer şekilde *Traugott*'a göre üçüncü kişinin zararının tazmininde zararın üçüncü kişinin malvarlığında doğması zarar verenin maruz kaldığı sorumluluk riskini hesaplayabilmesini etkilememektedir. Bu sebeple sorumluluk riskinin

Interesse, 567-568; Büttner, 54-55; Gernhuber, Schuldverhältnis, 523; Winterfeld, 13; Alman Federal Mahkemesi de bir kararında üçüncü kişiye ait eşya üzerinde koruma borcu doğuran ilişkiler bakımından bu şartın aranmayacağını açıkça belirtmiştir: BGHZ 15, 228. Türk hukukunda: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 306.

⁵⁴⁹ Marti-Schreier, para 261.

⁵⁵⁰ Marti-Schreier, para 262.

⁵⁵¹ Marti-Schreier, para 263.

⁵⁵² Marti-Schreier, para 263. Tazmin edilecek zararın kapsamına ilişkin tartışmalar için bkz aşağıda §4.B.2.

⁵⁵³ Marti-Schreier, para 264. Nitekim bu çalışmada da üçüncü kişinin menfaatinin baştan öngörülebildiği ve ifade baskın olarak üçüncü kişinin menfaatinin olduğu borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından bu çözüm yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir: bkz yukarıda §3.B.4. ve §4.A.1. Üçüncü kişinin zararının tazmini ve üçüncü kişi yararına sözleşme arasındaki ilişki için bkz aşağıda §5.B.

⁵⁵⁴ Von Graffenried, para 610. Yazara göre öngörülebilirlik tazminatın belirlenmesinde OR 43 (TBK 51) uyarınca bir unsur olarak dikkate alınabilir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve üçüncü kişinin zararının tazmini arasındaki ilişki için bkz aşağıda §5.A.

öngörülebilirliğini etkilemeyen bir faktörün zarar veren tarafından bilinebilir olmasını aramak gereksizdir.⁵⁵⁵

Kanaatimce açıklanan son görüşler yerindedir ve üçüncü kişinin zararının tazmini için üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından öngörülebilirliğini bir şart olarak aramaya gerek yoktur. Daha önce de belirtildiği gibi üçüncü kişinin zararının tazmininde zarar verenin ihlali riskinden sorumlu tutulduğu menfaatler kümesi aynı kalmaktadır. Bu sebeple bu kümedeki menfaatin kime ait olduğunun bilinebilir olmasının zarar verenin davranışlarını yönlendirmesinde bir etkisi yoktur. Bunun sonucu ise zarar verenin üçüncü kişinin menfaatinin kendisi tarafından bilinebilir olmadığı gerekçesiyle sorumlu tutulamamasını ileri sürmesinde korunmaya değer bir menfaatinin olmamasıdır.

Elbette üçüncü kişinin menfaatinin bilinebilirliğinin tazmin edilecek zararın kapsamı bakımından etkisi olabilecektir. Hatırlanacağı üzere bu çalışmada benimsenen görüşe göre borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından üçüncü kişinin menfaatinin baştan itibaren bilinebilir olduğu kimi hallerde üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla kabul edilmesi mümkün olabilmektedir.⁵⁵⁶ Bu durumda üçüncü kişinin zararının tamamı, hak sahibinin uğrayacağı farazi zararı aşsa dahi, kural olarak tazmin edilecektir.⁵⁵⁷ Bunun dışındaki hallerde ise tazminatın miktarı kural olarak hak sahibinin uğrayacağı farazi zararlarla sınırlıdır.⁵⁵⁸

7. Zararın Tazmin Edilmemesinin Tazminat Sorumluluğunu Sınırlayan Kurumların Amacıyla Bağdaşmaması

Şu ana kadar tespit edilen olay grupları göz önüne alınarak yapılan açıklamalar göstermektedir ki bu olay grupları bakımından zarar kaymasının mevcut olduğu hallerde üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi sözleşmenin nispiyeti ve alacaklının menfaati ilkeleri ile haksız fiil hukukunda salt malvarlığı zararının kural olarak tazmin edilememesi prensiplerinin altında yatan amaçlarla çalışmaktadır.⁵⁵⁹ Ancak yine de ileride tespit edilmesi olası yeni olay grupları ve özellikle zarar

⁵⁵⁵ Traugott, 82. Ayrıca öngörülebilirlik şartı aranırsa zarar kaymasının hak sahibi ile zarar veren arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasından daha sonra meydana geldiği durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminini gerekçelendirmek oldukça zorlaşacaktır. Bu gibi durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminine ihtiyaç olmadığını söylemek ise mümkün değildir: Reinhardt, 63-64.

⁵⁵⁶ Bkz §3.B.4.

⁵⁵⁷ Meğerki zararın sınırlandırılmasını gerektiren başka sebepler olsun.

⁵⁵⁸ Tazmin edilecek zararın kapsamına ilişkin daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §4.B.2.

⁵⁵⁹ Bkz yukarıda §2.

kaymasının şüpheli görüldüğü durumlar bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulup başvurulamayacağı değerlendirilirken bu koşul her zaman akılda tutulmalıdır.

8. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Başka Bir Yolla Sağlanabilmesinin Etkisi

Üçüncü kişinin hak sahibine ya da zarar verene karşı hâlihazırda başka bir temele dayanan bir alacak hakkına sahip olmasının üçüncü kişinin zararının tazminini dışlayıp dışlamayacağı önemli bir meseledir. Nitekim öğretide üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilmesi için üçüncü kişinin başka bir temele dayanan bir tazminat alacağının mevcut olmaması gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur.⁵⁶⁰ Kanaatimce bu konuda bir sonuca varabilmek için bu meselenin çeşitli ihtimaller ele alınarak daha yakından ve dikkatli bir biçimde incelenmesi gerekir.

İlk ihtimal üçüncü kişinin hak sahibine karşı bir alacak hakkına sahip olmasıdır. Bu ihtimalde üçüncü kişi uğradığı zarardan hak sahibini sorumlu tutabilmektedir. Örneğin hak sahibi ile üçüncü kişi, aralarındaki sözleşme ile hak sahibinin, kusursuz ifa imkansızlığından ya da benzer şekilde zarar verenin yol açtığı kötü ifa ya da ifa imkansızlığından sorumlu olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda üçüncü kişi zararının tazmini için hak sahibine başvuracak, hak sahibi ise üçüncü kişiye ödediği tazminat için zarar verene rücu edecektir.⁵⁶¹ Dolayısıyla burada bir zarar kayması söz konusu değildir. Öğretide bu durum bazı yazarlarca “gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini” (*uneigentliche Drittschadensliquidation*) olarak adlandırılmaktadır.⁵⁶²

Burada değinilmesinde fayda gördüğüm bir diğer mesele hak sahibinin ne zaman zarara uğramış sayılacağı ve dolayısıyla zarar verene rücu edebileceğidir. Hak sahibinin zarara uğradığının kabul edilebilmesi için üçüncü kişinin hak sahibine karşı alacak hakkının doğmuş olması yeterli midir? Yoksa bu talebin üçüncü kişi tarafından ileri sürülmesi ve hatta üçüncü kişinin zararının hak sahibi tarafından tazmin edilmesi aranacak mıdır?

⁵⁶⁰ Örneğin bkz Berger, para 1583; Keller, 196-197. Benzer şekilde *Henn*’e göre de üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmadan önce zarar kaymasını ortadan kaldıracak hukuki çözümlerin mevcut olup olmadığının incelenmesi ve böyle bir imkan yoksa bu yola başvurulması gerekmektedir: Henn, 49. Avusturya Yüksek Mahkemesi de bir kararında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilmesi için üçüncü kişinin zarar verene karşı ileri sürebileceği doğrudan bir haksız fiil tazminatı talebinin mevcut olmaması gerektiğini belirtmiştir: OGH, SZ 46/31, 07.03.1973 Nr. 31.

⁵⁶¹ Hatırlanacağı üzere üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında hukuken korunan ve ihlali tazminat yükümlülüğüne yol açan menfaat hak sahibine aittir (nitekim bu çalışmada bu sebeple bu şahıs hak sahibi olarak anılmaktadır). Dolayısıyla hak sahibinin zarar verene rücu etmesi bakımından kural olarak bir engelle karşılaşmayacaktır.

⁵⁶² Koller, FS Fischer, 301; Marti-Schreier, para 5; von Graffenried, para 71.

Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere bir kişinin bir başkasına karşı sorumlu tutulması sebebiyle zarara uğradığından söz edebilmek için söz konusu tazminat alacağının bu kişinin malvarlığını bir pasif olarak yüklemesi yeterlidir, ek olarak talep ya da ifa edilmiş olması şart değildir.⁵⁶³ Burada ilk olarak tartışılması gereken mesele şudur: Henüz üçüncü kişi hak sahibinden tazminat talep etmemişken hak sahibi zarar verenden tazminat talep ederse hâkim nasıl hareket etmelidir?

Bu meselenin önemi, üçüncü kişinin daha sonra hak sahibinden tazminat talep etmemesi ve bunun sonucu olarak hak sahibinin zenginleşmesi ihtimalidir. Üçüncü kişinin hak sahibinden tazminat talep etmemesinin sebebi birçok durumda hak sahibini zenginleştirme isteği olmayacaktır. Daha ziyade üçüncü kişinin hak sahibine başvurmak istememesinin sebebinin birçok durumda aralarındaki süregelen ilişkiyi bozmamak olması daha olasıdır.⁵⁶⁴ Üçüncü kişi bu durumda zarar vereni sorumluluktan kurtarmayı da amaçlamamaktadır.⁵⁶⁵

Bu soruna çözüm olarak İFM'nin 1955 yılında verdiği bir kararında⁵⁶⁶ benimsediği yaklaşım kabul edilebilir. Bu karara konu olan olayda⁵⁶⁷ (H), (Ü)'ye ait bir eşyayı (Z)'nin işlettiği depoya saklanmak üzere bırakmıştır. Daha sonra bu eşya deponun duvarından geçen borudaki çatlaktan sızan su sebebiyle önemli ölçüde hasar almıştır. Bu zarardan (H), (Ü)'ye karşı aralarındaki ilişki

⁵⁶³ Von Graffenried, para 573 dn 1376; Marti-Schreier, para 276; BGE 116 II 441 E. 3a/aa. *Marti-Schreier*, İFM'nin genel olarak şu iki kriteri aradığı çıkarımında bulunmaktadır: Hak sahibi ifa ile yükümlü mü ve üçüncü kişinin talebi hukuki dayanağa sahip mi? Bkz Marti-Schreier, para 282. *Marti-Schreier* söz konusu tazminat alacağının ne zaman bir pasif olarak değerlendirileceği, örneğin alacak haklı olarak tartışmaya açılabilir ya da talebin dayanakları somut bir şekilde kanıtlanamıyorsa ne olacağı meselelerinin somut olayın şartlarına göre cevaplanacağını belirtmektedir: Marti-Schreier, para 277.

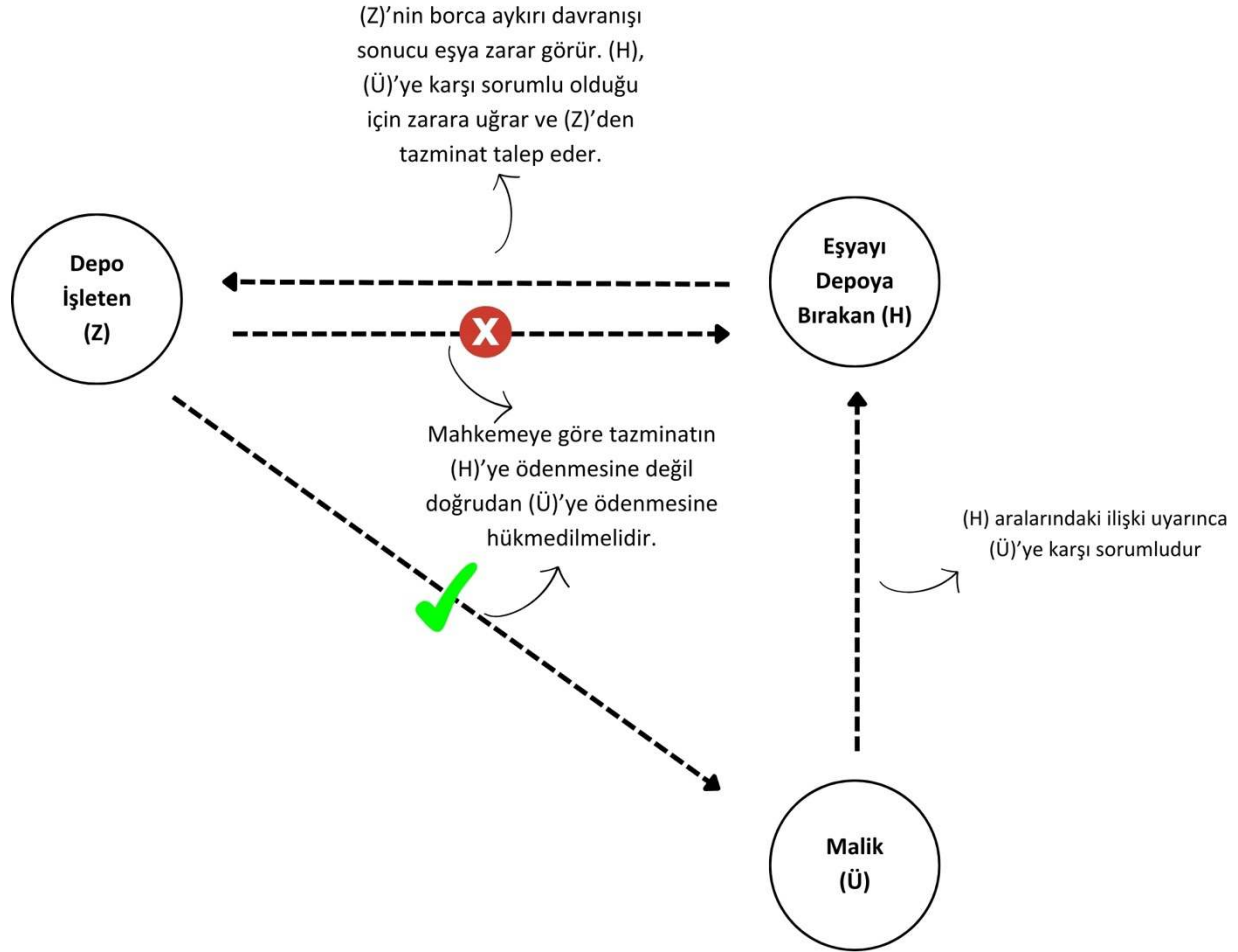
⁵⁶⁴ Bkz von Graffenried, para 573 dn 1376.

⁵⁶⁵ Daha ileri bir ihtimal olarak üçüncü kişinin hak sahibine karşı söz konusu alacak hakkını hiçbir zaman ileri sürmeyecek olması somut olayda açık olabilir. Bu duruma verilebilecek bir örnek, üçüncü kişinin alacak hakkını ileri sürmeme taahhüdünde bulunmasıdır (*pactum de non petendo*). Bu durumda üçüncü kişinin alacak hakkı sona ermeyecek, ancak hak sahibi üçüncü kişiye karşı bir def'i hakkı kazanacaktır. Örnek olarak ibra anlaşmasının verilmemesinin sebebi, bu durumda üçüncü kişinin alacak hakkının ve dolayısıyla hak sahibinin zararının ortadan kalkacak olmasıdır. Öğretide bir görüş üçüncü kişi hak sahibine karşı tazminat talebini hiç ileri sürmeyecek olsa bile hak sahibinin zararından söz edileceğini belirtmektedir: von Graffenried, para 573 dn 1376. *Marti-Schreier* ise bu soruyu ortaya atmakla beraber cevabını açık bırakmaktadır: Marti-Schreier, para 283. Her hâlükârda bir sonraki paragrafta açıklanan çözüm bu sorunu da ortadan kaldıracabilecek niteliktedir.

⁵⁶⁶ BGE 81 II 129.

⁵⁶⁷ Kararda kişiler burada belirtilen harflerle anılmamaktadır.

uyarınca sorumludur.⁵⁶⁸ (H), (Ü)'ye karşı olan sorumluluğu sebebiyle zarara uğradığı iddiasıyla depoyu işleten (Z)'ye dava açmıştır.⁵⁶⁹



Şekil 11 – Bir İFM Kararı

İFM burada (H)'nin tazminat alacağını yalnızca (Ü)'ye olan sorumluluğundan kaynaklanması sebebiyle (H)'nin tazminatın kendisine ödenmesini isteyemeyeceğini ve yalnızca (Ü)'ye ödenmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, hâkime tazminatın türünü belirleme yetkisi veren OR 43 I (TBK 51 I) hükmüne dayanarak (H)'nin tazminat talebinin ancak (Ü)'ye

⁵⁶⁸ Karardan açıkça anlaşılmamakla beraber *Koller*, bu sorumluluğun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa dayandığını belirtmektedir: Koller, FS Fischer, 301.

⁵⁶⁹ Burada deponun maliki (Z) olmayıp bir üçüncü kişidir. Karara konu olan olayda hem (H) hem de (Ü) yapı malikinin sorumluluğuna dayanarak ayrıca deponun malikine de dava açmışlardır. Kararın bu kısmı bu bölümdeki tartışmayı ilgilendirmedikten ele alınmamıştır.

ödenmesine hükmedilerek kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁵⁷⁰ İsviçre öğretisinde de bu karara atıfta bulunarak, hak sahibinin üçüncü kişinin zararını fiilen tazmin etmedikçe tazminatın ancak üçüncü kişiye ödenmesini talep edilebileceği belirtilmektedir.⁵⁷¹

Bu bağlamda akla gelecek ikinci soru şudur: Hak sahibinin iflas etmesi ve dolayısıyla üçüncü kişinin ona başvurduğunda elinin boş kalması durumunda üçüncü kişi zararının tazminini zarar verenden isteyebilecek midir? Yani üçüncü kişi bu durumda alternatif olarak (gerçek anlamda) üçüncü kişinin zararının tazminine başvurabilecek midir? *Marti-Schreier*'e göre eğer hak sahibinin malvarlığında bir pasifin doğduğu kabul ediliyorsa, üçüncü kişinin zararı hak sahibinin ödeme güçsüzlüğü sebebiyle tamamen tazmin edilemiyor olsa bile, (gerçek anlamda) üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamaz.⁵⁷² Kanaatimce de bu görüş yerindedir. Ancak yukarıda İFM kararında benimsenen çözümün kabulü halinde hak sahibinin iflas alacaklılarının söz konusu tazminat alacağı üzerinde bir menfaati yoktur, çünkü zaten iflas idaresi de tazminatın ancak üçüncü kişiye ödenmesini talep edebilecektir. Dolayısıyla üçüncü kişi iflas idaresinden söz konusu alacağı kendisine devretmesini isteyebilmeli ve bu talebe olumsuz yanıt verilmesi hâlinde mahkemeye başvurarak bu sonuca ulaşabilmelidir.⁵⁷³

Ele alınması gereken bir diğer mesele, üçüncü kişi zarar verene karşı başka bir hukuki sebebe dayanan bir talep hakkına sahip olduğunda nasıl hareket edileceğidir. Bu konuyla ilgili açıklamalar

⁵⁷⁰ *Marti-Schreier*, davacı tarafından üçüncü kişi lehine tazminat talebinde bulunulmadığı için bu kararın taleple bağıllık ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir (para 355 dn 810). Yazar yine de kararda varılan sonucun mümkün olması gerektiğini savunmaktadır.

⁵⁷¹ Koller, FS Fischer, 301. Yazar ayrıca üçüncü kişinin hak sahibinin zarar verene karşı sahip olduğu tazminat alacağını kendisine devretmesini isteyebileceğini, ancak üçüncü kişinin kendisine karşı yükümlülüklerini yerine getirmedikçe hak sahibinin bu alacağı devretmekten kaçınabileceğini (OR 82/TBK 97 kıyasen) belirtmektedir.

⁵⁷² *Marti-Schreier*, para 279; direkt talebin kabulü halinde yine bu yönde *Marti-Schreier*, para 285.

⁵⁷³ Burada akla gelebilecek bir çözüm yolu, bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin kanun boşluğu doldurulurken yararlanılan TBK 509 I hükmünden yararlanmak ve söz konusu alacak hakkının her hâlükârda doğrudan üçüncü kişiye geçtiğini kabul etmektir. Ancak burada menfaatler dengesi başkadır. Bu görüşün kabulü halinde üçüncü kişinin hak sahibine karşı olan tazminat talebinin de söz konusu alacağın devri ile sona erdiğini kabul etmek gerekecektir, ancak somut olayda (hak sahibinin iflas etmediği ihtimâlde) üçüncü kişinin hak sahibine başvurmakta menfaati (zarar verene başvurmaya kıyasla) daha yüksek olabilir. Ayrıca hak sahibinin, üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu durumda, üçüncü kişinin kendisine başvuracağından çekinerek, zarar verenden tazminat talep etmesi olasıdır. Bu durumda mahkemenin söz konusu alacak hakkı üçüncü kişiye geçtiği gerekçesiyle davayı reddetmesi gerekecektir, bu ise usul ekonomisine aykırı olacaktır. Hak sahibinin sorumlu tutulamadığı (gerçek) üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında ise hak sahibinin dava açmak için ekonomik bir menfaati olmadığından bu sorunla karşılaşılma ihtimali oldukça düşüktür. Her hâlükârda iflasın söz konusu olmadığı gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında da üçüncü kişi, doğrudan zarar verene başvurmak istiyorsa, hak sahibinin zarar verene karşı sahip olduğu rücu alacağını kendisine devretmesini isteyebilir. TBK 509 I'nin hak sahibi iflas etmediği zaman devreye girmeyip iflas ettiği anda devreye girmesi ise tutarsız sonuçlar doğurabilir.

çeşitli talep dayanakları özelinde aşağıda yapılacaktır.⁵⁷⁴ Şimdiden belirtmek gerekir ki böyle bir talep hakkının mevcut olması her zaman üçüncü kişinin zararının tazminini dışlamaz. Peki bu talep dayanaklarından biri kanunda özel olarak düzenlenmişse ve kendine özgü hükümleri varsa (örneğin zamanaşımı bakımından) ne olacaktır? İsviçre öğretisinde *von Graffenried* tarafından savunulan görüşe göre bir kanun hükmünde açıkça üçüncü kişinin zararının tazmini öngörülümüşse, bu hüküm özel hüküm olarak uygulanmalı ve üçüncü kişinin zararının tazmini teorisine başvurulamamalıdır.

Yazar örnek olarak OR 262 III'ü (TBK 322 III) vermektedir.⁵⁷⁵ Bu hükme göre "[a]lt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir." Kanaatimce bu örnek yerinde değildir, çünkü bu hüküm uyarınca zaten kiracı (hak sahibi) kiraya verene (üçüncü kişi) karşı sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla burada hak sahibinin de kendi zararı söz konusu olup kural olarak zarar kayması mevcut değildir. Yani burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamamasının sebebi başlı başına özel bir hüküm olması değil, zaten zarar kaymasının mevcut olmamasıdır.

Peki üçüncü kişiyi hak sahibine karşı sorumlu tutmadan (yani zarar kaymasını ortadan kaldırmadan) doğrudan zarar verenin üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağını düzenleyen ve kendine özgü koşullara tabi olan bir hüküm söz konusuysa ne olacaktır? Burada bu hükmün amacına bakmak ve diğer olası sorumluluk sebeplerini dışlamayı amaçlayıp amaçlamadığını incelemek gerekir. Bu soruya olumlu cevap verilebiliyor olması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin genel teoriye başvurulamayacağı söylenebilir.

Son olarak, üçüncü kişinin zarar verene karşı sahip olduğu talep haksız fiile dayanıyorsa bu durumda borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkı ile haksız fiilden doğan tazminat alacağının yarışacağını kabul etmek gerekir.⁵⁷⁶ Üçüncü kişinin zararının tazmininin amacı zarar kayması sonucu borçlunun daha avantajlı ya da üçüncü kişinin daha dezavantajlı duruma gelmesini önlemektir. Zarar veren kişi zarar kaymasından herhangi bir menfaat elde etmemelidir. Haksız fiil sorumluluğu sözleşmesel sorumluluğa göre birçok açıdan daha dezavantajlı olduğundan, sözleşmesel bir talep yerine haksız fiil talebine muhatap olmak

⁵⁷⁴ Bkz aşağıda §5.

⁵⁷⁵ Von Graffenried, para 606.

⁵⁷⁶ Marti-Schreier, para. 269; von Graffenried, para 602.

böyle bir menfaattir.⁵⁷⁷ Nitekim üçüncü kişiye ait eşya üzerinde koruma borcu doğuran sözleşmelerden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu (*Obhutsfalle*) bakımından söz konusu olan tam da budur.⁵⁷⁸

B. Üçüncü Kişinin Zararının Tazminine İlişkin Özel Sorunlar

1. Zararın Tazminini Kimin Talep Edeceği Sorunu

Bu çalışmada benimsenen teorik yaklaşımın bir sonucu olarak, hem borca aykırılıktan hem de haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından, üçüncü kişi uğradığı zararın tazminine ilişkin bir alacak hakkına kavuşacak ve zararının tazminini kendisi talep edecektir. Bu konuda öğreti ise ikiye bölünmüştür. Öğretide ileri sürülen görüşlerin ele alınması ve pratik sonuçlarının açıklanması bu çalışmada benimsenen görüşün daha iyi anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. İşaret etmek gerekir ki öğretilerde savunulan birçok görüş borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu düşünülerek ileri sürülmüştür. Aşağıda açıklanacağı üzere gerek İsviçre’de gerek Almanya’da hâkim görüş hak sahibinin talepte bulunacağını kabul etmekte ise de kimi yazarlar bu çalışmada olduğu gibi üçüncü kişinin kendisinin talepte bulunabileceğini savunmaktadır.

a. Hak Sahibinin Talepte Bulunacağını Kabul Eden Görüş

i. Genel Olarak

Klasik ve İsviçre ile Almanya’da hâkim olduğu söylenebilecek yaklaşıma göre zararın tazminini hak sahibi talep edecektir.⁵⁷⁹ Hatta bir görüşe göre bu sonuç “*Drittschadensliquidation*” ifadesinden zaten çıkmaktadır.⁵⁸⁰ İFM bir kararında *obiter dictum* olarak üçüncü kişinin zararının tazmininde sözleşmenin tarafının (hak sahibi) talepte bulunabileceğini belirtmiştir.⁵⁸¹ Bu anlayışa

⁵⁷⁷ Von Graffenried, para 602.

⁵⁷⁸ Bu olay grubu hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz aşağıda §9.

⁵⁷⁹ İsviçre hukukunda: von Graffenried, para 761; Marti-Schreier, para 69 vd; Bärtschi, 414; Siegrist, 92; Fatzer, 76-77; Renz, 173; Keller, 63; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, C II, para 2885 (yazarlar hâkim görüşün bu yönde olduğunu ancak bu çözümün ötesinde üçüncü kişiye bir direkt talebin tanınmasının gerekip gerekmeyeceğinin şüpheli olduğunu belirtmektedir: para 2889); BSK OR I – Zellweger-Gutknecht, Art 112, para 22a; Huguenin, para 1131; Schwenger/Fountoulakis, para 14.25; Thorens, 113-115; Alman hukukunda: Lange/Schiemann, S. 481; Urban, 154; von Schroeter, 19-20; Neuner, JZ, 132; Larenz, 427; Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249, para 107; Medicus/Lorenz, AT I §52, para 29; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, para 336.

⁵⁸⁰ Zueghör, 1605; Medicus/Lorenz, AT I §52, para 29; Bärtschi, 413 dn 1866. Ancak *von Graffenried*’e göre bu ifade zararın tazminini kimin talep edeceğini belirtmemektedir, zira üçüncü kişinin kendi zararını “likide” etmesi de söz konusu olabilir: von Graffenried, para 759 dn 1823. Aynı yönde: Armbrüster, recht, 86 dn 19; Marti-Schreier, para 71.

⁵⁸¹ BGE 123 III 204, 211. Ayrıca İFM bir başka kararında da üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulanması düşünülebilecek bir olayda bunu hiç tartışmamış, ancak buna ek olarak üçüncü kişinin taraf olmadığı bir sözleşmenin

göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden farklı olarak, burada talebin zarara çekilmesi yerine zararın talebe çekildiği belirtilmektedir.⁵⁸²

Hatırlanacağı üzere bu görüşü savunan yazarlardan bazıları üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin kendisinin zarara uğradığı gerekçesiyle (örneğin menfaatin denkleştirilmesinin engellenmesi yoluyla normatif zarar kavramına başvurarak) açıklamaktadır.⁵⁸³ Dolayısıyla bu yazarların tazminat talebinde hak sahibinin bulunacağını kabul etmeleri tutarlılık gereğidir.⁵⁸⁴

Hak sahibinin talepte bulunacağı kabul edilirse borç ilişkisinin nispiliği ilkesinin ihlal edilmemiş olacağı ileri sürülmektedir.⁵⁸⁵ Bu görüşe göre bu durumda yalnızca alacaklının menfaati ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.⁵⁸⁶ Bir başka görüşe göre ise alacaklıya üçüncü kişinin zararının tazminini talep etme imkânı tanındığında zaten borç ilişkisinin nispiliği de ihlal edilmiş olmaktadır.⁵⁸⁷ Kanaatimce bu konuda varılacak sonuç, borç ilişkisinin nispiliği ilkesinin alacaklının menfaati ilkesini de kapsayacak şekilde anlaşılıp anlaşılmadığına göre değişir.⁵⁸⁸ Sözleşmenin nispiliği kavramının kapsamı üzerinde dahi bir uzlaşının olmadığı düşünüldüğünde, her hâlükârda nispilik ilkesini ihlal etmemek için hak sahibinin talepte bulunacağını iddia etmek yeterince güçlü bir argüman olmasa gerektir.

ii. Bu Görüşün Kabulü Halinde Ortaya Çıkan Meseleler

Hak sahibinin talepte bulunacağı kabul edilirse karşımıza çıkan ilk soru bu tazminatın kime ödenmesinin talep edileceğidir. Alman öğretisinde eski tarihlerde savunulan bir görüşe göre hak sahibi tazminatın yalnızca kendisine ödenmesini talep edebilecektir.⁵⁸⁹ Bir başka görüşe göre ise

ihlali sonucu uğradığı zarardan ötürü zarar verene karşı doğrudan sözleşmesel bir talep ileri süremeyeceğini belirtmiştir (BGer 4A_71/2012, 27.11.2012). St. Gallen Kanton Mahkemesinin 1980 yılında verdiği bir kararında ise üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edebileceği belirtilmiştir: bkz SJZ 76 (1980), 194-195.

⁵⁸² Örneğin bkz von Graffenried, para 759; Medicus/Lorenz, AT I §52, para 29; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 85 (yazar klasik anlayışa kendisi katılmamaktadır); Fatzer, 69. Kimi başka yazarlar ise burada iki tamamlanmamış alacağın bir araya getirilerek tam bir alacak hakkı elde edildiğini belirtmektedir: bkz Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 69-70 (Yazar bunun alışılmadık ve sonuç odaklı bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir). Yine başka bir yaklaşım ise burada hak sahibinin alacağının içinde üçüncü kişinin zararı ile doldurulduğunu ifade etmektedir: Esser/Schmidt, T II, 265.

⁵⁸³ Örneğin Urban, 47 vd. Bkz yukarıda §3.A.1.a.

⁵⁸⁴ Bkz Urban, 154.

⁵⁸⁵ Marti-Schreier, para. 102; von Graffenried, para 557; Berger, 1582.

⁵⁸⁶ Von Graffenried, para 557.

⁵⁸⁷ Armbrüster, recht, 91.

⁵⁸⁸ Bu konudaki açıklamalar için bkz yukarıda §2.A.

⁵⁸⁹ Rodig, 43-44 (yazar borçlunun (zarar verenin) yükümlülüklerinin baştan itibaren alacaklıya (hak sahibine) karşı olduğunu ve bu durumdan sapmamak gerektiğini belirtmektedir); Lange, 50-52.

hak sahibi tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesini talep edebilir.⁵⁹⁰ Son görüşe göre ise hak sahibi bu konuda bir tercih hakkına sahiptir ve tazminatın kendisine ödenmesini isteyebileceği gibi üçüncü kişiye ödenmesini de isteyebilir.⁵⁹¹ Bu görüşü savunan kimi yazarlara göre hak sahibi tazminatın kendisine ödenmesini talep etmişse bu ödemedan üçüncü kişinin faydalanacağını ispatlamalıdır.⁵⁹²

Hak sahibinin talepte bulunacağının kabulü hâlinde ortaya çıkan bir diğer mesele ise hak sahibinin tazminat talebinde bulunmakla yükümlü olup olmadığıdır. Öğretide genel olarak hak sahibinin talebi ileri sürme ya da üçüncü kişiye devretme yönünde bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹³

Devretme yükümlülüğü bakımından ortaya çıkan ilk sorun, söz konusu alacağın üçüncü kişi dışında birine devredilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Aslında bu soru daha ziyade hak sahibinin tazminatın kendisine ödenmesini talep edebileceğini savunan görüşlerden birinin kabulü halinde anlam taşır. Hak sahibi tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesini talep edebilecekse söz konusu alacağı zarara uğrayan üçüncü kişi dışında muhtemelen kimse devralmak

⁵⁹⁰ İsviçre Hukukunda: Koller, AT, § 61 para 61.16; Thorens, 115; von Tuhr/Escher, 112; Barth, 87 (son iki yazar hâkimin ancak üçüncü kişinin menfaatine uygun olması hâlinde istisnaen tazminatın hak sahibine ödenmesine karar verebileceğini belirtmektedir). Alman hukukunda: Reinhardt, 118; Bögemann, 57. Türk Hukukunda: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 332 (Yazara göre eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeye izin verilen bir hukuk sisteminde usul hukuku bu çözüme engel olmamalıdır). Hatırlanacağı üzere İFM 1955 yılında verdiği bir kararında hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu ve bu sebeple kendi zararının tazmini için zarar verene başvurduğu bir olayda tazminatın ancak üçüncü kişiye ödenebileceğini belirtmişti (bkz yukarıda §4.A.8.). İFM'nin üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu hak sahibinin talepte bulunabileceğini benimseyerek kabul edip uygulaması halinde de benzer bir sonuca varacağı savunulabilir. Aynı yönde: Marti-Schreier, para 355. St. Gallen Kanton Mahkemesi de 1980 yılında verdiği bir kararında üçüncü kişinin zararının tazmininde hak sahibinin kural olarak tazminatın üçüncü kişiye ödenmesini talep edebileceğini belirtmiştir: SJZ 76 (1980), 195.

⁵⁹¹ İsviçre Hukukunda: Marti-Schreier, para 387; Bärtschi, 433 ve dn 1966; Pestalozzi, 92. Alman Hukukunda: Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 69; Diehle, 97; Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249, para 107; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor § 249, para 259; Nissen, 294; Oberscheidt, 28; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 294; Puhle, 141; Tägert, 37 (yazar hak sahibinin tazminatın kendisine ödenmesini talep edebilmesi için üçüncü kişinin rızasını aramaktadır); von Schroeter, 19-20.

⁵⁹² Von Schroeter, 20. Yazar böyle bir ispatın nasıl yapılacağını açıklamamaktadır. Benzer şekilde zarar verenin, hak sahibinden üçüncü kişinin tazminat talep etme isteğinde olduğunu ispatlamasını isteyebileceği yönünde: Oberscheidt, 29. Hak sahibinin elde ettiği miktarı üçüncü kişiye aktarmayacağının açık olması halinde talebin reddedileceği yönünde: Fikentscher/Heinemann, para 611.

⁵⁹³ Marti-Schreier, para 333 Bärtschi, 414-415; Gauch/Sweet, 126 (devretme yükümlülüğü); Koller, AT, para 61.16; Pestalozzi, 92; Schwenzer/Fountoulakis, para 14.25; von Büren, AT, 80 dn 141; Alman hukukunda: Brinkmann, 358; Oberscheidt, 28; Medicus/Petersen, para 838; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor § 249, para 259; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 294; Neuner, JZ, 132; Nissen, 293; Urban, 155; von Schroeter, 22; Westermann/Bydlinski/Weber, para 16/26. Burada akla gelebilecek bir soru, alacaklının üçüncü kişinin zararının tazminini talep etmekte hukuki yararının olup olmadığıdır. Marti-Schreier'e göre kanunun izin verdiği dava takip yetkinliği hallerine (*Prozessstandschaft*) kıyasen maddi hukukun izin verdiği üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından da hukuki yarar kabul edilmelidir, maddi hukukun izin verdiğinin önüne usul hukuku geçmemelidir. Bkz Marti-Schreier, para 347.

istemeyecektir. *Marti-Schreier*'e burada göre OR 164 I (TBK 183 I) uyarınca işin niteliğinin alacağın (üçüncü kişi dışında) başkasına devrine engel olduğu savunulabilir, çünkü ifada üçüncü kişinin menfaati olduğundan hak sahibi ve zarar veren arasındaki ilişki tipik bir ifa ilişkisinden farklıdır. Ayrıca hak sahibinin devre izin verilmesinde korunmaya değer bir menfaati yoktur, çünkü devir karşılığında aldığı değeri üçüncü kişiye devretmek durumunda kalacaktır.⁵⁹⁴

Tartışılması gereken asıl önemli mesele, hak sahibinin talepte bulunma ya da alacağı üçüncü kişiye devretme yükümlülüğünün hukuki dayanağının ne olacağıdır. Alman ve İsviçre öğretilerinde genel olarak kabul edilen görüş, hak sahibine tanınan alacak hakkının imkansızlaşan edimin yerine geçen bir kaim değer olarak görülüp üçüncü kişiye devrinin kıyasen kaim değer devrine ilişkin kurallardan yararlanarak sağlanmasıdır.⁵⁹⁵ Nitekim Türk öğretisinde *Önay* da üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin işletilmesi sonucu hak sahibine borçluya karşı üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir alacak hakkı tanınması halinde, bu alacak hakkının bir kaim değer olarak görülüp borçlandırıcı (dolaylı) ikame yoluyla üçüncü kişiye kazandırılabilmesi görüşündedir.⁵⁹⁶ Bu yola alternatif olarak, hak sahibinin borçluya karşı talebi ileri sürme ya da alacağı üçüncü kişiye devretme yönünde üçüncü kişi ile arasındaki sözleşmeden doğan ve dürüstlük kuralına dayanan bir yan edim yükümlülüğünün kabulü de savunulmaktadır.⁵⁹⁷

Gerek kaim değer talebi gerekse bir yan borcun kabulü üçüncü kişi ile hak sahibi arasında bir borç ilişkisi olduğunu varsaymaktadır. Ancak daha önce ifade edildiği üzere⁵⁹⁸ bu her zaman böyle olmak zorunda değildir. Üçüncü kişi ile hak sahibi arasında salt fiili bir ilişki söz konusuysa yine

⁵⁹⁴ Marti-Schreier, para 334 dn 758.

⁵⁹⁵ İsviçre hukukunda: Marti-Schreier, para 336; von Graffenried, para 646 (yazara göre burada kaim değer kavramına kıyasen başvurulmasının sebebi üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkını hak sahibinin kendi hesabına ileri sürmesinin mümkün olmamasıdır. Kaim değer talebine konu klasik bir alacak hakkında ise bu mümkündür); Bärtschi, 415; Berger, para 1584; Honsell, Özel, 67 (mesafe satışı bakımından); von Büren, 80 dn 141; Alman hukukunda: Brinkmann, 358; Oberscheidt, 29; Gomille, 628; Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 69; Fikentscher/Heinemann, para 612 (dolaylı temsil), 614 (vasiyet alacaklısı) ve 826 (mesafe satışı); Urban, 155; Medicus/Petersen, 838; Puhle, 141; Reinhardt, 123; Schwarze, § 26, para 9; Traugott, 18; von Schroeter, 21-22.

⁵⁹⁶ Önay, 326. Yazar borçlandırıcı (dolaylı) ikameyi şu şekilde tanımlamaktadır: “Borçlandırıcı (dolaylı) ikame (*schuldrechtliche/obligatorische Surrogation*) ile kastedilen, bir borç ilişkisinde borçlunun borcun konusu yerine başka bir değer (kaim değer) elde ettiği durumlarda, elde edilen değer borcun konusu haline gelmesidir.”. Bkz Önay, 316. Benzer yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 339 ve 357.

⁵⁹⁷ Marti-Schreier, para 336; Urban, 155; von Graffenried, para 772; devir yükümlülüğü bakımından bu yönde Bärtschi, 415. Mesafe satışı bakımından dürüstlük kuralına dayanarak bu yönde: Fikentscher/Heinemann, para 613. Dürüstlük kuralından ya da yan edim yükümlülüğünden söz etmeksizin hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeden böyle bir yükümlülük doğduğu yönünde: Oberscheidt, 28. *Marti-Schreier* ayrıca OR 399 III (TBK 507 III) ve OR 401 I (TBK 509 I) hükümlerinden şartlarının sağlanması halinde yararlanılabileceğini belirtmektedir: Marti-Schreier, para 335. OR 401 I bakımından benzer yönde: Honsell, Özel, 401.

⁵⁹⁸ Bu duruma bir örnek için bkz yukarıda §4.A.5.b.

de hak sahibi talebi ileri sürme ya da alacağı devretme yükümlülüğü altında olacak mıdır? Bu durumda bir görüşe göre hak sahibi talebi kendisi ileri sürmeyecekse üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olmalıdır.⁵⁹⁹ Bunun sebebi, hak sahibinin zararı olmamasına rağmen hukuk sistemince kendisine bahşedilen alacak hakkının üçüncü kişinin zararının tazminini amaçlamasıdır. Ayrıca hak sahibi söz konusu alacağı kendi menfaati için kullanacaksa çelişkili davranmış olur ve zenginleşmiş olur. Bu görüşe göre böyle bir durumda üçüncü kişi sebepsiz zenginleşmeden doğan bir taleple alacağın devrini isteyebilir.⁶⁰⁰

Aksi yöndeki görüşe göre ise üçüncü kişi ancak hak sahibinden ifayı talep edebiliyorsa bu ifanın imkansızlaşması sonucu yerine geçen üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkının kendisine devrini talep edebilir. Üçüncü kişi ile hak sahibi arasında salt fiili bir ilişki söz konusu ise böyle bir talep söz konusu olamayacaktır.⁶⁰¹

Peki hak sahibi ile üçüncü kişi arasında karşılıklı borç doğuran bir ilişkinin mevcut olması halinde hak sahibi, üçüncü kişi kendisine olan borcunu yerine getirmediği üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacağı ona devretmekten kaçınabilir mi? Öğretide genel olarak buna olumlu yanıt verilmekte, ödemezlik def'ine ilişkin OR 82 (TBK 97) hükmünden kıyasen yararlanarak hak sahibinin üçüncü kişiye karşı devirden kaçınabileceği belirtilmektedir.⁶⁰²

Hak sahibinin zarar verene karşı kendisi harekete geçtiği ihtimalde, öğretide bazı yazarlar bu davaya üçüncü kişinin rıza göstermesini aramaktadır.⁶⁰³ Bu görüşe göre aksi halde, üçüncü kişinin kendi zararının tazminini talep etmek istemediği durumlarda zarar verenin tekrar hak sahibine dava açıp sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediği miktarı geri talep etmesi ve böylece gereksiz yere

⁵⁹⁹ Marti-Schreier, para 338.

⁶⁰⁰ Marti-Schreier, para 338.

⁶⁰¹ Thorens, 118-119. Hatırlanacağı üzere yazar bu durumda üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin inisiyatifine bırakmaktadır. Ancak yazarın verdiği şu örnekte vardığı sonuç kanaatimce yerinde değildir: Bir kişi bir eşya satın almak üzere satıcıyla anlaşır ve bunu başkasına bağışlar. Söz konusu eşya ayıplı olması sebebiyle bağışlama lehtarına fiziksel (ya da başka eşyalarına) zarar verir. Bağışlayan yalnızca kast ve ağır ihmalden sorumlu olduğu için, yazara göre böyle bir durum söz konusu olmadıkça bağışlama lehtarı bağışlayandan satıcıya karşı sahip olduğu tazminat alacağını kendisine devretmesini talep edemez (Thorens, 118). Her ne kadar yazar bu sonucun adil olduğunu iddia etse de kanaatimce burada bağışlayanın, satıcının sorumlu tutulmamasını istemekteki olası menfaati bağışlama lehtarının zararının tazmin edilmesine ilişkin menfaatine kıyasla daha hafiftir. Nitekim bu çalışmada benimsenen görüşe göre bu örnekte zaten hak sahibi ile üçüncü kişi arasında ifa borcu doğuran bir hukuki ilişki söz konusu olduğundan, üçüncü kişi doğrudan zarar verene başvurabilecektir.

⁶⁰² İsviçre hukukunda bu yönde Marti-Schreier, para 337. Alman hukukunda: Canaris, Larenz'e Armağan, 99; Langenbucher/Adolf, 695.

⁶⁰³ Marti-Schreier, para 348; benzer yönde Bärtschi, 414. Bu rızanın çoğu zaman varsayılabilirliği yönünde Medicus/Petersen, para 838.

sürecin uzaması söz konusu olabilir.⁶⁰⁴ Elbette bu sorunun doğabilmesi için mahkemenin tazminatın hak sahibine ödenmesine karar vermesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki bu görüşü savunan yazarlardan *Marti-Schreier*, üçüncü kişinin rızasını dava bakımından yokluğunda davanın kesin hüküm etkisi doğuracak şekilde reddine yol açacak bir şart olarak kabul etmemektedir. Yazara göre üçüncü kişinin daha sonra kararını değiştirip zararının tazminini istemesi mümkün olmalıdır. Yazar burada daha ziyade üçüncü kişinin rızasını alacaklının borçluya karşı davayı sürdürebilmesi için gerekli bir ön şart olarak görmektedir.⁶⁰⁵ Yazar ayrıca, üçüncü kişinin isminin bilinmesini istemediği halde rızasının davalının üçüncü kişinin kimliğini bilemeyeceği şekilde alınabileceğini belirtmektedir. Elbette bu ancak hak sahibinin tazminatın kendisine ödenmesini talep edebileceği görüşünün kabulü halinde geçerlidir, aksi halde, yani hak sahibi tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesini talep edebilecekse bu durumda hükümde tazminatın kime ödeneceğinin yazması gerekeceğinden bu çözüm anlamsız olacaktır.⁶⁰⁶

Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi bakımından, hak sahibinin zarar verene karşı dava açtığı ve hükmün onun lehine verildiği bir ihtimalde,⁶⁰⁷ üçüncü kişinin zarar verene karşı ayrıca haksız fiilden doğan tazminat alacağı mevcutsa⁶⁰⁸ üçüncü kişi bu alacağa dayanarak hâlâ zarar verene başvurabilecek midir? Yazara göre burada sözleşmesel bir talep ile haksız fiilden doğan bir talep yan yana bulunduğu müteselsil alacaklılıktan söz edilemez.⁶⁰⁹ Öğretide hak sahibinin yalnızca üçüncü kişiye ifayı talep edebileceğini savunan kimi yazarlar zarar verenin hak sahibine yapacağı ifa ile borcundan kurtulabileceğini savunmaktadır.⁶¹⁰ *Marti-*

⁶⁰⁴ Marti-Schreier, para. 348. Böyle bir durumda sebepsiz zenginleşmeye başvurulabileceği yönünde: Oberscheidt, 30. Kanaatimce burada sebepsiz zenginleşmeden bahsetmek yerinde değildir, zira zarar verenin yaptığı ödeme sebepten yoksun değildir. Burada TBK 107 hükmüne kıyasen, hak sahibinin elde ettiği bedeli tevdi etmesi gerektiği, bu yola başvurmaması halinde zarar verenin açacağı dava ile onu bu yola zorlayabileceği savunulabilir.

⁶⁰⁵ Marti-Schreier, para 349. Yazar burada üçüncü kişinin rızasının hak sahibi bakımından zararın tazmininin istenmesinde hukuki yararın bulunup bulunmadığı açısından değerlendirilebileceğini, eğer üçüncü kişinin rızası yoksa hak sahibinin bu zararın tazminini istemekte hukuki yararının olmadığı kabul edilmesi ve hukuki yarar bir dava şartı olduğundan hâkimin bunu re'sen dikkate alıp davayı reddetmesi gerektiğini belirtmektedir: Marti-Schreier, para 350. Ayrıca yazar, hak sahibinin açacağı davada üçüncü kişinin ona destek olmak gibi bir borcunun olmadığını, burada olsa olsa bir külfetten söz edilebileceğini belirtmektedir: Marti-Schreier, para 351.

⁶⁰⁶ Marti-Schreier, para 352.

⁶⁰⁷ *Marti-Schreier* hâkimin hak sahibi tazminatın kendisine ödenmesini talep etse dahi re'sen tazminatın üçüncü kişiye ödenmesine karar verebileceğini ve bunun zarar veren açısından olası bir çifte ödeme riskinin önüne geçeceğini savunmaktadır: Marti-Schreier, para 381. Bu paragrafta tartışılacak sorunlar hâkimin bu yola başvurmaması hâlinde ortaya çıkacaktır.

⁶⁰⁸ Bu ihtimal için bkz aşağıda §9.

⁶⁰⁹ Marti-Schreier, para 378.

⁶¹⁰ Koller, FS Fischer, 301 (yazara göre burada zarar veren açısından bir tür seçimlik yetki (*Alternativermächtigung*) söz konusudur.)

Schreier'e göre ise zarar veren hak sahibine yapacağı ifa ile üçüncü kişiye karşı borcundan ancak genel olarak ifanın üçüncü kişiye yapılması ile borçtan kurtulmanın mümkün olduğu senaryolar kıyasen uygulanarak belirlenecek hallerde kurtulabilir.⁶¹¹ Yazara göre bu haller, örnek olarak üçüncü kişinin hak sahibini yetkilendirdiği, ticari bir teamülün mevcut olduğu ya da bu yönde mahkeme kararı olan hallerdir.⁶¹²

Son olarak usul hukukuna ilişkin öğretilerde tartışılan birkaç meseleye değinmek yerinde olur. *Marti-Schreier*'e göre hak sahibi açacağı davada üçüncü kişinin davaya katılması için ona bildirimde bulunabilir (SZPO 78 vd/HMK 61 vd) ya da üçüncü kişi fer'i müdahil (SZPO 74 vd/HMK 66 vd) olarak davaya katılabilir.⁶¹³ Yazara göre hak sahibinin üçüncü kişiye bildirimde bulunmasının faydası şuradadır: Üçüncü kişi hak sahibinden davayı gereği gibi yürütmediği için başarısız olduğu durumda tazminat talebinde bulunabilir. Hak sahibi bildirimde bulunarak bu tehlikenin önüne geçebilir.⁶¹⁴

Ayrıca yazar, hak sahibinin zarar verenden birden fazla kişinin zararının tazminini talep etmesi durumunda (kendi zararı + üçüncü kişi/lerin zarar/ları), davaların yığılmasının (SZPO 90, HMK 110) söz konusu olmayacağını, çünkü talebin aslında tek bir zarar için olduğunu belirtmektedir. Her nasıl ki bir kişinin zararı birden fazla kalemden oluşabiliyorsa, burada da aynısı söz konusudur. Bunun sebebi hak sahibinin üçüncü kişinin zararını zarar veren ile arasındaki sözleşmenin ihlaline dayanarak kendi zararımış gibi talep etmesidir.⁶¹⁵

b. Üçüncü Kişinin Doğrudan Zarar Verenden Talepte Bulunabileceğini Kabul Eden Görüş

Bu çalışmada benimsenen görüşe göre üçüncü kişi zararının tazminini kendi sahip olduğu tazminat alacağı ile doğrudan zarar verenden isteyebilir. Öğretilerde başka yazarlar da farklı hukuki

⁶¹¹ Marti-Schreier, para 386. Yazara göre burada kıyasen uygulama makuldür. Üçüncü kişiye yapılan ifa ile sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğu senaryolarda ifa ekonomik olarak alacaklıya yapılması gerekirken üçüncü kişiye yapılmaktadır. Burada da ekonomik olarak aslında ifa üçüncü kişiye yapılması gerekirken hak sahibine yapılmaktadır.

⁶¹² Marti-Schreier, para 386. Yazara göre ayrıca eğer üçüncü kişi ödemenin hak sahibine yapılması talebiyle açılan davaya rıza göstermişse sonradan hak sahibine başvurup tatmin edilememesi halinde tekrar borçluya başvuramamalıdır: Marti-Schreier, para 387.

⁶¹³ Marti-Schreier, para 357. Üçüncü kişinin fer'i müdahalede hukuki yararının bulunması şartı bakımından yazar, davanın reddi halinde (üçüncü kişinin direkt talebini kabul etmediğinden) üçüncü kişinin birçok durumda zararının tazmin edilemeyeceğini ve bu sebeple hukuki yarar şartının sağlanacağını belirtmektedir: Marti-Schreier, para 359.

⁶¹⁴ Marti-Schreier, para 358. Bkz HMK 61 yollamasıyla HMK 69 II ve SZPO 80 yollamasıyla SZPO 77.

⁶¹⁵ Marti-Schreier, para 362.

dayanaklarla da olsa bu görüşü savunmaktadır.⁶¹⁶ Üçüncü kişinin doğrudan talepte bulunabilmesinin sağlayacağı birçok avantaj bulunsa da bunun dezavantajlarının da olabileceği öğretide kimi yazarlarca ileri sürülmektedir. Burada öncelikle bu husustaki görüşlere değinilecektir. Daha sonra direkt talebin öğretide ileri sürülen hukuki dayanaklarına kısaca değinilecek ve son olarak direkt talebin kabulü sonucu ortaya çıkan meseleler incelenecektir.

i. Üçüncü Kişinin Direkt Talebinin Olası Avantaj ve Dezavantajları

Öğretide haklı olarak üçüncü kişinin direkt talebine pratik açıdan ihtiyaç olduğu ileri sürülmektedir. Öncelikle hak sahibinin kendisi herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmemesine rağmen yine de üçüncü kişinin zararının tazminini talep etme yükümlülüğü altına sokulması adil görülmemektedir.⁶¹⁷ Daha da önemlisi bu durum üçüncü kişi açısından da sorun yaratacak niteliktedir, çünkü hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminini talep etmekte yeterince menfaati olmayabilir.⁶¹⁸ Örneğin, ekonomik ya da kişisel sebeplerle hak sahibi ile zarar veren arasında sıkı bir ilişki olabilir ve hak sahibi bu sebeple zarar vereni dava etmek istemeyebilir.⁶¹⁹ Ya da hak sahibinin tazminat talep etmekte bir menfaati olsa bile süreci “yarım yamalak” yürütme ihtimali her zaman mevcuttur.⁶²⁰

Eğer hak sahibi zarar vereni takip etmeyi reddeder veya alacağı üçüncü kişiye devretmezse, bu durumda üçüncü kişinin önce alacağın devri için hak sahibine dava açması daha sonra alacağı devralan sıfatıyla zarar verene başvurması gerekecektir.⁶²¹ Bu durumda hem süreç uzayacağı için üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi gecikecek hem de üçüncü kişi zamanaşımının dolması gibi çeşitli risklerle karşı karşıya kalabilecektir.⁶²²

⁶¹⁶ Türk Hukukunda: Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıp, 862; İsviçre Hukukunda: Armbrüster, Wiegand’a Armağan, 85-86; von Tuhr/Escher, 113; Moser, 17; Yung, 317-318; BK - Weber, 2000, Art 97 OR, para 307 (belirtmek gerekir ki bu eserin daha sonraki bir basısında hak sahibinin talepte bulunması gerektiğini savunulmuştur: BK – Weber/Emmenegger, 2020, Art 97 OR); Spiro, 314-315; von Tuhr/Escher, 113; Alman Hukukunda: Henn, 232 vd; Luther, 585; Junker, 25 vd (borca aykırılık); Junker, AcP 193, 359 (haksız fiil).

⁶¹⁷ Kluckhohn, 433.

⁶¹⁸ Luther, 580; Armbrüster, Wiegand’a Armağan, 85; Yung, 317-318; Koller (T), Querbezüge, 429-430 (yazar direkt talebi savunmamakta, bu sorunun devir yükümlülüğü ile çözülebileceğini düşünmektedir); Widmer, 75.

⁶¹⁹ Luther, 580.

⁶²⁰ Armbrüster, recht, 91; Keller, 200; Yung, 318.

⁶²¹ Luther, 580; Yung, S. 318; Armbrüster, recht, 91.

⁶²² Luther, 580. Burada üçüncü kişinin alacağın devri için hak sahibine açacağı davanın tazminat alacağına ilişkin zamanaşımını kesip kesmeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak söz konusu davada üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacağın devrini konu alan bir diğer alacak hakkı ileri sürülmektedir, dolayısıyla kesilecek zamanaşımı da bu

Direkt talebin bir diğer faydası ise üçüncü kişiyi çifte iflas riskine maruz kalmaktan kurtarmaktır. Üçüncü kişi her hâlükârda zarar verenin iflas riskini taşımaktadır. Buna ek olarak, eğer hak sahibinin talepte bulunacağı kabul edilirse, üçüncü kişinin hak sahibinin iflas riskini de taşıyacağı ileri sürülmektedir. Bunun sebebi, hak sahibi iflas ederse onun alacaklılarının aslında üçüncü kişinin zararını tazmin etmeyi amaçlayan tazminat alacağını da iflas masasında paylaşacak olmalarıdır.⁶²³ Elbette bunun gerçekleşebilmesi için hak sahibinin ifanın kendisine yapılmasını talep edilebileceğini savunan görüşün kabulü gerekir.⁶²⁴ Öğretide bu durumun adil olmadığı ve söz konusu alacak hakkının ekonomik olarak üçüncü kişinin malvarlığı alanına dahil olduğu, bu alacağın hak sahibinin alacaklılarının tatmini (iflas masasının zenginleşmesi) için kullanılmaması gerektiği belirtilmektedir.⁶²⁵ Ancak belirtmek gerekir ki öğretide kimi yazarlar üçüncü kişinin hak sahibinin iflas riskini taşımasının yerinde olduğunu savunmaktadır. Üçüncü kişi hak sahibi ile sözleşmesel ilişki içerisine girmeyi kendisi tercih ettiği için onun iflas riskini kendisinin taşımasının yerinde olduğu ifade edilmektedir.⁶²⁶

Görüldüğü üzere direkt talebin üçüncü kişinin menfaatine olduğu açıktır. Direkt talebi kabul etmeyen görüşün hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu savunmaları adeta bir ödemezlik def'i gibi alacağın devrini reddetmek için ileri sürebileceğini kabul ettiği yukarıda açıklanmıştı. Acaba üçüncü kişiye direkt talep hakkı tanınırsa hak sahibi bu açıdan dezavantajlı duruma düşecek midir?⁶²⁷ Nitekim zarar veren borcunu gereği gibi ifa etseydi hak sahibi elde ettiği ekonomik

alacağa ilişkin olacaktır. Zararın tazminini konu alan asıl alacağa ilişkin zamanaşımı ise ancak üçüncü kişi alacağı devralıp zarar verene ifa için dava açtığında kesilecektir.

⁶²³ Becker, 732; Henn, 294. Alman hukukunda hak sahibinin iflası bakımından her bir olay grubu özelinde daha kapsamlı bir inceleme için bkz Brinkmann, 364 vd.

⁶²⁴ Bkz yukarıda §4.B.1.a. Aynı yönde: von Graffenried, para 766. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, hak sahibinin yalnızca ifanın üçüncü kişiye yapılmasını talep edebileceği görüşü benimsenirse iflas idaresi de yalnızca ifanın üçüncü kişiye yapılmasını talep edebilecektir. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin talep eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan talebe benzeyecektir. Bkz von Graffenried, para 768.

⁶²⁵ Bkz Marti-Schreier, para 80; von Graffenried, para 765. Burada bir çözüm olarak SchKG 211 II (İİK 198 c 2) uyarınca iflas idaresinin, hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacağını ya da elde ettiği miktarı üçüncü kişiye devretmesi borcu bu hüküm kapsamında görülerek, üçüncü kişiyle müflis hak sahibi arasındaki sözleşmeye girmesi akla gelebilirse de İsviçre öğretisinde bunun tatmin edici bir çözüm olmayacağı savunulmaktadır. Bu hüküm uyarınca iflas idaresi sözleşmeye girmek zorunda değildir, yalnızca bu konuda yetkilidir. Türk hukukunda bu yönde Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 423. Ayrıca iflas idaresinin bu yetkisini kullanabilmesi için üçüncü kişinin iflas eden hak sahibine olan borcunu henüz ifa etmemiş olması gerekir. İflas idaresi pratikte yalnızca üçüncü kişinin ediminin tazminat alacağından daha değerli olduğu hallerde sözleşmeye girmeyi tercih edecektir. Bkz Marti-Schreier, para 84; von Graffenried, para 765 dn 1841.

⁶²⁶ Von Graffenried, para 767; Neuner, JZ, 129. Neuner'e göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise durum böyle değildir, çünkü orada üçüncü kişinin zarara uğramasının sebebi sosyal olarak alacaklıya ve ifaya yakın olması sebebiyle alacaklıya yapılacak ifanın doğurduğu tehlikelere maruz kalmasıdır.

⁶²⁷ Öğretide *Canaris* söz konusu savunmaların direkt talebin kabulü halinde üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği gerekçesiyle direkt talebe karşı çıkmaktadır bkz Canaris, FS Larenz, 99.

değeri aynı savunmayı ileri sürerek üçüncü kişiye devretmekten kaçınabilecekti. Bu çalışmada benimsenen görüş uyarınca hak sahibinin, üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği ve üçüncü kişiye olan borcu ile karşılıklılık ilişkisi içindeki taleplerinden doğan savunmalar mevcut olduğu sürece üçüncü kişi direkt talebe kavuşamayacaktır.⁶²⁸ Dolayısıyla hak sahibi açısından dezavantajlı bir durum söz konusu değildir.

Benzer şekilde öğretide bir görüş zarar verenin hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye ileri süremeyeceği gerekçesiyle direkt talebe karşı çıkmaktadır.⁶²⁹ Bu çalışmada benimsenen çözüm yolu uyarınca alacağın devrine ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılabileceği daha önce belirtilmişti.⁶³⁰ TBK 188 I hükmünün kıyasen uygulanması sonucu zarar veren, hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir.⁶³¹

Direkt talebe karşı (hak sahibinin talebi lehine) ileri sürülen bir diğer argüman ise hak sahibinin olaya daha yakın olması ve üçüncü kişiye kıyasla tazminat alacağının şartlarının (en azından sözleşme ihlalinin) gerçekleştiğini ispat açısından daha iyi pozisyonda olmasıdır.⁶³² Ayrıca üçüncü kişinin doğrudan zarar verene başvurmak istemediği durumların söz konusu olabileceği de ileri sürülmektedir.⁶³³ Kanaatimce her iki durumda da meselenin çözümü basittir. Direkt talebin kabulü halinde de taraflar aynı sonuca alacağın tahsil amacıyla hak sahibine devri ile ulaşabilirler.

Ayrıca direkt talebin kabulü halinde borçlunun muhtemelen hiç tanımadığı ve hukuki ilişki içerisinde bulunmadığı birinin talebine muhatap olacağı ve bunun bir hukuki dayanak gerektirdiği belirtilmektedir.⁶³⁴ Belirtmek gerekir ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede de benzer bir durum söz konusudur ancak direkt talebin kabulüne bu açıdan şüpheyile yaklaşılmamaktadır.

⁶²⁸ Bkz aşağıda §4.B.5. *Köndgen*'e göre ise hak sahibi üçüncü kişiye karşı savunmada bulunamayacaktır ve bu hakkaniyete aykırı değildir. Direkt talebin kabul edilmemesi halinde hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin elde ettiği alacak hakkı onun için tesadüfi niteliktedir ve böyle bir alacak hakkı elde edip bunu bir savunma aracı olarak kullanmaya ilişkin korunmaya değer haklı bir beklentisi yoktur. *Köndgen*, 40-41. Kanaatimce yazar karşılaştırmayı yanlış kurgulamaktadır. Metinde açıklandığı gibi zarar verici davranışın gerçekleşmediği durumla karşılaştırma yapılırsa hak sahibine savunmaları ileri sürme imkânı tanınmasının neden gerekli olduğu görülecektir.

⁶²⁹ Fatzer, 77.

⁶³⁰ Bkz yukarıda §3.C.

⁶³¹ Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §4.B.4. Nitekim direkt talebe imkân tanıyan başka görüşler de söz konusu savunmaların üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir: Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 86; *Köndgen*, 41.

⁶³² Von Graffenried, para 763.

⁶³³ Von Graffenried, para 763; Bärtschi, 414 dn 1870.

⁶³⁴ Marti-Schreier, para 88.

Bunlara ek olarak, hak sahibinin alacağını üçüncü kişiye devretmekten kaçınmasının sık rastlanacak bir durum olmadığı, zira bunun onun için zahmetli olmadığı belirtilmektedir.⁶³⁵ Kanaatimce böyle bir genelleme yapmak mümkün değildir, zira başka bir ilişkiden dahi kaynaklanabilecek olası bir anlaşmazlık halinde tarafların nasıl hareket edeceğini kestirmek kolay değildir. Her hâlükârda tarafların her zaman bir *homo economicus* gibi rasyonel hareket etmedikleri de bilinen bir gerçektir. Aynı görüş, üçüncü kişinin direkt talebine izin verilse dahi ispat bakımından her hâlükârda zaten hak sahibinin sürece dahil olması gerekeceğini ileri sürmektedir.⁶³⁶ Durumun her zaman böyle olması şart değildir. Üçüncü kişi yüksek ihtimalle ilk olarak hak sahibine başvuracaktır. Hak sahibi ise zarar verenden kaynaklanan sebeplerle kendisinin üçüncü kişiye karşı borcunun imkânsızlaştığını ileri sürecektir. Üçüncü kişinin hak sahibinin kendisine verdiği bilgilere (ve hatta belgelere) dayanarak doğrudan zarar verene karşı dava açabilmesi mümkün olabilecektir.⁶³⁷ Hatta hak sahibinin söz konusu bilgileri veya belgeleri üçüncü kişiye sağlama yönünde TMK 2’den doğan bir yükümlülüğünün olduğu da söylenebilir.

Öğretide direkt talebin reddinin üçüncü kişinin zararının tazmini ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasındaki sınırın çizilmesini de kolaylaştıracağı ileri sürülmektedir.⁶³⁸ Ayrıca üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulama şartlarının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye kıyasla daha hafif olması da üçüncü kişiye direkt talep hakkı tanımamak için bir sebep olarak ileri sürülmektedir.⁶³⁹ Kanaatimce her iki görüş de yerinde değildir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile üçüncü kişinin zararının tazmini arasındaki sınırın direkt talebin mevcut olup olmamasına dayanarak çizilmesi mümkün değildir, zira talebin niteliğini değerlendirebilmek için öncelikle hangi kurumun uygulanacağına karar vermek gerekmektedir. Dolayısıyla bu argüman ters (ve hatalı) bir akıl yürütmeye dayanmaktadır. Üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye göre daha hafif olması doğaldır, zira bu iki kurumdan ilkinde zarar verenin sorumlu olduğu riskler kümesini genişlememektedir. Dolayısıyla daha sıkı

⁶³⁵ Von Graffenried, para 763.

⁶³⁶ Von Graffenried, para 763.

⁶³⁷ Ayrıca hak sahibinin zarar veren ile yaptığı hukuki işlemleri henüz zarara yol açan olay gerçekleşmeden önce üçüncü kişiye bildirmiş olması olasıdır. Her hâlükârda burada başvurulması düşünülebilecek HMK 216 II uyarınca bir belgenin aslını elinde bulunduran kişi, mahkemece istenmesi hâlinde bu belgeyi vermek zorundadır.

⁶³⁸ Fatzer, 77.

⁶³⁹ Von Graffenried, para 764.

şartlar aranmasının altında yatan sebep zarar vereni korumaktır.⁶⁴⁰ Direkt talebin zarar verenin korunmaya değer menfaatlerini neden ihlal etmediği ise hemen yukarıda açıklanmıştı.

Son olarak, daha önce de değinildiği üzere, hak sahibinin talepte bulunacağı görüşü kabul edildiğinde yalnızca alacaklının menfaati ilkesi ihlal edilirken direkt talep kabul edildiğinde buna ek olarak nispiyet ilkesinin de ihlal edildiği savunulmaktadır. Dolayısıyla hak sahibinin talepte bulunacağı görüşünün temellendirilmesinin direkt talebe göre daha kolay görüldüğü ifade edilmektedir.⁶⁴¹ Bu görüşün neden isabetli olmadığı yukarıda açıklanmıştı.⁶⁴²

ii. Direkt Talep İçin Öğretide İleri Sürülen Hukuki Dayanaklar

Bu çalışmada benimsenen görüşe göre üçüncü kişinin direkt talepte bulunabileceği daha önce açıklanmıştı. Hatırlanacağı üzere üçüncü kişinin zararının tazmininin hukuki dayanağına ilişkin öğretide ileri sürülen başka bazı görüşlerin sonucu olarak da üçüncü kişi direkt talebe kavuşmaktaydı.⁶⁴³ Bu kısımda direkt talebi gerekçelendirmek amacıyla İsviçre öğretisinde ileri sürülen başka görüşlere kısaca değinilecektir.

İsviçre’de savunulan bir görüşe göre alt vekâlete ilişkin OR 399 III (TBK 507 III) hükmünden kıyasen yararlanarak direkt talebi gerekçelendirmek mümkündür.⁶⁴⁴ Bu hükme göre vekilin işi bir başkasına gördürmesi halinde vekâlet veren, “vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.” Bu görüşe göre, her ne kadar kural olarak hak sahibi talepte bulunmaya yetkiliyse de, bu hükümden faydalanarak üçüncü kişinin talepte bulunması en azından hak sahibinin talepte bulunmaya ya da alacağı devretmeye yanaşmadığı durumlarda mümkün olmalıdır.⁶⁴⁵

Öğretide ayrıca kimi yazarlarca dolaylı temsil senaryolarında TBK 509 I’den yararlanarak hak sahibine ait olan üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkının kendiliğinden üçüncü

⁶⁴⁰ Bu iki kurum arasındaki ilişki hakkında daha detaylı bilgi için bkz aşağıda §5.A.

⁶⁴¹ Von Graffenried, para 763. *Yung*’a göre ise dogmatik temellendirme açısından iki görüş arasında fark yoktur: *Yung*, 318.

⁶⁴² Bkz yukarıda §4.B.1.a.i.

⁶⁴³ Örneğin bkz *Junker* (yukarıda §3.B.8.) ve *Henn*’in (yukarıda §3.B.3.) görüşleri.

⁶⁴⁴ Von Tuhr/Escher, 113; Armbrüster, recht, 91; Bärtschi, 414 dn 1872.

⁶⁴⁵ Von Tuhr/Escher, 113. Benzer yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 348 (Yazara göre hak sahibinin tazminat talep etmekten veya tazminat alacağını üçüncü kişiye devretmekten kaçınması hâlinde TBK 509 hükmünden kıyasen yararlanılarak bu sonuca varılabilir).

kişiy e geçeceği belirtilmektedir.⁶⁴⁶ Bu konuda herhangi bir tereddüt olmasa gerekir. Bu çalışmada savunulan görüşten farklı olarak, öğretide ileri sürülen bu görüş dolaylı temsil olay grubu ile sınırlı olarak bu hükmü hak sahibinin tazminat talebini gerekçelendirdikten sonra bu talebe doğrudan uygulamaktadır.

Son olarak, İsviçre öğretisinde direkt talebin doğrudan OR 97 (TBK 112) ya da ZGB 1 II (TMK 1 II) hükümlerine dayanarak gerekçelendirilebileceği de savunulmaktadır.⁶⁴⁷ OR 97 hükmünün kullanılmasına karşı öğretide, bu hükmün bir talep dayanağı olarak işlev göremeyeceği, daha ziyade var olan bir alacağa dayanan talebin yerine getirilmemesinin sonucunu düzenlendiği belirtilmektedir.⁶⁴⁸ ZGB 1 II'ye dayanarak kanun boşluğu doldurulması yoluyla direkt talebin kabul edilmesi fikrine de karşı çıkılmaktadır. *Marti-Schreier*'e göre herhangi bir hukuki dayanak olmadan yalnızca pratik ihtiyaçlar sebebiyle böyle bir kanun boşluğu doldurulacaksa yalnızca üçüncü kişinin değil, hak sahibi ve borçlunun menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Yazar, direkt talebin borçlunun menfaatine tamamen aykırı olduğunu, hak sahibinin menfaatine ise kısmen aykırı olduğunu düşünmektedir.⁶⁴⁹

iii. Direkt Talebin Kabulü Sonucu Ortaya Çıkan Meseleler

aa. Hak Sahibinin de Talepte Bulunup Bulunamayacağı Sorunu

Direkt talebin kabulü sonucu akla gelebilecek önemli bir mesele şudur: Yalnızca üçüncü kişi mi talepte bulunabilecektir yoksa hem alacaklı hem de üçüncü kişi mi zararın tazminini ileri sürebilecektir (*Doppellegitimation*)? *Marti-Schreier*'e göre burada öncelikle direkt talebin hukuki dayanağı tespit edilmelidir. Yazara göre eğer direkt talep OR 401 I (TBK 509 I)'e kıyasen kabul ediliyorsa, bu durumda alacağın üçüncü kişiy e geçtiğini ve yalnızca üçüncü kişinin talepte bulunacağını kabul etmek gerekir.⁶⁵⁰ Kanaatimce bu görüş yerindedir ve bu çalışmada da üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin kanun boşluğunun doldurulmasında TBK 509 I'den yararlanıldığından yalnızca üçüncü kişinin talepte bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Zira hak

⁶⁴⁶ Von Caemmerer, 360; von Tuhr/Escher, 113.

⁶⁴⁷ Armbrüster, recht, 91; Yung, 318; Türk Hukukunda TMK 1 II'ye dayanarak kanun boşluğu doldurulması yoluyla üçüncü kişiy e direkt talep hakkı tanınması gerektiği yönünde Tekinay/Burcuoğlu/Altop, 862.

⁶⁴⁸ Marti-Schreier, para 91; üçüncü kişinin zararının tazmini özelinde olmasa da aynı yönde: Walter, Forderungsverletzung, 767-768.

⁶⁴⁹ Marti-Schreier, para 99. Bu çalışmada direkt talebe izin verilmekle birlikte hem zarar verenin hem de hak sahibinin menfaatleri korunmaktadır. Bkz aşığıda §4.B.4 ve §4.B.5.

⁶⁵⁰ Marti-Schreier, para 317.

sahibi borca aykırılık veya haksız fiil sonucu bir talep hakkı elde etmiş olsaydı bu hükmün uygulanması sonucu söz konusu hak üçüncü kişiye geçecekti ve artık hak sahibi talep hakkına sahip olmayacaktı. Tutarlılık gereği burada da aynı sonuca varmak yerinde olur.

Marti-Schreier'e göre eğer OR 399 III (TBK 507 III) kıyasen uygulanarak direkt talep gerekçelendiriliyorsa, bu durumda hem alacaklı hem üçüncü kişinin talepte bulunabileceğini kabul etmek gerekir.⁶⁵¹ Bu hüküm doğası gereği tek bir alacaktan doğan talebi birden fazla kişinin ileri sürebilmesine imkân tanımaktadır.⁶⁵² Eğer hâkimin hukuk yaratması ya da başka yardımcı argümanların bileşkesi ile direkt talep sonucuna varılıyorsa, yazara göre her iki opsiyon da savunulabilir.⁶⁵³

Öğretide hem hak sahibinin hem üçüncü kişinin talepte bulunabileceğinin kabulünün çeşitli faydalar sağlayacağı ileri sürülse de kanaatimce bunun tek sonucu işleri karmaşık hale getirmek olacaktır. *Marti-Schreier* bu yolun seçilmesi sonucu hak sahibinin talepte bulunması halinde davanın reddinin önüne geçileceğini savunmaktadır.⁶⁵⁴ Daha önce açıklandığı üzere hak sahibinin harekete geçmekteki menfaati oldukça düşüktür. Her hâlükârda alacağın tahsil amacıyla hak sahibine devri ile hak sahibinin talepte bulunulması sağlanabilir. Nitekim hatırlanacağı üzere *Marti-Schreier* hak sahibinin dava açabilmesi için üçüncü kişinin rızasını aramaktaydı. Hak sahibinin bu yöndeki rızayı mahkemede ispatlayabilmek için ister istemez yazılı bir şekilde alması gerekecektir. Direkt talebin kabulü halinde hak sahibinin açacağı davaya üçüncü kişinin yazılı rızası ise bir tür tahsil temliki olarak yorumlanıp davanın reddinin önüne geçilebilir.

Yazar ayrıca dolaylı temsil senaryolarında üçüncü kişinin kimliğinin bilinmesini istemiyor olabileceğini ve talebi hak sahibinin ileri sürmesinin bu tercihe hizmet edeceğini belirtmektedir.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ Marti-Schreier, para 317.

⁶⁵² *Von Tuhr*'a göre üçüncü kişiye, hak sahibinin zarar verene karşı sahip olduğu üçüncü kişinin zararının tazminine yönelik alacak hakkını alacak devri söz konusu olmadan zarar verenden talep etme yönünde bir yetki tanınmalıdır: bkz von Tuhr, Interesse, 582. Bu görüşün kabulü de sonuç olarak hem üçüncü kişinin hem de hak sahibinin talepte bulunabilmesini sağlayacaktır.

⁶⁵³ Marti-Schreier, para 317. Yazarın kendisi ise hak sahibinin de talepte bulunabilmesinin şu şekilde gerekçelendirilebileceğini düşünmektedir: Direkt talep sözleşmenin nispiliği ilkesini ihlal etmektedir. Hak sahibinin de talepte bulunabilmesi bu ilkeyi ihlal etmemektedir ancak alacaklının menfaati ilkesini ihlal etmektedir. İlk ilkeyi ihlal ederken ikinciyi korumak ikna edici değildir, çünkü ikincisi daha ufak çaplı bir ihlaldir. Bunun sebebi, ikinci ilkenin ihlali zarar verenin sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu alacaklıya talep yetkisi tanırken ilk ilkenin ihlalinin tamamen yabancı bir kişiye (üçüncü kişi) talep yetkisi tanıyarak daha ileri gitmesidir: Marti-Schreier, para 319 ve dn 712. Kanaatimce aralarındaki sınır belli olmayan bu iki ilkenin kıyası üzerinden talep hakkının kime ait olacağını gerekçelendirmek ikna edici değildir.

⁶⁵⁴ Marti-Schreier, para 321.

⁶⁵⁵ Marti-Schreier, para 321.

Kanaatimce eğer mahkemenin, direkt talebin kabul edilmemesi hâlinde, usul hukuku kuralları uyarınca üçüncü kişinin kimliğini gizli tutabileceği kabul ediliyorsa aynı imkân direkt talebin kabulü hâlinde tazminat alacağının tahsil temliki ile hak sahibine devredildiği ihtimalde de mevcut olmalıdır. Son olarak, hak sahibi için de kendisinin talepte bulunabilmesinin avantajlı olabileceği, üçüncü kişiye karşı sahip olduğu olası taleplerle kendisinin zarar verenden aldığı tazminatı üçüncü kişiye aktarma borcunu takas edebileceği ileri sürülmektedir.⁶⁵⁶ Öncelikle bu çalışmada benimsenen görüş uyarınca hak sahibi üçüncü kişiye karşı sahip olduğu ve üçüncü kişiye olan borcu ile karşılıklılık ilişkisi içerisindeki taleplerinden doğan savunmalardan zaten yoksun kalmamaktadır.⁶⁵⁷ Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu başka bir ilişkiden doğan herhangi bir talep bakımından ise böyle bir takas hakkına kavuşmaya ilişkin haklı bir menfaatinin olduğu şüphelidir.

Direkt taleple ilgili tartışılması gereken diğer meselelere geçmeden önce, (bu çalışmada kabul edilmese de) hem hak sahibinin hem de üçüncü kişinin talepte bulunabileceği görüşünün kabulü hâlinde bu talepler arasındaki ilişkinin ne olacağına ilişkin öğretide ileri sürülen görüşlere değinmekte fayda vardır. Burada akla ilk gelen çözüm müteselsil alacaklılık hükümlerine dayanmaktır. TBK 169 I (OR 150 I)’e göre “[m]üteselsil alacaklılık borçlunun alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkı tanıdığı veya kanunun belirlediği durumlarda doğar.” Tartışmalı olmakla beraber öğretide bir görüş OR 399 III (TBK 507 III) hükmünün kanunun belirlediği duruma bir örnek olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁵⁸ Dolayısıyla direkt talep bu hükme dayanarak kabul edildiğinde müteselsil alacaklılığa dayanmak gerekecektir.

Hem hak sahibinin hem de üçüncü kişinin talepte bulunabileceğini kabul eden yazarlardan *von Tuhr*’a göre burada alacaklı teselsülüne yakın bir durum olsa da tam olarak bu kurum söz konusu değildir.⁶⁵⁹ Çünkü ilk olarak talepler aynı değildir: Hak sahibinin talebi tazminatın üçüncü kişiye ödenmesi yönündedir, üçüncü kişi ise kendine tazminat ödenmesini isteyecektir.⁶⁶⁰ İkinci olarak,

⁶⁵⁶ Marti-Schreier, para 321.

⁶⁵⁷ Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz aşağıda §4.B.5.

⁶⁵⁸ Bu yönde Marti-Schreier, para 324; Akipek, Alt Vekâlet, 213; Keller/Schöbi, 32; taraflardan birinin (müvekkilin) alacağı kanundan diğerinin (alt vekilin) ise sözleşmeden kaynaklanması gerekçesiyle müteselsil alacaklılığın söz konusu olamayacağı yönünde: Yavuz, Dolaylı Temsil, 73; müteselsil alacaklılığa benzer bir hukuki durumun söz konusu olduğu yönünde: von Tuhr/Escher, 325; Tandoğan, Borçlar Özel C II, 471.

⁶⁵⁹ Von Tuhr, Interesse, 582.

⁶⁶⁰ Von Tuhr, Interesse, 582. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede de benzer bir durum söz konusudur. Üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından aynı gerekçeyle müteselsil alacaklılığın söz konusu olmadığı yönünde: Engelbrecht,

üçüncü kişinin talebi doğası gereği ikincil (*akzessorisch*) niteliktedir, çünkü bu talep üçüncü kişinin hak sahibi ile olan ilişkisinden doğmaktadır.⁶⁶¹

Marti-Schreier'e göre ise müteselsil alacaklılığın gündeme geleceği ilk ihtimal olan borçlunun hem alacaklıya hem üçüncü kişiye alacağı talep etme yetkisi tanınması üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında söz konusu değildir, aksi halde üçüncü kişi zaten zarar verene karşı bir alacak hakkına sahip olurdu ve üçüncü kişinin zararının tazminine gerek kalmazdı.⁶⁶² Ayrıca kanun gereği öngörülme bakımından da hangi hükme dayanılacağı net değildir.⁶⁶³ Fakat yazara göre hâkim yine de burada müteselsil alacaklılığa ilişkin hükmü yol gösterici olarak kullanmalıdır, çünkü bu hükmün kapsamındaki durumlarda olduğu gibi üçüncü kişi ve hak sahibi aynı borcun alacaklısı olacaklardır. Yasa koyucu bu gibi durumlarda ortaya çıkan bazı problemlerin çözümü için bir tercih ortaya koyduğuna göre, yazara göre hem hak sahibinin hem üçüncü kişinin talepte bulunabileceğinin kabulü halinde de aynı çözümleri benimsemek gerekir.⁶⁶⁴

bb. Zarar Veren Tazminat Borcunu Hak Sahibine İfa Etmesinin Etkisi

Direkt talebin kabulü halinde ortaya çıkacak başka meselelerle devam etmek gerekirse, cevaplanması gereken önemli bir soru zarar veren üçüncü kişi yerine iyi niyetle hak sahibine yapacağı ödeme ile borcundan kurtulup kurtulamayacağıdır. Öncelikle bu soruyla ilgili olarak Alman hukukunda yer alan ilginç bir düzenlemeye dikkat çekmek yerinde olur. BGB 851 hükmüne göre bir taşınır eşyaya zarar veren kişi, eşyanın malikinin mevcut zilyedi dışında birisi olduğunu bilmedikçe ve bunu bilmemesi kendisinin ağır ihmalinden kaynaklanmadıkça zararın meydana geldiği sırada zilyet olan kişiye yaptığı ödeme ile tazminat borcundan kurtulur. *Henn*'e göre haksız fiile dayanan üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında çifte ödeme riski tipik olarak alacaklının eşyaya zilyet olduğu durumlarda doğacağından, bu hükmün uygulanması ile zarar veren borcundan kurtulabileceği savunulabilir.⁶⁶⁵

156. *Marti-Schreier*'e göre bu gerekçe tek başına müteselsil alacaklılığı dışlamaz, çünkü OR 399 III'te (TBK 507 III) de aslında vekil talepte bulunduğu bu talebi müvekkilin hesabına ileri sürmektedir: *Marti-Schreier*, para 325.

⁶⁶¹ Von Tuhr, Interesse, 582.

⁶⁶² *Marti-Schreier*, para 326.

⁶⁶³ *Marti-Schreier*, para 326.

⁶⁶⁴ *Marti-Schreier*, para 327. Örneğin yazara göre OR 150 II (TBK 169 II) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla hak sahibinin açtığı davada lehine verilen hüküm sonucu zarar veren ifa ile üçüncü kişiye olan borcundan da kurtulmalıdır: *Marti-Schreier*, para 383.

⁶⁶⁵ *Henn*, 279.

Henn borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından ise alacağın devrine ilişkin Türk hukukundaki TBK 186 hükmünün karşılığı olan BGB 407 I hükmünden yararlanmayı önermektedir. Yazara göre alacağın devrinde olduğu gibi, üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında da asıl zarara uğrayan kişinin kim olduğunun borçlu tarafından bilinmesi birçok durumda mümkün değildir ve bu durum üçüncü kişinin tercihinden kaynaklanmaktadır. Örneğin hem dolaylı temsilde hem de mesafe satışında üçüncü kişi böyle bir üç köşeli ilişkinin tarafı olmayı kendisi tercih etmektedir. Dolayısıyla bu hüküm kıyasen uygulanmalı ve zarar veren zarara uğrayanın aslında üçüncü kişi olduğunu bilebilecek durumda olmadan yaptığı ödeme ile üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulmalıdır.⁶⁶⁶

Kanaatimce Türk hukukunda, hem borca aykırılık hem de haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından, TBK 186 hükmünden yararlanarak bu mesele çözülebilir. Daha önce belirtildiği üzere, bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazmini TBK 509 I'de öngörülen yasal devre kıyasen dayandığından, alacağın devrine ilişkin hükümlerden kıyasen faydalanılması yerinde olacaktır. TBK 186 hükmü uyarınca “[b]orçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifade bulunarak borcundan kurtulur.” Burada da zarar veren, zarara uğrayanın üçüncü kişi olduğunu bilmeden iyi niyetle hak sahibine tazminat ödemişse üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulmalıdır. Bu ihtimalde üçüncü kişinin artık sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak hak sahibine başvurması gerekecektir.⁶⁶⁷

cc. Üçüncü Kişinin İflasının Hak Sahibine Etkisi

Tartışılması gereken bir diğer mesele ise direkt talebin kabulü halinde üçüncü kişinin iflasının hak sahibine etkisinin ne olacağıdır. Üçüncü kişinin iflası hak sahibinin üçüncü kişiden olan karşı edim

⁶⁶⁶ Henn, 279.

⁶⁶⁷ Öğretide bir görüş devreden alacağı tahsil etmesinin sebepsiz zenginleşme teşkil etmesinin yanında alacağın devri sözleşmesinin ihlali anlamına da geleceğini ve dolayısıyla devralanın borca aykırılığa da başvurabileceğini savunmaktadır: bkz Engin, 91; BSK OR I – Ginsberger/Hermann, Art 167, para 7 (yazarlar devreden kusurunun olmaması hâlinde sebepsiz zenginleşmeye başvurulabileceğini belirtmektedir); Huguenin, para 1388. Bir başka görüşe göre ise burada sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez, zira TBK 186 hükmü hukuki sebep teşkil etmektedir. Bu görüşe göre burada daha ziyade borca aykırılığa başvurmak gerekir: Oğuzman/Öz, C II, para 1754 dn 91. Somut olayda yasal devre benzer bir durum söz konusu olduğundan alacağın devri bir hukuki işlem sonucu gerçekleşmemektedir. Hak sahibinin tazminat alacağını tahsil etmesinin üçüncü kişi ile arasındaki borç ilişkisinin ihlali anlamına geleceğini savunmak alacağın devrinin bir sözleşme ile gerçekleştiği ihtimale kıyasla daha güç gözüktüğü de, burada dürüstlük kuralından doğan bir yükümlüğün ihlalinin söz konusu olduğu kabul edilebilir.

alacağını tahsil edememesine yol açabilir. Örneğin mesafe satışında henüz satış bedeli ödenmeden eşya yoldayken hasara uğrar ve üçüncü kişi iflas ederse, satış bedelinin tahsil edilememesi sebebiyle hak sahibinin zarara uğradığından söz edilebilir mi? Bu durumda eşyanın hasar görmesine yol açan davranış gerçekleşmeyip eşya üçüncü kişiye teslim edilseydi dahi üçüncü kişi iflas ettiğinde hak sahibi yine iflas masasına alacağını yazdıracaktı. Dolayısıyla fark teorisine göre burada bir zarardan söz edilemeyecektir.⁶⁶⁸ Bu durumda hak sahibinin elinde hiçbir imkân yok mudur?

Bu çalışmada ileri sürülen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi uyarınca hak sahibinin imkânsızlaşan edimi ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde üçüncü kişiden bir alacağı söz konusuysa, bu edim yerine getirilinceye kadar üçüncü kişi zararının tazminine ilişkin alacak hakkına kavuşamayacaktır.⁶⁶⁹ Bu durumda iflas idaresi sözleşmeye girerek hak sahibine karşı müflis üçüncü kişinin borcunu ifa edip tazminat alacağına kavuşabilir (İİK 198 c 2). Elbette iflas idaresi bu yetkisini yalnızca zarar görene karşı ileri sürülecek tazminat alacağının hak sahibine ödenecek bedelden yüksek olması halinde kullanacaktır.

İflas idaresinin bu yetkisini kullanmayı tercih etmemesi hâlinde ise kıyasen TBK 98 hükmüne başvurulabilir. Bu hükmün ilk fıkrası uyarınca “[k]arşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ... sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.” Hükmün ikinci fıkrası uyarınca ise “[h]akkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.” Hükmün ikinci fıkrasından kıyasen yararlanarak, hak sahibinin istediği teminat verilmezse ya da iflas idaresi sözleşmeye girmezse, hak sahibinin üçüncü kişi ile arasındaki sözleşmeden dönebileceği kabul edilebilir. Bu durumda zarar kaymasına yol açan hukuki ilişki geriye etkili olarak⁶⁷⁰ ortadan

⁶⁶⁸ Henn, 297; Brinkmann, 370-371 (Yazara göre her ne kadar eşya teslim edilseydi iflas masasının değeri daha yüksek olacak idiyse de burada zararın kaynağı alacaklının serbestçe seçip önce ifayı kabul ettiği bir sözleşme ilişkisine girdiği kişinin iflasıdır ve bu zarar tazmin edilebilir değildir.).

⁶⁶⁹ Bkz aşağıda §4.B.5.

⁶⁷⁰ Öğretide bir görüşe göre sözleşmeden dönme geriye etkilidir, yani sözleşme kurulma anından itibaren ortadan kalkar: örneğin bkz Oğuzman/Öz, C I, para 1699; Buz, Dönme, 134. Yeni dönme ya da dönüşüm teorisine göre ise dönme sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp yalnızca onu bir tasfiye ilişkisine dönüştürür: Serozan, Dönme, 73 vd; Glatthard, para 171; Burri, para 306. İlk görüşün hem Türkiye hem de İsviçre’de hâkim görüş olduğu yönünde: Oğuzman/Öz, C I, para 1690. Dönüşüm teorisinin uzun süredir İFM tarafından benimsendiği ve İsviçre öğretisinde hâkim görüş olduğu yönünde: Glatthard, para 171; Burri, para 306. Metindeki çözüm ilk görüşe göre kurgulanmıştır, zira uygulamada Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz Yargıtay 15 HD, E 2020/1271 K 2021/555, 01.03.2021; 6 HD, E 2021/2662 K 2021/2095, 08.12.2021 (Lexpera).

kalkacağından hak sahibinin kendi zararı söz konusu olacak ve üçüncü kişiden tazminat talep edebilecektir.

dd. Hak Sahibinin İspat Bakımından Üçüncü Kişiye Destek Olma Yükümlülüğü

Son olarak, üçüncü kişinin direkt talebine izin verildiğinde üçüncü kişi hak sahibi ile zarar veren arasındaki sözleşmesel ilişkinin dışında yer aldığından üçüncü kişinin ispat bakımından dezavantajlı duruma düşmesi söz konusu olabilir.⁶⁷¹ Bu durumda üçüncü kişi hak sahibinin davaya katılıp kendisine yardımcı olmasını sağlayabilir mi? Her ne kadar burada akla fer'i müdahale gelebilirse de, üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulduğuna göre üçüncü kişinin hak sahibine karşı bir tazminat talebi mevcut değildir. *Marti-Schreier*'e göre bu durumda üçüncü kişinin davayı kaybetmesi halinde hak sahibine rücu etmesi söz konusu olmayacağından, hukuki yarar eksikliği sebebiyle fer'i müdahale kural olarak söz konusu olamayacaktır.⁶⁷² Ancak yazara göre usul hukuku araçlarını kullanarak üçüncü kişi hak sahibini davaya müdahil olmaya zorlayamazsa da maddi hukuk uyarınca hak sahibine üçüncü kişiye yardımcı olma borcu yüklenmelidir.⁶⁷³ Kanaatimce de bu borcun hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiden doğduğu ve dürüstlük kuralına dayandığı savunulabilir.

2. Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Sorunlar

a. Genel Olarak

Üçüncü kişinin zararının tazmininde tazminat talebinde kimin bulunacağı kabul edilirse edilsin cevaplanması gereken önemli bir soru tazminatın nasıl belirleneceğidir. Belirtmek gerekir ki eğer üçüncü kişinin uğradığı zarar, zarar kayması gerçekleşmeseydi hak sahibinin uğrayacağı farazi zarardan düşük ise tereddüde mahal yoktur, üçüncü kişinin uğradığı zarar neyse o tazmin

⁶⁷¹ Marti-Schreier, para 414.

⁶⁷² Marti-Schreier, para 415. Yazara göre istisnaen üçüncü kişi hak sahibine karşı bir haksız fiil alacağına sahipse, bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulanması mümkün olabileceğinden (bu konuda bkz yukarıda §4.A.8), fer'i müdahalede hukuki yarar bulunabilir: Marti-Schreier, para 415. Davanın ihbarına ilişkin HMK 63'te ve fer'i müdahaleye ilişkin HMK 66'da açıkça hukuki yarar şartı aranmıştır. Fer'i müdahalede hukuki yarar şartı ile ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz Pekcanitez-Atalı, C I, 724 vd.

⁶⁷³ Marti-Schreier, para 416. Yazara göre burada durum, hak sahibinin talepte bulunacağını kabul eden görüşün hak sahibine bu talebi ileri sürme ya da üçüncü kişiye devretme borcu yüklemesine benzetilmektedir.

edilecektir.⁶⁷⁴ Zira Türk hukukunda tazminat kural olarak zarar miktarını aşamaz.⁶⁷⁵ Peki üçüncü kişinin zararı hak sahibinin uğrayacağı farazi zarardan daha yüksek ise ne olacaktır? Bu durumda zarar verenin en azından hak sahibine karşı sorumlu olacağı şekilde üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağında tereddüt yoktur.⁶⁷⁶ Ancak bunu aşan miktar bakımından ne yapılacaktır? Acaba tazminat belirlenirken yalnızca hak sahibinin ekonomik ilişkileri mi dikkate alınacaktır? Bunun anlamı, zarar kayması olmasaydı hak sahibinin uğrayacağı farazi zararın tespit edilmesi ve bunun tazminidir. Bir diğer seçenek ise üçüncü kişinin ekonomik sahasının dikkate alınmasına izin vermek, yani üçüncü kişinin uğradığı zarar neyse kural olarak onun tazminine izin vermektir. İlk görüşün zarar verenin ikincisinin ise üçüncü kişinin menfaatine olacağı ortadadır. Acaba üç köşeli ilişkide tarafların menfaatleri tartıldığında hangi görüşe üstünlük sağlamak gerekir? Öğretide her iki görüş de savunulmuştur. Aşağıda öncelikle bu görüşler ele alınacak, daha sonra bu çalışmada ortaya konmuş olan teorik yaklaşımın takip edilmesi sonucu varılacak sonuç açıklanacaktır.

b. Tazminatın Üçüncü Kişinin Şahsı ve Ekonomik Alanı Dikkate Alınarak Hesaplanacağını Savunan Görüşler

Öğretide savunulan bir görüşe göre tazminatın hesaplanmasında hak sahibi tarafından üçüncü kişinin ifaya olan menfaatinin öngörülebilir olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişinin ekonomik ilişkileri dikkate alınmalıdır.⁶⁷⁷ Alman hukukunda bu görüşü savunan kimi yazarlar

⁶⁷⁴ Marti-Schreier, para 421. Öğretide *Büdenbender* tarafından savunulan aksi yöndeki görüşe katılmak mümkün değildir: bkz *Büdenbender, Gefahrentlastung*, 93. Yazara göre burada amaç zarar vereni zarar kayması söz konusu olmasaydı içinde bulunacağı duruma getirmektir ve dolayısıyla zarar her hâlükârda hak sahibinin malvarlığına göre hesaplanmalıdır. Kanaatimce bu görüş sorumluluk hukukunun öncelikli amacı olan zararın tazmini ile bağdaşmamakta, daha ziyade caydırıcılığı ön planda tutmaktadır. Bu konuda bkz yukarıda §3.A.1.b. (son paragraf).

⁶⁷⁵ Oğuzman/Öz, C II, para 347; Nomer, *Borçlar Genel*, para 131.2.

⁶⁷⁶ Von Graffenried, para 583.

⁶⁷⁷ İsviçre hukukunda bu yönde: Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 86; Bärtschi, 415; Friedrich, 76; Spiro, 288; von Tuhr/Escher, 112 (aynı sayfadaki 116. dipnottan örtülü olarak yazarların bu fikirde olduğu anlaşılmaktadır); Widmer, S. 73; von Caemmerer, 359 (ancak yazar tazminatın tarafların sözleşmeyi yaptıkları sırada tahayyül ettikleri miktarla sınırlanmasının *de lege ferenda* daha doğru bir çözüm olduğunu ileri sürmektedir); Renz, 171. Alman hukukunda bu yönde: Nissen, 295; Täbert, 36; Traugott, 18; von Schroeter, 24-25; Winterfeld, 119; Lange/Schiemann, 468 (dolaylı temsil); Medicus, FS Schlechtriem, 616; Reinhardt, 86. Bu görüşün hâkim görüş olduğu yönünde: von Graffenried, para 579; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 298. Türk hukukunda bu yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 363-364. Daha önce de değinildiği üzere *von Graffenried* eğer zararın tespitinde üçüncü kişinin ilişkileri dikkate alınacaksa zarar kayması kavramının aslında çok da yerinde olmadığını haklı olarak belirtmektedir, çünkü yalnızca hak sahibinin malvarlığında doğacak bir zarar bir başka malvarlığına kayabilir. Yazara göre şu kavramlar daha isabetli olabilirdi: menfaat kayması (*Interessenverlagerung*), risk kayması (*Risikoverlagerung*) ya da zararın doğma ihtimalinin kayması (*Verlagerung der Möglichkeit der Schadensentstehung*): von Graffenried, para 589 (Yazar yine de sıklıkla kullanıldığı için zarar kayması kavramına sadık kaldığını belirtmektedir.). Aynı yönde bir eleştiri için bkz von Schroeter, 23. Aslında zarar kayması kavramıyla zararın doğma ihtimalinin yer değiştirmesinin kastedildiği yönünde: Winterfeld, 120-121.

BGB 254 II hükmüne dayanarak üçüncü kişinin alışılmadık derecede yüksek tutarda zarara uğrama ihtimali varsa bunun borçluya bildirilmesi gerektiğini ve bunun yapılmaması hâlinde tazminatın daha düşük takdir edilebileceğini belirtmektedir.⁶⁷⁸

Tazminatın üçüncü kişiye göre belirleneceğini savunanların ileri sürdüğü gerekçeler şunlardır: İlk olarak borçlu, sözleşme ihlalden doğan⁶⁷⁹ olası zararın kapsamından bağımsız olarak borcunu gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür.⁶⁸⁰ Borçlunun bakış açısıyla incelendiğinde zararın kimin malvarlığında doğacağı genellikle borçlunun etki alanının dışında ve tesadüfidir.⁶⁸¹ Ayrıca alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumluluğu söz konusu olsaydı bu zararı borçlu zaten rücu yoluyla tazmin edecekti.⁶⁸² Borçlu kendi alacaklısının uğrayacağı zarar bakımından da alacaklının bütün menfaatlerini birçok durumda bilemeyecektir.⁶⁸³ Dolayısıyla burada aslında zarar verene ihlalinin riski yüklenen menfaatler de değişmemektedir, yalnızca aynı ifa menfaatinin farklı zarar kapsamı olarak ortaya çıkan iki farklı görünümü söz konusu olmaktadır.⁶⁸⁴ Üçüncü kişinin zararının daha yüksek veya düşük olması ihtimalleri borçlu tarafından kabul edilmesi gereken biraz da şansa bağlı olasılıklardır.⁶⁸⁵ Ayrıca bir görüşe göre bu çözüm yolu daha pratiktir, nitekim alacaklının uğramadığı fakat fiktif olarak uğrayacağı zararın tespitinin de tatmin edici bir biçimde yapılması zor olabilecektir.⁶⁸⁶ Nitekim kimi durumda üçüncü kişinin ekonomik ilişkilerinin dikkate alınması borçlu için daha elverişli de olabilir.⁶⁸⁷ Son olarak alacağın devrinde de borçlu yeni alacaklının ekonomik ilişkilerine göre hesaplanacak zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır.⁶⁸⁸

Kanaatimce bu gerekçelerin hiçbirisi yerinde değildir. Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmek zorunda olduğu (ya da haksız fiil failinin hukuken korunan menfaatlere zarar vermekten

⁶⁷⁸ Örneğin von Schroeter, 25; Winterfeld, 119; Täger, 36. İsviçre hukukunda aynı sonuca OR 44 (TBK 52) hükmü yoluyla varan görüş için bkz von Tuhr/Escher, 112 dn 116.

⁶⁷⁹ Daha önce de belirtildiği üzere öğretide birçok eser borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa odaklanmaktadır. Dolayısıyla ileri sürülen argümanlar da bu ihtimal dikkate alınarak kurgulanmaktadır. Ancak aynı argümanlar birçok durumda haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini için de ileri sürülebilir. Örneğin bu spesifik argüman bakımından, zarar verenin eşyanın kime ait olduğundan bağımsız olarak ona zarar vermemesi gerektiği savunulabilir.

⁶⁸⁰ Von Graffenried, para 583; von Schroeter, 24-25; Wolf, 289; Armbrüster, recht, 85-86; Wolf, 289.

⁶⁸¹ Bärtschi, 416.

⁶⁸² Von Graffenried, para 583; Spiro, 288.

⁶⁸³ Spiro, 288.

⁶⁸⁴ Reinhardt, 88.

⁶⁸⁵ Bärtschi, 416.

⁶⁸⁶ Von Graffenried, para 583; Gomille, 628; Traugott, 18; benzer yönde Medicus, FS Schlechtriem, 616; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 304-305.

⁶⁸⁷ Von Graffenried, para 583; Gomille, 628; Medicus, FS Schlechtriem, 616.

⁶⁸⁸ Bärtschi, 416; Spiro, 288; von Caemmerer, 359; Yung, 312; Lange/Schiemann, 468; Täger, 36; Traugott, 18; von Schroeter, 25; Winterfeld, 118-119; Reinhardt, 87; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 307.

kaçınması gerektiği) ve ayrıca kendi alacaklısının menfaatlerini de her zaman tam olarak bilemeyebileceği doğrudur, ancak burada mesele zarar verenin tabi tutulduğu riskler kümesinin genişliğine ilişkindir. Zarar veren kendi alacaklısının menfaatlerini tam olarak bilemese bile en azından sınırlarını öngörebilme ihtimali hiç tanımadığı bir üçüncü kişiye oranla çok daha yüksektir. Söz konusu kümenin kapsamının öngörülemez olması kişilerin zararın önüne geçmek için ekonomik olarak optimal önlemi almasını güçleştirecektir. Zararın her hâlükârda üçüncü kişinin ekonomik sahasına göre hesaplanacağını kabul etmek bu husustaki öngörülebilirliği zedelemektedir.

Her ne kadar burada asıl karşı çıkılan husus borçlunun sorumluluğun genişlemesinden ziyade sorumlu tutulduğu riskler kümesinin kapsamının öngörülemez hale gelmesi olsa da, borçlunun sorumluluğunun genişlemesi de bir itiraz olarak ileri sürülebilirdi. Bu olası itiraza karşı öğretilen zararın üçüncü kişinin şahsı dikkate alınarak belirlenmesini savunanların verdiği yanıtı açıklamak tartışmanın bütün boyutlarının dikkate alınabilmesi açısından faydalı olacaktır.

Von Graffenried'e göre öncelikle üçüncü kişinin zararının tazmininde de sorumluluğun genel şartları uygulama alanı bulacaktır. Yani sorumluluk sınırsız değildir. Örneğin uygun illiyet bağı şartı sorumluluğu makul derecede sınırlayacaktır. Ayrıca borçlu alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Buna ek olarak hâkimin tazminatın kapsamını belirlemesine ilişkin OR 43 (TBK 51) hükmünün uygulanmasıyla tazminatın kapsamının sınırlanması da mümkündür.⁶⁸⁹

Öncelikle belirlemek gerekir ki uygun illiyet bağı şartının sorumluluğu yeterince sınırladığını söylemek güçtür, zira bu şart Türk-İsviçre hukuklarındaki hâkim görüşe göre *ex post* bakış açısıyla test edildiğinden uygun illiyet bağının mevcut olmadığı örnekler oldukça istisnai bir hal almaktadır.⁶⁹⁰ Dolayısıyla uygun illiyet bağı şartının sorumluluğu sınırlandıracağını iddia etmek fazla iyimser bir yaklaşım olacaktır.

Ayrıca *von Graffenried*'in kendisi de sorumluluğun sınırlanması gerektiğinin farkındadır. Nitekim yazara göre aksi görüşü savunanların bazı itirazlarına hak vermek gerekir. Bu görüşteki bir başka yazar *Bärtschi* de benzer şekilde savundukları görüşün sorunsuz olmadığını kabul etmektedir. Örneğin, bir dolaylı temsil ilişkisinde borçlunun, sözleşme ihlali halinde çok daha yüksek bir

⁶⁸⁹ Von Graffenried, para 584.

⁶⁹⁰ Uygun illiyet bağı teorisine yöneltilen bu eleştiri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz Atamer, Haksız Fiil, 63.

zarara uğramasının beklenebileceği gerekçesiyle somut olaydaki üçüncü kişiyle sözleşme imzalamaktan kaçınacağı söylenebiliyor olabilir. Böyle bir durumda zararın tamamının tazmin edileceği kabul edilirse borçlu adeta üçüncü kişiyle sözleşme yapmaya zorlanmış gibi olacaktır.⁶⁹¹ Bu gibi durumların önüne geçebilmek için yazarlara göre kabul edilecek prensibi esnek tutmak ve alışılmadık derecede yüksek zararların tazminini önlemek gerekir.⁶⁹²

Von Graffenried'e göre sorumluluğu sınırlandırmak için borçlunun zararın yaklaşık kapsamını sözleşmeyi yaptığı sırada öngörebiliyor olmasını bir şart olarak aramak düşünülebilir. Bu durumda öngörülebilirlik, yazara göre, üçüncü kişinin sözleşme ilişkisine dahil değil, borçlunun objektif olarak olası bir sözleşme ihlali halinde hangi zararlardan sorumlu tutulmayı bekleyebiliyor olmasıdır.⁶⁹³ Eğer üçüncü kişinin uğradığı zarar ortalama bir ekonomik aktörün uğrayacağı zararın çok daha üstündeyse bu durumda öngörülebilirliğin olmadığı kabul edilmelidir ve bu türden zararların tazmini reddedilmelidir. Yazara göre bu tür bir yaklaşım ayrık hallerde borçlunun sorumluluğunun aşırı derecede artmasını önleyecektir.⁶⁹⁴

Kanaatimce yazarların önerdiği yaklaşım oldukça belirsizdir. Yazarlar açık ve net bir prensip ortaya koymak yerine somut olay adaletini sağlamak için ne yapılması gerekiyorsa ona göre hareket edilmesi için birçok açık kapı bırakmaktadır. Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi sorumluluğun kapsamının öngörülebilirliğinin önüne geçecektir. Unutulmamalıdır ki sorumluluğun kapsamının öngörülebilirliği sadece zarar veren açısından değil, zarar gören açısından da önemlidir. Zira zarar gören olası bir ihlalde zararının ne kadarının tazmin edilebileceğini önceden öngörebilirse kendisini koruyacak çeşitli önlemlere (sigorta gibi) daha kolay başvurabilir.

İleri sürülen diğer argümanlarla devam etmek gerekirse, zararın kimin malvarlığında gerçekleştiğinin zarar verenin etki alanı dışında ve tesadüfi olması ise tam tersi bu görüşün aleyhine kullanılabilecek bir argümandır, zira zarar veren tarafından öngörülebilirliğin söz konusu olmadığı kabul edilmiş olmaktadır. Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulabilecek olması hâlinde zarar verene rücu edebilecek olması ise kıyasa uygun bir ihtimal değildir. Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olma ihtimali zarar verenin sorumlu olduğu riskler kümesine her

⁶⁹¹ Von Graffenried, para 585; Bärtschi, 416.

⁶⁹² Bärtschi, 416; von Graffenried, para 585.

⁶⁹³ Von Graffenried, para 586.

⁶⁹⁴ Von Graffenried, para 586.

hâlükârda dahildir ve bu durum söz konusu kümenin kapsamının öngörülebilirliğini zedelememektedir. Nitekim borçlu, kendi alacaklısını seçerken bu ihtimali göz önüne alabilecek durumdadır. Ayrıca hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu durumlarda genellikle kendisinin de zararın doğmasında kusuru olacaktır, bu durumda ise hâkim TBK 52 uyarınca hak sahibinin müterafik kusurunu dikkate alarak zarar verenin sorumlu tutulacağı tazminat miktarını indirebilecektir.

Bu çözüm yolunun daha pratik olduğu doğru olsa da pratiklik tek başına bir görüşün kabulü için yeterli bir argüman değildir. Nitekim zararın hak sahibine göre hesaplanmasının pratik olmadığı yönündeki iddia ise yeterince güçlü değildir. Aynı görüş alacağın devrinde tazminatın hesaplanması bakımından da ileri sürülmüş olup bununla ilgili açıklamalar hemen aşağıda yapılacaktır.

Benzer şekilde kimi zaman üçüncü kişinin ekonomik ilişkilerinin dikkate alınmasının zarar veren için daha elverişli olabilecek olması da geçerli bir argüman değildir. Bu bölümün başında belirtildiği üzere, hangi görüş benimsenirse benimsensin, zarar veren zaten hiçbir şekilde üçüncü kişinin uğradığı zararı aşan miktarda bir tazminatla yükümlü tutulamayacaktır.

Alacağın devrindeki çözüme dayanan son argümanı daha detaylı ele almak yerinde olur. Acaba gerçekten alacağın devrinde borçlu, devri bilemeyecek durumda olduğu sırada borcunu ihlal ederse, üçüncü kişinin şahsından kaynaklanan sebeplerle zararın alacağı devredenın uğrayacağı farazi zarardan daha yüksek olması hâlinde bu zararın tamamını tazmin etmekle yükümlü müdür? Bu husus tartışmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu konudaki görüşler genellikle temerrüt üzerinden açıklanmaktadır. Bunun sebebinin pratik açıdan temerrüdün daha büyük önem taşıdığının düşünülmesidir, yoksa bütün borca aykırılık hallerinde zararın hesaplanmasında aynı prensibi benimsemek gerekir.⁶⁹⁵

Hâkim görüşe göre borçlu, alacağın devrinden sonra borca aykırı davranması hâlinde, alacağın devrinden haberdar olup olmaması önem arz etmeksizin her hâlükârda devralanın uğrayacağı zararın tamamını tazmin etmelidir.⁶⁹⁶ Bu görüşü savunan yazarlara göre borca aykırı davranan kişi,

⁶⁹⁵ Peters, Schadensberechnung, 121 ve dn 29.

⁶⁹⁶ Alman hukukunda bu yönde: Brüggmann 7 vd; Schwenger, Zession, 235 vd; Gernhuber, FS Raiser, 86; Dörner, 261; von Olshausen, 52-53; Larenz, 578. Bu görüşün Alman hukukunda hâkim olduğu yönünde: Golla, 41 vd. Türk

alacaklıyı borcuna uygun davransaydı içinde bulunacağı ekonomik duruma getirecek miktarda tazminat ödemekle yükümlüdür. Borç ihlal edildiği sırada alacaklı alacağı devralan kişi olduğundan tazminatın onun ekonomik ilişkilerine göre hesaplanması doğaldır.⁶⁹⁷ Borçlunun devirden olumsuz etkilenmemesi gerektiği doğrudur, ancak bu hukuki olarak olumsuz etkilenmemesi anlamına gelmektedir. Fiili olarak borçlunun devirden olumsuz etkilenmesi mümkündür, ki devralanın zararının devredenın uğrayacağı farazi zarardan daha yüksek olması da fiili bir durumdur.⁶⁹⁸ Borçlunun bu fiili durumun devamına olan güveni korunmaya layık değildir.⁶⁹⁹ Zira alacak devredilmese ve bir sebeple devreden alacaklı oldukça yüksek bir zarara uğramış olsa borçlu bunu tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Ayrıca alacağın devredilmesi borçlu açısından olağan dışı bir durum da değildir ve borçlu bunu hesaba katmalıdır.⁷⁰⁰ Burada yalnızca BGB 254 II⁷⁰¹ uyarınca zararın alışılmadık derecede yüksek olması riskinin yeni alacaklı tarafından borçluya bildirilmesi gerekir, ancak bu oldukça istisnai bir durumdur ve zaten bu hüküm alacak devredilmese de devreden alacaklı bakımından uygulama alanı bulacaktır.⁷⁰²

İkinci görüşe göre ise borçlunun borcunu ihlal ettiği sırada devirden haberdar olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu görüşe göre alacağın devrine ilişkin hükümlerin borçluyu koruma eğiliminden yola çıkarak borçlunun tazmin edeceği zararın her hâlükârda devredenın uğrayacağı farazi zararı aşmaması gerektiği ileri sürülebilirse de bu durumda alacağın tedavül kapasitesi azalacaktır. Borçluyu devralanın uğrayacağı zarardan sınırsız bir biçimde sorumlu tutmak da adil görünmemektedir. Burada orta yolu tercih etmek gerekir: Borçlu alacağın devrini bilebilecek duruma gelinceye kadar gerçekleşecek olası bir borca aykırılık sonucu zarar devredenın şahsı dikkate alınarak hesaplanmalı, bundan sonra ise devralanın şahsı dikkate alınmalıdır.⁷⁰³ Ancak

hukukunda örtülü olarak bu yönde Kapancı, Alacağın Devri, 443-444; Gümüş, Borçlar Genel, 1124; İsviçre Hukukunda bu yönde: Koller, 84.37; imkânsızlık bakımından örtülü olarak da olsa benzer yönde: von Tuhr/Escher, 356.

⁶⁹⁷ Brüggmann, 7-8; imkânsızlık bakımından örtülü olarak da olsa benzer yönde: von Tuhr/Escher, 356.

⁶⁹⁸ Brüggmann, 7-8; Gernhuber, FS Raiser, 86; von Olshausen, 52-53; benzer yönde: Lange/Schiemann, 468 dn 68.

⁶⁹⁹ Gernhuber, FS Raiser, 86; Schwenger, Zession, 235; Dörner, 258-259.

⁷⁰⁰ Brüggmann, 7-8; benzer yönde Lange/Schiemann, 468 dn 68.

⁷⁰¹ Müterafik Kusur (*Mitverschulden*) başlıklı bu hükmün ilgili kısmı uyarınca borçlunun alacaklının taşıdığı alışılmadık derecede yüksek miktarda zarara uğrama riskini bilemeyecek durumda olması ve bu durumun alacaklı tarafından borçluya bildirilmemesi hâlinde borçlunun sorumluluğu daha hafif takdir edilir.

⁷⁰² Schwenger, Zession, 235 (temerrüt) ve 239 (ifa etmeme); Gernhuber, FS Raiser, 87; von Olshausen, 53.

⁷⁰³ Haertlein, 1076-1077; Seetzen, 358-360. Alman İmparatorluk Mahkemesi de bir kararında yeni alacaklının eski alacaklının farazi zararından daha yüksek bir miktarda tazminat talep edebilmek için borçlunun devirden haberdar olduğunu ispatlaması gerektiğini belirtmiştir: RGZ 107, 187. Belirtmek gerekir ki *Seetzen* aynı düşüncenin zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda da uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre zarar veren, üçüncü

öğretide bir görüş, borçlunun devirden haberdar edildiği ihtimâlde de borçlunun sorumluluğunun yeni alacaklının zararının alışılmadık derecede yüksek olması ve buna yol açan durumun yeni alacaklı tarafından borçluya bildirilmemesi hâlinde sınırlanmasını önermektedir (BGB 254 II kıyasen). Zararın alışılmadık derecede yüksek olup olmadığı belirlenirken alacağı devralanın değil devredenin farazi zararı dikkate alınacak ve borçlu bir ölçüde de olsa korunacaktır.⁷⁰⁴ Kanaatimce Türk hukukunda bu görüşü desteklemek için TBK 186 hükmünden faydalanılması düşünülebilir. Nasıl ki borçlu devir kendisine bildirilmeden önce iyi niyetle eski alacaklıya yapacağı ifa ile borcundan kurtulabiliyorsa, devir borçluya bildirilmeden önce ve borçlu devri öğrenebilecek durumda değilken gerçekleşen borca aykırılık bakımından da zararın eski alacaklının ekonomik alanı dikkate alınarak hesaplanması gerektiği ileri sürülebilir.

Üçüncü görüşe göre ise borçlu, devirden sonra borcunu ihlal etmesi hâlinde, her hâlükârda devreden alacaklının uğrayacağı farazi zararlar sınırlı olarak tazminat yükümlülüğü altına girmelidir. Bu görüşü savunan *Junker*'e göre sözleşme özgürlüğü borçluya borç ilişkisine gireceği alacaklıyı seçme özgürlüğü tanımaktadır. Yazara göre eğer borçlunun iradesi hilafına kendi seçtiği alacaklının yerine bir başkasının konulmasına izin verilecekse, bu ancak onun sorumluluğunun genişlememesi halinde meşrudur. Bu alacağın devrine izin verilmesinin bir tür telafisidir.⁷⁰⁵ Her borçlu, borç ilişkisine girerken ileride borcunu ifa edememe riskini hesaba katmaktadır. Bu risk alacaklının kim olduğuyla da ilgilidir. Dolayısıyla ifa zamanı geldiğinde alacaklının kim olacağı borçlunun sözleşme kurma kararını vermesinde önemli rol oynamaktadır. Bu riski hesaba kattığı için borçlu kınanmamalıdır.⁷⁰⁶ Ayrıca yazara göre devralan alacaklının uğradığı zarara teorik olarak devreden alacaklının da uğrayabileceği yönündeki itiraz yerinde değildir. Borçlu, altına girdiği riski hesaplarken en kötü ihtimali dikkate alarak hareket etmeyecektir, daha ziyade hayatın olağan akışına uygun ve en olası ihtimali dikkate alacaktır.⁷⁰⁷ Son olarak, yazara göre, borçlunun alacağın devri ihtimalini dikkate alması gerektiği doğrudur ve borçlu ifa anında alacaklının aynı kalacağına güvenmemelidir. Ancak borçlunun, ifa anında alacaklı kim olursa olsun sözleşme

kişinin menfaatinden haberdar değilse yalnızca zarar kaymasına yol açan olay gerçekleşmeseydi hak sahibinin uğrayacağı zararlar sınırlı olarak sorumlu tutulmalıdır: Seetzen, 362.

⁷⁰⁴ Seetzen, 358.

⁷⁰⁵ Junker, AcP 195, 6.

⁷⁰⁶ Junker, AcP 195, 8-9.

⁷⁰⁷ Junker, AcP 195, 9. Benzer şekilde *Peters*'e göre borçlar hukukunda zararın hesaplanmasında dikkate alınan husus karşı olgusal (*counterfactual*) durumun en muhtemel olarak nasıl gelişeceği, en kötü ihtimalin ne olacağı değil: Peters, Schadensberechnung, 121.

ilişkisi içerisinde girerken aldığı riskin aynı kalacağına olan güveni korunmaya değerdir.⁷⁰⁸ Sonuç olarak yazara göre borçlunun devirden haberdar olup olmamasından bağımsız olarak tazminat devreden alacaklının şahsına göre hesaplanmalıdır.⁷⁰⁹

Bu görüşteki *Peters*'e göre borca aykırı davranan borçlunun herhangi bir korumayı hak etmediği yönündeki argüman yüzeyseldir. Borçlu davranışlarını spesifik bir alacaklıya göre konumlandırmaktadır. Borçlunun bu doğrultudaki konumu boşa çıkarılmamalıdır. Nitekim burada zaten borçlu sorumluluktan kurtulmamaktadır, sadece borca aykırı davranışının sonuçları sınırlanmaktadır.⁷¹⁰ Yazara göre tazmin edilecek zararın sınırını devreden alacaklının uğrayacağı farazi zararın teşkil etmesinin dayanağı BGB 399 hükmüdür. Bu hükme göre içeriği değişmeden yeni alacaklıya ifa edilmesi mümkün olmayan bir alacağın devri mümkün değildir. Bu hükümden, devredilen alacağın içeriğinin aynı kalacağı sonucuna varılabilir. Dolayısıyla borcun ihlali ve tazminat alacağının doğmasından sonra devredilen bir alacak bakımından tazminat tutarı sabit kalacaktır. Yazara göre alacağın devirden sonra ihlal edilmesi hâlinde de farklı sonuca varmamak gerekir, zira devir anında söz konusu alacak devreden şahsına göre hesaplanacak bir tazminat alacağına dönüşme potansiyeline sahiptir. Burada borçlu lehine yapılacak tek istisna, devralan alacaklının uğradığı zararın devreden alacaklının uğrayacağı farazi zarardan daha düşük olması ihtimalidir. Bu durumda elbette fiilen uğranan zarar tazmin edilecektir.⁷¹¹

Eski alacaklıya göre zararın hesaplanmasının zor olacağı iddiasına karşı⁷¹² ise *Peters*, bu zorluğun abartılmaması gerektiğini, nitekim fark teorisini uygulayan hâkimin birçok durumda zaten farazi durumları tahmin etmek zorunda kaldığını belirtmektedir. Ayrıca yazara göre birçok durumda zarar hangi alacaklıya göre hesaplanırsa hesaplanırsın aynı çıkacaktır. Örneğin, bir eşyanın onarılmasına ilişkin masrafın ya da eşyanın piyasa değerinin tazmininde durum böyledir. Kâr kaybı ve ayıptan doğan zarar bakımından ise zararların farklı olması daha olasıdır.⁷¹³

⁷⁰⁸ Junker, AcP 195, 10.

⁷⁰⁹ Benzer yönde: Neuner, JZ, 131.

⁷¹⁰ Peters, Schadensberechnung, 121. Yine söz konusu argümana karşı çıkan *Neuner*'e göre ise alacağı devralana karşı borçlunun taraf iradelerine dayanan dolaysız bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Sözleşme ihlali niteliği gereği somut borç ilişkisine bağlıdır ve burada borçlunun güvendiği şey hukuka aykırı davranışının sonuçlarının sınırlanması değil, daha ziyade borç ilişkisinin nispliliğidir: Neuner, JZ, 131-132.

⁷¹¹ Peters, Schadensberechnung, 122.

⁷¹² Üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından bu yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 304-305.

⁷¹³ Peters, Schadensberechnung, 121-122.

Son olarak bu görüşteki yazarlara göre eski alacaklının uğrayacağı farazi zararın miktarına ilişkin ispat yükü devralan alacaklıya aittir.⁷¹⁴ İspat yükünün bu şekilde dağıtılması adildir, çünkü söz konusu ispatın yapılabilmesini sağlayacak bilgilere devralan alacaklı daha kolay ulaşabilecektir. Bunun sebebi, BGB 402 (krş TBK 190) uyarınca devreden alacaklının devralan alacaklıya karşı alacakla ilgili gerekli bilgileri verme ve belgeleri teslim etme yükümlülüğü altında olmasıdır.⁷¹⁵

Bu görüşü desteklemek için başka gerekçeler de ileri sürülebilirdi. Borçlu alacağın devredildiğini öğrendikten sonra borca aykırılık gerçekleşse bile, ifa ve ifa için yapılan yatırımlar birçok durumda bir çırpıda gerçekleşmemekte ve zamana yayılmaktadır. Ayrıca borçlu, ifaya ilişkin riskleri sözleşme ilişkisine girdiği anda hesaba katmakta ve muhtemelen bu sözleşme dışında kuracağı hukuki ilişkiler de söz konusu risk hesabından etkilenmektedir. Dolayısıyla her ne kadar borçlu alacağın devrini sonradan öğrense bile her durumda kendini yeni alacaklının ekonomik sahasının teşkil ettiği riske göre kolayca yeniden konumlandırması mümkün olmayabilir. Bu mümkün olsa bile borçlunun o ana kadar aldığı birtakım kararların boşa çıkması ve yaptığı harcamaların boşa gitmesi olasıdır. Dolayısıyla borçlunun her hâlükârda, alacağın devrini öğrendikten sonra dahi, borca aykırı davranışı sonucu eski alacaklının uğrayacağı farazi zarardan sorumlu tutulması gerektiği ekonomik açıdan da desteklenebilir.

Görüldüğü üzere alacağın devrinde de her zaman zararın devralan alacaklının şahsı dikkate alınarak hesaplanmaması gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur. Bu çalışmada bu tartışmaya ilişkin görüş benimsenmeyecektir, zira hemen aşağıda görüleceği üzere alacağın devrinde tazminatın hesaplanmasına ilişkin tartışmada varılacak sonuçtan bağımsız olarak üçüncü kişinin zararının tazmininde tazminatın nasıl hesaplanacağı sorunu çözülebilmektedir.

c. Tazminatın Hesaplanmasında Zarar Veren Lehine Çeşitli Sınırlamalar Getiren Görüşler

Öğretide bir görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmininin amacı yalnızca zarar verenin tesadüfi bir zarar kayması sonucu sorumluluktan kurtulmasının önüne geçmek olduğundan, tazminatın

⁷¹⁴ Aynı yönde Junker, AcP 195, 11; Aksi yönde Seetzen, 360.

⁷¹⁵ Peters, Schadensberechnung, 122. Yazar ayrıca aksi hâlde borçlunun olumsuz bir önermeyi (farazi zararın daha düşük olduğunu) ispatlamak zorunda kalacağını ve bunun adil olmadığını ileri sürmektedir. Kanaatimce borçlu ve devralan alacaklının ispatlamaları gereken şey özünde aynıdır: farazi zararın ne kadar olacağı. Bunun kesin olarak ispatlanamaması hâlinde tarafların ispatlamaları gereken unsur şu şekilde farklılaşmaktadır: Borçlu farazi zararın en fazla ne kadar olacağını ispatlamak durumundadır, devralan alacaklı ise en az ne kadar olacağını ispatlayacaktır. Bunun ilkinin ispatlamanın ikincisini ispatlamaktan daha zor olacağı kanaatimce her zaman söylenemez.

hesaplanmasında hak sahibinin ekonomik sahası dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla tazmin edilecek zarar, tipik olarak hak sahibinin uğraması beklenecek zarar miktarıyla sınırlanacaktır.⁷¹⁶ Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından, borçlunun dahil olduğu hukuki ilişkide hesaba katması beklenebilecek riskin kapsamı budur ve borçlunun buna olan güveni korumaya değerdir, zira sözleşme yapma özgürlüğünün kapsamına sorumluluk riskinin hesaplanabilirliği de girmektedir.⁷¹⁷ Örneğin, dolaylı temsil senaryoları bakımından temsil olunan dolaylı temsile başvurmayı kendisi tercih etmiştir ve bu yola başvurması sebebiyle borçlu ile doğrudan hukuki ilişkiye girmeyerek birtakım faydalar sağlayabilmektedir, dolayısıyla zararın hak sahibine göre hesaplanması da bu bakımdan nimet-külfet dengesine uygundur.⁷¹⁸ Sonuç olarak bu görüşteki *Neuner*'e göre, örneğin, (karşı) edim hasarının geçtiği senaryolarda tazminatın kapsamı eşyanın yerine koyma bedeli ve alacaklının (hak sahibinin) kâr marjı dikkate alınarak hesaplanacaktır.⁷¹⁹ Birçok yazar yalnızca borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununa odaklansa da, kimi yazarlar haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından da farklı bir sonuca varmayı gerektirecek bir durumun olmadığını belirtmektedir.⁷²⁰ Zira borca aykırı davranan kişi gibi haksız fiilin müstakbel faili de zarara yol açan fiili işlemeyen önce üstlendiği riskleri tartabilecek durumda olmalıdır.⁷²¹

Bir başka görüşe göre ise üçüncü kişinin menfaati zarar veren tarafından öngörülebilir durumda ise üçüncü kişinin zararı hak sahibinin varsayımsal olarak uğrayacağı zarardan fazla olsa dahi tazmin edilmelidir. Üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından öngörülebilir olmadığı hallerde ise tazminat hak sahibinin farazi zararı ile sınırlanmalıdır.⁷²² İsviçre hukukunda *Marti-Schreier* tarafından savunulan benzer bir görüşe göre ise üçüncü kişinin menfaati borçlu (zarar

⁷¹⁶ Neuner, JZ, 131; Urban, 55 vd (belirtmek gerekir ki yazarın üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olmadığı varsayımından hareket ettiği anlaşılmaktadır: bkz Urban, 58); benzer yönde Steding, 30; dolaylı temsil bakımından bu yönde Peters, Drittschadensliquidation, 353.

⁷¹⁷ Neuner, JZ, 131, benzer yönde Peters, Drittschadensliquidation, 353.

⁷¹⁸ Neuner, JZ, 132; Peters, Drittschadensliquidation, 353.

⁷¹⁹ Neuner, JZ, 132.

⁷²⁰ Neuner, JZ, 132.

⁷²¹ Urban, 57; Peters, Drittschadensliquidation, 353.

⁷²² Keller, 196 (yazar bu menfaatin zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilir olmasını aramaktadır); BK-Weber, 2000, Art 97 OR, para 308; von Büren, AT, 80; benzer yönde Oberscheidt, 24-25. *Sutschet*'e göre (dolaylı temsilde) üçüncü kişinin menfaati zarar veren tarafından öngörülebilir değilse söz konusu menfaat öngörülebilir olsaydı zarar verenin sorumluluğunda herhangi bir sınırlama olmaksızın aynı sözleşmeyi yapıp yapmayacağı sorusunun cevabına göre hareket etmek gerekir. Bu soruya olumlu yanıt verilebiliyorsa tazminat üçüncü kişinin şahsına göre hesaplanmalıdır: Sutschet, 172.

veren) tarafından bilinebilir değilse⁷²³ sorun, uygun illiyet bağı ile çözülmelidir. Yazara göre uygun illiyet bağından söz edebilmek için, ifade hak sahibinin menfaati olduğu varsayımında, *ex-post* bir bakış açısıyla objektif olarak bağımsız bir kişi için somut olayda doğan zararın öngörülebilir olup olmadığına bakmak gerekir. Üçüncü kişinin menfaatini bilebilecek durumda olmayan borçlu yalnızca bu şartı sağlayan zararlardan sorumlu tutulmalıdır.⁷²⁴

d. Değerlendirme

Öncelikle belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçünü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu durumlarda⁷²⁵ tazminatın üçüncü kişinin ekonomik sahası dikkate alınarak hesaplanacağına tereddüt yoktur.⁷²⁶ Peki bu ihtimâlde borçlunun spesifik olarak üçüncü kişinin şahsı ve ekonomik sahasıyla ilgili bilgi sahibi olmasının mümkün olmadığı durumlarda nasıl hareket edilecektir? Burada belirsiz üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin görüşlerden yararlanılabilir. Öğretide, vadettirenin üçüncü kişinin kim olduğunu belirleme yetkisine sahip olduğu belirsiz üçüncü kişi yararına sözleşmede bu yetkinin sınırsız olmadığı belirtilmektedir. Tarafların bu yetkinin kullanımına ilişkin herhangi bir sınır belirlemediği durumda bu yetkinin kullanımının dürüstlük kuralı ile sınırlı olduğu ve alacağın devrinde geçerli olan borçlunun durumunu ağırlaştırmama prensibinin bu yetkinin kullanımında da geçerli olacağı ileri sürülmektedir.⁷²⁷ Vadettirenin bu hakkını kullanması borçlunun masraflarını makul olmayacak derecede artıracaksa, borçlunun yükleneceği fazla masrafı vadettirenden talep edebileceği kabul edilmektedir.⁷²⁸

⁷²³ Yazar, söz konusu öngörülebilirliğin zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerektiğini belirtmektedir, zira daha sonraki bir zamanda borçlu sözleşmesel ilişkiye girmekten vazgeçemeyecektir: Marti-Schreier, para 425 dn 958.

⁷²⁴ Marti-Schreier, para 425. Yazar uygun illiyet bağının sağlanmadığı bir örnek olarak şu olayı vermektedir: (Z) (borçlu) sahip olduğu pahalı tabloyu satmak ister ancak bu tabloyu alacak kişinin kendisinin kullanmasını (yani evine asmasını) istemektedir. Sanat eseri alım satımıyla uğraşan (Ü) (üçüncü kişi), dolaylı temsilci (H) (alacaklı) aracılığıyla eseri satın alır. (H), (Z)'ye eseri evine asacağını söyler. Sözleşmenin kurulmasından sonra fakat ifadan önce (Z)'nin dikkatsizliği sonucu tablo zarar görür ve (Ü) yüksek bir kar kaybına uğrar. Bu durumda yazara göre (Z), yukarıda açıklanan teori uyarınca (Ü)'nün bütün zararını tazmin etmeyecektir. Bkz Marti-Schreier, para 427. Belirtmek gerekir ki burada (Z)'nin hile hükümlerine başvurusu da düşünülebilir.

⁷²⁵ Bkz yukarıda§3.B.4.

⁷²⁶ Sonuç bakımından üçüncü kişinin zararının tazmininde benzer yönde: Neuner (R), AcP, 299-300. Dolaylı temsil bakımından benzer yönde: Sutschet, 158. Eksik ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından bu yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 68, 70.

⁷²⁷ Krauskopf, para 468.

⁷²⁸ Krauskopf, para 469. Yazar borçlunun masraflarının “makul (*zumutbar*) derecede artması” ifadesini kullanmaktadır. Kanaatimce burada bir yazım hatası mevcuttur, yazarın *unzumutbar* yerine sehven *zumutbar* yazmış olduğu düşünülmektedir.

Bu prensipten yola çıkarak, sözleşmenin kurulması sırasında alacaklı, üçüncü kişinin ekonomik sahasının makul olmayan derecede yüksek risk taşıdığını borçluya bildirmemişse, bu durumda borçlu makul düzeyi aşan zarardan sorumlu tutulamamalıdır. Belirtmek gerekir ki burada kastedilen borçlunun alacaklının farazi zararıyla sınırlı olarak sorumlu tutulması değildir. Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edilebildiği durumlarda borçlu, söz konusu menfaatin alacaklının menfaatinden daha yüksek olduğunu da tahmin edebilecek durumdadır. Borçlu bu riske karşı kendini koruyabilir: Örneğin, borçlunun sözleşmeye ekleteceği bir hüküm ile sorumluluğunu belirli düzeyde sınırlaması ya da üçüncü kişi ile ilgili bilgi talebinde bulunması, bu istekleri karşılanmıyorsa sözleşme yapmaktan kaçınması mümkündür. Tüm bunları yapmayan borçlu, üçüncü kişinin ekonomik riskinin yalnızca makul sayılamayacak derecede yüksek olması hâlinde (makul düzeyi aşan kısımdan) sorumlu tutulamamalıdır. Makul düzeyin ne olduğunu elbette hâkim takdir edecektir.

Peki diğer ihtimallerde, yani üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün değilse, nasıl hareket etmek gerekir? Hatırlanacağı üzere bu çalışmada bu ihtimallerdeki kanun boşluğu doldurulurken TBK 509 I hükmünden hareket edilmişti. Kanun koyucunun varsaydığı tipik durum gerçekleşseydi zarar hak sahibinin malvarlığında doğacak ve dolayısıyla tazminat hak sahibinin ekonomik sahası dikkate alınarak hesaplanacak, daha sonra tazminat alacağı bu hükmün uygulanması sonucu üçüncü kişiye geçecekti. Dolayısıyla alacağın devri hükümlerinin uygulanmaya başladığı aşamada tazminat alacağının kapsamı zaten belli olacaktı. Kanun koyucunun varsaydığı tipik durumun gerçekleşmediği ihtimalde de aynı şekilde düşünmek yerinde olacaktır. Bir an için hak sahibinin zarara uğradığını varsaydığımızda bu farazi zarar hak sahibinin ekonomik sahası dikkate alınarak hesaplanacaktır.⁷²⁹ Dolayısıyla üçüncü kişinin kavuştuğu tazminat alacağının kapsamı da bu zararla sınırlı olmalıdır. Varılan bu sonuca zarar verenin itiraz etmesi mümkün olmamalıdır, zira kendisi hak sahibine karşı nasıl sorumlu olaksa zarar kaymasının gerçekleşmesi sonucu üçüncü kişiye karşı da aynı şekilde sorumlu olmaktadır. Elbette üçüncü kişinin uğradığı zararın hak sahibinin uğrayacağı farazi zarardan az olması hâlinde üçüncü kişi ancak kendi uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

⁷²⁹ Sonuç bakımından benzer yönde Neuner (R), AcP, 299-300.

Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu hâllerle yapılan bu ayırım yerindedir, zira bu kabulün mümkün olduğu durumlarda hatırlanacağı üzere ifa doğrudan baskın olarak üçüncü kişinin menfaatine kararlaştırılmaktadır ve borçlu bunun farkındadır. Dolayısıyla borçlu, borca aykırı davranışı sonucu esasen üçüncü kişinin zarara uğrayacağını da bilincindedir. Dürüstlük kuralı uyarınca borçludan davranışlarını bu kabule göre şekillendirmesini beklemek mümkündür. Diğer ihtimâllerde ise üçüncü kişinin zararının tazmini konusu gündeme gelseydi dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun üçüncü kişinin zararının tazminini kabul edeceği söylenememektedir. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini kanun boşluğu doldurularak onun (gerçek ya da farazi) rızası dikkate alınmadan kabul edildiğinden, zarara yol açan kişinin itiraz edemeyeceği kapsamda kabul edilmesi kanaatimce en doğru yoldur. Tazminatın kapsamının hak sahibinin farazi zararıyla sınırlanması tam da bunu sağlamaktadır

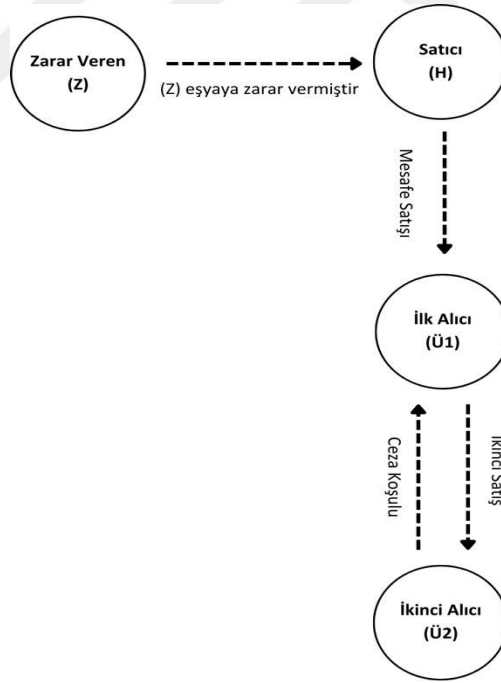
Akla gelebilecek bir diğer soru ise üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olmadığı hallerde zarar verenin eşyada üçüncü kişinin menfaatinin olduğunu bilebilecek durumda olmasının varılacak sonucu etkileyip etkilemeyeceğidir. Burada TBK 49 II hükmünden yararlanılması düşünülebilir. Bu hükme göre “[z]arar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” Belirtmek gerekir ki öğretide birçok halde failin zarar verme amacının başlı başına fiili ahlaka aykırı kılacağı belirtilmektedir.⁷³⁰ Nitekim tartışmalı olmakla beraber olası kastın da bu hükmün kapsamına gireceği birçok yazar tarafından ileri sürülmektedir.⁷³¹ Somut olayın bu hükmün kapsamına girdiği hâllerde üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna başvurmaya gerek kalmaksızın üçüncü kişinin zararının tamamı tazmin edilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki tazminatın kural olarak hak sahibinin farazi zararıyla sınırlanması kimi çelişkili sonuçların da önüne geçmektedir. Bir mesafe satışına konu eşyayı alıcı (Ü₁) henüz teslim almadan (Ü₂)’ye satmış olsun. (Ü₁) ve (Ü₂) arasındaki sözleşmede ayrıca (Ü₂) lehine,

⁷³⁰ Kapancı, 49 II, 33-34; Oğuzman/Öz, C II, para 189; Ateş, 244.

⁷³¹ Örneğin bkz Oğuzman/Öz, C II, para 190; Barlas, 424-426; Çağlayan Aksoy, 375; Ateş, 244; Huguenin, para 1959 (Yazar İsviçre’deki hâkim görüşün bu yönde olduğunu belirtmektedir); BSK OR I – Kessler, Art 41, para 42. Aksi yönde Kapancı, 49 II, 31-32; Gümüş, Borçlar Genel, 461; Baysal, Haksız Fiil, para 2.198 (ancak yazar baskın görüşün olası kastı yeterli saydığını belirtmektedir); Yargıtay İBBGK, E 2017/5 K 2018/7, 06.07.2018 (Lexpera); BK-Brehm, 2021, Art 41 OR, para 243-244.

kusursuz imkânsızlık hâlinde dahi talep edilebilen, bir ceza koşulu kararlaştırılmış olsun.⁷³² Satıcı (H) eşyayı taşıyıcıya teslim etmeden ve dolayısıyla karşı edim hasarı ($\ddot{U}_1$)’e geçmeden önce (Z) eşyaya zarar verirse (H) yalnızca kendi zararının tazminini talep edebilecek ve dolayısıyla ($\ddot{U}_1$)’in ödediği ceza koşulu (Z)’den talep edilemeyecektir.⁷³³ Eşyanın taşıyıcıya tesliminden ve dolayısıyla karşı edim hasarının ($\ddot{U}_1$)’e geçmesinden sonra (Z)’nin eşyaya zarar verdiği ihtimalde, üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceği ve tazminatın ($\ddot{U}_1$)’in şahsı dikkate alınarak hesaplanacağı görüşü kabulü edilirse, bu durumda (Z)’den ($\ddot{U}_1$)’in ($\ddot{U}_2$)’ye ödemek durumunda kaldığı ceza koşulu da talep edilebilecektir. Dolayısıyla burada karşı edim hasarının kendisine geçmesi ($\ddot{U}_1$)’in durumunu iyileştirmekte, zarar verenin durumunu ise kötüleştirmektedir. Hagen’in haklı olarak belirttiği üzere bu durum tutarsızdır.⁷³⁴ Tazminatın üst sınırını hak sahibinin farazi zararının teşkil ettiğinin kabulü hâlinde ise söz konusu ceza koşulu her iki ihtimalde de zarar verenden talep edilemeyecek ve bu tuhaf durum ortaya çıkmayacaktır.



Şekil 12 – Çelişkili Bir Örnek

⁷³² Bu örnek için bkz Hagen, 192. Türk hukukunda böyle bir anlaşma mümkün ve geçerlidir: Oğuzman/Öz, Cilt II, para 1620; Yağcıoğlu, 168; Taşkın, Ceza Koşulu, 1339. Bu sonuca TBK 182 II hükmündeki “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinden varılabilir.

⁷³³ Elbette burada TBK 49 II’nin şartlarının sağlanmadığı varsayılmaktadır.

⁷³⁴ Hagen, 192; benzer yönde Keuk, 196-197.

3. Zarara Yol Açan Fiil Sonucu Birden Fazla Kişinin Zarar Görme İhtimali

Borca aykırılık ya da haksız fiil sonucu birden fazla kişinin zarar görmesi söz konusu olabilir. Bu hem hak sahibi hem üçüncü kişinin zarar görmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi birden fazla üçüncü kişinin zarar görmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. İlk ihtimal bakımından önemli olan zarar kayması şartının sağlanmasıdır. Bu şart sağlandığı sürece hem hak sahibinin hem de üçüncü kişinin zararının tazmin edileceği hususunda tereddüt etmemek gerekir. Nitekim daha önce dolaylı temsil ilişkileri bakımından verilen bir örnekte, hem komisyoncunun komisyon alacağını kaybetmesi sebebiyle hem de temsil olunan üçüncü kişinin ifanın gerçekleşmemesi sonucu zarara uğradığı ihtimalde zarar kaymasının mevcut olduğu belirtilmişti.⁷³⁵ Bir başka örnek ise şudur: Hak sahibi ile üçüncü kişi, belirli durumların gerçekleşmesi halinde hak sahibinin kusuru olmasa dahi üçüncü kişiye ödenecek bir cezai şart kararlaştırmış olabilir.⁷³⁶ Bu durumda hak sahibinin ödediği cezai şart nedeniyle uğradığı zararın tazmini için borca aykırı davranarak zarara yol açan borçluya rücu etmesi mümkündür. Ödenecek cezai şartın üçüncü kişinin zararını karşılamaması halinde ise eğer hak sahibinin kusuru yoksa ya da zarar veren hak sahibinin ifa yardımcısı değilse, üçüncü kişi hak sahibine başvuramayacak ve zararı tamamen tazmin edilememiş olacaktır.⁷³⁷ Bu durumda tazmin edilemeyen tutar bakımından zarar kaymasının mevcut olduğu açıktır ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilecektir. Öğretide de bu ihtimal kapsamına giren olaylar bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceği belirtilmektedir.⁷³⁸

Birden fazla üçüncü kişinin zarar görmesi hâlinde de her birinin zararlarının ayrı ayrı tazmin edileceğinden şüphe duymamak gerekir.⁷³⁹ Elbette, bu çalışmada benimsenen görüşe göre kural olarak tazminatın kapsamı hak sahibinin malvarlığına göre belirleneceğinden, ödenecek toplam tazminat zarara hak sahibi tek başına uğrasaydı ödenecek toplam tutarı aşamayacaktır.⁷⁴⁰ Hak

⁷³⁵ Bkz yukarıda §4.A.5.e.

⁷³⁶ Türk hukukunda böyle bir anlaşma mümkün ve geçerlidir: Oğuzman/Öz, Cilt II, para 1620; Yağcıoğlu, 168; Taşkın, Ceza Koşulu, 1339. Bu sonuca TBK 182 II hükmündeki “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinden varılabilir.

⁷³⁷ Aynı yönde Marti-Schreier, para 249; von Graffenried, para 590 dn 1424.

⁷³⁸ Marti-Schreier, para. 250 (yazara göre bu örneklerde kısmi bir zarar kayması mevcuttur); von Graffenried, para 590. Aksi halde küçük bir zarara uğrayan üçüncü kişi aleyhine haksız bir durum yaratılmış olacağı belirtilmektedir: von Graffenried, para 590; Marti-Schreier, para 250. Ayrıca bu görüşün kabulü ile zarar verenin üstlendiği sorumluluk rizikosunun da birçok durumda artmayacağı ileri sürülmektedir: von Graffenried, para 590. Kanaatimce zarar kayması şartının her hâlükârda aranması zaten bu yönde bir sorumluluk artışına engel olmaktadır.

⁷³⁹ Bu durumda zarar verenin üstlendiği sorumluluk riskinin genişlemediği yönünde Bärtschi, 413.

⁷⁴⁰ Zarar gören birden fazla üçüncü kişinin mevcut olması durumunda bunların zararlarının toplamının, zarar hak sahibinin malvarlığında gerçekleşseydi meydana gelecek zarardan daha fazla olması meselesi ile tek bir üçüncü kişinin

sahibinin farazi zararının üçüncü kişilerin uğradığı toplam zarardan az olması hâlinde her bir üçüncü kişiye ödenecek tazminat, üçüncü kişilerin uğradığı zararla orantılı olarak belirlenmelidir. Birden fazla üçüncü kişinin zarar görmesi ihtimaline örnek olarak birden fazla üçüncü kişinin hak sahibinden alacaklı olması ihtimali verilebilir: Örneğin (Ü₁), (Ü₂) ve (Ü₃) paylı malik olarak bir taşınmaz iktisap etmek istemektedirler ve dolaylı temsilci (H)'yi bu hususta yetkilendirirler. Bir diğer ihtimal ise üçüncü kişiye ait eşya üzerinde özen borcu doğuran sözleşmeler bakımından, üçüncü kişinin zararının tazmininin bütün şartlarının gerçekleştiği varsayımında, kiracının farklı kişilere ait eşyaları elinde bulunduruyor olması ve bunların zarar görmesidir.⁷⁴¹ Benzer şekilde bu son örnekte zarar gören eşyanın paylı mülkiyete ya da elbirliği ile mülkiyete tabi olması da düşünülebilir. Üçüncü kişilerin zarar verene karşı ileri sürecekleri talepler arasındaki ilişki ise, kendi aralarındaki mevcut ilişkinin niteliğine göre belirlenecektir. Örneğin, paylı malikler kısmi alacaklı,⁷⁴² el birliği ile malikler ise elbirliği ile alacaklı olacaklardır.⁷⁴³

Son olarak birden fazla hak sahibinin mevcut olması ve bunların da üçüncü kişinin yanında zarar görmesi mümkündür. Örneğin, birden fazla kişi, bir adi ortaklık hâlinde, birlikte dolaylı temsilci olarak hareket ediyor olabilirler. Benzer şekilde hem birden fazla hak sahibi hem de birden fazla üçüncü kişi zarar görmüş olabilir. Bu durumlar farklı bir özellik arz etmemektedir, her iki durumda da yukarıda varılan sonuçlar geçerlidir. Yalnızca belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin/kişilerin tazminat talebinin kapsamı belirlenirken, zarar verenin ödeyeceği toplam tazminatın sınırı kural olarak hak sahiplerinin uğrayacağı farazi zarar olacağından, burada birden fazla hak sahibinin zarar kayması gerçekleşmeseydi malvarlıklarında doğacak farazi zararın belirlenmesi ve bunların toplamının (toplam) tazminatın üst sınırını teşkil etmesi gerekecektir.

4. Zarar Verenin İleri Sürebileceği Haklar ve Savunmalar

a. Genel Olarak

gördüğü zararın hak sahibinin malvarlığında doğacak farazi zarardan fazla olması durumu arasında bir fark olmadığı ve her iki durumda da aynı çözümün benimsenmesi gerektiği yönünde: Marti-Schreier, para 252.

⁷⁴¹ Bu örnek için bkz Marti-Schreier, para 252.

⁷⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, para 1251; Nomer/Ergüne, para 700; Eren, Mülkiyet, 112; Ağca Toplandı, 139-140

⁷⁴³ Burada akla TMK 702 IV'teki "[o]rtaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır" hükmünün uygulanması gelebilirse de tazminat talebi hakkın korunması niteliğinde olmayıp bu hükmün kapsamı dışındadır: Korkmaz, 150 dn 83 ve 154. Nitekim ecrimisil bakımından burada bir alacak hakkı söz konusu olduğu için TMK 702 IV anlamında hakkın korunmasının söz konusu olmadığı ve dolayısıyla elbirliği esasına tabi olduğu yönünde Nomer/Ergüne, para 808. Her bir malikin iç ilişkideki payı oranında alacaklı olacağı (aksi) yönünde Ağca Toplandı, 140.

Bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazmini için zarar verene doğrudan kendisinin bir tazminat talebi yöneltebileceği kabul edildiğinden, zarar verenin doğrudan üçüncü kişiye karşı sahip olduğu savunmaları ona karşı ileri sürebileceğinde tereddüt yoktur. Ancak zarar veren hemen hemen her zaman yalnızca hak sahibi ile doğrudan bir hukuki ilişki içerisinde olduğundan, zarar verenin sahip olduğu savunmalar çoğunlukla hak sahibi ile arasındaki hukuki ilişkiden doğacak ve dolayısıyla hak sahibine karşı olacaktır. Burada cevaplanması gereken önemli bir soru zarar verenin hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı ileri sürüp süremeyeceğidir.

Bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin kanun boşluğu TBK 509 I hükmünden yararlanarak doldurulduğundan, bu sorunun cevabı alacağın devrinde borçluya ait savunmaları düzenleyen TBK 188 I hükmünden yararlanarak verilebilir. Bu hükme göre “[b]orçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.” Her ne kadar hükmün mehzazını teşkil eden OR 169 I’de def’i (*Einrede*) ifadesi geçse de, İsviçre öğretisinde hükmün kapsamına hem def’i hem de itirazların girdiği hususunda tereddüt yoktur.⁷⁴⁴ Burada “devri öğrenme” ifadesini üçüncü kişi tazminat alacağına kavuştuktan sonra üçüncü kişinin menfaatini öğrenme olarak anlamak gerekir. İlk olarak zarar verenin üçüncü kişinin menfaatini zararın doğumu anına kadar öğrenmiş olduğunu varsayalım. Bu ihtimalde zarar verenin hak sahibine karşı zararın doğumu anında mevcut olan savunmalarını üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkündür. Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı imkânsızlaşan borcu ile karşılıklılık ilişkisi içerisindeki herhangi bir alacağına dayanarak üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir savunmanın mevcut olması hâlinde ise üçüncü kişinin tazminat alacağına kavuşması bu savunma ortadan kalkana kadar gerçekleşmeyecektir.⁷⁴⁵ Bu durumda ise zarar veren bu savunmanın ortadan kalktığı ana kadar (yani “devir” gerçekleşene kadar) hak sahibine karşı elde ettiği savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 169, para 4; Lardelli, 25.

⁷⁴⁵ Bu konuda bkz aşağıda §4.B.5.

⁷⁴⁶ Öğretide de direkt talebin kabulü hâlinde zarar verenin hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da kural olarak ileri sürebilmesi gerektiği belirtilmektedir: Marti-Schreier, para 453 (yazar benzer şekilde OR 169 I (TBK 188 I) hükmünden kıyasen yararlanılmasını önermektedir); Armbrüster, FS Wiegand, 86; Köndgen, 41; Luther, 592. *Luther*’e göre bu şekilde bir savunma sonucu üçüncü kişi zararını tazmin edemezse alacaklıya başvurabilir, meğerki savunma alacaklı ile borçlu arasında üçüncü kişi hesabına yapılan sözleşmeden doğsun. Zira üçüncü kişi kendi hesabına yapılan sözleşmeden doğan savunmalara katlanmalıdır. Ancak savunma alacaklı ile borçlu arasındaki başka bir ilişkiden doğuyorsa (örneğin takas), bu durumda üçüncü kişi alacaklıya aralarındaki temsil ilişkisi ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanarak başvurabilir.

Zarar veren, üçüncü kişinin menfaatinden zararın doğumundan sonra haberdar olmuş ise, zararın doğumuna kadar hak sahibine karşı sahip olduğu savunmalara ek olarak üçüncü kişinin menfaatini dürüstlük kuralı uyarınca öğrenebileceği ana kadar⁷⁴⁷ elde ettiği olası savunmaları da üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir.⁷⁴⁸ Örneğin, (Z) dolaylı temsilci (H)'ye bir eşyanın mülkiyetini devretmeyi borçlanmış ve bu borcun vadesi 04.05.2024 tarihi olsun. (Z)'nin borcunu gününde ifa etmemesi sonucu dolaylı temsil olunan (Ü) zarara uğrasın. (Z)'nin (Ü)'nün varlığından (Ü)'nün (Z)'den tazminat talep ettiği 01.06.2024 tarihinde haberdar olması hâlinde, (Z) (H)'ye karşı bir başka hukuki ilişkiden doğan ve 20.05.2024 tarihinde muaccel olan alacak hakkını (Ü)'ye olan tazminat borcu ile takas edebilir.⁷⁴⁹

Fiilen oldukça sınırlı durumlarda gerçekleşebilecek üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu⁷⁵⁰ borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından ise eğer zarar veren ile hak sahibi arasındaki ilişkiden aksi yönde bir çıkarımda bulunulamıyorsa, kural olarak üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olacağı belirtilmişti.⁷⁵¹ Bu durumda üçüncü kişinin doğrudan talepte bulunabilmesi için söz konusu alacak hakkının üçüncü kişiye devredilmesi gerekir. TBK 509 I hükmünün burada uygulanabileceği kabul edilirse⁷⁵² alacağın devrine ilişkin TBK 188 I hükmünün burada da (doğrudan) uygulanacağı açıktır. Bu durumda borçlu, alacaklı hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Taraflar arasında bir tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulü hâlinde ise, kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da,⁷⁵³ borçlunun vadettirene

⁷⁴⁷ Bkz Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 11.

⁷⁴⁸ Öğretide borçlunun devirden haberdar olduğu sırada henüz doğmamış ancak tohumları devirden önce atılmış olan savunmaların da, borçlu devirden haberdar olduktan sonra doğarsa bile, yeni alacaklıya karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Örneğin, bir satış sözleşmesinde borçlunun satış konusu eşyanın kendisine devrine ilişkin alacak hakkı, bedel ödeme alacağının bir başkasına devrinden ve bu devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden sonra muaccel olmuş ise ödemezlik def'i yine de devralan alacaklıya karşı ileri sürülebilmelidir: Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 10; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıparmak, 255-256; BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 169, para 7b; von Tuhr/Escher, 366; Koller, AT, 84.136; benzer yönde Bucher, OR AT, 568.

⁷⁴⁹ Takas hakkı ile ilgili daha detaylı incelemeler için bkz aşağıda §4.B.4.e.

⁷⁵⁰ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁷⁵¹ Bkz yukarıda §4.A.1.

⁷⁵² Bu konuda bkz yukarıda §4.A.1.

⁷⁵³ BGB 334 hükmünde ise açıkça üçüncü kişi yararına sözleşmede borçlunun sözleşmeden doğan savunmaları lehde karşı da ileri sürebileceği belirtilmiştir. Alman öğretisinde bu hükmün altında yatan düşüncenin, üçüncü kişinin hakkını münhasıran borçlu ile vaadettiren arasındaki sözleşmeden kazanması ve dolayısıyla bu sözleşmeden doğan savunmaların kendisine karşı ileri sürülmesine katlanması gerekmesi olduğu belirtilmektedir: Henn, 286; Larenz, 223; Esser/Schmidt, T II, 298.

karşı sahip olduğu savunmaları lehtara karşı da ileri sürebileceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir.⁷⁵⁴

Aşağıda zarar verenin üçüncü kişiye karşı ileri sürüp süremeyeceği tereddüde mahal verebilecek savunmalar özel olarak ele alınacaktır.

b. Hak Sahibi veya Üçüncü Kişinin Kusuru ve Özellikle Zararı Azaltma Külfeti

Değerlendirilmesi gereken önemli bir mesele de hak sahibi ve üçüncü kişinin müterafik kusurlarının zarar verenin sorumluluğunu nasıl etkileyeceğidir. Üçüncü kişinin müterafik kusurunun zarar veren lehine dikkate alınacağı hususunda tereddüt etmemek gerekir. TBK 52 I hükmü açıkça zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması halinde tazminatın indirilebileceği ya da kaldırılabilirliğini belirtmektedir. TBK 114 II hükmü uyarınca bu hüküm borca aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanacaktır.⁷⁵⁵ Dolayısıyla hem borca aykırılıktan hem de haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından üçüncü kişinin müterafik kusuru tazminatın indirilmesine yol açabilecektir.⁷⁵⁶

Peki hak sahibinin zararın doğmasında ya da artmasında kusurunun olması hâlinde nasıl hareket edilecektir? Bu sorunun cevabı üzerinde üçüncü kişinin müterafik kusuruna kıyasla daha dikkatli düşünmek gerekir. Öğretide bu çalışmada olduğu gibi üçüncü kişiye direkt talep hakkı tanınması hâlinde hak sahibinin müterafik kusurunun tazminatın indirilmesine yol açabileceği belirtilmektedir. *Marti-Schreier*'e göre, borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından, üçüncü kişi alacaklı hak sahibi ile borçlu zarar veren arasındaki sözleşmesel ilişkinin tarafı değildir ve borç ihlal edilene kadar üçüncü kişinin bu sözleşmeden doğan herhangi bir talep hakkı da yoktur. Sözleşme ile alacaklı bağlıdır. Dolayısıyla hukuken ve çoğu zaman fiilen yalnızca alacaklı hak sahibi borcun ifasını etkileyebilecek durumdadır ve dolayısıyla onun müterafik kusurunun dikkate alınması adildir.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Savunmaların vadeden ile vaadettiren arasındaki karşılık ilişkisinden, geri alma ve değiştirme yasağı ortaya çıkana kadar doğmuş doğması şartıyla kural olarak ileri sürülebileceği yönünde Çilenti Konuralp, 184-185; karşılık ilişkisinden kaynaklanan ve dayanağı üçüncü kişinin alacak hakkını kazandığı sırada sözleşmede bulunan savunmaların ileri sürülebileceği yönünde Kartal, 211-212; genel olarak def'i ve itirazların ileri sürebileceği yönünde Nomer, Borçlar Genel, para 217.6.

⁷⁵⁵ Baysal, Müterafik Kusur, 281; Ögüz, 281-282.

⁷⁵⁶ Üçüncü kişiye direkt talep hakkı tanınması hâlinde benzer yönde: Marti-Schreier, para 431; Henn, 292 (yazar BGB 254 hükmüne dayanmaktadır); Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 352.

⁷⁵⁷ Marti-Schreier, para 430.

Henn ise burada BGB 846 hükmünün altında yatan düşünceden yararlanmaktadır. Bu hükme göre, BGB 844 ve 845'teki durumlarda, ki bu hükümler sırasıyla ölüm halinde cenaze masraflarının tazminini ve bedensel zarar halinde yansıma zararın tazminini düzenlemektedir, ölenin ya da bedensel zarara uğrayan kişinin müterafik kusuru üçüncü kişinin tazminat talebinde dikkate alınacaktır.⁷⁵⁸ Her ne kadar bu hükmün uygulandığı durumlarda zarar kayması olmasa da, yazara göre bu hüküm bir genel adalet düşüncesinin yansımasıdır. *Henn*'e göre benzer şekilde tazminat hakkını bir başkasının davranışı aracılığıyla elde eden üçüncü kişi, bu kişinin gereği gibi olmayan davranışının kendisine karşı ileri sürülmesine de katlanmak durumundadır.⁷⁵⁹

Kanaatimce burada kısa yoldan bir sonuca varmamak gerekir. Eldeki mesele ilk bakışta şudur: Zarar veren ve zarar gören dışında kalan bir kişinin kusuru zarar verenin sorumluluğunu nasıl etkileyecektir? Öğretide bu durumda bir ayırım yapılmaktadır. Eğer söz konusu kişinin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı var ise bu kişinin zarar veren ile birlikte müteselsil sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁶⁰ Uygun illiyet bağının mevcut olmaması hâlinde ise söz konusu kişinin kusurunun zarar verenin kusurunun daha hafif tayin edilmesine yol açacağı ve TBK 51 I uyarınca tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağı belirtilmektedir.⁷⁶¹ Acaba üçüncü kişinin zararının tazmininde, hak sahibinin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olması hâlinde, hak sahibi ile zarar verenin müteselsilen sorumlu tutulması yerinde midir?

Burada üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ayırt edici kavramının zarar kayması olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Eğer hak sahibinin kusurlu davranışı ile üçüncü kişinin zararı arasında uygun illiyet bağı mevcut ise bu durumda hak sahibi üçüncü kişiye karşı sorumlu olacaktır. Hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tamamından sorumlu olması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelmeyecektir, zira ortada zarar kayması yoktur. Bu durumda hak sahibi üçüncü kişiye ödediği tazminat tutarında kendisi zarara uğramış olacağı için aralarındaki ilişki uyarınca zarar verene rücu edebilecektir.

⁷⁵⁸ Türk-İsviçre hukukunda kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen aynı sonucun kabul edildiği yönünde: Öğüz, 297 vd.

⁷⁵⁹ Henn, 292. Türk hukukunda aynı gerekçeyle bu yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 354.

⁷⁶⁰ Baysal, Müterafik Kusur, 63-64; Roberto, Haftpflichtrecht, para 858.

⁷⁶¹ Baysal, Müterafik Kusur, 63-64.

Eğer hak sahibi kusurunun hafifliği sebebiyle üçüncü kişinin zararının tamamından sorumlu tutulamıyorsa, bu durumda hak sahibinin sorumlu tutulmadığı kısım için zarar kaymasından söz edilebilir. Dolayısıyla bu ihtimalde kısmi bir zarar kayması mevcut olduğundan üçüncü kişi yalnızca hak sahibini sorumlu tutamadığı miktar için zarar verene başvurabilecektir. Özetle hak sahibi ile zarar verenin müteselsil sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Kanaatimce gerçekleşme ihtimali çok düşük olmakla beraber, öğretide belirtildiği üzere hak sahibinin kusuru ile üçüncü kişinin zararı arasında uygun illiyet bağı yok ise bu durumda hak sahibinin kusuru zarar verenin kusurunun daha hafif tayin edilmesine ve tazminatın daha düşük takdir edilmesine yol açacaktır.⁷⁶²

Sonuç olarak görüldüğü üzere hak sahibinin müterafik kusuru üçüncü kişinin zarar verene karşı ileri sürebileceği tazminat talebini, çoğu zaman zarar kaymasının kapsamını daraltarak da olsa, etkilemektedir. İstisnaen üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu hâller bakımından⁷⁶³ ise üçüncü kişi yararına sözleşmede de vadettirenin (hak sahibi) müterafik kusurunun lehtarın (üçüncü kişi) vadedene (zarar veren) karşı ileri sürebileceği tazminat alacağının indirilmesine yol açacağı kabul edilmektedir.⁷⁶⁴

Müterafik kusurla ilgili son olarak belirtmek gerekir ki öğretide direkt talebi kabul etmeyen yazarlar hem üçüncü kişinin⁷⁶⁵ hem de hak sahibinin⁷⁶⁶ müterafik kusurunun tazminatın azaltılmasına yol açacağını savunmaktadır.

Peki zararı azaltma külfeti hangi taraftadır? Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk ve İsviçre hukuklarında zararı azaltma külfetinin sorumluluk hukukunun genel bir ilkesi olduğu ve temelinin

⁷⁶² Öğretide *Tandoğan* üçüncü kişinin (bu çalışmadaki anlamıyla değil) kusurunun failin kusurunu hafiflettiği bir örnek olarak şunu vermektedir: Bir bisikletlinin yarattığı tehlikeli durum sonucu diğer bisikletli hatalı bir manevra yaparak bir başkasına çarpmaktadır. Yazar bu durumda müteselsil sorumluluk ihtimalini değerlendirmemektedir: bkz *Tandoğan, Mes'uliyet*, 329.

⁷⁶³ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁷⁶⁴ Alman hukukunda bu yönde: Papanikolau, 88-89.

⁷⁶⁵ İsviçre hukukunda: Marti-Schreier, para 432; Alman hukukunda: Urban, 160; Henn, 292; Esser/Schmidt, T II, 268; Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249, para 107; Lange/Schiemann, 481; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor § 249, para 259; Nissen, 295; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 294; Puhle, 147; Reinhardt, 125; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 70; von Schroeter, 22.

⁷⁶⁶ İsviçre hukukunda: Marti-Schreier, para 429; Bärtschi, 416; Alman hukukunda: Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249, para 107; Lange/Schiemann, 481; Langenbucher/Adolff, 694; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor § 249, para 259; Nissen, 295; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 294; Puhle, 147-148; Reinhardt, 125-126; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 70; Jauernig-Kern, Vorbemerkungen zu den §§ 249-253 BGB, para 22; Urban, 160; von Schroeter, 22. Bu ihtimalde hak sahibinin tazminat alacağını üçüncü kişiye devretmesi hâlinde de müterafik kusurun dikkate alınmasında herhangi bir engelin söz konusu olmayacağı öğretide belirtilmektedir: Henn, 291.

dürüstlük kuralına dayandığı öğretide ifade edilmektedir.⁷⁶⁷ Zarar gören üçüncü kişinin zararı azaltma külfeti altında olduğu hususunda tereddüt etmemek gerekir.⁷⁶⁸ Nitekim TBK 52 I'de açıkça zarar görenin zararın artmasında etkili olmuş olması hâlinde tazminatın indirilebileceği ya da kaldırılabilirliği belirtilmektedir. Bu hüküm zararı azaltma külfetine işaret etmektedir.⁷⁶⁹

Peki hak sahibi de zararı azaltma külfeti altında mıdır? Kanaatimce bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir.⁷⁷⁰ Yani zarar veren, hak sahibinin zararı azaltma (ya da artırmama) külfetini yerine getirmediğini tazminat talebinde bulunan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmelidir. Hak sahibi birçok durumda zararı azaltacak önlemleri alabilecek ilk kişidir ve hukuka aykırı fiile daha yakın olduğundan zararın artma riskini birçok durumda üçüncü kişiden daha önce fark edebilecek durumdadır.⁷⁷¹ Peki bunu teorik olarak nasıl gerekçelendirmek gerekir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki öğretide zararı azaltma külfetinin zararın hesaplanmasında mı yoksa tazminatın belirlenmesinde mi dikkate alınacağı tartışmalıdır.⁷⁷² Zararı azaltma külfetinin zararın hesaplanmasında dikkate alındığı varsayılırsa, burada kabul edilen görüşe göre tazminatın üst sınırını hak sahibinin uğradığı farazi zarar teşkil edeceğinden ve söz konusu farazi zarar hesaplanırken hak sahibinin zararı azaltma külfetinin dikkate alınması gerekeceğinden, zarar veren bunu bir savunma olarak ileri sürebilecektir.

Zararı azaltma külfetinin tazminatın belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alındığı görüşü kabul edilirse, bu durumda farklı bir akıl yürütme gerekir. Hatırlanacağı üzere burada kabul edilen görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazminine ilişki kanun boşluğu TBK 509 I hükmünden yararlanılarak doldurulmaktaydı ve bu sayede alacağın devrine ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanmak mümkün olmaktaydı. Öğretide zarara yol açan fiilin işlendiği anda bu fiile maruz kalan kişinin zararı azaltma külfetinin doğduğu kabul edilmektedir.⁷⁷³ Zararı azaltma külfetinin

⁷⁶⁷ Altınok Ormancı, 19; Ahtari, 12; BK-Brehm, 2021, OR 44, para 48.

⁷⁶⁸ Aynı yönde: Marti-Schreier, para 442.

⁷⁶⁹ Altınok Ormancı, 10.

⁷⁷⁰ Aynı yönde Marti-Schreier, para 438.

⁷⁷¹ Marti-Schreier, para 439.

⁷⁷² Zararın belirlenmesinde dikkate alınacağı yönünde: Roberto, Schadensrecht, 292; Luterbacher, para 250-251; Roberto, Haftpflichtrecht, 807. Tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağı yönünde BSK OR I – Kessler, Art 44, para 13a; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C II, para 2916. Yargıtayın birçok kararında zararı azaltma külfetini tazminatın belirlenmesinde dikkate aldığı yönünde: Altınok Ormancı, 119-121 (ve oradaki kararlar). İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda farklı yönlerde kararları vardır. Bu kararların bir özeti için bkz Marti-Schreier, para 434 dn 978.

⁷⁷³ Altınok Ormancı, 54.

yerine getirilmesinden doğan masrafların zarar verenden talep edilebileceği düşünüldüğünde,⁷⁷⁴ hak sahibinin zarara kendisinin uğramayacağı gerekçesiyle zararı azaltacak fiillerden kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca hak sahibi, sahip olduğu hakkın ihlalinden doğan menfaatin üçüncü kişiye ait olması durumunu bilerek ve isteyerek kendisi yaratmıştır.

Dolayısıyla, fiil işlendiği anda bu külfetin doğması sonucu ileride bu külfet yerine getirilmediğinde zarar verenin ileri sürebileceği bir savunma imkânının tohumları atılmıştır. Daha önce belirtildiği üzere, dayanağı alacağın devrinden öncesine dayanmak şartıyla alacağın devrinden sonra doğan savunmaların da borçlu tarafından alacağı devralana karşı ileri sürülebileceği öğretide savunulmaktadır.⁷⁷⁵ Burada da zarar verenin hak sahibinin zararı azaltma külfetini yerine getirmediğini üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmesi gerekir.

İstisnaen üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından⁷⁷⁶ ise üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin öğretide yapılan değerlendirmelerden yararlanmak gerekir. Vadettirenin müterafik kusurunun lehtarın tazminat talebinin kapsamını neden etkileyeceğini gerekçelendirirken öğretide bir görüş, vadedenin vadettirene karşı sahip olduğu savunmaları lehtara karşı ileri sürebileceğini belirten BGB 334 hükmünden yola çıkmakta⁷⁷⁷ ve bu hükmün altında yatan düşüncenin vadedenin, karşısında ifa alacaklısı olarak vadettireni bulsaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü durumda olmaması gerekliliği olduğunu belirtmektedir.⁷⁷⁸ Kanaatimce benzer bir akıl yürütme sonucu, en azından üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından birçok durumda zararın artmasını önlemeye ilişkin önlemleri alabilecek ilk kişinin vadettiren olduğu düşünüldüğünde, vadettirenin (hak sahibi) lehtarın (üçüncü kişi) zararı bakımından zararı azaltma külfeti altında olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hak sahibinin zararı azaltma zorunluluğunun, hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi bakımından yalnızca bir külfet değil, bunun ötesinde bir borç olduğu

⁷⁷⁴ Altınok Ormancı, 129-131; Luterbacher, para 220; Roberto, Haftpflichtrecht, 804; von Tuhr/Peter, 113-114 (yazarların tamamı zararı azaltmaya ilişkin önlemler başarıya ulaşmasa dahi bunların zarar görenden talep edilebileceğini belirtmektedir).

⁷⁷⁵ Bkz yukarıda dn 748.

⁷⁷⁶ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁷⁷⁷ Türk hukukunda böyle bir hüküm olmasa da aynı sonucun öğretide kabul edildiği daha önce ifade edilmişti: Bkz yukarıda §4.B.4.a.

⁷⁷⁸ Papanikolau, 88-89.

kabul edilmelidir.⁷⁷⁹ Zira genel anlamda zararı azaltma külfetinden farklı olarak burada zararı azaltmaya ilişkin gereken önlemlerin alınmamasının sonucu hak sahibinin malvarlığında değil, bir üçüncü kişinin malvarlığında doğmaktadır. Burada dürüstlük kuralından doğan bu yönde bir yükümlülüğün varlığı kabul edilebilir. Dolayısıyla zararı azaltmak için gerekli önlemleri almayan hak sahibi, üçüncü kişinin zarar görene karşı ileri sürebileceği tazminat tutarındaki eksilmeye tekabül eden miktar kadar üçüncü kişiye karşı sorumlu olacaktır.⁷⁸⁰ Elbette tarafların bunun aksini (açık veya örtülü olarak) kararlaştırması mümkündür.

Burada son olarak üçüncü kişinin zararı azaltma külfetinin kapsamına ilişkin öğretide ileri sürülen bir görüşe değinmek yerinde olur. *Marti-Schreier* üçüncü kişinin zararı azaltma külfetinin kapsamı belirlenirken kimin kişiliği ve yeteneklerinin dikkate alınacağı sorusunu ortaya atmakta ve üçüncü kişinin yetenekleri alacaklıdan (hak sahibinden) daha yüksek ise külfetin üçüncü kişinin kendi yeteneklerine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷⁸¹ Kanaatimce bu hususta tereddüt etmeye gerek yoktur.

Yazara göre üçüncü kişinin yeteneklerinin alacaklıya (hak sahibine) kıyasla daha düşük seviyede olması hâlinde, zarar veren borçlu alacaklının yeteneklerini dikkate almakta haklı ise, alacaklının (hak sahibinin) yetenekleri dikkate alınmalıdır. Aksi hâlde yazara göre borçlunun (zarar verenin) durumu kötüleşmiş olacaktır.⁷⁸² Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Nitekim alacağın devrinde de borçlunun, devralan alacaklıya ilişkin hukuki olmaktan ziyade fiili nitelikteki değişikliklere katlanması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁸³ Örneğin, borçlu devreden alacaklının devralana göre daha hoşgörülü olmasını bir savunma olarak ileri süremeyecektir. Burada da benzer bir durum söz konusudur. Zararı azaltmaya ilişkin alınabilecek önlemleri etkileyebilecek yetenekler fiili nitelikteki özelliklerdir.⁷⁸⁴ Dolayısıyla üçüncü kişi yetenekleri kapsamında zararın azaltılmasına ilişkin kendisinden beklenen önlemleri almış ise, zarar veren hak sahibinin yeteneklerinin daha

⁷⁷⁹ Belirtmek gerekir ki İsviçre öğretisinde *Weber* geçmişte genel olarak zararı azaltmanın sadece bir külfet değil yükümlülük olduğunu savunmuştur: BK-Weber, 2000, Art 99, para 197. Ancak aynı eserin son basısında bir külfetten söz edilmektedir: BK-Weber/Emmenegger, 2020, Art 99, para 229.

⁷⁸⁰ *Marti-Schreier* ise bu yönde bir tazminat yükümlülüğünün mevcut olup olmadığının hak sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye bağlı olduğunu belirtmektedir: Marti-Schreier, para 441. Kanaatimce böyle bir yükümlülüğün varlığı, aksine emare olmadıkça, varsayılmalıdır.

⁷⁸¹ Marti-Schreier, para 443.

⁷⁸² Marti-Schreier, para 444.

⁷⁸³ Koller, AT, para 36.33; Brüggmann, 8.

⁷⁸⁴ Koller, AT, para 36.33; Lardelli, 88. Ayrıca bkz BGER, 10.7.2014, 4A_95/2014, E. 2.3.

yüksek olması sebebiyle standardın buna göre belirlenip tazminatın düşürülmesini talep edememelidir.

c. Sorumsuzluk Anlaşması

Tartışılması gereken bir diğer mesele ise zarar vereni sorumluluktan kurtaran anlaşmaların üçüncü kişiye etkisidir. Söz konusu sorumsuzluk anlaşması hak sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılmış olabilir. Örneğin, pratikte karşılaşılma ihtimali düşük olmakla beraber, bir dolaylı temsil ilişkisinde temsilci ile temsil olunan, dolaylı temsilciye karşı ifayla yükümlü kişinin borca aykırı davranışından herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağını kararlaştırmış olabilir. Bu durumda adeta üçüncü kişi lehine (somut örnekte zarar veren lehine) bir sorumsuzluk anlaşması söz konusudur. Bu tür anlaşmaların geçerliliği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur.⁷⁸⁵ Ancak vurgulamak gerekir ki burada hak sahibi ile üçüncü kişinin iradesinin zarar vereni sorumluluktan kurtarmak olduğu anlaşmalar kastedilmektedir. Salt hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun sınırlandığı bir sorumsuzluk kaydından ise zarar verenin üçüncü kişiye karşı yararlanması mümkün olmamalıdır.⁷⁸⁶ Nitekim daha önce belirtildiği ve aşağıda daha detaylı olarak ele alınacağı üzere finansal kiralama sözleşmelerinde İsviçre ve Alman hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğmasının sebebi finansal kiralama şirketinin (hak sahibi) sorumluluğunu finansal kiralayana (üçüncü kişi) karşı sınırlayan kayıtlardır.⁷⁸⁷ Burada asıl tereddüt uyandırabilecek mesele hak sahibi ile zarar veren arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiye karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğidir. Öğretide çeşitli gerekçelerle bu soruya olumlu yanıt verilmektedir.

Üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edeceğini ileri süren yazarlar, hak sahibi sorumsuzluk anlaşmasının tarafı olduğundan bu anlaşmanın kendisine karşı ileri sürülmesinin doğal olduğunu, ayrıca üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkı hak sahibi ile zarar veren arasındaki sözleşmeden doğduğundan bu hakkın tabi olduğu şartların da bu sözleşmeye göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁸⁸ Hak sahibinin tazminat alacağını üçüncü kişiye

⁷⁸⁵ Hochstrasser, para 217-221; von Graffenried, para 156; bu anlaşmanın hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz Hochstrasser, para 222 vd; von Graffenried, para 158-161. Yazarlar gelecekte doğacak sorumluluğa ilişkin böyle bir anlaşmanın da kural olarak geçerli olduğunu belirtmektedir.

⁷⁸⁶ Aynı yönde von Graffenried, para 574 dn 1377.

⁷⁸⁷ Bkz yukarıda §1.C.2.a.i.cc. ve aşağıda §6.A.3.

⁷⁸⁸ Marti-Schreier, para 480; von Graffenried, para 608-609; Hochstrasser, para 649; Puhle, 152 (yazar gerekçe olarak zarar ve talebin ayrılmasının zarar verenin aleyhine işlememesi gerektiğini belirtmektedir); Urban, 162.

devretmesi hâlinde de borçlu alacağı devredene karşı ileri sürebileceği savunmaları devralana karşı da ileri sürebileceğinden sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceği belirtilmektedir.⁷⁸⁹ Öğretide bir görüşe göre böyle bir durumda hak sahibi zarar veren ile arasındaki sözleşmeyi yaptığı sırada üçüncü kişinin menfaatini bilebilecek durumdaysa sözleşmeye böyle bir hüküm koyup zarar vereni üçüncü kişinin zararını tazmininden kurtararak üçüncü kişiye karşı olan borcunu ihlal etmiş olabilir. Bu durumda hak sahibi üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulabilir.⁷⁹⁰

Direkt talebi kabul eden yazarlardan *Henn*'e göre ise dahil olduğu hukuki kurgudan yararlanan üçüncü kişi bakımından, borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesi zararın tazmininde olduğundan daha katı anlaşılmamalıdır. Yani zararının tazminini isterken nispiyet ilkesini aşabilen üçüncü kişi, sorumsuzluk anlaşmasıyla karşılaştığında nispiyetin arkasına sığınmamalıdır.⁷⁹¹ Ayrıca yazara göre eğer sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğunu sınırlayan borçlu, bir de olası bir üçüncü kişiye karşı her türlü ihmalden sorumlu tutulabileceği riskini göz önünde tutmak zorunda bırakılırsa, sorumluluğun kapsamının öngörülebilirliği azalacak ve borçlunun hareket sahası gereğinden fazla kısıtlanmış olacaktır.⁷⁹²

Bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi bakımından ise bir ayırım yaparak ilerlemek gerekir. Öncelikle üçüncü kişinin menfaatinin hak sahibi ile zarar veren arasındaki sözleşmenin yapılması sırasında bilinebilir olduğu kimi istisnai durumlarda üçüncü

⁷⁸⁹ Hochstrasser, para 649.

⁷⁹⁰ Marti-Schreier, para 482.

⁷⁹¹ Henn, 289. *Katzenstein*'a göre, dolaylı temsil ilişkilerinde ve üçüncü kişiye ait eşyaya ilişkin özen borcu doğuran ilişkilerde üçüncü kişi hem gizlediği piyasa faaliyetinden ekonomik olarak menfaat elde etmekte hem de zarara uğraması halinde tazminat talep edebilmektedir. Dolaylı temsil ilişkilerinde organizasyonel sebeplerle borçlu ile kendisi hukuki ilişki kurmayan üçüncü kişi, buna dayanarak tazminat sorumluluğu gündeme geldiğinde kendi hesabına yapılan sözleşmedeki sorumsuzluk kaydının kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini iddia edememelidir. Zira aksi hâlde fiilen sorumsuzluk kaydı söz konusu olmaksızın fakat aynı ekonomik şartlarla yapılmış bir sözleşme mevcut olacaktır. Bu ise ne üçüncü kişinin pazarlık gücü ne de dolaylı temsilcinin gösterdiği bir çabanın sonucudur: Katzenstein, 290 vd. Benzer şekilde üçüncü kişiye ait eşyaya ilişkin özen borcu doğuran ilişkilerde, sözleşmenin ifasından ekonomik olarak üçüncü kişi de menfaat sağlayacaktır ve dolaylı temsilden farklı sonuca varmayı gerektiren bir durum yoktur: Katzenstein, 311.

⁷⁹² Henn, 290. Yazara göre sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilirliği elbette borçlunun ihlal ettiği yükümlüğün sorumluluk anlaşmasının kapsamına girdiğini düşünmekte haklı olduğu durumlarda söz konusudur. Örneğin, eğer taşıyıcı taşıma sırasında alıcının kapısına zarar verirse bu durumda satıcı ile yaptığı sorumsuzluk anlaşmasının ileri sürememelidir. Yazar bu durumda aslında zarar kayması olmadığını, üçüncü kişinin ek bir menfaatinin ihlal edildiğini ve bunun da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme probleminin kapsamına girdiğini belirtmektedir. Ayrıca yazara göre üçüncü kişinin ilişkideki menfaati borçluya bildirilmişse, her zaman sorumsuzluk anlaşmasının ileri sürülemeyeceği söylenemez. Örneğin, bir taşıma ilişkisinde satıcı taşıyıcıya karşı edim hasarının alıcıya geçtiğini söylemişse ve bunun dışında bir şey söylemeden bir sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa, taşıyıcı söz konusu anlaşmanın alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki iç ilişkide de yapıldığını düşünmekte haklı olabilir. Bu durumda sorumsuzluk anlaşması üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmeli, üçüncü kişi ise borca aykırılığa dayanarak satıcıya rücu edebilmelidir.

kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevcudiyetinin kabul edilebileceği belirtilmişti.⁷⁹³ Öğretide üçüncü kişi yararına sözleşmeye üçüncü kişi aleyhine sorumsuzluk kaydı konulmasının mümkün ve geçerli olduğu, çünkü üçüncü kişinin hakkını zaten vadeden ve vadettiren arasındaki sözleşmeden kazandığı, burada üçüncü kişinin hukuki alanına müdahaleden ziyade taraf olmadığı bir sözleşmeden elde ettiği hakkın kapsamının daraltıldığı belirtilmektedir.⁷⁹⁴ Kanaatimce de bu görüş yerindedir ve bu ihtimalde sorumsuzluk kaydının üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceği hususunda tereddüt etmemek gerekir.

Diğer ihtimallerde üçüncü kişinin zararının tazmini gerekçelendirilirken TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanıldığından alacağın devrine ilişkin hükümlerden yararlanmak gerekir. Öğretide, borçlu ile alacağı devreden arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının TBK 188 I (OR 169 I) kapsamında bir savunma teşkil ettiği ve alacağı devralana karşı ileri sürülebileceği belirtilmektedir.⁷⁹⁵ Dolayısıyla burada da TBK 188 I hükmüne kıyasen zarar veren ile hak sahibi arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği kabul edilmelidir.⁷⁹⁶ Elbette tarafların aralarındaki sorumsuzluk anlaşmasını üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecek şekilde kaleme almalarına bir engel yoktur. Ayrıca taraflar arasındaki anlaşmanın yorumundan da üçüncü kişinin taleplerinin sorumsuzluk anlaşmasının dışında kaldığı sonucuna ulaşılması mümkündür.

d. Borca Aykırılıktan Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Bakımından Yetki ve Tahkim Sözleşmeleri

Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından öğretide, direkt talebin kabulü hâlinde zarar veren ile hak sahibi arasındaki yetki ve tahkim anlaşmalarının üçüncü kişiye

⁷⁹³ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁷⁹⁴ Hochstrasser, para 490. Yazara göre taraflar arasındaki anlaşmanın sadece üçüncü kişiye karşı sorumluluğu mu yoksa aynı zamanda vadettirene karşı olan sorumluluğu da mı sınırladığının bir önemi yoktur: Hochstrasser, para 501 ve 503. Ayrıca belirtmek gerekir ki tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından bu yönde bir anlaşmanın üçüncü kişiye etkisi yalnızca OR 112 III (TBK 129 II) uyarınca üçüncü kişi hakkını kullanmak istediğini bildirene kadar yapıldığı takdirde geçerlidir: Hochstrasser, para 503.

⁷⁹⁵ Hochstrasser, para 536.

⁷⁹⁶ Üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından, alacağın devrinde savunmaların ileri sürülebileceğine ilişkin benzer yöndeki BGB 404 hükmünden yararlanılabileceğini kabul etmekle beraber, sorumsuzluk anlaşmasının bu kapsama girmemesi ve üçüncü kişiye karşı ileri sürülememesi gerektiğini zira aksi hâlde burada bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olacağı yönünde: Stamm, AcP 203, 380-381.

karşı ileri sürülebileceği ve üçüncü kişinin de bu anlaşmalardan yararlanabileceği savunulmaktadır.⁷⁹⁷

Kanaatimce burada da alacağın devrinde benimsenen çözümü benimsemek gerekir. Yetki sözleşmesi bakımından öğretide, yetki sözleşmesinin tarafları aksini kararlaştırmadıkça, devralan alacaklının da bu sözleşme ile bağlı olacağı ve bu sözleşmeye dayanabileceği savunulmaktadır.⁷⁹⁸ Tahkim anlaşması bakımından aksi yönde görüşler olmakla birlikte hâkim görüşün üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu ve tahkim anlaşmasına dayanabileceği yönünde olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹⁹ Kanaatimce de hem yetki anlaşması hem de tahkim anlaşması bakımından bu anlaşmaların üçüncü kişiyi bağlayacağı ve üçüncü kişinin bu anlaşmalara dayanabileceği kabul edilmelidir.

Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edildiği ihtimal bakımından⁸⁰⁰ belirtmek gerekir ki öğretide bir üçüncü kişi yararına sözleşmede vadeden ile vadettiren arasındaki yetki anlaşmasının üçüncü kişiyi de bağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir.⁸⁰¹ Tahkim anlaşması bakımından da aynı görüşü savunanlar olduğu gibi üçüncü kişinin rızasını arayan görüşler de mevcuttur.⁸⁰² Kanaatimce burada da hem yetki hem de tahkim anlaşmasının üçüncü kişiyi bağlayacağı görüşü kabul edilmelidir.

⁷⁹⁷ Yetki anlaşması bakımından: Marti-Schreier, para. 406-408. Tahkim anlaşması bakımından: Marti-Schreier, para. 413.

⁷⁹⁸ Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 4; BK-Becker, 1945, Art 170, para 1; BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 170, para 8.

⁷⁹⁹ Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 4 ve TBK 189, para 15; BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 170, para 8; öğretide ileri sürülen görüşlerin detayları için Gürzumar, 1259-1262. Söz konusu görüşlerin dayanaklarının eleştirisi ve borçlunun tahkim anlaşmasını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmesini TBK 188 I hükmü, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına dayanabilmesini ise kanun boşluğu doldurulması yoluyla açıklayan (kanımca da isabetli) görüş için bkz Gürzumar, 1263 vd.

⁸⁰⁰ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁸⁰¹ Staudinger-Klump, 2020, BGB 328, para 377 (yetki anlaşması) Krauskopf, para 1347 (yazar usul hukukundan doğan itirazların genel olarak üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebileceğini belirtmektedir); Çilenti Konuralp, 173-174.

⁸⁰² Görüşlerin özeti için bkz Kartal, 241 vd. Tahkim anlaşmasının kural olarak üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği yönünde: Kartal, 243-244; Krauskopf, para 1043; Staudinger-Klump, 2020, BGB 328, para 381. Üçüncü kişinin rızasının gerektiği görüşünde: Çilenti Konuralp, 174-175; Esen, 262; Eker Ayhan, 116-117. Yargıtay'ın her iki yönde değerlendirilebilecek kararlarının olduğu anlaşılmaktadır. Bu kararlar için bkz Kartal, 241 dn 415 vd 419. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiyi dışlamaması hâlinde üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına dayanabileceği yönünde: BGE 4A_310/2016, 3.1.1.

e. Takas Hakkı

Bu çalışmada üçüncü kişinin direkt talebi kabul edildiğinden, takas hakkı bu kabul üzerine doğacak senaryolar bağlamında ele alınacaktır.⁸⁰³ Burada yine alacağın devri hükümlerinden kıyasen yararlanmak yerinde olur. Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda zarar verenin hak sahibine karşı ileri sürebileceği savunmaları zarar verene karşı da ileri sürebileceği sonucuna varırken kullanılan TBK 188 I hükmünün kapsamına takas hakkının da girdiği kabul edilmektedir.⁸⁰⁴ Dolayısıyla zarar veren, üçüncü kişinin tazminat alacağına kavuşmasından önce (ya da üçüncü kişinin menfaatini daha sonra öğrenmişse bu tarihe kadar) hak sahibine karşı elde ettiği bir alacak ile (takasın diğer şartlarının mevcut olması kaydıyla) üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin borcunu takas edebilir.⁸⁰⁵

Buna ek olarak, TBK 188 II hükmü takas hakkına özel olarak ayrı bir imkân daha getirmiştir. Bu hüküm uyarınca “[b]orçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir.” Bu hüküm, takas hakkını kullanan kişinin kendi alacağının talep edilebilir durumda olması şartına bir istisna getirmektedir.⁸⁰⁶ Bu hükmün uygulanabilmesi için takas hakkını kullanmak isteyen kişinin devri öğrendiği sırada devredene karşı alacak hakkının mevcut olması ve bu hakkın devrolunan alaktan daha geç muaccel olmayacak olması yeterlidir.⁸⁰⁷ Bu hükmün üçüncü kişinin zararının tazmininde kıyasen uygulanması birçok durumda fiilen mümkün olmayacaktır. Bunun sebebi, üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkının kural olarak üçüncü kişi tazminat alacağına kavuştuğu anda muaccel olacak olmasıdır. Zarar verenin hak sahibine karşı alacak hakkının üçüncü kişinin tazminat alacağına kavuşmasından önce muaccel olması hâlinde zaten TBK 188 I uyarınca takas hakkı ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla TBK 188 II hükmün kıyasen uygulanması ile ek bir imkân doğmamaktadır.⁸⁰⁸

⁸⁰³ Üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edeceğinin kabulü hâlinde takas hakkının kullanımına ilişkin olarak detaylı açıklamalar için bkz Marti-Schreier, para 458 vd.

⁸⁰⁴ Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 33; Erbayraktar, 169-170.

⁸⁰⁵ Aksi yönde Marti-Schreier, para 471. Yazara göre borçlunun taraf olduğu sözleşmenin karşı tarafına karşı sahip olduğu alacağı takasa konu edememesinin adil olmadığı savunulabilirse de bu direkt talebe izin vermenin sonucudur. *Tandoğan* da benzer şekilde burada karşılıklılık şartının sağlanmadığı gerekçesiyle takasın mümkün olmadığını belirtmektedir. Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 349-350. Ancak her iki yazar, TBK 188 hükmünden kıyasen yararlanmanın mümkün olup olmadığını incelememektedir.

⁸⁰⁶ Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 36.

⁸⁰⁷ Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 37-39

⁸⁰⁸ Yine de belirtmek gerekir ki Alman hukukunda bir görüş, TBK 188 II’ye oldukça benzeyen BGB 406’dan yola çıkarak takas hakkı bakımından bu çalışmada TBK 188 I’dan yola çıkarak varılan sonuca varmaktadır. Üçüncü kişinin

Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabul edilebileceği ihtimallerde⁸⁰⁹ ise üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin hükümlere bakmak gerekecektir. TBK 141 hükmü üçüncü kişi yararına borçlanan kişinin bu borcu ile sözleşmenin diğer tarafından, yani hak sahibinden, olan alacağını takas edemeyeceğini belirtmektedir. Öğretide baskın görüş bu hükmün hem tam hem eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından uygulanacağını kabul etmektedir.⁸¹⁰ Bu durumda zarar verenin hak sahibinden olan alacağı ile üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin borcunu takas etmesi mümkün olmayacaktır.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vadedenin lehtara karşı borcu ile ondan olan alacağını takas edip edemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu ihtimal TBK 141'in kapsamına girmemektedir. Ancak buna rağmen öğretide bir görüş vadedenin takas hakkından feragat ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸¹¹ Kanaatimce isabetli olan görüşe göre peşin olarak her üçüncü kişi yararına sözleşme için bu sonuca varılamaz.⁸¹² Nitekim her hâlükârda üçüncü kişinin zararının tazmini özelinde takasa izin vermek gerekir, zira üçüncü kişinin zararının tazmini açık bir kanun hükmü aracılığıyla sağlansaydı zarar verenin tazminat borcu ile üçüncü kişiye karşı sahip olduğu bir alacak hakkını takas edebileceği hususunda tereddüt olmayacaktı. Böyle bir hükmün yokluğunda zarar veren aleyhine aksi yönde bir sonuca varmayı gerektirecek bir sebep yoktur. Dolayısıyla somut olayda zarar veren ile hak sahibi arasında sözleşme boşluğu doldurulması yoluyla kabul edilen ve üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan sözleşmenin bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu sonucuna varılması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminini konu

doğrudan talebini kabul eden yazarlardan *Henn*'e göre zarar doğduktan sonra fakat zararın üçüncü kişinin malvarlığında doğduğunun borçlu tarafından öğrenilmesinden önce elde edilen alacaklar bakımından zarar verene bu hükümden kıyasen yararlanarak takas imkanını tanımak gerekir: *Henn*, 282-283.

⁸⁰⁹ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁸¹⁰ Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz Kartal, 224-226; Develioğlu, 112-113. Hükmün eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelere uygulanmayacağı ve bu sözleşmeler bakımından vadeden ile vadettiren arasında lehtara ifa edilecek alacağı konu alan takasın mümkün olduğu yönündeki azınlık görüşü için bkz Aral, 143-144. Bu hükmün hem tam hem eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelere uygulanabileceğini kabul eden yazarlardan bir kısmına göre, vadedenin doğrudan üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan (karşı edim dışındaki) alacak hakları ile üçüncü kişiye olan ifa yükümlülüğünün takas edilmesi mümkündür: bkz Kartal, 225-226. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki bir görüş tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından (lehtar tarafından TBK 129 II'deki bildirim yapılınca kadar) vadettirenin takas beyanında bulunmasının mümkün olduğunu savunmaktadır: bkz Kartal, 227; Aral, 145; ZK-Aeppli, 1991, OR Art 122, para 19; Develioğlu, 112-113. Aksi yönde: MüKo-Gottwald, 2022, BGB 335, para 3.

⁸¹¹ BSK OR I – Müller, Art 122, para 4; BK - Zellweger-Gutknecht, 2012 Art 122 OR, para 21-21. Ayrıca alternatif olarak üçüncü kişi yararına sözleşmede TBK 144 I b 3 (OR 125 I b 2) uyarınca doğrudan alacaklıya verilmesi gereken bir alacağın söz konusu olduğu ve bu sebeple takasın mümkün olmadığı da savunulmuştur: BSK OR I – Müller, Art 122, para 4. TBK 144 I b 3 (OR 125 I b 2) hükmünde nafaka ve işçi ücreti örnekleri verildiğinden, burada salt sözleşmesel bir amaç sebebiyle doğrudan ifası gereken alacakların kastedilmediği yönünde: Marti-Schreier, para 461.

⁸¹² Kartal, 227; ZK-Aeppli, 1991, OR Art 122, para 22; Aral, 147.

alan alacak ile zarar verenin üçüncü kişiden olan bir başka alacağının takas edilebilmesine kural olarak bir engel yoktur.

5. Hak Sahibinin Üçüncü Kişiye Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar

Daha önce belirtildiği üzere gerek üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan (eksik) üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edilebildiği ihtimalde, gerekse geri kalan ihtimallerde üçüncü kişinin direkt talepte bulunabilmesi için TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanılmaktadır. Hatırlanacağı üzere bu hüküm uyarınca yasal devrin koşulu vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa etmiş olmasıdır. Bu hükmün kıyasen üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarına uygulanmasının bir anlamı da şudur: Hak sahibi, üçüncü kişiye olan kendi borcuna karşı bir savunma aracı olarak kullanabileceği (o borçla karşılıklılık ilişkisi içerisindeki) taleplerden aynı amaçla yararlanmaya devam edecektir. Örneğin, zarar meydana gelmemiş olsaydı üçüncü kişinin ifa talebi üzerine hak sahibinin ileri sürebileceği bir ödemezlik def'i mevcutsa, bu def'i varlığını koruduğu sürece üçüncü kişi direkt talebe kavuşamayacaktır.

Böyle bir savunmanın mevcudiyetini sürdürdüğü ve dolayısıyla üçüncü kişinin direkt talebe kavuşmadığı aşamada zarar veren üçüncü kişiye ödemede bulunursa ne olacağı sorusu akla gelebilir. Burada zarar verenin ödemede bulunmadan önce hak sahibine böyle bir savunmanın mevcut olup olmadığını sorma yönünde dürüstlük kuralından doğan bir yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilmelidir. Hak sahibinin zarar verene ödemede bulunabileceğini söylemesi hâlinde sorun yoktur. Zarar veren bu yükümlülüğünü yerine getirmeden ödemede bulunması hâlinde böyle bir savunma mevcut ise borcundan kurtulamayacaktır.⁸¹³ Savunma mevcudiyetini sürdürdüğü süreçte alacak üzerindeki rehne ilişkin TMK 961 III hükmünden kıyasen yararlanılabilir. Bu hükme göre alacak üzerindeki rehin kendisine ihbar edilmiş olan borçlu asıl alacaklı veya rehin alacaklısının borcun içlerinden birine ödenmesi yönünde rızasının olmaması hâlinde borcunu tevdi etmekle yükümlüdür.⁸¹⁴ Bu hükmün kıyasen uygulanılması sonucu varılacak sonuç şudur: Bu kısımda tartışılan türden bir savunmanın varlığı sebebiyle ödemede bulunmaması kendisine

⁸¹³ Bu durumda borçlu henüz borçlu olmadığı bir edimi borçlu olduğunu düşünerek yerine getirmiş olacak ve üçüncü kişi tasarruf işleminin sebepten soyut olduğu kabul edilirse TBK 78 hükmü kapsamında, aksi hâlde ise paranın karışması sonucu TBK 77 hükmü kapsamında sebepsiz zenginleşecektir. Bu ihtimaller hakkında bkz Öz, 191-192. Üçüncü kişi kötü niyetli sebepsiz zenginleşen konumundadır. İleride savunmanın ortadan kalkması sonucu üçüncü kişi tekrar tazminat talep ederse zarar veren sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağı ile tazminat borcunu takas edebilir.

⁸¹⁴ Burada yalnızca bir yetkinin değil bir yükümlülüğün söz konusu olduğu yönünde: Sirmen, Alacak Rehni, 94.

bildirilen (örneğin hak sahibine ödemede bulunup bulunamayacağını sorması sonucu bu yönde bir cevap alan) zarar veren tazminat borcunu tevdi etmelidir. Zarar veren bu yükümlülüğünü yerine getirmezse hak sahibi veya üçüncü kişi zarar vereni borcunu tevdi etmeye zorlayabilmelidir.⁸¹⁵ Böyle bir savunma mevcudiyetini sürdürdüğü hâlde üçüncü kişiye ödemede bulunan ve borcundan kurtulamayan borçlu, aynı tutarı tekrar tevdi etmek zorunda kalacaktır. Söz konusu savunmanın ortadan kalkmaması ve zarara uğraması hâlinde hak sahibinin, zararının üçüncü kişinin sorumlu tutulabileceği kadarını tevdi edilen miktardan alması mümkün olmalıdır.

Böylece direkt talebe karşı ileri sürülen önemli bir itiraz ortadan kalkmaktadır. Örneğin *Canaris*, üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkının aslında bir tür kaim değer niteliği taşıdığı hallerde, hak sahibinin, üçüncü kişinin (imkânsızlaşan) alacağı ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunan bir alacak hakkına ya da başka bir talebe sahip olması hâlinde, bu alacağı, üçüncü kişiye karşı üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkını devretmeyerek ya da elde ettiği miktarı üçüncü kişiye aktarmayarak bir savunma olarak ileri sürmesi imkânının doğrudan talep ile dolanılmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir.⁸¹⁶ Görüldüğü üzere bu çalışmada benimsenen görüş doğrultusunda kabul edilecek direkt talep, bu imkânın dolanılması sonucunu doğurmamaktadır.

Direkt talebi kabul eden yazarlardan *Henn* ise spesifik bir örnek üzerinden alternatif bir çözüm yolu önermektedir. Bir mesafe satışında eşyanın taşıyıcıdayken hasara uğraması sonucu alıcının, zararı tazmin edilene kadar satış bedelini ödemeyi haksız olarak reddettiğini varsayalım. Bu durumda da satıcı kredi çekmek zorunda kaldığı için zarara uğramış olsun. Üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edeceği kabul edilirse, satıcı zarara denk tutarı elde ettikten sonra üçüncü kişiden kendi zararına ilişkin alacağıyla elde ettiği tutarı ona devretme borcunu takas edebilir.⁸¹⁷ Direkt talep söz konusu olduğunda ise yazar şu çözümü önermektedir: Zarar veren (taşıyıcı) ile üçüncü kişinin (alıcı), hak sahibinin (satıcı) gecikmeden doğan zararından müteselsil sorumlu olduğu kabul edilsin. Diyelim ki satıcının zararı 5 TL, alıcının zararı ise 20 TL olsun. Taşıyıcı satıcıya 5 TL, üçüncü kişiye 15 TL ödeyip, daha sonra, satıcıya ödediği 5 TL için üçüncü kişiye rücu hakkı doğacağından, bu alacağı ile üçüncü kişiye karşı kalan borcunu takas edebilir.

⁸¹⁵ Alacak rehni bakımından benzer yönde: Taşkın, Alacak Rehni, 440 (yazara göre hem rehin veren hem de rehin alan borçluyu tevdi zorlayabilir); Sirmen, Alacak Rehni, 91 ve 95 (yazara göre rehin veren doğrudan, rehin alan ise rehin veren aracılığıyla borçludan tevdi talep edebilir).

⁸¹⁶ Canaris, Larenz'e Armağan, 99-100

⁸¹⁷ Elbette burada hak sahibinin zararın kendisine ödenmesini talep edebileceği varsayımından hareket edilmektedir.

Böylece ekonomik olarak direkt talebin kabul edilmediği ihtimalle aynı sonuca varılmış olacaktır.⁸¹⁸ Kanaatimce bu çözüm karmaşık olduğu gibi taşıyıcının satıcının gecikme sebebiyle uğradığı zarardan müteselsilen sorumlu tutulmasının da bir dayanağı yoktur. Bu çalışmada benimsenen çözüm istenen amaca daha basit bir şekilde hizmet etmektedir.

6. Üçüncü Kişinin Zararın Doğmasından Önce Önleyici Bir Talepte Bulunup Bulunamayacağı Sorunu

Kişilik hakkına, mülkiyet hakkına ya da zilyetliğe saldırı tehlikesi bakımından bu hakların sahibinin saldırının önlenmesini talep edebileceği TMK 25 I, 683 II ve 983 II hükümlerinde açıkça belirtilmiştir. Peki zarar kaymasının gerçekleştiği hallerde üçüncü kişi bu hakka sahip midir?

Alman hukukunda benzer nitelikteki BGB 1004 hükmüne göre malik, mülkiyet hakkına yapılan saldırının durdurulmasını ve tekrarına ilişkin tehlike varsa saldırının önlenmesini isteyebilir. Alman öğretisinde ve özellikle içtihadta genel olarak mülkiyet hakkı dışında haksız fiil hukuku tarafından korunan diğer haklar bakımından da zararın doğmasının önlenmesi için dava açılabilir. ⁸¹⁹ Zira böyle bir imkânın tanınmasının arkasında yatan düşünce, eğer bir davranış yasaklanmışsa bunun korunmaya değer bir menfaati güvence altına almak amacıyla olması ve bu imkânın söz konusu menfaatin korunması için gerekli olmasıdır, yoksa hakkın mutlak ya da nispi olması değil.⁸²⁰ Henn'in haklı olarak belirttiği gibi, saldırının önlenmesi/durdurulmasına ilişkin korumanın somut olayda bahşedilip edilmeyeceği bağımsız bir sorun olmayıp, ilgili menfaatin zarar görmesi halinde tazminat talebinin doğup doğmayacağı sorununun bir uzantısıdır.⁸²¹ Dolayısıyla, haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmininin kabul edildiği bir senaryoda, örneğin üçüncü kişiye devredilecek bir eşyaya zarar gelme riski söz konusuysa, üçüncü kişiyi de önleyici bir korumadan yararlandırmak mümkün olmalıdır.⁸²² Aksi takdirde hak sahibi önleyici talepte bulunmak için yeterince menfaati olmayabileceği için harekete geçemeyebilir.

⁸¹⁸ Henn, 300-301.

⁸¹⁹ Henckel, 120; Staudinger-Gursky, 2012, BGB 1004, para 16 (yazar kendisi bu görüşe katılmasa da içtihadın bu yönde olduğunu belirtmektedir); Hohloch, 169 vd (ancak yazar bu imkânla ilişkin ikna edici bir teorik temelin ortaya konmadığını belirtmektedir).

⁸²⁰ Henckel, 120; benzer yönde MüKo-Raff, 2023, BGB 1004, para 40 ve 41; Baur, 381 ve 383; Henn, 275.

⁸²¹ Henn, 275.

⁸²² Henn, 275.

Bunun yanında, borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmininde üçüncü kişinin, ifayı güvence altına alan yan yükümlerin yerine getirilmesini borçludan talep edip edemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Alman öğretisinde, taraflar açıkça bu yönde bir talebe izin vermese dahi, bir borç ilişkisinde en azından alacaklının başka bir koruma imkânı olmadığına son çare olarak bu yönde bir talebe izin verilebileceği savunulmaktadır.⁸²³ Henn, genel olarak alacaklıya bu imkânın tanınması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmininde de üçüncü kişinin malvarlığında zarar doğmasını engellemeye yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesini üçüncü kişinin ileri sürebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Örneğin, bir dolaylı temsil ilişkisinde, borçlu (Z)'nin daha önce teslim ettiği ürünlerde kullandığı paketleme yönteminin ürünlerin zarar görme riskini artırdığını öğrenen dolaylı temsil olunan (Ü), dolaylı temsilci (H)'nin (Ü) hesabına iktisap ettiği ürünler için (Z)'den ürünlerin niteliğine daha uygun düşen bir paketleme yöntemi seçmesini talep edebilmelidir.⁸²⁴

7. Üçüncü Kişinin Teminatlara ve Cezai Şarta Başvurabilmesi

Akla gelebilecek bir diğer önemli mesele borçlunun kusuruyla aykırı davrandığı edimini güvence altına alan kefalet ya da rehin hakkı gibi fer'i teminatlar ile cezai şartın durumudur. Burada yine alacağın devrine ilişkin TBK 188 I hükmünden kıyasen yararlanmak mümkündür. Bu hükme göre “[a]lacağın devri ile devreden kişinin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.”

Fer'i teminatların bu hükmün kapsamında olduğu hususunda tereddüt yoktur.⁸²⁵ Dolayısıyla kefil ya da rehne üçüncü kişinin başvurması mümkün olmalıdır. Öğretide cezai şartın da devirden önce muaccel olmamak kaydıyla hükmün kapsamında olduğu kabul edilmektedir.⁸²⁶ Üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından üçüncü kişinin zararına yol açan borca aykırı davranışa bağlanan bir cezai şart söz konusu olmalıdır, zaten söz konusu cezai şart kural olarak üçüncü kişinin tazminat

⁸²³ Köhler, 506; benzer şekilde kural olarak dava edilebilir bir kaçınma yükümlülüğünün olmadığı fakat istisnaen buna izin verilebileceği yönünde: MüKo-Bachmann, 2022, BGB 241, para 80-82; genel olarak borçlunun davranışının ifayı mümkün kılan seçeneklerden biri olmadığı ve ifayı tehlikeye düşürdüğü durumlarda bu yolun açık olması gerektiği yönünde: Kähler, 114 vd.

⁸²⁴ Henn, 257-259.

⁸²⁵ Oğuzman/Öz, C II, para 1738; Kapancı, Alacağın Devri, TBK 189, para 12; BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 170, para 8; von Tuhr/Escher, 354.

⁸²⁶ Oğuzman/Öz, C II, para 1743; Kapancı, Alacağın Devri, TBK 189, para 13; BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 170, para 8; von Tuhr/Escher, 356. Talep edilebilir hale gelmiş cezai şartlar bakımından, ifaya eklenen ve seçimlik olarak istenebilen cezai şart türleri için farklı sonuçlara varan daha kapsamlı bir inceleme için bkz Kapancı, Alacağın Devri, TBK 189, para 13.

talebine kavuşmasıyla aynı anda muaccel olacaktır. Sonuç olarak üçüncü kişinin bu ihtimâlde cezai şart talep etmesi de mümkün olacaktır. Bu durum borçlu için olumsuz bir durum teşkil etmemektedir, zira borçlu söz konusu cezai şartı kendisi kabul etmiştir ve borca aykırı davranışının ekonomik açıdan kimin malvarlığını etkilediği onun açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır. Nitekim cezai şart talep edilebilmesi için zaten bir zararın doğmuş olması da gerekmemektedir.⁸²⁷

Ancak dikkat etmek gerekir ki bu çalışmada benimsenen görüş uyarınca kural olarak tazminat hak sahibinin farazi zararı ile sınırlanmıştır. Teminatlara da bu tutardaki tazminat alacağı için başvurmak mümkün olacaktır. Cezai şart bakımından ise bu tutarın (hak sahibinin farazi zararının) cezai şartı aşması durumunda aşan miktarın tazmini bakımından TBK 180 II uyarınca üçüncü kişinin borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekecektir.

Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edilmesinin mümkün olduğu durumlarda⁸²⁸ da menfaatler dengesi üçüncü kişinin teminata ve cezai şarta başvurabilmesi açısından farklı bir sonuca varmayı gerektirmemektedir.⁸²⁹ Bu ihtimalde kural olarak borçlu üçüncü kişinin zararının tamamından sorumlu olacaksa da teminatın kapsamı bakımından dikkatli olmak gerekecektir. Teminat veren her ne kadar altına girdiği riski tartarken temel olarak borçlunun borcunu ödeyememe ihtimalinin ne kadar yüksek olduğunu dikkate alsa da alacaklının uğrayacağı olası zararı da hesaba katması doğaldır. Teminat verenin üçüncü kişinin menfaatinden haberdar olması durumunda teminat tazminat alacağının tamamını kapsamına almalıdır. Eğer teminat verenin üçüncü kişiden haberi yoksa bu durumda teminat veren bakımından mesele alacaklının sonradan değişmesine, yani alacağın devrine, benzemektedir. Dolayısıyla burada alacağın devrinden sonra borca aykırı davranan borçlunun tazminat borcunun kapsamına ilişkin benimsenecek görüş doğrultusunda bir sonuca varmak gerekir.⁸³⁰

⁸²⁷ Bkz TBK 180 I.

⁸²⁸ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁸²⁹ Genel olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından TBK 189 I hükmünün kıyasen uygulanabileceği ve kural olarak teminatlara üçüncü kişinin başvurabileceği yönünde: Çilenti Konuralp, 148 vd; cezai şartın münhasıran vadettiren lehine tanınması hâlinde üçüncü kişi tarafından talep edilemeyeceği yönünde: Çilenti Konuralp, 130; tam üçüncü kişi yararına sözleşmede teminatın ve cezai şartın üçüncü kişinin alacak hakkını kapsıyor olması hâlinde bu yönde: Kartal, 262-263. Nitekim bu çalışmada kural olarak eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı kabul edildiğinden, daha önce açıklandığı üzere üçüncü kişi direkt talebe yine TBK 509 I hükmü aracılığıyla kavuşacak ve alacağın devrine ilişkin TBK 189 I hükmü burada da kıyasen uygulanarak aynı sonuca ulaşılabilecektir: bkz yukarıda §4.A.1.

⁸³⁰ Bu konuda öğretide ileri sürülen görüşler için bkz yukarıda §4.B.2.b.

8. Temerrüt Faizi

Burada akla gelebilecek bir diğer mesele tazminat talebine işleyecek temerrüt faizinin durumudur. Belirtmek gerekir ki hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmaların mevcut olmadığı durumda tazminat alacağı zarar meydana geldiği anda doğrudan üçüncü kişiye ait olacağından bu andan itibaren işleyecek temerrüt faizinin de üçüncü kişiye ait olacağı hususunda tereddüt yoktur.

Hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmalar üçüncü kişinin tazminat alacağına kavuşmasını geciktirirse bu süreçte ne olacaktır? Savunmalar mevcut olduğu sürece üçüncü kişinin tazminat alacağına kavuşamamasının altında yatan düşünce hak sahibini korumaktır ve bundan zarar verenin menfaat sağlamaması gerekir. Dolayısıyla henüz tazminat talep edilemeyen bu aşamada da temerrüt faizinin işlemeye başladığını kabul etmek gerekir, zira hak sahibi kendisi zarara uğramış olsaydı da olacak olan budur. Daha sonra söz konusu savunmaların ortadan kalkması sonucu işleyen temerrüt faizi de üçüncü kişiye ait olacaktır. Burada asıl alacakla birlikte işleyen faizlerin alacağın devriyle devralana geçeceğini belirten TBK 189 II hükmünden kıyasen yararlanılabilir.

9. Zamanaşımı

Son olarak zamanaşımıyla ilgili birkaç meseleye değinmek yerinde olur. Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkı TBK 146 uyarınca kural olarak 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacak hakkı ise somut olaya uygulanabilir özel bir hüküm mevcut olmadıkça TBK 72 uyarınca üçüncü kişinin zarar göreni öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her hâlükârda fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıllık zaman aşımına tabidir.

Zarar verenin tazminat borcunu ikrar etmesi hâlinde zamanaşımı kesilecektir (TBK 154 I/1). Öğretide ikrarın zamanaşımını kesebilmesi için borcun alacaklısına yöneltilmesi gerektiği, bir başkasına yapılan ikrarın zamanaşımını kesmeyeceği ifade edilmektedir.⁸³¹ Üçüncü kişinin zararının tazmininde bu kurala bir istisna tanımak gerekir. Tazminat borçlusu ikrarda bulunduğu sırada zararın üçüncü kişinin malvarlığında doğduğunu bilmiyor olabileceği gibi bunu bilse dahi tazminat talep etmeye hak sahibinin yetkili olduğunu da düşünüyor olabilir. Somut olayda bu tür

⁸³¹ Oğuzman/Öz, C I, para 1942; Gümüş, Borçlar Genel, 1232-1233; BK-Wildhaber/Dede, 2021, Art 135 OR, para 26.

meselelerin ispatındaki zorluklardan kaçınmak için tazminat borçlusunun hak sahibine veya üçüncü kişiye karşı ikrarının zamanaşımını keseceğini kabul etmek yerinde olur.⁸³²

Üçüncü kişinin zararının tazminini dava etmesinin zamanaşımını keseceği hususunda tereddüt yoktur (TBK 154 I/2). Hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazmini için dava açması hâlinde ise üçüncü kişinin bu davaya rızasının olup olmadığına bakılmalıdır, zira üçüncü kişinin bu davaya rızası bir tahsil temliki olarak yorumlanabilir.⁸³³ Bu durumda da zamanaşımı kesilmiş olacaktır.

§5. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininin Diğer Talep Dayanakları Karşısındaki Durumu ve Olası Yarışma Problemi

Üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ne olduğu, ortaya çıkma sebebi, nasıl çözülmesi gerektiği, şartları ve ortaya çıkabilecek özel meseleler yukarıda ele alındı. Bu bölümde ise şimdiye kadar ele alınan meselelerde benimsenen görüşler doğrultusunda üçüncü kişinin zararının tazmininin olası diğer talep dayanakları karşısında nasıl konumlandırılacağı ele alınacaktır. Bu talep dayanaklarından bazıları ile üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının aynı anda gerçekleşmesi mümkündür. Bu durumda bu iki talebin birbiriyle yarışıp yarışmayacağı meselesi gündeme gelecektir.

A. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Borca Aykırılıktan Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi, alacaklıya (ve dolayısıyla ifaya) yakınlığı sebebiyle ifanın oluşturduğu risklere maruz kalan ve zarara uğrayan bir üçüncü kişiye, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeye taraf olmasa dahi borçluya karşı sözleşmesel sorumluluk kurallarına tabi bir tazminat talebi yöneltme imkânı sağlamaktadır.⁸³⁴ Türk hukuku bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ünlü örneği Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1992 yılında verdiği tüp patlaması kararıdır.⁸³⁵ Davaya konu olayda davalıdan satın alınan tüp arızalı çıkmış ve gaz kaçırmaya başlamıştır. Bunun üzerine satış sözleşmesinin tarafı alıcının talebi üzerine ona yardım etmeye gelen davacı tüpün patlaması sonucu yaralanmıştır. Davacının satıcıya açtığı dava bakımından haksız fiil zamanaşımı dolmuştur. Yargıtay ise burada edime ilişkin

⁸³² Alacağın devrinde de borçlunun ikrarının zamanaşımını kesici etkisi bakımından TBK 186 hükmünün uygulanacağı yönünde: Kapancı, Alacağın Devri, TBK 186, para 10; CHK OR-Reetz/Burri, Art 167, para 3.

⁸³³ Bkz yukarıda §4.B.1.b.iii.

⁸³⁴ Karabağ Bulut, 13; Çelt, 222-223.

⁸³⁵ HGK E 1992/213 K 1992/315 06.05.1992.

tehlikelere davacının da en az tüpün alıcısı kadar maruz kaldığına, bu sebeple her ne kadar satış sözleşmesine taraf olmasa da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi uyarınca sözleşmeden doğan koruma yükümlülüğünün kapsamına girdiğine ve borca aykırılığa dayanan (ve dolayısıyla daha uzun zamanaşımına tabi) bir talep ileri sürebileceğine hükmetmiştir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin temel olarak öğretide belirtilen şartları, sözleşmesel sorumluluğun genel şartlarına ek olarak, şunlardır: üçüncü kişinin ifaya yakınlığı, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaatinin olması, borçlunun teori kapsamında korunacak üçüncü kişi çevresini öngörebilecek durumda olması ve üçüncü kişinin korunma ihtiyacı.⁸³⁶ Burada bu şartların detaylarına ve her bir şart ile ilgili tartışmalı meselelere girilmeyecektir.⁸³⁷

İlk olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu birbirinden ayırmak için bir kriter olarak kimi yazarlar, üçüncü kişinin zararının tazmininde üçüncü kişinin zararının hak sahibinin talebine çekilerek birleştirildiğini, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise bunun tam tersinin olduğunu belirtmektedir.⁸³⁸ Öğretide ileri sürülen bir diğer fark ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede sözleşmenin nispiliği ilkesi ihlal edilirken üçüncü kişinin zararının tazmininde nispilik ilkesi ihlal edilmeyip yalnızca alacaklının menfaati ilkesinin ihlal edilmesidir.⁸³⁹ Tahmin edileceği üzere bu iki fark, (bu çalışmada benimsenmeyen) üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edeceği görüşüne dayanmaktadır. Zararın tazminini hak sahibinin talep edeceği kabul edilse dahi bu yaklaşım iki kurum arasındaki sınırı çizmemekte, daha ziyade iki kurumun uygulanması halinde sonuç bakımından nasıl bir farklılık ortaya çıkacağını belirtmektedir. Ayrıca daha önce de belirtildiği gibi sözleşmenin nispiliği ile alacaklının menfaati ilkeleri arasındaki ayrım siliktir.⁸⁴⁰

Öğretide bir görüş ise bu iki kurum arasında ayrım yapmaya gerek olmadığını, her iki kurumun da aynı prensiplere dayandığını⁸⁴¹ ve zarar ile talebin birbirinden ayrıldığı durumları çözümlediğini ileri sürmektedir.⁸⁴² Hatta kimi yazarlara göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü

⁸³⁶ Karabağ Bulut, 99 vd; Çelt, 225; Marti-Schreier, para 302; Westermann/Bydlinski/Weber, para 16/9 vd.

⁸³⁷ Şartlar hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz Karabağ Bulut, 99 vd; Çelt, 226 vd.; von Graffenried, para 453 vd. Alman hukuku ve içtihadında aranan şartların özeti için bkz Brockmann/Künnen, 731 vd. Üçüncü kişinin korunma ihtiyacı şartının aranmaması gerektiği yönündeki görüşler ve dayanakları için bkz von Graffenried, para 476 vd.

⁸³⁸ Marti-Schreier, para 303; von Graffenried, para 632; Fatzer, 69; Petersen, Drittschadensliquidation, 19; Serozan, İfa, §19 para 3 dn 142.

⁸³⁹ Von Graffenried, para 633.

⁸⁴⁰ Bkz yukarıda §2.A.

⁸⁴¹ Walter, Vertrauenshaftung, 290.

⁸⁴² Honsell, Özel, 409; Walter, Vertrauenshaftung, 290;

kişinin zararının tazmininin bir görünümüdür ve gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini olarak nitelendirilebilir.⁸⁴³

Her ne kadar iki kurum da bir kişinin tarafı olmadığı sözleşmenin ifası sırasında zarar gördüğünde sözleşmenin tarafına başvuramaması ve zarar verene de en fazla haksız fiile dayanan bir talep ileri sürebilmesi sebebiyle doğan haksızlığı gidermeyi amaçlaması sebebiyle benzerlik taşısa da⁸⁴⁴ kanaatimce yerinde olan görüşe göre iki kurum arasında önemli farklılıklar mevcuttur. İki kurum arasındaki belki de en önemli fark, temeldeki değer yargısıdır. *Luther*'in belirttiği gibi üçüncü kişinin zararının tazmininin altında yatan dayanak en nihayetinde yani zarar verenin zarar kayması sebebiyle sorumluluktan kurtulmasının hukuk düzeninin sistematigi ile bağdaşmamasıdır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ise aslında temelde ekonomik ya da sosyal sebeplere dayanmaktadır.⁸⁴⁵

Temelde yatan değer yargısıyla bağlantılı olarak iki kurumu birbirinden ayıran anahtar kavram zarar kaymasıdır. Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna başvurulduğunda, üçüncü kişinin zararı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin riskin hak sahibinin malvarlığından üçüncü kişinin malvarlığına kaymasından kaynaklanmakta, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise söz konusu zarar üçüncü kişinin hukuki menfaatlerinin borcun ifasından kaynaklanan risklere tıpkı alacaklı gibi maruz kalmasından doğmaktadır.⁸⁴⁶ Üçüncü kişinin zararının tazmini, en nihayetinde zarar kayması sonucu zarar verenin adil olmayan şekilde sorumluluktan kurtulmasını önlemektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise borçlunun sözleşmesel sorumluluğunun alacaklı ile özel bir bağ içerisinde olup ifaya yakınlığı öngörülebilir belirli kişilere karşı genişlemesi söz konusudur. Yani ilk halde zarar verenin sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilirken, ikincisinde borçlunun sorumlu tutulduğu menfaatler kümesi baştan itibaren genişletilmektedir.⁸⁴⁷

Her ne kadar bir zamanlar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin yalnızca bedensel zararlar bakımından uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüş olsa da günümüzde zararın türünün üçüncü

⁸⁴³ Bkz Weber, 217-218; Perren, 60.

⁸⁴⁴ Von Graffenried, para 630.

⁸⁴⁵ Luther, 593; üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından benzer yönde Neuner, JZ, 130.

⁸⁴⁶ Luther, 592.

⁸⁴⁷ Von Graffenried, para 633; Armbrüster, FS Wiegand, 75; Siegrist, 91; Keller, 64; Bärtschi, 422-423; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 292; Larenz, 464; von Schroeter, 14; Traugott, 72-73; Dahm, 2-3; Keitel, 141-142; Marti-Schreier, para. 306; Henn, 119; Fatzer, 69; Brockmann/Künnen, 734; Bredemeyer, 103; Hübner/Sagan, 745; Berg, NJW, 2018; Luther, 593; Doobe, 81. Türk hukukunda benzer yönde Karabağ Bulut, 22.

kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilirliği bakımından fark yaratmadığı belirtilmektedir.⁸⁴⁸ Yine kimi yazarlara göre üçüncü kişinin zararının tazmini belirli olay gruplarıyla sınırlı olarak ortaya çıkarken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme için böyle bir durumun söz konusu olmadığı şeklinde bir ayırım yapılabilirse de üçüncü kişinin zararının tazmininin belirli olay gruplarıyla sınırlı olmadığı günümüzde birçok yazarca kabul edilmektedir.⁸⁴⁹

Ayrıca öğretide iki kurum arasındaki bir başka farklılık olarak üçüncü kişinin zararının tazmininde zarar kaymasına yol açan unsurun hak sahibi ile zarar veren arasındaki ilişkinin dışındayken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede üçüncü kişinin zararına yol açan riskin alacaklı (hak sahibi) ile borçlu (zarar veren) arasındaki ilişkiden kaynaklandığı ileri sürülmüştür.⁸⁵⁰ Bu görüşe haklı olarak karşı çıkılmıştır. Nitekim üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki ilişki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede de önemlidir, zira üçüncü kişinin ifaya yakınlığı aranan şartlardan biridir. Ayrıca üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında da borçlunun üçüncü kişiye zarar verebiliyor olmasının sebebi aslında borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmedir.⁸⁵¹

İki kurum arasındaki farklar ortaya konduğuna göre sıradaki cevaplanması gereken soru ilk bakışta iki kurumun da uygulama alanına giriyor gibi görünen olay gruplarının nasıl çözüleceğidir. İki kurumun şartlarının birlikte gerçekleşebileceği bir örnek şudur: (H) babası (Ü)'nün atını ödünç alır ve (Z) tarafından düzenlenen atlama yarışına katılır. (Z)'nin normalde oldukça dikkatli olan bir çalışanı çiti düzgün sabitlemediği için at yaralanır. (Z) çalışanın fiilinden dolayı ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk hükümleri uyarınca (H)'ye karşı sorumludur ancak (H)'nin zararı yoktur. (Z)'nin (Ü)'ye karşı adam çalıştıranın sorumluluğu hükümleri uyarınca doğacak sorumluluğu bakımından ise (Z) kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilecektir.⁸⁵² (Ü)'nün (Z)'nin çalışanına haksız fiil hükümlerine dayanarak başvurması mümkün ise de çalışanın ödeme güçsüzlüğü sebebiyle eli boş dönmesi olasıdır.

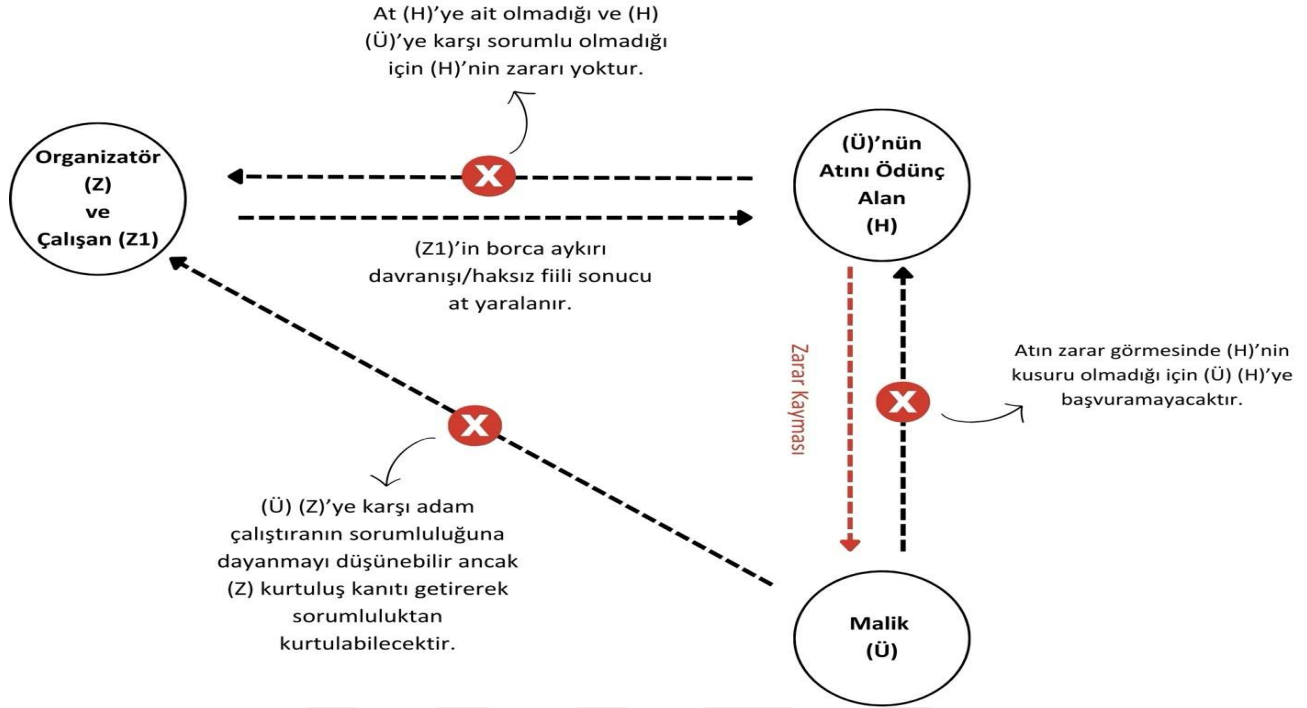
⁸⁴⁸ Von Graffenried, para 634; Gernhuber, 556; Alman Federal Mahkemesinin eski içtihadının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin yalnızca bedensel zararın tazmini için uygulanabileceği yönünde olduğu ancak daha sonra bu görüşün terkedildiği yönünde: Brockmann/Künne, 734; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 291; üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından bu durumun mahkemenin ilk başlarda bedensel zarara ilişkin olaylar için karar vermek durumunda kalmasından kaynaklanan bir tesadüf olduğu yönünde: Hübner/Sagan, 744; von Schroeter, 14; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 66; Keller, 64.

⁸⁴⁹ Bkz yukarıda §1.C.2.

⁸⁵⁰ Siegrist, 91.

⁸⁵¹ Marti-Schreier, para 304.

⁸⁵² Hübner/Sagan, 745.



Şekil 13 – Ödünç Sözleşmesi

Alman Federal Mahkemesi bu olayda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi uyarınca (Z)'yi ifa yardımcısının fiilinden (Ü)'ye karşı sorumlu tutmuştur.⁸⁵³ Öğretiye göre bu olayın üçüncü kişiye ait eşya üzerinde özen yükümlülüğü doğuran ilişkiler (*Obhutsfalle*) grubuna benzediği ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulmasının mümkün gözüktüğü belirtilmektedir.⁸⁵⁴ Kanaatimce de burada zarar kayması mevcuttur ve üçüncü kişinin zararının tazminin şartları sağlanmış görünmektedir. Alman Federal Mahkemesi bu kararında iki kurum arasındaki ilişki üzerinde durmamıştır. Peki bu durumda nasıl hareket etmek gerekir?

Öğretide bu konuda hemen hemen her alternatifini savunan görüş ortaya atılmıştır. Her iki kurum arasında bir fark olmadığını savunan ve yukarıda işaret edilen görüşler doğal olarak iki kurum arasındaki ilişkiyi de incelememektedir. Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre ise her iki kurumun şartlarının aynı anda sağlanması mümkündür ve pratik olarak bu gibi durumlarda iki kurumun birbirinden ayrılması zor olup belirsizliklere yol açacağından iki kurum kümülatif olarak uygulanmalıdır.⁸⁵⁵ Bu görüşün ve bu çalışmadaki gibi üçüncü kişinin zararının tazmininde üçüncü

⁸⁵³ BGH NJW 2011, 139.

⁸⁵⁴ Hübner/Sagan, 745.

⁸⁵⁵ Bkz Hübner/Sagan, 745. Benzer yönde: Lee, 115. Bu durumda hak sahibinin talepte bulunacağı kabul edilirse, bir görüşe göre hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazmininden doğan alacak hakkı ile üçüncü kişinin üçüncü kişiyi

kişinin direkt talebinin kabulü hâlinde aslında iki kurum yarışmış olacaktır. Nitekim öğretide bir başka görüş de, üçüncü kişinin zararının tazmininde direkt talep kabul edilmese dahi, her iki kurumun yarışacağını savunmaktadır.⁸⁵⁶ Bu görüşe göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartları daha ağır olduğundan, bu şartlar sağlandığında alternatif olarak üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabiliyor olması zarar veren açısından dezavantajlı bir durum yaratmamaktadır.⁸⁵⁷

Bu görüşlere karşı şu eleştiri ileri sürülmektedir: Üçüncü kişinin zararının tazmini, üçüncü kişinin zarar verene ya da hak sahibine karşı ileri sürebileceği bir tazminat alacağı olmaması üzerine kurgulanmaktadır. Oysaki, şartlarının sağlandığı ihtimalde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ona bu alacak hakkını bahşetmektedir.⁸⁵⁸ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarından biri ise üçüncü kişinin koruma ihtiyacıdır, halbuki üçüncü kişinin zararının tazmininin şartları sağlanmışsa üçüncü kişinin böyle bir ihtiyacı mevcut değildir.⁸⁵⁹ Dolayısıyla bu iki kurum karşılıklı olarak birbirini dışlamaktadır.⁸⁶⁰ Ancak bu durumda, örneğin yukarıdaki atlama yarışı örneğinde, hangi kuruma başvurmak gerekecektir? Öğretide bir görüşe göre her iki kurumu öngörülebilirlik şartı ile ayırmak gerekir. Zararın üçüncü kişinin malvarlığında doğabileceği borçlu tarafından öngörülebilir değil ise ancak bu durumda tesadüfi zarar kayması söz konusudur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir. Üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olmaması ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi dışlar. Tam tersi, söz konusu menfaat öngörülebilir ise bu durumda tesadüfi bir zarar kaymasından söz edilemeyecek ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamayacaktır. Bu durumda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanmak mümkündür.⁸⁶¹

koruyucu etkili sözleşmeden doğan tazminat alacağının müteselsil alacaklılık ilişkisi meydana getireceği kabul edilebilir, böylece zarar veren hak sahibi ile üçüncü kişiden birine yapacağı ödeme ile borcundan kurtulacaktır: bkz Hübner/Sagan, 745.

⁸⁵⁶ Bärtschi, 426; Berg, Jus, 366 – 367. Direkt talebin kabul edilmemesi hâlinde teknik olarak bir yarışmadan söz edilemeyeceği, zira her iki kurumdan doğan alacağın aynı kişiler arasında mevcut olmayacağı yönünde: Marti-Schreier, para 265; von Graffenried, para 637 (yazar yine de üçüncü kişinin zararının tazmini kapısının açık tutulması gerektiğini, çünkü bazı hallerde alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki sebebiyle zararın tazmininin alacaklı aracılığıyla sağlanmasının daha pratik olabileceğini belirtmektedir).

⁸⁵⁷ Von Graffenried, para 605.

⁸⁵⁸ Hübner/Sagan, 746.

⁸⁵⁹ Hirth, 142; Hübner/Sagan, 746.

⁸⁶⁰ Hübner/Sagan, 746; benzer yönde Hirth, 142.

⁸⁶¹ Hirth, 143. Yazara göre sonuç olarak kiralık dairede kiracıya ait olmayan bazı eşyaların bulunması ve bunların kiralananadaki ayıp sebebiyle zarar görmesi örneği şu şekilde çözülecektir: Eğer kiraya veren tarafından kiracının üçüncü kişiye ait eşyaları evde depolayacağı öngörülebilir ise bu durumda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulacaktır. Öngörülebilir değil ise üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak gerekecektir: Hirth, 143-144.

Aslında bu görüş, öngörülebilirlik üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bir şartı olduğundan, şartlarının sağlanması hâlinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye öncelik tanımaktadır. Nitekim öğretideki (özellikle Alman hukukunda) hâkim görüş de sonuç bakımından bu yöndedir.⁸⁶² Yine Alman hukukunda savunulan bir başka görüş ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kabulünde benimsenen hukuki dayanağa göre varılacak sonucun değişeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre eğer zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temellendiriliyorsa, üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının sağlandığı varsayımında, bu durumda tarafların üçüncü kişinin zararının tazmininin ötesine geçip üçüncü kişiye doğrudan bir talep hakkı tanımak yönünde varsayılan bir iradelerinin olacağını savunmak güçtür. Dolayısıyla burada üçüncü kişinin zararının tazminine üstünlük tanımak gerekir.⁸⁶³

Eğer üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin doğrudan kanundan doğduğu görüşü kabul ediliyorsa, taraflar üçüncü kişinin zarar göreceğini düşünselerdi sözleşmeye nasıl bir hüküm koyarlardı sorusunun bir önemi kalmamaktadır. Bu durumda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye üstünlük tanımak gerekir.⁸⁶⁴ Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede üçüncü kişinin pozisyonu daha güçlüdür, bu sebeple de şartları daha ağırdır (ifaya yakınlık, alacaklının üçüncü kişinin korunmasında menfaati, zarar veren tarafından öngörülebilirlik gibi). Bu ağır şartlar sağlandığında sırf zarar kayması mevcut diye üçüncü kişinin zararının tazminine öncelik tanıyarak üçüncü kişiye daha zayıf bir imkân tanımak yerinde olmayacaktır.⁸⁶⁵

⁸⁶² Gomille, 622; Petersen, Drittschadensliquidation, 19; Loser-Krogh, 603; Marti-Schreier, 268; von Schroeter, 16; Lange/Schiemann, 485; Traugott, 73; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 293; Becker, 734; Palandt-Grüneberg, Vorb v §249, para 107 ve §328 para 19; Hirth, 143; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 66; Doobe, 81. Türk hukukunda bu yönde Karabağ Bulut, 23-24 (yazara göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlanmamış olması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir); Çelt, 108 (yazara göre üçüncü kişinin konumunun daha güçlü olması gerekçesiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme daha önceliklidir ancak somut olayda bir şekilde üçüncü kişinin zararının tazmini daha avantajlıysa bu yola başvurulmasına engel olunmamalıdır). Ayrıca Alman Federal Mahkemesi bir kararında (NJW 1968, 885) bu yönde görüş bildirmiştir. Bu kararda bir dükkânın kiracısının kız kardeşi ayıp sebebiyle zarara uğramıştır. Alt derece mahkemesi zararın üçüncü kişinin zararının tazmini uyarınca giderilmesine hükmetmiştir. Federal Mahkeme ise üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulanıp uygulanamayacağının tartışılmasına gerek olmadığını, çünkü davacının zarar verene karşı doğrudan ileri sürebileceği (üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan) bir talebinin mevcut olduğunu belirtmiştir.

⁸⁶³ Hübner/Sagan, 746.

⁸⁶⁴ Hübner/Sagan, 746.

⁸⁶⁵ Hübner/Sagan, 746.

Öğretideki son görüşe göre ise üçüncü kişinin zararının tazmininin şartları sağlanmışsa üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulamaz.⁸⁶⁶ *Siegrist*'e göre bunun sebebi üçüncü kişinin zararının tazmininin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye göre taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyle daha yakın bir bağlantı içinde olması ve (yazar hak sahibinin talepte bulunacağını savunduğu için) nispiyet ilkesini ihlal etmemesidir.⁸⁶⁷ Benzer görüşteki *Keitel* ise bu sebebe ek bir sebep daha ileri sürmektedir. Yazara göre, Alman hukukunda, üçüncü kişinin zararının tazmini kanun koyucunun iradesi ile daha uyumludur, zira kanun yapım süreci incelendiğinde burada kanun koyucunun üçüncü kişinin zararının tazminine olumlu yaklaştığı ancak öğretilerde geliştirilecek çözümlere ket vurmak istemediği ve içtihadın bu sorunu en doğru şekilde çözeceğine güvendiği için bu kurumu düzenlemekten bilinçli olarak kaçındığı görülmektedir.⁸⁶⁸

Bu hususta bu çalışmada benimsenen görüşe geçmeden önce belirtmek gerekir ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede hâkim görüş öngörülebilirliğin kural olarak zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmenin kurulması anında aranması gerektiğini belirtmektedir.⁸⁶⁹ Bu ihtimalde, eğer üçüncü kişinin zararının tazmini için bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün ise⁸⁷⁰, gerek üçüncü kişi yararına sözleşmeye gerekse üçüncü kişinin zararının tazminine dayanıldığında tazminatın hesaplanmasında üçüncü kişinin şahsı dikkate alınacaktır. Ayrıca zarar veren hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir.⁸⁷¹ Yine her iki talep de borca aykırılığa dayanacaktır.

Üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olmaması hâlinde ise üçüncü kişinin zararının tazmininde tazminatın üst sınırı hak sahibinin zararı olacaktır. Yani bu açıdan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü kişi açısından daha avantajlıdır. Ayrıca üçüncü kişinin zararının tazmininde üçüncü kişiyi koruyucu

⁸⁶⁶ Koller, *Vertragsverletzungen*, 1494; Koller, AT, para 61.15 *Siegrist*, 93.

⁸⁶⁷ *Siegrist*, 93.

⁸⁶⁸ *Keitel*, 143-144. Bu hususta bkz *Mugdan II*, 518.

⁸⁶⁹ Bkz *Von Graffenried*, para 472; *Bärtschi*, 299; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, C II, para 3913; *MüKo-Gottwald*, 2022, BGB 328, para 191; öngörülebilirlik şartının zararın doğumu anına kadar gerçekleşebileceği yönündeki aksi görüş için bkz *Çelt*, 250.

⁸⁷⁰ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁸⁷¹ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından bu yöndeki hâkim görüş için bkz *Hübner/Sagan*; 745; *Von Graffenried*, para 485; *Karabağ Bulut*, 123; *Çelt*, 296; *Petersen*, *Drittwirkung*, 896; *Loser-Krogh*, 588; *Palandt/Grüneberg*, § 328, para 20; *Papadimitropoulos*, 103-104. Aksi yönde: *Neuner*, JZ, 130. Hak sahibinin müterafik kusuru özelinde aksi yönde: *Berg*, NJW, 2018. Ayrıca bir görüş zarar verenin hak sahibine karşı alacağı ile üçüncü kişinin kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan borcunu takas edemeyeceğini belirtmektedir: *von Graffenried*, para 632 dn 1530. Üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından bkz yukarıda §4.B.4.

etkili sözleşmeye göre üçüncü kişi bir başka açıdan da dezavantajlıdır. Yukarıda belirtildiği üzere üçüncü kişinin zararının tazmininde bu çalışmada benimsenen görüşe göre üçüncü kişi direkt talebe TBK 509 I hükmünün kıyasen uygulanması ile kavuşacaktır, ancak bunun ön şartı hak sahibinin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir savunmanın mevcut olmamasıdır.⁸⁷² Böyle bir savunmanın mevcut olması hâlinde üçüncü kişi, üçüncü kişinin zararının tazminine başvurması hâlinde direkt talebe bu savunmanın sebebini bertaraf etmedikçe kavuşamayacaktır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise böyle bir durum söz konusu değildir.

Görüldüğü üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan üçüncü kişinin hukuki konumu üçüncü kişinin zararının tazminine kıyasla daha iyidir. Bu sonuç şaşırtıcı değildir, çünkü üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartları üçüncü kişinin zararının tazminine kıyasla daha ağırdır: Üçüncü kişinin zararının tazmininde hak sahibinin üçüncü kişinin korunmasında menfaati ve üçüncü kişinin ifaya yakınlığı gibi şartlar aranmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu ağır şartların sağlandığı durumda, üçüncü kişinin kendisine daha yüksek bir koruma sağlayan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanabileceğini kabul etmek menfaatler dengesine uygundur. Bu sebeple her iki kurumun şartlarının sağlandığı durumda üçüncü kişinin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan bir talep ileri sürmesi mümkündür. Burada iki kurum birbiriyle yarışmaktadır.⁸⁷³

B. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ile Borca Aykırılıktan Doğan Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki

Öğretide hem tam hem de eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin üçüncü kişinin zararının tazminini dışlayacağı ya da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmayı gereksiz kılacağı kabul

⁸⁷² Bkz yukarıda §4.B.5.

⁸⁷³ Ancak rasyonel bir üçüncü kişi elbette kendisine daha iyi hukuki koruma sağlayan yolu tercih edecektir.

edilmektedir.⁸⁷⁴ Eğer taraflar üçüncü kişinin menfaatinin nasıl korunacağını bu şekilde kendileri belirlemişlerse artık bu tercihe üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁷⁵

Kanaatimce de bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün ise ayrıca üçüncü kişinin zararının tazminini gerekçelendirmeye gerek kalmamaktadır, zira sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olduğu senaryo⁸⁷⁶ için şimdiye kadar varılan sonuçlar burada da haliyle geçerli olacaktır.

C. Güven Sorumluluğu ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki

Güven sorumluluğu ile üçüncü kişinin zararının tazmini birbirinden farklı problemlere çözüm getirmektedir. Güven sorumluluğundan söz edebilmek için zarar verenin, davranışlarıyla iki kişi arasında yapılacak hukuki işlemin ciddiliği ve ifa edileceği hususunda kişisel bir güven sağlayarak bu işleme taraf olacak üçüncü kişinin ekonomik bir kararını etkilemiş olması gerekir.⁸⁷⁷ Bu durumda bir zarar kaymasından söz etmek mümkün değildir, zira güven sağlayan (zarar veren) kişinin bakış açısından bakıldığında, tipik olarak lehine güven sağlanan kişiye ait olan risk üçüncü kişiye geçmiş değildir. Burada sağlanan güven sebebiyle zarar görecektir kişi daima üçüncü kişidir. Dolayısıyla güven sorumluluğunun şartlarının gerçekleştiği bir durumda zarar kaymasından söz edilemeyeceğinden iki kurumun şartlarının birlikte sağlanması mümkün değildir.⁸⁷⁸

D. Ürün Sorumluluğu ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki

⁸⁷⁴ Von Graffenried, para 604; Marti-Schreier, para 268; Krauskopf, para 107 (gereksiz kılacağı yönünde); BK-Weber/von Graffenried, 2022, Art 112 OR, para 90. *Von Graffenried*'e göre üçüncü kişi yararına sözleşmede tarafların kendi aralarında anlaştığı bir üçüncü kişinin zararının tazmini (*vereinbarte Drittschadensliquidation*) söz konusudur (para 604 dn 1462). *Papanikolau* ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede her iki kuruma da başvurulabileceğini belirtmektedir. Yazarın bu görüşü savunmasının sebebi üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edeceği ve hak sahibinin tazminatın kendisine ödenmesini talep edebileceği yönündeki görüşten hareket etmesidir. Yazara göre eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede hak sahibi tazminatın yalnızca üçüncü kişiye ödenmesini talep edebilecekken, üçüncü kişinin zararının tazminine başvurup tazminatı kendisi elde ederek üçüncü kişiye karşı bir savunma imkânı elde edebilir. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak hak sahibi için daha avantajlı olabilir. Bkz Papanikolau, 57-58.

⁸⁷⁵ Marti-Schreier, para 268. Ayrıca bkz von Graffenried, para 624 (yazara göre şüpheli durumlarda her iki kapıyı da açık tutmak gerekir).

⁸⁷⁶ Bkz yukarıda §3.B.4.

⁸⁷⁷ Serozan, İfa, §19 para 3; Gümüş, Güven Sorumluluğu, 221; Nomer, Borçlar Genel, para 15.5; Gomille, 622. Türk hukukunda güven sorumluluğu hakkında daha detaylı bilgi için bkz Kalkan Oğuztürk, 227 vd. Türk yargı kararlarında güven sorumluluğu örnekleri için bkz Gümüş, Güven Sorumluluğu, 229 vd.

⁸⁷⁸ Benzer yönde Gomille, 622. Ayrıca güven sorumluluğu için tipik olan tazminat yükümlüsü ile üçüncü kişi arasındaki özel ilişkinin üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında mevcut olmadığı yönünde: Marti-Schreier, para 298.

7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca bir ürünlerdeki uygunsuzluk sebebiyle bir kişinin şahsına ya da malına zarar gelmesi hâlinde bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı bu zarardan sorumludur. Kanunun 3. maddesinin r bendinde uygunsuzluk kavramı “[ü]rünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama [hali]” olarak tanımlanmıştır. Buna rağmen öğretide teknik düzenlemelerin bir ürünün sağlaması gereken minimum güvenlik standardını belirlediği ve bunlara uyulmuş olmasının ürün sorumluluğundan doğan tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı belirtilmektedir.⁸⁷⁹ Kanunun kaynağını teşkil eden 85/374 Sayılı Ürün Sorumluluğuna İlişkin AB Direktifi ile uyumlu şekilde,⁸⁸⁰ kanun kapsamında üreticinin sorumluluğuna yol açacak ürünün, makul ve ortalama kullanıcıların üründen beklemekte haklı olduğu güvenlik seviyesini sağlamayan ürün olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁸¹ Belirtmek gerekir ki ürün sorumluluğu bir tür haksız fiil sorumluluğudur.⁸⁸²

Kanunun 6. maddesinde açıkça belirtildiği üzere ürün sorumluluğunun kapsamına kişiye ya da mala gelen zararlar girmektedir. Kanunda açıkça yer almamakla birlikte, AB Direktifi'nin 9. maddesi ürünün kendisinde meydana gelen zararın sorumluluğun kapsamına girmediğini açıkça belirtmektedir. Türk hukukunda da bu sonuca amaçsal yorum yoluyla varılabileceği savunulmaktadır.⁸⁸³

Acaba ürünün satıcısı ile üreticisinin farklı olduğu bir senaryoda ürünü satın alan kişinin üreticiye karşı ürün sorumluluğunun yanında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurması mümkün müdür?⁸⁸⁴ Öncelikle belirtmek gerekir ki birçok durumda (örneğin ürünün kendisine gelen zarar bakımından) son alıcının kendi satıcısına karşı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurması

⁸⁷⁹ Kanişlı, 1435; Atamer/Kurtulan Güner, 563-564; Karaşahin, 302. Kanundaki düzenlemenin isabetli olmadığı ve uygunsuzluk kavramından vazgeçilmesi gerektiği yönünde: Sirmen, Ürün Sorumluluğu, 75 ve 91.

⁸⁸⁰ Direktifin 6. maddesinde “*defective*” kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “*A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account ...*”

⁸⁸¹ Kanişlı, 1436; Atamer/Kurtulan Güner, 563-564. Uygunsuzluk kavramının “tehlikelilik” olarak anlaşılması gerektiği yönündeki farklı görüş için bkz Karaşahin, 303-304 (yazar tehlikelilik kavramının 2001/95 Sayılı Genel Ürün Güvenliğine ilişkin AB Direktifi'ndeki tanımıyla uyumlu olarak anlaşılması hâlinde 85/374 Sayılı Ürün Sorumluluğuna İlişkin AB Direktifi'ndeki metinde verilen tanımla benzer bir kriter getireceğini belirtmektedir).

⁸⁸² Kanişlı 1421; Atamer/Kurtulan Güner, 544-545.

⁸⁸³ Kanişlı, 1439-1440; Atamer/Kurtulan Güner, 568; Karaşahin, 305.

⁸⁸⁴ Belirtmek gerekir ki burada yapılan açıklamalar ikiden fazla halka içeren bir zincirleme sözleşme ilişkisinin olmadığı durumlar varsayılarak kaleme alınmıştır: Örneğin üretici ürünü dağıtıcıya satmış, dağıtıcı ise tüketiciye satmıştır. Zincirin uzaması hâlinde ne yapılacağı hususunda ise zincirleme sözleşmelere ilişkin yapılacak ek açıklamalara bakılmalıdır: bkz aşağıda §6.C.

mümkündür.⁸⁸⁵ Satıcı da alıcısına ödediği tazminatı aralarındaki sözleşmeye dayanarak üreticiye rücu edebilecektir, yani burada bir tür gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini söz konusu olacaktır. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulup başvurulamayacağı ancak üçüncü kişinin kendi satıcısına başvurmadığı durumlarda önem arz edecektir.

Üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmanın avantajı, başkasına ait eşya üzerinde özen yükümlülüğü doğuran ilişkilerde olduğu gibi, haksız fiil sorumluluğuna (burada özel olarak ürün sorumluluğu) kıyasla çeşitli açılardan daha avantajlı olabilecek sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanmaktır. Zira burada üreticinin uygunsuz ürünü kendi alıcısına satması bir ayıplı ifa teşkil etmektedir ve bu da bir borca aykırı davranıştır.⁸⁸⁶ Üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulup başvurulamayacağı meselesinin aydınlatılabilmesi için cevaplanması gereken ilk soru burada bir zarar kaymasının mevcut olup olmadığıdır.

Öğretideki hâkim görüşe göre ürün sorumluluğunun söz konusu olduğu senaryolarda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamaz.⁸⁸⁷ Bunun temel sebebi burada bir zarar kaymasının mevcut olmamasıdır. Ancak yazarlar burada zarar kaymasının olmamasını farklı şekillerde açıklamaktadır. Bir görüşe göre zarar kaymasının olmamasının sebebi burada uygunsuzluktan kaynaklanan zarara yalnızca ürünü kullanmak için satın alan alıcının uğrayabilecek olmasıdır, dağıtıcının ise zarara uğrama ihtimali baştan itibaren söz konusu değildir.⁸⁸⁸ Bir diğer görüşe göre ise alıcıyla birlikte dağıtıcının da zarara (örneğin kâr kaybı) uğrayabilme ihtimalinden ötürü burada zarar kayması mevcut değildir, çünkü burada hak sahibinin zarara uğramaması ve “onun yerine” üçüncü kişinin zarara uğraması söz konusu değildir.⁸⁸⁹

⁸⁸⁵ Kanışlı, 1440 dn 77.

⁸⁸⁶ Ürün sorumluluğunu doğuran uygunsuz (hatalı) ürünün aynı zamanda her zaman ayıplı ürün olduğu ancak tersinin her zaman geçerli olmadığı yönünde: Kanışlı, 1436-1437; Atamer/Kurtulan Güner, 559 dn 76.

⁸⁸⁷ Wesch, 192-193; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 78; von Caemmerer, 380; Urban, 60; Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 66; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor §249, para 258.

⁸⁸⁸ Wesch, 193; Medicus/Lorenz, AT I, § 52 para 37 (yazarlar bu gerekçeden yola çıkarak zarar kaymasının tesadüfi olmadığını belirtmektedir); Fikentscher/Heinemann, 615; Lorenz, 77; benzer yönde Lange/Schiemann, 477; Alman Federal Mahkemesi de bir kararında bu gerekçeye dayanmıştır: BGHZ 51, 91. *Diederichsen*’e göre ise kimi durumlarda hak sahibinin (dağıtıcının) da zarara uğraması mümkün olabilir. Örneğin, dağıtıcı kendi ihtiyacını da sattığı ürün stoğundan karşılıyorsa, stoktaki ayıplı bir ürünün dağıtıcıya denk gelip ona zarar vermesi de olasıdır: *Diederichsen*, Warenhersteller, 126. Yazara göre bu gibi durumlarda zarar kayması mevcuttur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması düşünülebilir. Ancak yazar birçok durumda zarar kaymasının mevcut olmayacağını belirtmekte ve üçüncü kişinin zararının tazmininin üreticinin sorumluluğu meselesini çözmek için uygun bir yol olmadığı sonucuna varmaktadır: *Diederichsen*, Warenhersteller, 131 vd. Benzer şekilde zarar kaymasının mevcut olabileceği ancak üçüncü kişinin zararının tazmini yerine alıcıyı daha çok koruyan bir çözüm yolu bulunması gerektiği yönünde: Müller, 297-299.

⁸⁸⁹ Täger, 51-52 ve 35.

Kanaatimce sonuç bakımından burada bir zarar kaymasının mevcut olmadığı doğrudur, ancak gerekçe bakımından dikkatli düşünmek gerekir. Ürün sorumluluğuna ilişkin olaylarda hak sahibi ilgili ürünün sağlayacağı olası ekonomik menfaatlerden ürünü satıp kâr elde etmeye ilişkin olanı tercih etmiştir. Ürünü kullanmak ile satıp kâr elde etmek aynı zaman dilimi içerisinde birbiriyle bağdaşmayan kullanım imkânlarıdır. Yani burada yukarıda açıklanan ikiz menfaat problemi söz konusudur.⁸⁹⁰ Bu iki riski birden dağıtıcının üreticiye yüklemesi mümkün değildir. Dağıtıcı ürünü satmayıp kendisi kullansaydı ürünün kullanımından doğacak olası riskleri üreticinin üstleneceği doğrudur, ancak bu sefer kâr elde etmeye ilişkin bir risk söz konusu olmayacaktı. Dağıtıcı kâr elde etmeye ilişkin menfaati tercih edip ürünü sattığında üretici bundan doğan riski üstlenmeye devam etmektedir, zira ürünün ayıplı çıkıp dağıtıcıya iade edilmesi hâlinde⁸⁹¹ dağıtıcı uğradığı kâr kaybının tazminini üreticiden isteyebilecektir. Sonuç olarak burada tipik risk hâlâ hak sahibi dağıtıcının malvarlığındadır ve bir zarar kaymasından söz edilemez.

Ancak yine de zarar kaymasının gerçekleştiği senaryolar düşünmek mümkündür. Farz edelim ki doğrudan üreticiden ürünü satın alan hak sahibi bu ürünü üçüncü kişiye satmak yerine bağışlamış olsun. Burada hak sahibinin eşya üzerinde herhangi bir ekonomik menfaati yoktur ve söz konusu ekonomik menfaat doğrudan üçüncü kişiye geçmiştir. Burada bir zarar kayması söz konusudur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir.⁸⁹² Daha önce de açıklandığı üzere ürün sorumluluğu bakımından sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün görünmemektedir, zira ifada hak sahibinin de kâr elde etmeye ilişkin önemli bir menfaati olduğundan burada ifanın baskın olarak üçüncü kişi menfaatine kararlaştırıldığı söylenememektedir ve tarafların farazi iradesinin üçüncü kişinin zararının tazmini yönünde olduğu şüphelidir.⁸⁹³ Bu aşamada üreticinin hak sahibinin farazi zararıyla sınırlı olarak sorumlu tutulacağını hatırlatmak gerekir.

Benzer şekilde hak sahibi ürünü satmasına rağmen üründen kâr elde etmeye ilişkin riski de üçüncü kişiye aktarmış olabilir. Örneğin, üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki sözleşmede ürünün üreticiden kaynaklanan sebeplerle ayıplı olmasından doğacak risklerin tamamen üçüncü kişiye yüklenmesi ve üçüncü kişinin satış bedelini hiçbir şekilde iade alamayacağı kararlaştırılmış

⁸⁹⁰ Bkz yukarıda §4.A.5.e.

⁸⁹¹ Bkz TBK 227 I-1.

⁸⁹² Sonuç bakımından benzer yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 170-171. Aksi yönde: von Caemmerer, 372; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 78.

⁸⁹³ Bkz yukarıda §3.B.4.

olabilir. Bu durumda hak sahibi tarafından üründen kâr elde etmeye ilişkin risk tercih edilmiş olsa da bu risk hak sahibinin üzerinde kalmaksızın tamamen üçüncü kişiye geçmiştir. Bu durumda da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması mümkün olabilir.⁸⁹⁴ Ancak bu ihtimalde dikkat etmek gerekir ki burada zarar kayması üründen kâr elde etmeye ilişkin riskle sınırlıdır. Dolayısıyla üçüncü kişinin bunun ötesindeki riskler, örneğin ayıptan doğan doğrudan veya dolaylı zararlar⁸⁹⁵, bakımından üreticiye başvurusu mümkün olmayacaktır. Zira zaten bu çalışmada üreticinin kural olarak hak sahibinin farazi zararıyla sınırlı olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.

Üreticinin ayıbı bilerek gizlediği ve daha sonra alıcının ayıbı dağıtıcıya karşı zamanaşımı süresi dolduktan sonra fark ettiği ihtimâlde de ayıptan sorumluluğun kaldırıldığı ihtimal ile aynı sonuca varmak gerekir, zira ayıbı dağıtıcı fark etseydi üretici zamanaşımından faydalanamayacaktı.⁸⁹⁶ Dolayısıyla ayıbın belirli bir süre sonra ortaya çıkmasına ilişkin risk bakımından burada zarar kayması mevcuttur.⁸⁹⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki İsviçre öğretisinde savunulan bir görüş ürün sorumluluğu hükümlerinin özel hüküm niteliğinde olduğunu ve üçüncü kişinin zararının tazminini dışladığını savunmaktadır.⁸⁹⁸ Kanaatimce bu görüş yerinde değildir, zira ürün sorumluluğu hükümlerinin zarara uğrayan alıcının başvurabileceği olası diğer talep dayanaklarını sınırlamayı amaçladığı yönünde bir emare yoktur.⁸⁹⁹

Yine İsviçre’de savunulan bir başka görüş ise kural olarak üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamayacağını, çünkü zarar kaymasının en geç sözleşmenin ihlal edildiği anda gerçekleşmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Ürün sorumluluğuna ilişkin senaryolarda ise sözleşme ihlali üreticinin uygunsuz (ayıplı) ürünü kendi alıcısına teslimi ile gerçekleşmektedir. Zarar kayması ise

⁸⁹⁴ Sonuç bakımından benzer yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 170-171; Pfister, 374. Aksi yönde von Caemmerer, 372; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor §249, para 258.

⁸⁹⁵ Ayıptan sorumluluk anlamında doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarının ne anlama geldiği çok tartışmalıdır. Bu konuda öğretide benimsenen görüşlerin kapsamlı bir incelemesi için bkz Kara, 493 vd.

⁸⁹⁶ Bkz TBK 231 II.

⁸⁹⁷ Aynı yönde: Reinhardt, 103.

⁸⁹⁸ Von Graffenried, para 723. Ancak yazar ürün sorumluluğunun şartlarının sağlanmaması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceğini belirtmekte ve buna bir örnek olarak ürün sorumluluğuna ilişkin zamanaşımının dolmasını vermektedir: von Graffenried, para 724. Kanaatimce bu ifade ürün sorumluluğu hükümlerinin özel hüküm niteliğinde olduğu görüşüyle çelişmektedir, zira yazarın görüşünün kabulü hâlinde üçüncü kişi her zaman ürün sorumluluğunun zamanaşımı süresinin dolmasını bekleyip üçüncü kişinin zararının tazminine başvurabilecektir.

⁸⁹⁹ Ürün sorumluluğu hükümlerinin getirilme amacının satıcı ve üreticinin farklı kişiler olması sebebiyle zarar görenlerin zararının tazmin edilememesi sonucuna bir çözüm bulmak olduğu yönünde: Atamer/Kurtulan Güner, 544.

daha sonra bu malın tüketiciye/son alıcıya satılması ile gerçekleşecektir. Bu sebeple bu görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazmini uygulanamaz.⁹⁰⁰ Fakat aynı görüş, ilk alıcı teslimden önce ürünü satmışsa bu durumda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmanın diğer şartların sağlanması hâlinde mümkün olabileceğini belirtmektedir.⁹⁰¹ Bu çalışmada benimsenen görüşe göre zarar kaymasının zararın doğmasından önce gerçekleşmesi yeterli olduğundan⁹⁰² bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu yönde bir ayırım yapaydır, ürünün perakendeci tarafından tüketiciye satılacağı her hâlükârda bellidir. Bu satışın ürünün üretici tarafından perakendeciye teslim edilmesinden önce gerçekleşmiş olması ile sonra gerçekleşmiş olması arasında ayırım yapmayı gerektirecek bir sebep yoktur.

E. Kaim Değer Talebi ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Arasındaki İlişki

Her ne kadar Türk ve İsviçre hukuklarında kaim değer talebine ilişkin kanunda bir hüküm yoksa da öğretide, edimi imkânsızlaşan borçlu bu imkânsızlık sonucu bir başkasına karşı bir alacak hakkı elde etmiş ise, bu alacağın kaim değer olarak imkânsızlaşan borcun alacaklısı tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir.⁹⁰³ Dolayısıyla bir üçüncü kişinin zararının tazmini senaryosunda üçüncü kişinin zararına yol açan davranış sonucu hak sahibi zarar verene karşı bir tazminat alacağı elde etmiş ise bunun üçüncü kişi tarafından kaim değer olarak talep edilmesi mümkündür. Ancak böyle bir tazminat alacağı elde edilebilmesi için ya hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olması ve dolayısıyla kendisinin de zarara uğraması (gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini) ya da üçüncü kişinin zararının tazmininin hak sahibinin tazminat talep edeceği görüşü kabul edilerek uygulanması gerekir. İlk ihtimalde zaten zarar kayması mevcut olmadığı için üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamaz. İkinci ihtimalde ise varlığı üçüncü kişinin zararının tazminine başvurularak temellendirilen tazminat alacağı kaim değer teşkil etmektedir. Dolayısıyla kaim değer talebi üçüncü kişinin zararının tazminini ancak tamamlayıcı rol oynayabilir, üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyacı ortadan kaldırmaz.⁹⁰⁴ Buna rağmen İsviçre Federal Mahkemesinin 1986 yılında verdiği bir karar⁹⁰⁵ kafa karışıklıklarına yol açmıştır.

⁹⁰⁰ Marti-Schreier, para 204.

⁹⁰¹ Marti-Schreier, para 204, dn 473.

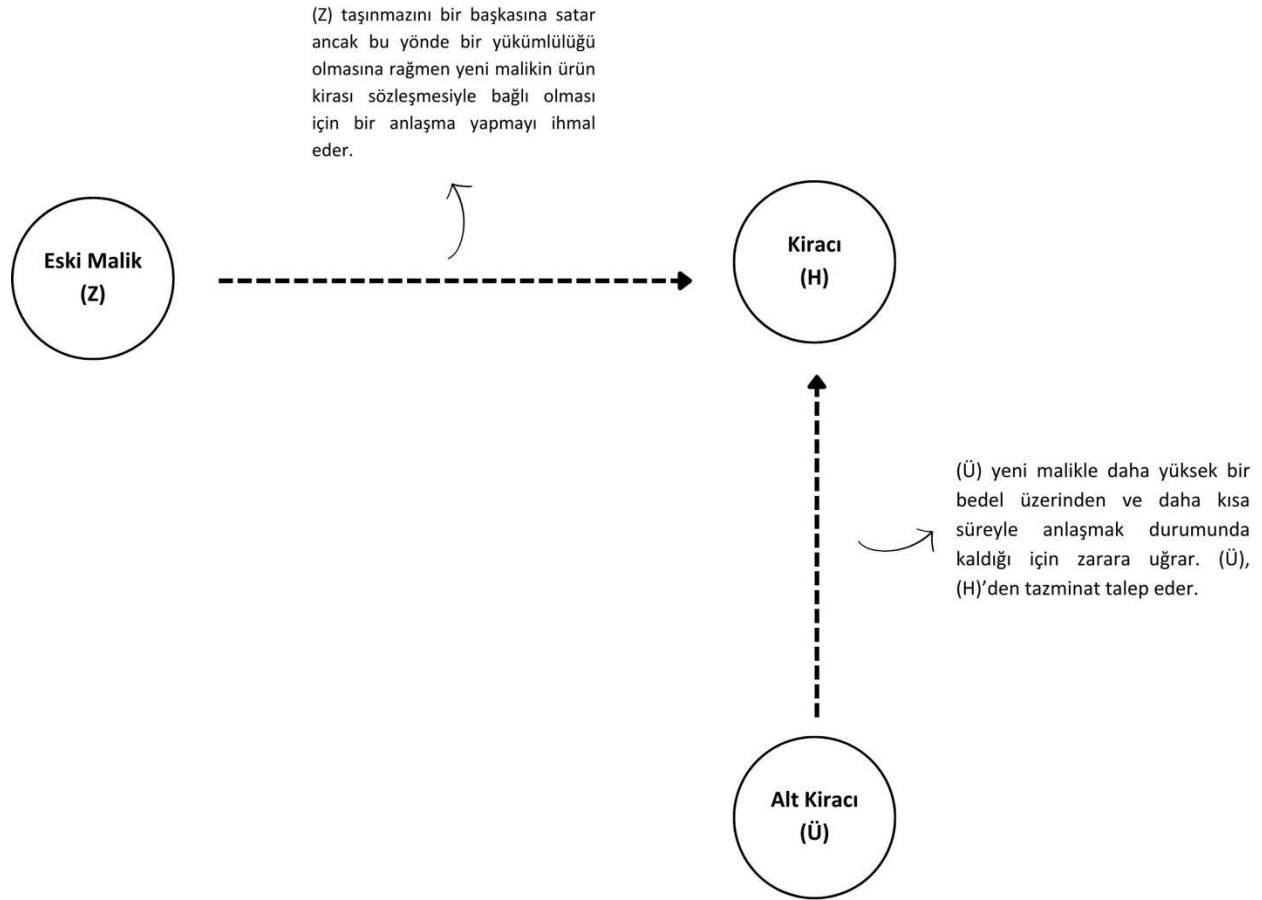
⁹⁰² Bkz yukarıda §4.A.5.c.

⁹⁰³ Bkz Önay, 315 vd (yazar bu durumu borçlandırıcı (dolaylı) ikame olarak adlandırmaktadır).

⁹⁰⁴ Önay, 326; Marti-Schreier, para 311; von Graffenried, para 646; Bärtschi, 431; Berger, para 1613; Reinhardt, 37; Traugott, 45; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 63-64 ve 67.

⁹⁰⁵ BGE 112 II 235.

Karara konu olayda (Z) ile (H) arasında (Z)'ye ait bir taşınmazı konu alan bir ürün kirası sözleşmesi kurulmuştur. Daha sonra (H) ile (Ü) arasında aynı taşınmazı konu alan bir alt kira sözleşmesi yapılmıştır. (Z) daha sonra taşınmazı bir başkasına satmış ve yeni malik kira sözleşmesini hukuka uygun olarak süresinden önce sona erdirmiştir. Bunun sonucu olarak imkânsızlık sebebiyle (H)'nin alt kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcu da sona ermiştir. (Z), bu yönde bir yükümlülüğü olmasına rağmen, (H)'ye karşı ürün kirası sözleşmesinden doğan borçlarının yeni malik tarafından üstlenilmesi hususunda yeni malikle bir anlaşma yapmamıştır. (Ü), kalan kira süresinin bir kısmı için taşınmazı kullanmaya devam edebilmek üzere yeni malik ile daha yüksek bir kira bedeli üzerinden anlaşmıştır. Dolayısıyla (Ü), hem yeni malike ödediği daha yüksek kira bedelinden hem de kira süresinin söz konusu anlaşma dışında kalan kısmı için uğradığı kâr kaybından doğan zararının tazmini için (H)'ye dava açmıştır.



Şekil 14 – Bir İFM Kararı

İsviçre Federal Mahkemesi, alt kiracı (Ü)'nün zararının tazmini için kiracı (H)'ye başvurabileceğini belirtmiş ve bunu kaim değer kavramıyla açıklamıştır. Mahkemeye göre (H)'nin, (Ü)'ye ödeyeceği tazminat tutarı kadar, borca aykırı davranan eski malik (Z)'ye karşı yöneltebileceği bir tazminat alacağı mevcuttur ve bu alacak hakkı mahkemeye göre bir kaim değer teşkil eder. Özetle Federal Mahkeme, (H)'nin (Ü)'ye karşı sorumluluğunu (H)'nin ödediği tazminatı (Z)'ye rücu edebileceği gerekçesine dayandırmıştır.

Bu karar öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve burada bir kısır döngünün söz konusu olduğu belirtilmiştir. Karara göre üçüncü kişinin hak sahibine karşı talepte bulunabilmesinin sebebi hak sahibinin zarar verene karşı bir rücu talebinin mevcut olmasıdır. Fakat hak sahibinin zarar verene karşı talebi de (kendisinin başka zararı yoksa) ancak hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olması halinde söz konusu olabilir.⁹⁰⁶

Öğretide kimi yazarlar bu kararın ancak mahkemece üçüncü kişinin zararının tazmininin örtülü olarak kabul edildiğinin kabulü halinde mantıklı olduğu belirtmektedir.⁹⁰⁷ Ancak bu görüşe öğretide haklı olarak karşı çıkmıştır. Eğer mahkeme üçüncü kişinin zararının tazminini kabul etseydi, bu durumda hak sahibi zarar verenden henüz herhangi bir tazminat elde etmediğinden, üçüncü kişinin hak sahibinden tazminat alacağının devrini talep edebileceği sonucuna varması gerekirdi.⁹⁰⁸ Federal Mahkeme ise üçüncü kişinin hak sahibinden tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir.⁹⁰⁹ Öğretide başka yazarlar mahkemenin bu kararı ile örtülü olarak üçüncü kişinin zararının tazminini reddettiğini savunmaktadır.⁹¹⁰ Ancak kararda üçüncü kişinin zararının tazmininden hiç bahsedilmediğinden bu kurumun reddi ya da kabulü yönünde bir çıkarım yapmak güçtür.⁹¹¹

Öğretide üçüncü kişinin zararının tazmininde hak sahibinin talepte bulunacağını kabul eden yazarlar, mahkemenin burada öncelikle üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının sağlanıp sağlanmadığını incelemesinin gerektiğini ve bu incelemenin olumlu sonuçlanması hâlinde üçüncü

⁹⁰⁶ Önay, 325; Marti-Schreier, para 310.

⁹⁰⁷ Guhl/Koller, § 38 para 39; aynı yönde Armbrüster, recht, 88 dn 33.

⁹⁰⁸ Elbette bu görüş öğretideki hâkim görüşle uyumlu olarak üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin alacağın hak sahibine ait olduğu varsayımına dayanmaktadır.

⁹⁰⁹ Marti-Schreier, para. 310.

⁹¹⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, para 2601.

⁹¹¹ Von Graffenried, para 650.

kişinin zararının tazmine ilişkin hak sahibinin zarar verene karşı elde ettiği alacak hakkının bir kaim değer olarak üçüncü kişi tarafından kendisine devrinin talep edilebileceğini belirtmektedir.⁹¹²

Öğretide ayrıca karara konu olayda, eski maliki hak sahibi kiracının ifa yardımcısı kabul edip, kiracıyı yardımcı kişinin fiiliden sorumluluk hükümleri uyarınca alt kiracıya karşı sorumlu tutmanın düşünülebileceği ileri sürülmüştür.⁹¹³ Bu yola başvurulmasının mümkün olmaması halinde, karara konu olan olayda zarar kaymasının mevcudiyeti kabul edilebilir. Bu durumda bu çalışmada benimsenen görüşe göre alt kiracı, kiracının uğrayacağı farazi zararlar sınırlı olmak üzere, doğrudan borca aykırı davranan eski malikten tazminat talep edebilecektir.

F. Yansımaya Zarar ile Üçüncü Kişinin Zararının Tazmininde Üçüncü Kişinin Zararı Arasındaki İlişki

Yansımaya zarar, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişi dışındaki kişilerin bu fiil sebebiyle uğradıkları zarardır.⁹¹⁴ Üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında da hukuka aykırı fiile hak sahibi maruz kalmakta ancak bu fiil sonucu, zarar kayması sebebiyle, üçüncü kişi zarara uğramaktadır. Dolayısıyla bu tanım uyarınca üçüncü kişinin zararının tazmini senaryolarında üçüncü kişinin uğradığı zarar her zaman bir yansımaya zarar niteliğindedir. Ancak yansımaya zarardan söz edilebilecek her durumda zarar kayması ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini problemi ortaya çıkmayabilir. Örneğin, bir sanatçının geçirdiği kaza sonucu sanatçının çalıştığı gazinonun sahibinin kâr kaybına uğraması örneğinde gazino sahibinin zararı bir yansımaya zarardır ancak burada bir zarar kayması yoktur.

Yansımaya zararın tazmininin Türk hukukunda kanunla açıkça kabul edildiği bir örnek destekten yoksun kalma tazminatıdır. TBK 53 I b 3 hükmü uyarınca ölüm hâlinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler tazminat talebinde bulunabilecektir.⁹¹⁵ Acaba destekten yoksun kalanların uğradığı

⁹¹² Önay, 325; von Graffenried, para 650. *Von Graffenried* burada kaim değer devrine ilişkin kuralların kıyasen uygulanabileceğini, çünkü üçüncü kişinin zararının tazminine dayanan söz konusu alacak hakkını hak sahibinin kendi hesabına ileri sürmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Kaim değer talebine konu klasik bir alacak hakkında ise bu mümkündür: bkz von Graffenried, para 646 dn 1572.

⁹¹³ Von Graffenried, para 651; kira sözleşmesinde (ürün kirası değil) kiraya verenin alt kiracının ifa yardımcısı sayılabileceği yönünde BSK OR I – Lüchinger/Wiegand, Art 101, para 8; Spiro, 117; Cerutti, para 299; BGE 119 II 337.

⁹¹⁴ Oğuzman/Öz, C II, para 127; Çakırca, 69. *Gümüş* ise yansımaya zararı zarar verici fiilin doğrudan yöneldiği ya da bu fiilin etki alanı içinde kalan kişilerin dışındaki üçüncü kişilerin uğradığı zarar olarak tanımlamaktadır: *Gümüş*, Borçlar Genel, 458-459; benzer yönde Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, 562.

⁹¹⁵ Belirtmek gerekir ki ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde mağdurun yakınlarının manevi tazminat talebine cevaz veren TBK 56 II hükmü de yansımaya zararın tazmininin kanun tarafından açıkça kabul edildiği bir başka örnektir: Oğuzman/Öz, C II, para 204-205; *Gümüş*, Borçlar Genel, 459. Ancak daha önce ifade edildiği üzere manevi zarar

zarar bakımından bir zarar kaymasından söz edilip üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir mi? Bunun olası bir faydası, desteğin ölümünün borca aykırılık sonucu gerçekleşmesi üzerine destekten yoksun kalanların haksız fiil hükümleri yerine daha avantajlı borca aykırılık hükümlerine başvurabilmeleridir.

Bu sorunun cevabına geçmeden önce destekten yoksun kalma tazminatının borca aykırılığa tabi olmasının mümkün olup olmadığı sorusunu cevaplamak faydalı olacaktır. Zira genel olarak buna izin verilirse üçüncü kişinin zararının tazminine başvurma ek bir faydası kalmayacaktır. Bu imkân, hizmet sözleşmesi bakımından, işverenin borca aykırı davranışı sebebiyle işçinin ölümünden doğan zararların borca aykırılık hükümlerine tabi olacağını belirten TBK 417 III ile açıkça öngörülmüştür. Peki hizmet sözleşmesi dışında, açık bir kanun hükmünün bulunmadığı ve ölümün borca aykırı davranıştan kaynaklandığı hâllerde de destekten yoksun kalma tazminatı borca aykırılığa tabi tutulabilir mi? Buna bir örnek doktorun uyguladığı hatalı tedavi sonucu hastanın ölmesidir. Öğretide TBK 114 II yollamasıyla TBK 53 I b 3'ün borca aykırılık bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁹¹⁶ Dolayısıyla burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurma ek bir faydası kalmamaktadır.

Yine de sorumuza dönecek olursak, ölüm sonucu destekten yoksun kalanların uğradığı zarar bakımından bir zarar kaymasından söz etmek mümkün değildir. Zira burada hukuken korunan değer vücut bütünlüğüdür ve bunun ihlaline ilişkin risk hala bu değer sahibine aittir. Burada üçüncü kişilerin zarara uğramasının sebebi bu riskin kendilerine geçmiş olması değil, daha ziyade ölümün kendine özgü niteliği sebebiyle ölen kişinin zarara uğrayamayacak olmasıdır. Hukuka aykırı fiil sonucu destek ölmeyip kazanç sağlama yeteneğini tamamen kaybetmiş olsaydı elbette bu zarar tazmin edilecekti ve bundan dolayı olarak onun destek olduğu kişiler de yararlanacaktı. Bu örnekte zarar kaymasının akla dahi gelmemesi, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından bir zarar kaymasının mevcut olmadığını göstermektedir.

bakımından bir zarar kayması söz konusu olamayacağından (bkz yukarıda §4.5.a.) bu hüküm burada ayrıca ele alınmamıştır.

⁹¹⁶ Dayer, 232-234 (yazar Türk öğretisindeki hâkim görüşün bu yönde olduğunu, İsviçre öğretisindeki hâkim görüşün ise aksi yönde olduğunu belirtmektedir); Gökyayla, 69-70; Gürsoy, 144-145; Tekinay, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, 85 vd; Brunner, para 282 ve 294; sonuç bakımından aynı yönde: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 81. Bir başka görüş ise buna karşı çıkmakta ve ölüm bir borca aykırılıktan kaynaklansa dahi destekten yoksun kalanların uğradığı zararın doğma sebebinin borca aykırılık değil ölüm olduğunu ve bu sebeple haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir: Çakırca, 170 dn 20; sorumluluğun kanundan doğması gerekçesiyle sonuç bakımından benzer yönde Marti, 83-84.

Üçüncü Bölüm: Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Teorisinin Çeşitli Örneklerle Uygulanması

§6. (Karşı) Edim Hasarının Üçüncü Kişide Olduğu Haller

Bu çalışmanın başında bu olay grubunda üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğma sebepleri ele alınmıştı.⁹¹⁷ Genel olarak belirtmek gerekir ki hasarın geçişine ilişkin kuralların amacı borç ilişkisinin tarafları arasındaki risk paylaşımını düzenlemektir, yoksa bu ilişkinin dışında kalan ve zarara yol açan üçüncü kişiyi sorumluluktan kurtarmak değildir.⁹¹⁸ Bu kategoriye giren ve çalışmanın giriş bölümünde açıklanan olay örnekleri bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine alternatif olabilecek çözüm yolları ve bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin bu olaylara uygulanması sonucu varılacak sonuçlar aşağıda ele alınacaktır.

A. Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerden Doğan İlişkiler

1. Satış Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

a. Mesafe Satışı

Burada ilk olarak mesafe satışlarını ele alalım. Satıcı (H) ile alıcı (Ü) bir gönderilecek borç üzerinde anlaşılır ve (H) eşyayı bağımsız taşıyıcıya⁹¹⁹ teslim ettikten sonra (Z)'nin kusurlu davranışı sonucu eşya zarar görür. TBK 208 III hükmü uyarınca satış konusu eşyanın taşıyıcıya teslimi ile karşı edim hasarı alıcı (Ü)'ye geçmiştir. Yani (H)'ye yüklenemeyecek bir sebeple eşya telef olup (Ü)'ye teslim edilemese dahi (H) satış bedelini (Ü)'den talep edebilecek ve benzer bir eşyayı tekrar (Ü)'ye tedarik etmek zorunda kalmayacaktır. Bu durumda, her ne kadar hukuka aykırı davranış (H)'ye karşı gerçekleşmişse de, (H) kendisinin herhangi bir zararı olmadığı için, (Ü) ise zarara yol açan fiil gerçekleştiğinde henüz malik olmadığından⁹²⁰ ve dayanabileceği bir özel

⁹¹⁷ Bkz yukarıda §1.A.2.a.

⁹¹⁸ Bkz von Graffenried, para 675; Lange/Schiemann, 473; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 289; von Schroeter, 50; Täbert, 38; Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 85; Esser/Schmidt, T II, 266

⁹¹⁹ Satıcının taşıma işini kendisinin (örneğin çalışanı aracılığıyla) üstlenmesi hâlinde hasarın intikal edip etmeyeceği tartışmalıdır. 6098 sayılı TBK bakımından hâkim görüş taşıyıcının bağımsız olması gerektiği ve aksi hâlde hasarın intikal etmeyeceği yönündedir: Oruç, 129-131; Atamer, Hasar, 14-142; Zevkliler/Gökyayla, 50; Yavuz/Acar/Özen, 73; Gümüş, C I, 36; Çakırca, Risk, 110; Kurt, 270. Taşıyıcının bağımsız olmasının şart olmadığı yönünde Akıntürk, 139 (808 sayılı BK bakımından).

⁹²⁰ Burada (H) ile (Ü) arasında öncelenmiş bir zilyetliğin havalesi üzerine anlaşıldığı ve satışa konu eşyanın taşıyıcı (Z)'ye teslimi üzerine (Ü)'nün dolaylı zilyet ve malik konumuna geldiğinin ileri sürülüp sürülemeyeceği akla gelebilir. Öncelikle bu argümanın ileri sürülebilmesi için taşıyıcının zilyet olduğunun (zilyet yardımcısı değil) kabulü gerekir. Alman Federal Mahkemesi bir kararında taşıyıcının zilyet yardımcısı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir: NJW 2014, 1524. Kanaatimce taşıyıcının zilyet olduğunun kabulü makul görünse de her durumda tarafların iradesinin bu

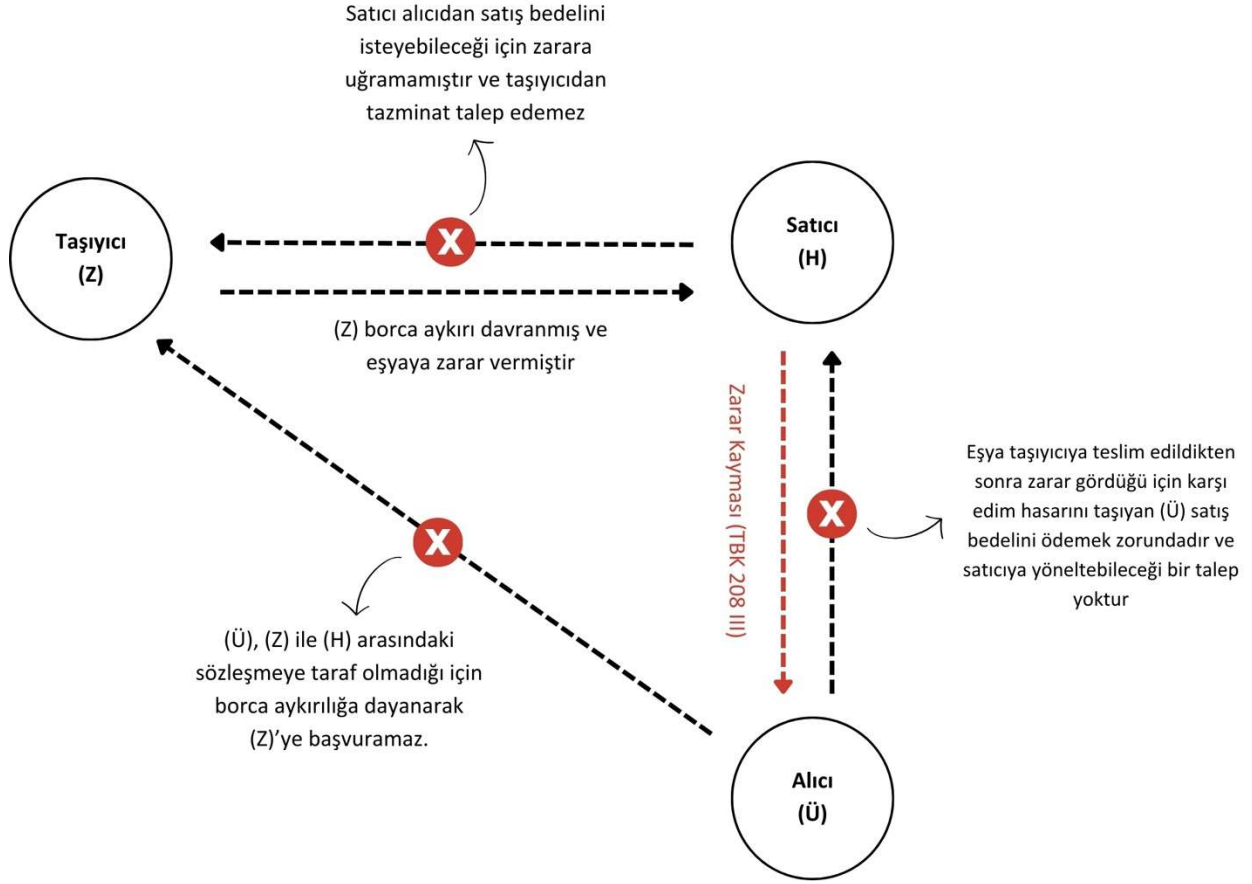
koruma normu da bulunmadığından tazminat talep edemeyecektir. Eşyanın telef olmasına ek olarak zarar görmüş bir şekilde (Ü)'ye teslim edilmesi durumunda da varılacak sonuç aynıdır, zira bu durumda (Ü) sonradan eşyanın maliki haline gelse de zarara yol açan fiil gerçekleştiğinde henüz malik değildir.⁹²¹ Ayrıca bu son ihtimalde (Ü)'nün ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak (H)'ye başvurması da mümkün değildir, zira ayıptan doğan sorumluluğa başvurabilmek için ayıbın hasarın geçtiği anda mevcut olması gerekir.⁹²² Burada (Z)'nin eşyanın taşıyıcısı olması ve dolayısıyla (H) ile arasında bir borç ilişkisinin mevcut olması hâlinde borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini,⁹²³ (Z)'nin eşyanın taşıyıcısı dışında herhangi biri (örneğin trafikteki bir başka aracın şoförü) olması hâlinde ise haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi gündeme gelecektir.

yönde bir öncelenmiş zilyetliğin havalesi ve taşıyıcıya teslim ile alıcının mülkiyeti kazanması yönünde olduğunu savunmak güçtür.

⁹²¹ Oetker, 834.

⁹²² Oetker, 834; Eren, Borçlar Özel, 114; Gümüş, Borçlar Özel C I, 76; Yavuz/Acar/Özen, 27 vd.

⁹²³ Belirtmek gerekir ki zarara taşıyıcı (Z)'nin borca aykırı davranışının yol açması durumunda, (Z)'nin taşıma sözleşmesinden doğan ediminin üçüncü kişi yararına öngörülmüş olduğunun kabulü akla gelebilir. Bu yönde bir kabulün mümkün olması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelmeyecektir. Nitekim öğretide bir görüşe göre TTK 871 I hükmüne göre taşıma sözleşmeleri tam üçüncü kişi yararına sözleşme teşkil eder, zira bu hükme göre eşyanın teslim yerine varmasından sonra gönderilen (alıcı) de taşıyıcıdan eşyanın kendisine teslimini isteyebilir: Çilenti Konuralp, 42; Kartal, 63. OR 443 hükmünde gönderenin hangi ana kadar taşıyıcıya talimat verip gönderiyi geri alabileceğinin üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin OR 112 III (TBK 129 II c 2) hükmünden farklı olarak düzenlendiği, bu hükümlerin aynı meseleyi düzenlediği ve taşıma sözleşmesi her zaman üçüncü kişi yararına sözleşme olsa idi OR 443 düzenlemesinin bir anlamı olmayacağı gerekçesiyle farklı yönde: Marti-Schreier, para 219 (yazara göre tarafların somut olayda taşıma sözleşmesini bir üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kararlaştırmasına ise bir engel yoktur: Marti-Schreier, para 220). Türk hukukunda da TTK 868 hükmü ile gönderenin taşıyıcıya hangi ana kadar talimat vererek gönderiyi geri alabileceği üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin TBK 129 II hükmündekinden farklı düzenlenmiştir. Bu sebeple Türk hukukunda da üçüncü kişi yararına sözleşme görüşü lehine çekinceler ileri sürülebileceği yönünde: Tüzüner, 183. Bu tartışmadan bağımsız olarak birçok durumda her hâlükârda burada bir üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla mümkün olacaktır. Bu mesele hemen aşağıda ele alınmıştır.



Şekil 15 – Mesafe Satışı

Belirtmek gerekir ki alıcının tüketici olduğu durumlarda hasarın geçişine ilişkin ayrıksı bir durum söz konusudur. Bu husus mesafe satışlarında karşı edim hasarının geçişine ilişkin Türk hukukuyla benzer bir kurala (BGB 447 I) sahip olan Alman hukukunda BGB 475 II hükmünde açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre alıcının tüketici olması hâlinde teslim kadar karşı edim hasarı satıcıdadır, meğerki satıcı tarafından önerilmeksizin alıcı taşıyıcıyı kendisi seçmiş olsun.⁹²⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu yönde bir hüküm yer almasa da Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 17 I uyarınca tüketiciye teslim kadar karşı edim hasarı satıcıya yüklenmiştir.⁹²⁵ Ancak bu hüküm yalnızca mesafeli sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Pratikte birçok durumda her ikisi örtüşecek olsa da her zaman mesafe satışında bir mesafeli sözleşme söz konusu olmak zorunda değildir. Bir mesafeli sözleşmeden söz edebilmek

⁹²⁴ 2011/83 Sayılı AB Direktifi'nin 20. maddesi de bu yöndedir.

⁹²⁵ Engin/Yılmaz, 919. Kanundaki hasarın geçişine ilişkin kurala yönetmelikle istisna getirilmesi normlar hiyerarşisi bakımından eleştiriye açıktır.

için tarafların eş zamanlı fiziksel olarak bir araya gelmeksizin mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sistem çerçevesinde sözleşmenin kurulmuş olması gerekir.⁹²⁶ Örneğin, tüketicinin satıcı ile fiziksel olarak bir araya gelip satın aldığı eşyanın evine gönderilmesini istediği bir örnekte mesafeli sözleşme söz konusu olmayacaktır.

Türk öğretisinde savunulan bir görüş ise tüketici lehine gönderilecek borç yerine götürülecek borcun varsayılmasını önermektedir.⁹²⁷ Bu durumda hasarın geçişine ilişkin TBK 208 III hükmü uygulama alanı bulmayacak ve teslim kadar karşı edim hasarı satıcıya ait olacaktır. Bu görüşün kabulü hâlinde alıcının tüketici olduğu durumlarda üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu doğmayacaktır.

Tüketici işlemleri dışında kalan bazı mesafe satışlarında da kanundaki özel hükümler üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Örneğin, taşıma işlerine ilişkin TTK'nın dördüncü kitabında (madde 850 vd) üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından önem arz eden hükümler bulunmaktadır. TTK hükümleri içerik olarak CMR hükümleri ile oldukça benzerdir ve yeri geldikçe CMR hükümlerinden de bahsedilecektir. Bu hükümlerin muhtevasına geçmeden önce TTK'nın taşıma işlerine ilişkin hükümlerinin hangi durumlarda uygulanacağını tespit etmek yerinde olacaktır. TTK 850 vd hükümleri uyarınca eşya ya da yolcu taşıma işinin bir ücret karşılığında üstlenildiği taşıma ilişkilerine TTK'nın taşıma işlerine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. TTK 851 hükmü uyarınca taşıma işinin arızı olarak üstlenilmesi hâlinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde TTK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla ilgili hükümlerin uygulanabilmesi için taşıyıcının taşıma işlerini mesleği kapsamında ve/veya sürekli olarak yapıyor olmasının şart olmadığı söylenebilir.⁹²⁸ Ücret karşılığı yapılmayan taşıma işlerinde TTK hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.⁹²⁹ Aynıları CMR için de geçerlidir.⁹³⁰

Burada üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından iki hüküm bizi ilgilendirmektedir. İlk olarak, TTK 875 I (CMR 17 I) hükmü uyarınca “[t]aşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından veya

⁹²⁶ Bkz Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 4.

⁹²⁷ Serozan, İfa, §4 9c.

⁹²⁸ Erdoğan, 30; Yavaş, 30.

⁹²⁹ Erdoğan, 43; Yavaş, 29.

⁹³⁰ Erdoğan, 30 ve 42. Ücret şartı bakımından bkz CMR 1.

teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur.” Üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından asıl önem taşıyan hüküm ise TTK 871 I c 2’dir (CMR 13 I c 2). Bu hükme göre “[e]şya zayi olmuş veya hasara uğramış yahut geç teslim edilmişse, gönderilen, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan istem haklarını taşıyıcıya karşı ileri sürebilir.”⁹³¹

Alman Hukukunda HGB 421 I c 2’de de TTK 871 I c 2’ye benzer bir hüküm mevcuttur. Bu hükmün üçüncü kişiye (gönderilene) gerçekten bağımsız bir alacak hakkı mı tanıdığı yoksa hak sahibinin (gönderenin) sahip olduğu hakların üçüncü kişi tarafından ileri sürülmesi için bir tür dava takip yetkisi mi tanıdığı konusu tartışmalıdır.⁹³² Bir görüş hükmündeki gönderilenin taşıma sözleşmesinden doğan hakları “kendi adına” (“*im eigenen Namen*”) kullanabileceği vurgusundan yola çıkarak gönderilenin yalnızca gönderenin sahip olduğu hakları kullanma konusunda bir dava takip yetkisine sahip olacağını savunmaktadır (*Prozessstandschafter*).⁹³³ Bir diğer görüşe göre ise burada hükmün amacı gönderileni korumaktır ve dolayısıyla maddi hukuktan doğan bağımsız bir alacak hakkının söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir.⁹³⁴

Burada TTK, HGB ve CMR hükümlerinin gönderilene (üçüncü kişiye), taşıyıcıya karşı ileri sürebileceği bağımsız bir alacak hakkı tanıdığının kabulü hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek kalmamaktadır.⁹³⁵ Hatta Alman hukukunda bir görüş burada üçüncü kişinin zararının tazmininin özel bir görünümünün söz konusu olduğunu ileri sürmektedir.⁹³⁶

Görüldüğü üzere mesafe satışları bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyaç özel hükümler sebebiyle oldukça sınırlıdır. Ancak yine de özel hükümlerin kapsamına girmeyen ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurma ihtiyacı doğabilecek durumlar mevcuttur. Örneğin,

⁹³¹ Burada “gönderilen” ifadesi bu çalışmayı ilgilendiren olay grupları bakımından alıcı anlamına gelmektedir.

⁹³² Hâkim görüşüne göre üçüncü kişiye bağımsız bir alacak hakkı tanındığı yönünde: Bredemeyer, 104.

⁹³³ Becker, 727 ve 739 vd; Büdenbender, NJW 2000, 988 dn 15.

⁹³⁴ Oetker, 836-837. CMR 13 I c 2 bakımından bu yönde Piper, 201 vd; Thume-Temme, Art 13 CMR, para 26. Belirtmek gerekir ki hem HGB hem de TTK hükmünde “[g]önderilenin veya gönderenin kendilerinin veya başkasının menfaatine hareket etmeleri farklılık yaratmaz” (“*Dabei macht es keinen Unterschied, ob Empfänger oder Absender im eigenen oder fremden Interesse handeln*”) ifadesi yer almaktadır. Taşıyıcı gönderen ile gönderilen arasındaki iç ilişkide hasarın ve dolayısıyla aslında kimin zarara uğradığını birçok durumda bilemeyeceğinden hükmün amacının onu yanlış kişiye ödeme yapmaktan (ya da bundan kaçınmak için kapsamlı bir araştırma yapmaktan) korumak olduğu ve dolayısıyla taşıyıcının her iki kişiye de yapacağı ödeme ile borcundan kurtulacağı yönünde bkz Oetker, 839; Becker, 738-739. Ayrıca bir görüşe göre gönderen ya da gönderilenden birinin diğerinin uğradığı zararın tazminini (ve tazminatın kendisine ödenmesini) isteyebilmesi için kendisinin de zarara uğramış olması gerekir: Koller (I), VersR, 415 vd.

⁹³⁵ Oetker, 838.

⁹³⁶ Petersen, Drittschadensliquidation, 20; CMR 13 bakımından benzer yönde: HGB-Staub/Reuschle, 2022, Art 13 CMR, para 18; Thume-Temme, Art 13 CMR, para 28.

taşıma işleri komisyoncusu⁹³⁷ bakımından hala üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya ihtiyaç duyulabilir. Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi bakımından TTK 871 benzeri bir hüküm öngörülmemiştir. TTK 871 hükmü taşıma işleri komisyoncusu bir taşıyıcı ile anlaştıktan sonra taşıyıcı bakımından ya da taşıma işleri komisyoncusu taşıma işini kendisi üstlendiyse ancak bu aşamada uygulanabilir.⁹³⁸ Ancak üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin doğabilmesi (ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilmesi) için eşyanın taşıma işleri komisyoncusuna teslimi ile hasarın alıcıya geçmesi gerekir. BGB 447’de bu husus açıkça belirtilmiştir. Fakat TBK 208 hükmünde bu yönde bir ifade yer almamaktadır. Acaba taşıma işleri komisyoncusu TBK 208 III hükmünün kapsamına girer mi?

Bu husus öğretilerde tartışmalıdır ve her iki görüş de savunulmaktadır.⁹³⁹ Taşıma işleri komisyoncusuna teslim ile hasarın alıcıya geçeceği görüşünün kabul edilmesi hâlinde, eşya taşıma işleri komisyoncusuna teslim edildikten fakat taşıma işleri komisyoncusu eşyanın taşınması için bir taşıyıcıyla sözleşme yapmadan önceki aşamada eşyanın hasara uğraması durumunda, TTK 871 uygulama alanı bulmayacağından, üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması düşünülebilecektir.⁹⁴⁰

Özel hükümler kapsamına girmeyen bir diğer örnek⁹⁴¹ ise şudur: (H), avukat (Ü)’ye ofisinde kullanmak üzere bir lamba satar ve taraflar gönderilecek borç üzerinde anlaşılır. Taşıma işini (H)’ye bir iyilik borcu olan akrabası (Z) üstlenir. Taşıma sırasında (Z) lambaya zarar verir. Taşıma işi ücretsiz üstlenildiği için TTK’daki taşıma işleri hükümleri uygulanamaz. Ayrıca avukat (Ü) tüketici olmadığı için tüketici hukuku hükümlerine de gidilemez.

Öğretilerde özel hükümler kapsamına girmeyen örnekler bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek bırakmayacak çözüm yolları önerilmiştir. Bunlara geçmeden önce baştan belirtmek gerekir ki, yukarıda da açıklandığı üzere, taşıyıcıyı satıcının ifa yardımcısı

⁹³⁷ TTK 917 I: “Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşıtmayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer.”

⁹³⁸ Oyal, 130; Alman hukukunda bu yönde Oetker, 838.

⁹³⁹ Taşıma işleri komisyoncusuna teslim ile hasarın alıcıya geçeceği yönünde: BSK OR I – Koller, Art 185, para 16; BK-Weber, 2005, OR 71, para 69; ZK-Schranner, 2000, OR 71, para 43; hasarın intikali bakımından benzer bir hüküm içeren CISG (madde 67) bakımından bu yönde Atamer, CISG, 157 (Ancak yazar Türk hukuku bakımından daha eski tarihli bir eserinde taşıma komisyoncusuna teslimle hasarın geçmeyeceğini savunmuştur: Atamer, Hasar, 142); geçmeyeceği yönünde: Oruç, 135-137 (yazar taşıma işleri komisyoncusunun satıcının ifa yardımcısı olduğunu savunmaktadır); Altay, 138-139 (yazar taşıma işleri komisyoncusunun satıcının temsilcisi olduğunu belirtmektedir).

⁹⁴⁰ Oetker, 838.

⁹⁴¹ Bu örnek için bkz Bredemeyer, 102.

sayarak sorumlu tutmak mümkün değildir, zira mesafe satışında satıcı eşyayı alıcıya ulaştırmakla yükümlü değildir. Dolayısıyla taşıyıcı satıcının borcunun ifasına katılmamaktadır.⁹⁴² Öğretide önerilen çözüm yollarından biri, TBK 208'deki (OR 185) “[k]anundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında...” ifadesindeki “durumun gereğinden” (OR 185: “*besondere Verhältnisse*”) ifadesini geniş yorumlayarak üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun doğduğu durumları bu ifadenin kapsamına almak ve böylece hasarın alıcıya geçmemesini sağlamak üzerine kuruludur. Zira, bu görüşe göre, taşıyıcıyı satıcı seçtiğinden ve alıcının bu seçimde bir dahli olmadığından bu gibi hallerde özel bir halin varlığını kabul edip hasarın geçişi kurallarına bir istisna kabul etmek makuldür.⁹⁴³ Bu durumda zarar verenin hukuka aykırı davranışı sonucu hak sahibi, alıcıdan satış bedelini talep edemeyeceği için, kendisi zarara uğrayacak ve doğrudan zarar verenden, duruma göre borca aykırılık ya da mülkiyet hakkı ihlaline dayanarak, tazminat talep edebilecektir. Dolayısıyla bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğmayacaktır.

Bu görüşe öğretide çeşitli sebeplerle karşı çıkılmıştır. Öncelikle hükümdeki ifadenin bu şekilde geniş yorumlanmasının yerinde olmayacağı, çünkü bundan yalnızca zarar verenin değil üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki ilişkinin de etkileneceği ileri sürülmüştür. Örneğin, zarar verenin iflas riski de üçüncü kişiden hak sahibine (bu ihtimalde hak sahibi zarara uğramış olacağı için) geçecektir.⁹⁴⁴ Ayrıca söz konusu geniş yoruma bir kere izin verildiğinde bunu sadece üçüncü kişinin zararının tazmininin söz konusu olduğu hallerle sınırlamanın zor olacağı ve bu tercihin genel olarak uygulanması gerekeceği ileri sürülmüştür. Bu zorluğun altında yatan neden, hasarın geçmesinin sebebinin üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki sözleşme olması ve zarara (dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin doğmasına) sebep olan (borçlu ile kurulan) ilişkinin çoğu halde sonradan vuku bulmasıdır.⁹⁴⁵

⁹⁴² Bkz yukarıda §3.A.2.

⁹⁴³ Piotet, *théorie*, 350; Piotet, *Drittschadensliquidation*, para 248; ayrıca bkz von Graffenried, para 692. Nitekim İsviçre öğretisinde de genel olarak hükümdeki ifadenin geniş anlaşılması gerektiği savunulmaktadır: bkz BSK OR I – Koller, Art 185, para 35; Bucher, OR BT, 79.

⁹⁴⁴ Buna karşı olarak ise satış sözleşmesinde hasarın geçtiği senaryolarda alacaklının (satıcının) zarar verenin (taşıyıcının) faaliyetlerinden menfaat sağladığı ve dolayısıyla onun iflas riskini taşımasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür: von Graffenried, para 694. Bu argüman yalnızca borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini için ileri sürülebilir, haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından geçerli değildir.

⁹⁴⁵ Marti-Schreier, para 179. *Von Graffenried* ise istisnanın kapsamına giren özel bir hâlin mevcut olup olmadığının her bir somut olay özelinde incelenmesinin karşı görüşün ileri sürdüğü endişeleri ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Yazara göre ancak alıcının zararı önlemek için alabileceği önlemler olmadığında istisna kapsamında bir durum olduğunun kabulü düşünülebilir. Yazar sonuç olarak kanundaki “durumun gereği” ifadesine dayanan çözüm

Öğretide önerilen bir başka çözüm yolu ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisine başvurmaktır. Mesafe satışında satıcı ile taşıyıcı arasındaki sözleşme ve bu sözleşme açısından üçüncü kişi konumundaki alıcı bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlanıp sağlanmadığı öğretide tartışmalıdır.⁹⁴⁶ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin birçok şartının kapsamı bakımından tartışmalar mevcuttur ve söz konusu tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.⁹⁴⁷ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlanması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkün olsa da buna gerek kalmayacaktır.⁹⁴⁸ Ancak belirtmek gerekir ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak alıcının zararının tazmini için hak sahibi ile zarar veren arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olması gerekir. Dolayısıyla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yalnızca borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyacı ortadan kaldıracaktır. Eşyaya zarar veren kişinin taşıyıcı dışında bir kişi olması hâlinde ise haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazminine başvurma ihtiyacı devam edecektir.

Öğretide bir görüş mesafe satışlarında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulmasının aslında hukuk düzeniyle uyumlu olmadığını, çünkü alıcının henüz zilyet olmadığı hâlde zilyet olan (fakat henüz malik olmayan) birinden daha fazla korunmuş olduğunu, zira zilyet olan birinin ancak zilyetliğinin ihlali sonucu doğan zararı talep edebileceğini, burada ise alıcının sanki malikmiş gibi tam zararının tazminini talep edebildiğini ileri sürmektedir. Ayrıca bu görüşe göre alıcı, zarara yol açan fiil gerçekleştiği sırada beklenen hak sahibi olan bir alıcıdan da daha çok korunmaktadır, çünkü bu alıcı da aynı şekilde yalnızca beklenen hakkının ihlalinden doğan zararın tazmini talep edebilirdi.⁹⁴⁹

Kanaatimce bu görüş, en azından bu çalışmada ortaya konan üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi bakımından, yerinde değildir. Eleştiri temel olarak tazmin edilecek zararın kapsamına yöneldiğinden, bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin mesafe satışlarına uygulanması sonucu tazmin edilecek zararın kapsamını incelemek yerinde olacaktır.

yolunun üçüncü kişinin zararının tazminine iyi bir alternatif teşkil etse de bu kuruma olan ihtiyacı tamamen ortadan kaldırmayacağı görüşündedir: von Graffenried, para 695-696.

⁹⁴⁶ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlandığı yönünde: Becker, 727-734 (yazar her bir şartı detaylı biçimde incelemektedir); Koller (I), Transportrecht, Art 407, para 37 (yazar ayrıca HGB 421'e başvurulabildiği durumlarda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden söz edilemeyeceğini belirtmektedir); sağlanmadığı yönünde: HGB-Staub/Helm, 1994, Art 429, para 156.

⁹⁴⁷ Bkz yukarıda §5.A.

⁹⁴⁸ Bkz yukarıda §5.A.

⁹⁴⁹ Peters, 339.

Öncelikle borca aykırılıktan doğan bir üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu söz konusuysa, yani somut olayda zarara yol açan kişi taşıyıcıysa, burada zarar veren taşıyıcının üçüncü kişinin menfaatini taşıma sözleşmesinin kurulması sırasında öngörebileceğini söyleyebiliriz, zira alıcının kim olduğu henüz bilinmese dahi eşyanın bir üçüncü kişiye teslim edileceği ortadadır. Ayrıca burada taşıma işinin baskın olarak alıcının menfaatine olduğu da ortadadır. Bu sebeple burada bir üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün olabilir.⁹⁵⁰ Dolayısıyla burada tazmin edilecek zarar kural olarak üçüncü kişinin tam zararı olacaktır.⁹⁵¹ Burada alıcının korunması bir üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayandığından zilyet ve/veya malik olan farazi kişiyle yapılan kıyaslama doğru değildir. Zira söz konusu kişiler de bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin lehtarı olmaları hâlinde en az bu seviyede korunacaklardır.

Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından ise tazmin edilecek zarar hak sahibinin uğrayacağı farazi zararlarla sınırlı olacaktır. Dolayısıyla burada üçüncü kişi, zararın doğması sırasında malik olan hak sahibi farazi olarak ne kadar korunacaksa o kadar korunmaktadır. Aynı koruma, üçüncü kişinin zilyet olduğu (fakat bir sebeple malik olamadığı) ihtimalde de sağlanacaktır.⁹⁵²

Son olarak belirtmek gerekir ki bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin mesafe satışlarına uygulanabildiği ihtimallerde üçüncü kişi, hak sahibinin kendisine karşı ileri sürebileceği ve imkânsızlaşan mülkiyeti devir borcuyla karşılıklılık ilişkisi içerisinde bir savunma mevcut olmadıkça,⁹⁵³ zarar verenden doğrudan tazminat talep edebilecektir.⁹⁵⁴

b. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış

Üçüncü kişinin zararının tazmininin gündeme gelebileceği bir diğer örnek mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satıştır. Daha önce açıklandığı üzere burada satışa konu eşyanın zilyetliğinin alıcıya devri

⁹⁵⁰ Bkz yukarıda §3.B.4.

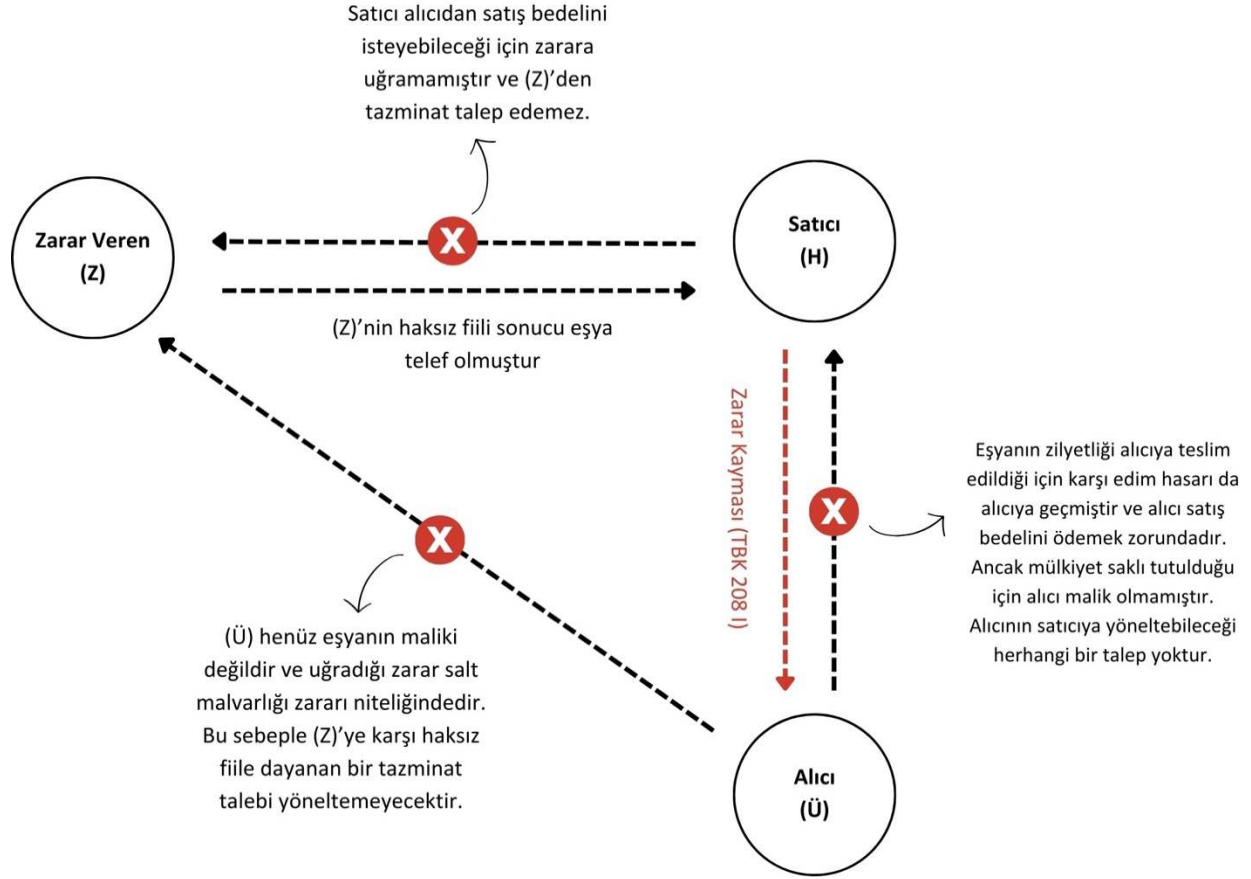
⁹⁵¹ Ancak istisnaen, özellikle üçüncü kişinin kim olduğunun taşıma sözleşmesinin kurulması sırasında bilinmediği durumda, eğer satıcı üçüncü kişinin ekonomik alanından kaynaklanan olağan dışı bir riskin varlığını taşıyıcıya bildirmemişse, bu durumda taşıyıcı söz konusu riske tekabül eden zarar kalemlerinden sorumlu tutulamayacaktır. Bkz yukarıda §4.B.2.d.

⁹⁵² Örneğin mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış (hemen aşağıda incelenecektir).

⁹⁵³ Bu konuda bkz yukarıda §4.B.5. Mesafe satışı bakımından bu nitelikte bir savunmanın mevcut olma ihtimali düşüktür. Zira mesafe satışına konu eşya gönderilmesine rağmen satış bedelinin ödenmiş olmadığı bir senaryoda muhtemelen satıcı önce ifa ile yükümlüdür. Bu durumda ise metinde belirtilen nitelikte bir savunmadan söz edilemeyecektir.

⁹⁵⁴ Bu konuda bkz yukarıda §4.B.1.

ile hasar alıcıya geçecek⁹⁵⁵ ancak mülkiyet satış bedeli tamamen ödenene kadar satıcıda kalacaktır. Dolayısıyla eşyaya henüz mülkiyet alıcıya geçmeden önce bir başkasının zarar vermesi durumunda haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu ortaya çıkacaktır.



Şekil 16 – Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış

Öncelikle belirtmek gerekir ki alıcının eşyayı kullanamaması sebebiyle uğradığı zararın zilyetlik hükümlerine göre tazmin edileceği kabul edilmektedir.⁹⁵⁶ Diğer zararlar bakımından mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta mülkiyet henüz alıcıya geçmeden önce eşyanın zarar görmesi hâlinde kimin hangi tutarda tazminat talep edebileceği Alman hukukunda tartışmalara yol açmış ve bu konuda birçok görüş ortaya atılmıştır.⁹⁵⁷ Bu görüşlerin detaylarına geçmeden önce belirtmek gerekir ki Alman hukukunda alıcının eşyanın hasara uğraması sonucu mülkiyetin devrine ilişkin

⁹⁵⁵ Nomer/Engin, madde 208, para 31; Zevkliler/Gökyayla, 49; Gümüş, Borçlar Özel C I, 39; Eren, Borçlar Özel, 53; Yavuz/Acar/Özen, 73; Müller-Laube, 532; İsviçre hukukunda (her ne kadar hasarın geçişi zilyetliğin devri ile olmasa da) mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta karşı edim hasarının alıcıda olduğu yönünde: Loher, para 165.

⁹⁵⁶ Mülkiyeti saklı tutma özelinde Nomer, Beklenen Hak, 159; genel olarak Eren, Borçlar Genel, 54-55.

⁹⁵⁷ Bkz MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 356. Öğretide ileri sürülen görüşlerin daha kapsamlı bir özeti için: Nomer, Beklenen Hak, 46 vd.

beklenen hakkının⁹⁵⁸ ihlal edildiği, beklenen hakkın haksız fiil sonucu tazminat yükümlülüğü öngören BGB 823 hükmünün kapsamına girdiği ve dolayısıyla alıcının haksız fiile dayanan tazminat talep etmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵⁹ Burada tartışmalı olan husus alıcı ve satıcının hangisinin ne tutarda tazminat talep edebileceğidir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre alıcı zararının tamamı için tazminat talep edebilmelidir, zira bu hakları etkin bir şekilde koruyan ve pratikte kolay biçimde uygulanabilen bir çözümdür.⁹⁶⁰ Ayrıca yazara göre alıcı elde ettiği tazminatı eşyanın yerine konması için harcamak zorunda da değildir.⁹⁶¹ Bu görüş satıcının teminat sağlamaya ilişkin menfaatini yok saydığı gerekçesiyle eleştirilmiştir, zira alıcı elde ettiği tazminatı eşyayı derhal onarmak için kullanmaz ise (ya da bu mümkün değilse) ve iflas ederse satıcı salt bir iflas alacaklısı olarak ismini masaya yazdıracaktır.⁹⁶² Ancak belirtmek gerekir ki bu görüşü savunan kimi yazarlar, taksitlerin çoğunun henüz ödenmediği ve satıcının teminatını kaybetmesi sonucu satış bedelini elde etmesinin önemli bir risk altına girdiği durumlarda işlem temelinin çökmesine dayanarak satıcının alıcıdan teminat göstermesini ya da erken ödemede bulunmasını isteyebileceğini ileri sürmektedir.⁹⁶³

Alman Federal Mahkemesi ise bir kararında eşyaya verilen zarara ilişkin tazminatı satıcı ile alıcı arasında bölüştürmüştür. Buna göre satış bedelinin henüz ödenmeyen kısmına tekabül eden tutarı satıcı talep edebilecek, bu tutarın dışında kalan zararı ise alıcı talep edebilecektir.⁹⁶⁴ Yine bu görüş de eleştirilere uğramış, özellikle ödenen her bir taksit ile söz konusu paylaşım değişeceğinden tazminat tutarının zaman içerisinde değişmesinin söz konusu olacağı belirtilmiştir.⁹⁶⁵ Ayrıca satıcı, zarara yol açan fiil söz konusu olmasaydı ödenmeyen kısmı taksitler hâlinde tahsil edecekken zarar

⁹⁵⁸ Alman hukukunda bir hakkın elde edilmesine ilişkin şartların, hakkı devredecek kişinin tek taraflı olarak bu hakkın devralınmasının önüne geçmesini önlemeye yetecek kadarı sağlanmış ise bir beklenen haktan söz edilir: Staudinger/Hager, 2017, BGB 823, para 150. Alman hukukunda beklenen hak kavramının ne anlama geldiğiyle ilgili daha detaylı açıklamalar için Nomer, Beklenen Hak, 9 vd.

⁹⁵⁹ MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 355; Wieling, 240 ve 245; Bredemeyer, 104-105; Müller-Laube, 530; Aksi yönde: Flume, 711. Beklenen hak kavramına ilişkin Alman mahkemelerinin içtihatlarının tarihsel gelişimi hakkında bkz Seongho, 116 vd.

⁹⁶⁰ Müller-Laube, 534 (Yazara göre satıcı da tazminat talep edebilir. Ancak satıcı tazminatın alıcıya ödenmesini talep edebilecektir).

⁹⁶¹ Müller-Laube, 535. Yazara göre satıcının teminatının kaybına ilişkin çekinceler taraflar arasındaki sözleşmeye hükümlerine göre (ya da gerekiyorsa bu sözleşme uyarlanarak) çözümlenmelidir. Ayrıca yazara göre henüz tazminat ödenmeden alıcı satış bedeli taksitlerini ödemede temerrüde düşmüş ve satıcı sözleşmeden dönmüşse, bu durumda tazminat satıcıya ödenmelidir: Müller-Laube, 535.

⁹⁶² MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 356.

⁹⁶³ Müller-Laube, 535.

⁹⁶⁴ BGH NJW 1971, 799 (801).

⁹⁶⁵ MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 356; Müller-Laube JuS 1993, 532.

verici davranış sonucu bedelin tamamını beklemeksizin elde edecektir. Bu ise menfaatler dengesine uygun görülmemektedir.⁹⁶⁶

Bir diğer görüşe göre ise tazminat talep etme hakkı satıcıya aittir. Ancak satıcı, bu tazminatın kendisine ödenmesini alıcının rızası olmadıkça talep edemeyecektir. Bu rızanın olmaması durumunda satıcı tazminatın satıcı ve alıcıya birlikte ödenmesini ya da tevdi edilmesini talep edebilir. Ayrıca alıcı, satıcıdan tazminat talep etmesini ve elde ettiği miktarın eşyanın tamir edilmesi ya da yerine konulması için harcanmasına rıza göstermesini isteyebilir ve satıcı bu talebe uymak zorundadır.⁹⁶⁷ Bu görüş de eleştirilere maruz kalmıştır. Bu görüşün kabulü hâlinde ilk aşamada aslında zarara uğramayan kişiye tazminat talep etme hakkı tanınacaktır.⁹⁶⁸ Dolayısıyla satıcının bu talebi ileri sürme yönünde yeterince menfaati olmayabilir.⁹⁶⁹ Ayrıca satıcı, alıcının tazminat talep etmesi yönündeki talebine uymak zorundaysa, bu talebin neden doğrudan alıcıdan esirgendiği sorusu gündeme gelmektedir.⁹⁷⁰

Son olarak öğretilde, zararın tamamı bakımından, hak rehnine ilişkin BGB 1281⁹⁷¹ ve bölünemeyen borcun birden fazla alacaklısının olmasına ilişkin BGB 432⁹⁷² hükümlerine kıyasen zarar verenin satıcı ve alıcıya birlikte ifada bulunması önerilmiştir.⁹⁷³ Türk hukukunda da alacak rehnine ilişkin TMK 961 II ve III hükümlerine kıyasen dayanarak tazminatın zarar veren tarafından tevdi edilmesi gerektiği, alıcının kalan taksitleri ödemesi hâlinde tevdi edilen tutara hak kazanacağı, aksi halde bu tutarı satıcının alabileceği ileri sürülmüştür.⁹⁷⁴

BGB 1281 hükmüne dayanılması eşya üzerindeki beklenen hak ile rehin hakkının hukuken benzer nitelikte olmaması gerekçesiyle; BGB 432 hükmüne dayanılması ise tazminatın taraflar arasında nasıl bölüşüleceğinin ancak geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olduğu anda

⁹⁶⁶ Müller-Laube, 532.

⁹⁶⁷ Flume, 741-742.

⁹⁶⁸ MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 356.

⁹⁶⁹ Müller-Laube, 532.

⁹⁷⁰ Müller-Laube, 532.

⁹⁷¹ Hak rehnine ilişkin bu hükme göre borçlu rehinli alacaklı ve asıl alacaklıya birlikte ifada bulunmalıdır.

⁹⁷² Bu hükme göre bölünemeyen bir borcun birden fazla alacaklısı varsa borçlunun borcunu bütün alacaklılara birden ifa etmesi gerekir. TBK 85 I hükmü de aynı yöndedir.

⁹⁷³ MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 356; Staudinger/Hager, 2017, BGB 823, para 155; Eichenhofer, 490; Bredemeyer, 105. Türk hukukunda TBK 85 I (BK 69)'a dayanarak bu yönde: Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma, 197 dn 53.

⁹⁷⁴ Nomer, Beklenen Hak, 161. Bu hükümlere göre rehlin borçluya ihbar edilmiş olması durumunda borçlu asıl alacaklı ve rehin alacaklısına ancak diğerinin rızası ile ödeme yapabilir. Bu rızanın yokluğunda borçlunun borcunu tevdi etmesi gerekir.

açığa kavuşacağı, dolayısıyla belirsizliğin sürdüğü zaman diliminde paylaşımın nasıl yapılacağını da belirsizliğini koruyacağı, satıcının tazminat tutarında hak sahibi olup olmadığının da söz konusu belirsizliğe bağlı olduğu ve bu görüşün satıcının hak sahipliğini başkaca bir dayanak olmaksızın varsaydığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁷⁵ Ayrıca pratik olarak da bu çözümün gecikmelere yol açacağı ve alıcının menfaatlerini haksız şekilde olumsuz etkileyeceği ileri sürülmüştür.⁹⁷⁶

Kanaatimce yukarıda açıklanan görüşlerin büyük çoğunluğu tatmin edici değildir. Bu görüşlerin neredeyse hiçbirisi, eşyanın hasara uğradığı anda satıcı ve alıcının ne kadar zarara uğradıklarını doğru biçimde dikkate almamaktadır. Daha önce belirtildiği üzere mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta eşyanın zilyetliği alıcıya devredildiğinden karşı edim hasarı da alıcıya geçmiştir. Yani alıcı taksitleri ödemeye devam etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla alıcı, eşyanın mülkiyetinin devrine ilişkin beklentisini kaybetmiş ve buna rağmen satış bedeli taksitlerini ödeme borcundan kurtulamamıştır. Bu açıdan bakıldığında alıcının eşyanın değeri tutarında zarara uğradığı söylenebilir. Satıcı ise satış bedeli ödenmeye devam ettiği sürece herhangi bir zarara uğramayacaktır. Satıcının olası zararı, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içerisine düşmesi ve kalan taksitleri (ya da bir kısmını) tahsil edememesi hâlinde doğacaktır.⁹⁷⁷

Yukarıda belirtildiği üzere Alman hukukunda alıcının eşyanın hasara uğraması sonucu mülkiyetin devrine ilişkin beklenen hakkının ihlal edildiği ve alıcının haksız fiile dayanan tazminat talep etmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ancak söz konusu beklenen hak yalnızca hâlihazırda ödenen taksitlere tekabül eden değer bakımından söz konusudur.⁹⁷⁸ Türk hukuku bakımından da alıcının ödenen taksitlere tekabül eden değer bakımından haksız fiil hükümlerine başvurabileceği kabul edilirse, ödenmeyen kısma tekabül eden zarar bakımından zarar kaymasının varlığını kabul etmek gerekir.⁹⁷⁹

Sonuç olarak zarara yol açan fiil gerçekleştiği anda eldeki durum şudur: Satıcı henüz zarara uğramamıştır. Alıcı ise zararının o ana kadar ödediği taksitlere tekabül eden kısmı bakımından haksız fiil hükümlerine başvurabilecektir. Zararın geri kalan kısmı bakımından alıcının hukuken

⁹⁷⁵ Müller-Laube, 533.

⁹⁷⁶ Detaylar için bkz Müller-Laube, 533-534.

⁹⁷⁷ Benzer şekilde ipotekli taşınmaza zarar verilmesi hâlinde ipotekli alacaklının ancak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen miktardan alacağını tahsil edememesi hâlinde zarara uğrayacağı yönünde: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, para 3348; Kaçmaz, 2900.

⁹⁷⁸ Bredemeyer, 104-105.

⁹⁷⁹ Aynı yönde Bredemeyer, 105. Beklenen hakkın ihlali sonucu haksız fiil hükümlerine başvurulabileceğinin kabul edilmemesi hâlinde, zarar kayması eşyanın değerinin tamamı bakımından söz konusu olacaktır.

korunan ve ihlâli tazminat yükümlülüğüne yol açan bir hakkı ihlal edilmediğinden haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talep etmesi mümkün değildir. Bu durumda haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkündür.

Bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin uygulanması sonucu varılacak sonuç şudur: Satış bedeline ilişkin ödenmeyen taksitler mevcut olduğu sürece mülkiyet alıcıya geçmeyecektir. Dolayısıyla burada satıcının (hak sahibi) alıcıya karşı ileri sürebileceği bir savunmadan söz edilebilir. Bunun sonucu ise söz konusu savunma mevcut olduğu sürece üçüncü kişinin direkt talebe kavuşamayacak olmasıdır. Dolayısıyla alıcı satış bedelini tamamen ödemedikçe ya da üçüncü kişi ile bu konuda bir anlaşmaya varmadıkça (beklenen hakkını aşan kısım bakımından) zarar verenden tazminat talep edemeyecektir. Ancak bu durumda zarar veren, tazminat borcunu tevdi etme yükümlülüğü altında olacaktır.⁹⁸⁰

Satıcının taksitleri tahsil edememesi durumunda ise satıcı zarara uğramış olacaktır. Bu durumda satıcı haksız fiil hükümlerine dayanarak uğradığı zararın tazminini zarar verenden talep edebilir. Eğer tazminat borcu tevdi edilmişse, bu durumda satıcı uğradığı zararın tazminini tevdi edilen tutar üzerinden sağlayabilmelidir.⁹⁸¹

Bu durumda elbette satıcının durumu eşyanın zarar görmeyip teminat teşkil etmeye devam ettiği olasılığa kıyasla bir miktar kötüleşmiş olmaktadır.⁹⁸² Ancak bu, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışın doğal bir sonucudur. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta satıcı, satış bedelinin tamamını tahsil etmeden eşyanın zilyetliğini alıcıya devretmeyi kabul ederek eşyanın zarar görmesi sonucu teminatını kaybetme riskini üstüne almaktadır.⁹⁸³

c. Diğer İhtimaller

Satış sözleşmesi kapsamında üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu başka ihtimallerde de doğabilir. Örneğin, satış sözleşmesinin geciktirici koşula bağlı olduğu ancak satış konusu eşyanın zilyetliğinin koşulun gerçekleşeceği beklentisiyle alıcıya devredildiği durumda, koşulun ileride gerçekleşmesi kaydıyla zilyetliğin devrinden itibaren hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmektedir.⁹⁸⁴

⁹⁸⁰ Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz yukarıda §4.B.5.

⁹⁸¹ Bkz yukarıda §4.B.5. Dolayısıyla sonuç bakımından hemen yukarıda açıklanan *Nomer*'in savunduğu görüş ile aynı yere varılmaktadır.

⁹⁸² Fakat satıcı zarar vereni tazminat borcunu tevdi etmeye zorlayarak bu dezavantajı bir ölçüde telafi edebilir. Bu konuda bkz yukarıda §4.B.5.

⁹⁸³ Aynı yönde Müller-Laube, 534.

⁹⁸⁴ Bkz yukarıda §1.A.2.a.i.aa.

Bu durumda eşyanın zilyetliğin devri ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki zaman diliminde bir başkasının fiili sonucu telef olması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması gerekecektir.

Ayrıca eşyanın mülkiyetinin devrine rağmen dolaysız zilyetliğin devredilmediği hallerde, eşyadan ekonomik olarak kim yararlanıyorsa hasar ona aittir.⁹⁸⁵ Örneğin, satıcının kendi borcu için rehin verdiği eşyayı sattığı ve mülkiyeti alıcıya zilyetliğin havalesi yoluyla devrettiği bir ihtimalde, dolaysız zilyetlik alıcıya devredilene kadar hasar satıcıda olacaktır. Bu durumda eşyanın dolaysız zilyetlik alıcıya devredilmeden önce bir başkasının fiili ile telef olması hâlinde alıcı (malik) satış bedelini ödemekten kurtulacağı için kural olarak zarara uğramayacaktır. Satıcı ise satış bedeli alacağını kaybettiği için zarara uğramasına rağmen malik olmadığı için tazminat talep edemeyecektir. Bu durumda da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması gerekecektir.

Son olarak TBK 208 I uyarınca somut olaydaki durum gereği hasarın mülkiyet ve zilyetliğin devrinden önce alıcıya intikal ettiği⁹⁸⁶ ya da TBK 208 II uyarınca alıcının zilyetliği devralmada temerrüde düşmesi sebebiyle hasarın kendisine geçtiği durumlarda da eşyanın bir başkasının fiili ile zarar görmesi halinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak gerekecektir.

Sayılan bu ihtimallerde birçok durumda zarar veren kişi ile malik arasında sözleşmesel bir ilişki mevcut olmayacağından haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini gündeme gelecektir. Bu durumda zarara uğrayan üçüncü kişi (yani somut olayda malik olmamasına rağmen hasar kendisine ait olan kişi) doğrudan zarar verenden tazminat talep edebilecektir. Tazminatın kapsamı malikin (hak sahibinin) uğrayacağı farazi zararlarla sınırlı olacaktır. Söz konusu ihtimaller özellik arz etmediğinden daha kapsamlı olarak ele alınmalarına ihtiyaç duyulmamıştır.

2. Eser Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

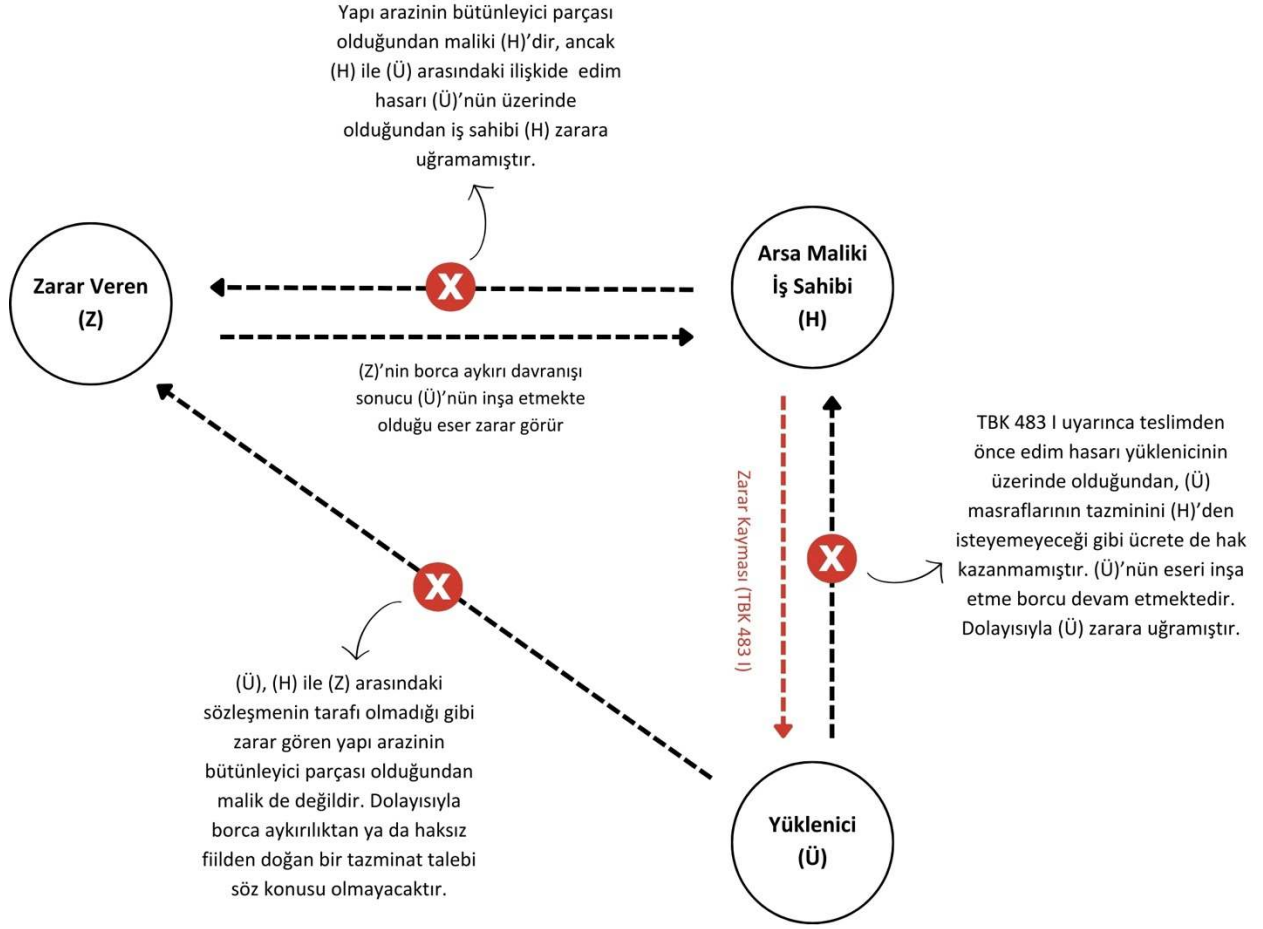
Yukarıda açıklandığı üzere, eser sözleşmesinde teslimet kadar bedele ilişkin ekonomik riskleri yükleniciye yükleyen TBK 483 I⁹⁸⁷ ve eserin iş sahibinin taşınmazının üzerinde yapılması hâlinde taşınmazın bütünleyici parçası hâline gelmesi sebebiyle mülkiyetinin teslimden önce iş sahibine geçmesine yol açan TMK 722 I hükümleri sebebiyle, eserin tamamlanmadan bir başkasının fiili sonucu zarar görmesi hâlinde yüklenici ekonomik riski kendisi taşıdığı için zarara uğramakta

⁹⁸⁵ Bkz yukarıda §1.A.2.a.i.aa.

⁹⁸⁶ Bkz yukarıda §1.A.2.a.i.aa.

⁹⁸⁷ Bkz Kulaklı, İmkansızlık, 191.

ancak mülkiyet iş sahibine geçtiği için ilk bakışta tazminat talep edemiyor görünmektedir.⁹⁸⁸ Burada üçüncü kişinin zararının tazmini problemi doğmaktadır.



Şekil 17 – Eser Sözleşmesinde Hasar Problemi

Nitekim İsviçre’de Wallis (Valais) Kanton Mahkemesinin 5 Şubat 1987 tarihli kararındaki⁹⁸⁹ vakıalar bu kurguya oldukça benzerdir. Karara konu olayda (Z)’nin (H)’nin taşınmazı üzerinde yapmakta olduğu ve henüz teslim etmediği eser kaza sonucu zarar görmüştür. Bunun sonucu olarak boruların patlaması üzerine arsa üzerinde başka eserler yapmakta olan diğer iki müteahhidin eserleri zarara uğramıştır. Mahkeme arsa sahibinin (hak sahibi), söz konusu iki yüklenicinin (üçüncü kişiler) zararının tazminini yüklenici (Z)’den (zarar veren) üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak talep edebileceği sonucuna varmıştır.⁹⁹⁰

⁹⁸⁸ Bkz yukarıda §1.A.2.a.i.bb

⁹⁸⁹ ZWR 1988, 348 vd (Aktaran Marti-Schreier, para 184, dn 441).

⁹⁹⁰ Bu karar, (Z)’nin zararın doğmasında kusuru olmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir: Marti-Schreier, para 184, dn 441. Burada bir an için (H)’ye karşı yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine dayanılması akla gelebilirse

Burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmanın gerekip gerekmediği sorusunu cevaplayabilmek için öncelikle yüklenicinin zararının tazminini sağlayacak başka bir hukuki mekanizmanın mevcut olup olmadığını incelemek gerekir. Burada akla zilyetlik hükümlerine dayanmak gelebilir. Alman öğretisi ve yargı kararlarında eşyaya verilen zararın zilyetliğin ihlali olarak değerlendirileceği belirtilmektedir.⁹⁹¹ Nitekim Alman Federal Mahkemesi 1984 yılında verdiği bir kararında vakıaları yukarıda örneğe çok benzeyen bir uyuşmazlığı zilyetlik hükümlerine göre çözmüştür. Karara konu olay şu şekildedir: Davacı yüklenici, iş sahibine ait limanda bir kıyı duvarı inşa etmektedir. Duvar henüz tamamlanmadan davalıya ait gemi limana yanaşırken duvara çarpmış ve zarar vermiştir. Bunun üzerine davacı davalıdan tazminat talep etmiştir. Mahkemeye göre yapının o ana kadar inşa edilmiş kısmı taşınmazın bütünleyici parçası olduğundan mülkiyeti iş sahibine geçmiştir. İş sahibinin ise zararı yoktur, zira iş sahibi telef olan duvar için herhangi bir ücret ödemek zorunda değildir ve yüklenicinin duvarı inşa etme borcu devam etmektedir (BGB 631 ve 644). Bunun üzerinde mahkeme, zilyetlik hükümlerine başvurulup başvurulamayacağını incelemiştir. Mahkemeye göre zilyetliğe saldırı sonucu doğan zarar, haksız fiil tazminatına ilişkin genel hüküm olan BGB 823 I kapsamına girer.⁹⁹² Ancak mahkemeye göre kural olarak yalnızca eşyanın kullanımına ilişkin zarar bu kapsamda tazmin edilebilir, eşyanın özüne gelen hasar sebebiyle uğranılan zarar değil.⁹⁹³ Yine de mahkeme, somut olayda yüklenicinin zilyetliği, eşyanın özüne gelen zarara ilişkin riski taşımasına yol açan eser sözleşmesinden doğan borcu ile birbirine sıkı biçimde bağlı olduğundan, burada zilyetlik hükümlerine dayanarak zararın tazmininin mümkün olduğu sonucuna varmıştır.⁹⁹⁴

de öğretide çoğunluk görüşüne göre yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine dayanılabilmesi için yapının tamamlanması şartı arandığından öncelikle bu şartın sağlanıyor olması gerekecektir. Bu şart hakkında daha detaylı bir tartışma ve aksi görüşler için bkz Saraçoğlu, 70-72. Ayrıca yapının yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksikliğin zarara yol açması gerekecektir. Son olarak buradaki örnekte meydana gelen zarar salt malvarlığı zararıdır. Salt malvarlığı zararının yapı malikinin sorumluluğu hükümleri kapsamında tazmini ise öğretide kabul edilmemektedir: Saraçoğlu, 102; Baş, 107.

⁹⁹¹ MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 371; BGH, VI ZR 481/17 (NJW 2019, 1669), 29.1.2019, para 13; BGH, VI ZR 1215/20, 24.05.2022, para 7.

⁹⁹² Nitekim öğretideki hâkim görüşün de haklı dolaysız zilyet bakımından bu yönde olduğu ifade edilmektedir: MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 370; Staudinger/Hager, 2017, BGB 823, para 167. Hâkim görüşüne göre iyi niyetli haksız zilyedin de bu hüküm kapsamında korunacağı yönünde: Staudinger/Hager, 2017, BGB 823, para 169. Ayrıca zilyetliğe saldırının ve zilyetliğin gaspının hukuka aykırı olduğunu belirten BGB 858 I hükmünün BGB 823 II anlamında bir koruma normu teşkil edeceği de öğretide kabul edilmektedir: MüKo-Wagner, 2024, BGB 823, para 366.

⁹⁹³ Bu konu Alman öğretisinde tartışmalıdır. Eşyanın özüne gelen zararların zilyetlik hükümleri kapsamında tazmin edilemeyeceği yönünde: Schauseil, 447; Harriehausen, NJW 2016, 1422; tamir masraflarının ve eşyanın yenisinin alınmasına ilişkin masrafların tazmin edilebileceği yönünde: MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 453 ve 457.

⁹⁹⁴ BGH NJW 1984, 2569 (“*Spundbohlenfall*”). Salt zilyetliğe saldırının bu sonucu doğuracağına kuşkuyla bakmak gerektiği yönünde Henn, 267.

Türk hukukunda da TMK 982 III ve 983 II hükümleri zilyetliğe saldırı ve zilyetliğin gaspı hâllerinde tazminat talep edilebileceğini hüküm altına almıştır. Türk ve İsviçre öğretilerindeki hâkim görüş, bu hükümlerden doğan sorumluluğun genel haksız fiil hükümlerine (TBK 49) tabi olduğunu savunmaktadır.⁹⁹⁵ Ayrıca İsviçre öğretisinde çoğunluk zilyetliği mutlak olarak korunan bir hukuki değer olarak görmekte ve ihlalinin hukuka aykırılığa yol açacağını savunmaktadır.⁹⁹⁶ Azınlık görüşü ise zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerin zararın tazmini amacına hizmet etmediğini ve dolayısıyla zilyetliğe saldırının ya da zilyetliğin tek başına gaspının haksız fiilin hukuka aykırılık şartını sağlamayacağını ileri sürmektedir.⁹⁹⁷ Bu görüşü savunan yazarlardan *Fuchs*'a göre eşya üzerinde salt şahsi hakka sahip olan zilyet, zilyetliğe saldırı sonucu uğradığı zararın tazminini üçüncü kişinin zararının tazminine başvurarak talep etmelidir.⁹⁹⁸

Zilyetliğin ihlalinin tazminat sorumluluğuna yol açacağını kabulü hâlinde, tazminatın kapsamının ne olacağı Türk ve İsviçre hukuklarında yeterince aydınlatılabilmiş değildir. Türk öğretisinde tazmini istenebilecek zararın kapsamının zilyedin eşya üzerinde iddia ettiği hakka göre belirleneceği, örneğin kiracının eşyayı kullanma imkânından yoksun kaldığı için uğradığı zararın tazminini talep edebilecekken eşyanın özünde meydana gelen azalmaların tazminini talep edemeyeceği belirtilmektedir.⁹⁹⁹ İsviçre öğretisinde kimi yazarlar ise başka zararların da tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Örneğin, bir görüşe göre zilyetliğin gaspında eşyanın tamir masrafları ve hatta eşyanın yerine yenisinin alınması için gereken masrafın tazmini talep edilebilir.¹⁰⁰⁰

Özetle Türk/İsviçre hukuku bakımından yukarıdaki örnekte zilyetlik hükümlerine dayanarak zararın tazmin edilip edilemeyeceği belirsizdir. Zilyetlik hükümlerine dayanarak zararın tazmininin mümkün olduğunun kabulü halinde haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının

⁹⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, para 429 ve 436; Nomer/Ergüne, para 183 ve 187; Sirmen, Eşya Hukuku, 77 ve 78; Fuchs, para 351; OFK ZGB-Schmid/von Graffenried, Art 927, para 2 ve Art 928, para 5; Weber, Besitzesschutzklagen, 60-61 ve 65-66; BK – Stark/Lindenmann, 2016, Art 927 ZGB, para 26 ve Art 928 ZGB, para 46; BSK ZGB II – Ernst, Art 927, para 8 ve Art 928, para 12; Duss Jacobi/Marro, para 14.24.

⁹⁹⁶ Honsell/Isenring/Kessler, §4 para 3; Schwenger/Fountoulakis, para 50.05; Rey, para 692; Portmann, 187; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, para 153; Keller/Gabi/Gabi, 44; OFK OR-Fischer/Böhme/Gähwiller, Art 41, para 35; BSK OR I – Kessler, Art 41, para 33; BK – Stark/Lindenmann, 2016, Art 928 ZGB, para 47. Türk hukukunda benzer yönde Antalya, C V/1,2, para 277.

⁹⁹⁷ Fuchs, para 357. Yazar ayrıca TBK 982 ve 983 hükümlerine karşılık gelen OR 927 ve 928 hükümlerindeki zararın tazminine ilişkin ifadelerin kaldırılmasını önermektedir: Fuchs, para 364.

⁹⁹⁸ Fuchs, para 358.

⁹⁹⁹ Nomer/Ergüne, para 183.

¹⁰⁰⁰ Portmann, 184. Eşyanın değer kaybının talep edilebileceği yönünde: Weber, Besitzesschutzklagen, 66.

tazminine ihtiyaç kalmayacaktır. Ancak borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmakta üçüncü kişinin hala menfaati vardır, zira zilyetlik hükümlerine dayanan sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olacağından borca aykırılık hükümlerine göre daha dezavantajlı olacaktır.

Kanaatimce eser sözleşmesinde risk paylaşımını düzenleyen TBK 483 I hükmü ve iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserin mülkiyetinin iş sahibine geçmesini sağlayan TMK 722 I hükmünün birlikte uygulanmasından kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazmini probleminde, zilyetlik hükümlerine başvurulamaması hâlinde,¹⁰⁰¹ zarar kayması mevcuttur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması mümkündür.¹⁰⁰² Burada üçüncü kişinin zararının tazmini problemi hem haksız fiilden hem de borca aykırılıktan doğabilir. Birinci kategoriye örnek, eser yapılırken komşu taşınmazda da bir yapı işinin mevcut olması ve komşu taşınmazdaki işçilerin esere zarar vermesidir. İkinci kategoriye örnek ise taşınmaz üzerinde bir başka yüklenicinin daha faaliyet yürütüyor olması ve bu yüklenicinin borca aykırı davranarak eserin zarar görmesine yol açmasıdır. Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin örnekte zarar gören üçüncü kişinin menfaati bir ifaya ilişkin değil, daha ziyade sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerine ilişkindir.¹⁰⁰³ Her iki durumda da yüklenicinin zararını eser için o ana kadar yaptığı masraflar ve varsa yeniden yapımın neden olduğu ek masraflar teşkil edecektir. Burada her ne kadar iş sahibinin yükleniciden eserin meydana getirilmesi için devam eden bir alacağı söz konusu olsa da bu alacağın karşılıklı ilişki içerisinde olduğu borç üçüncü kişinin (yüklenicinin) bedel alacağıdır. İş sahibinin, bedel alacağına ilişkin borcu bakımından, içinde bulunduğu durum zarara yol açan fiilden önce de sonra da aynıdır: Eğer bedel eserin tamamlanmasından sonra ödenecekse iş sahibi eserin tamamlanmamış olmasını bu borcunu yerine getirmemek için hala bir savunma olarak ileri sürebilir. Dolayısıyla burada üçüncü kişinin

¹⁰⁰¹ Az önce belirtildiği gibi zilyetlik hükümlerine başvurularak zararın tazmin edilebilmesi hâlinde de borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkün olmalıdır.

¹⁰⁰² Zilyetlik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağını tartışmaksızın aynı yönde Marti-Schreier, para 186; von Graffenried, para 678; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 301; Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 74. Belirtmek gerekir ki Zürih İstinaf Mahkemesi bir kararında üçüncü kişinin zararının tazmininin eser sözleşmesinden doğan ilişkilere yabancı olduğunu belirtmiştir: Obergerichts Zürich, 18.06.2001, ZR 101 (2002), Nr. 83, S. 251 ff., 255. Bu kararın temyizi üzerine İsviçre Federal Mahkemesi de dolaylı temsile ilişkin bir senaryo söz konusu olmadığı için üçüncü kişinin zararının tazminine başvurma mümkün olmadığını belirtmiştir: Bundesgericht 4C.310/2001, 02.07.2002. Kararın eleştirisi için bkz von Graffenried, para 784.

¹⁰⁰³ Burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulması da düşünülebilir.

(yüklenicinin) zarar verene yönelteceği direkt talebini engelleyecek bir savunma mevcut olmayıp, yüklenici doğrudan zarar verenden tazminat talep edebilecektir.

Eser sözleşmesi kapsamında üçüncü kişinin zararının tazmininin akla gelebileceği bir diğer olasılık alt yüklenicinin borca aykırı davranışı sonucu iş sahibinin zarara uğramasıdır. Öğretide genel olarak alt yüklenicinin asıl yüklenicinin ifa yardımcısı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁴ Dolayısıyla bu durumda iş sahibi zararının tazminini asıl yükleniciden yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk hükümlerine dayanarak talep edebilecektir. Ancak asıl yüklenicinin ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğu sözleşme ile kaldırılmış olabilir.¹⁰⁰⁵ Bu ihtimalde zarar kayması mevcuttur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkündür. Bu durumda alt yüklenici ile esas yüklenici arasındaki sözleşme yapıldığı sırada üçüncü kişinin ifaya olan menfaati hemen her durumda öngörülebilir olduğundan ve ifada baskın olarak iş sahibinin menfaati söz konusu olduğundan, iş sahibinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının kabulü mümkün olabilir.¹⁰⁰⁶

Benzer şekilde öğretide kiracının akdettiği eser sözleşmesi sonucu kiraya veren zarara uğramışsa ve başka sorumluluk sebeplerine dayanılamıyorsa üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceği savunulmaktadır.¹⁰⁰⁷ Burada başvurulabilecek başka bir olası sorumluluk sebebi, özellikle eser sözleşmesine konu iş kiracının kiraya verene karşı bir borcunu teşkil ediyorsa, yükleniciyi kiracının ifa yardımcısı kabul etmek ve kiracıyı kiraya verene karşı sorumlu tutmaktır. Eğer somut olayda bu mümkün değilse üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak kanaatimce de mümkün olmalıdır.

Son olarak öğretide eser sözleşmesinde üçüncü kişinin zararının tazmininin gündeme gelebileceğinin belirtildiği bir diğer ilginç örnek şudur. Asıl yüklenici; bir mimar ve birkaç alt yüklenici ile ayrı ayrı eser sözleşmeleri yapmış ve mimar bazı hesaplarda hata yaparak borca aykırı davranmış olsun. Mimarın yaptığı hata alt yüklenicilerden birinin yapının ilgili kısmını hatalı inşa etmesine yol açsın. Öğretide savunulan görüşe göre bu durumda, eserin teslimine kadar hasar TBK

¹⁰⁰⁴ Gauch, Werkvertrag, para 177; Spiro, 189; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C II, para 3026; BGE 116 II 305, 308.

¹⁰⁰⁵ TBK 116 yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen ya da kısmen kaldırılabilirliğini belirtmektedir.

¹⁰⁰⁶ Bkz yukarıda §3.B.4. ve §4.A.1. *Von Graffenried* ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye de dayanmanın mümkün olabileceğini, bu mümkün değilse üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmanın düşünülebileceğini belirtmektedir: von Graffenried, para 744-745.

¹⁰⁰⁷ Von Graffenried, para 743.

483 I uyarınca yükleniciye ait olduğundan yüklenici yaptığı kısma ait bedeli tahsil edemeyecek ve zarara uğrayacaktır. Ayrıca eser arazinin bütünleyici parçası oldu ise alt yüklenici mülkiyeti de kaybedeceğinden mimardan haksız fiile dayanan bir talepte de bulunamayacaktır.¹⁰⁰⁸ Ancak belirtmek gerekir ki TBK 483 II uyarınca eserin iş sahibinin talimatına uygun yapılması sebebiyle eserin yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmiş olmak kaydıyla, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini iş sahibinden talep edebilecektir. Kanaatimce somut olayın da en azından kıyasen bu hüküm kapsamında görülmesi menfaatler dengesine uygundur, zira alt yüklenicilere eserin mimarın talimatları doğrultusunda yapılması talimatı asıl yükleniciden gelmektedir. Burada alt yüklenici bakımından iş sahibi asıl yüklenicidir. Alt yüklenicinin asıl yükleniciden talepte bulunması mümkün olduğundan bu ihtimalde bir zarar kayması söz konusu değildir ve üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelmeyecektir.

3. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

Daha önce belirtildiği üzere birçok hukuk sisteminde finansal kiralama sözleşmelerine sorumsuzluk kaydı konulmaktadır.¹⁰⁰⁹ Türk hukukunda ise FFFK 24 VI kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiraya verenin sorumlu tutulamayacağını açıkça hüküm altına almıştır. Dolayısıyla kiracının bilerek yaptığı sorumsuzluk anlaşması sonucu tesadüfi bir zarar kaymasından söz edilemeyeceğini belirten görüş,¹⁰¹⁰ her ne kadar yerinde olmasa da,¹⁰¹¹ Türk hukuku bakımından zaten dayanaktan yoksun kalmıştır. Ayrıca aynı maddenin beşinci fıkrası uyarınca sözleşme süresi içerisinde eşyaya ilişkin hasar da kiracıya aittir.¹⁰¹² Bu hükümlerin bir sonucu olarak satıcı/sağlayıcının borca aykırı davranışı ya da bir üçüncü kişinin haksız fiili sonucu malik olmayan kiracının zarara uğraması hâlinde talep ve zarar birbirinden kanun hükmü gereği ayrılmaktadır.

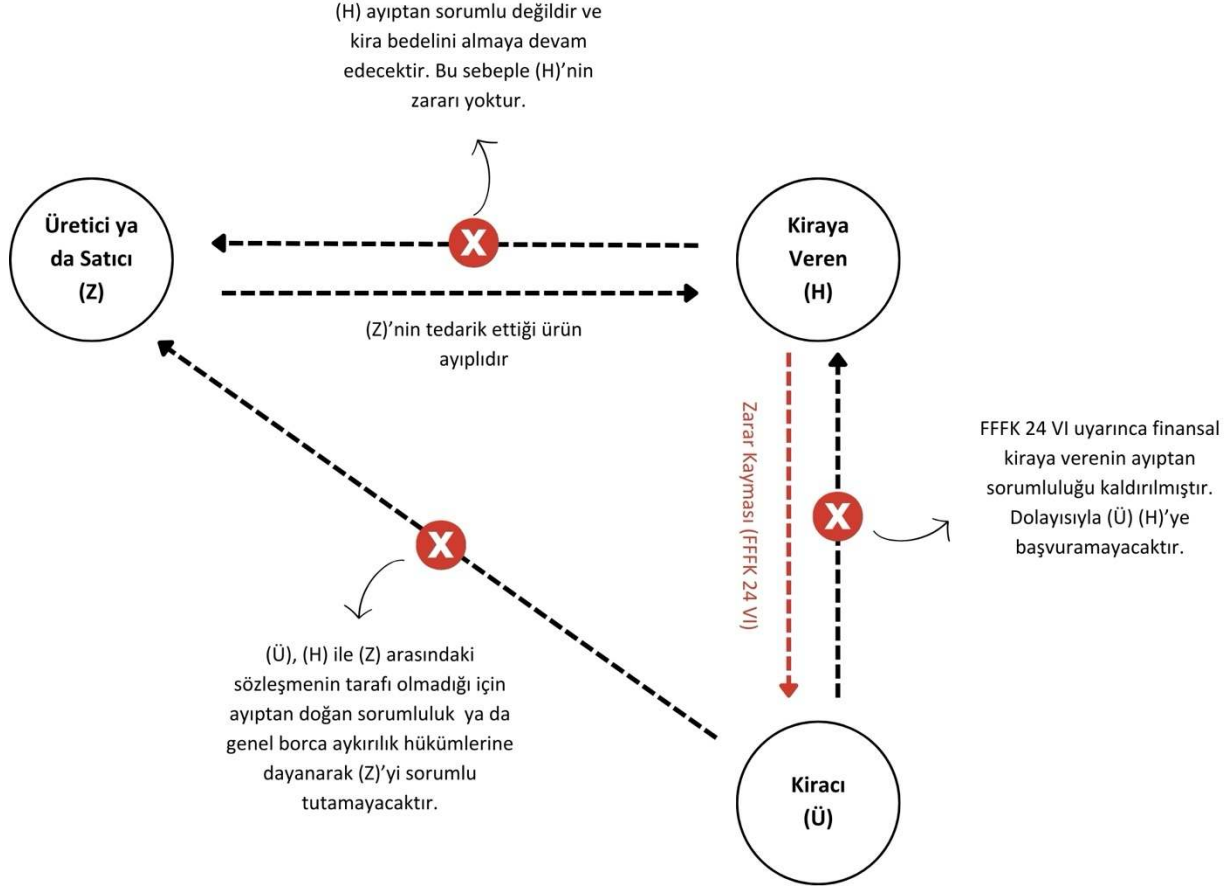
¹⁰⁰⁸ Von Graffenried, para 42; Fatzer, 73-74.

¹⁰⁰⁹ Bkz yukarıda §1.C.2.a.i.cc.

¹⁰¹⁰ Stauder, 108.

¹⁰¹¹ Tesadüfilik şartının neden aranmaması gerektiği için bkz yukarıda §4.A.5.d.

¹⁰¹² Ayrıca sözleşmelere de bu yönde hükümler konulduğu yönünde Giger, 73.



Şekil 18 – Finansal Kiralama

Yine öğretide bir görüşe göre finansal kiralama zarar kayması olup olmadığı şüphelidir. *Stauder* burada acaba zarar kaymasından ziyade farklı zararların mı (kiraya veren bakımından kira kaybı, kiralayan bakımından olası bir üretim kaybı vs) söz konusu olduğunu sorgulamaktadır.¹⁰¹³ Öğretide de belirtildiği üzere, burada belirleyici olan zarar, sözleşme ihlali sonucu tipik olarak aslında satıcı/sağlayıcıya karşı alıcı pozisyonunda olan kiraya verenin malvarlığında doğacak olan zarardır, kiraya veren sıfatıyla uğradığı olası zarar değil. Söz konusu tipik zarar finansal kiralama sözleşmesi sonucu kiraya verene kaymıştır.¹⁰¹⁴ Bu durumda da üçüncü kişinin zararının tazmini

¹⁰¹³ Stauder, 108.

¹⁰¹⁴ Von Graffenried, para 731; Fatzer, 70; Renz, 172. *Von Graffenried*, finansal kiralama sözleşmelerini bu çalışmadan farklı olarak üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkabileceği “diğer haller” kapsamında incelemektedir: von Graffenried, para 727 vd. *Fatzer*’e göre de finansal kiralamadan doğan ilişkilerin (karşı) edim hasarının geçtiği olaylar grubu altında toplanması uygun değildir. Bunun sebebi, burada eşyanın baştan itibaren ayıplı olması ve sonradan hasara uğramaması, sonradan gerçekleşen bir kusursuz ifa imkansızlığı yerine ayıplı ifa ya da kötü ifanın söz konusu olması ve burada zarar ile talebin birbirinden ayrılmasına sebep olan unsurun kanundan kaynaklanmayıp tarafların sorumsuzluk anlaşmasından doğmasıdır. Yazara göre finansal kiralamadan doğan ilişkiler “üç köşeli ilişkilerde ayıptan doğan zarar” (*Mangelfolgeschäden bei Dreiecksverhältnissen*) şeklinde ayrı bir grup altında toplanmalıdır. Kanaatimce yazarın saydığı ilk iki sebep farklı bir gruptandırmayı haklı kılmamaktadır. Üçüncü

sorunu gündeme gelmektedir.¹⁰¹⁵ Üçüncü kişinin zararının tazminini teorisinin finansal kiralama ilişkilerine uygulanmasından önce öğretide ileri sürülen alternatif çözüm yollarını ele almak yerinde olacaktır.

İlk olarak İsviçre öğretisinde satıcı/sağlayıcının kiraya verenin ifa yardımcısı olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüş olsa da¹⁰¹⁶ Türk hukukunda kanun kiraya verenin sorumsuzluğunu açıkça düzenlediğinden burada kiraya vereni ifa yardımcısının fiilinden sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

Uygulamada finansal kiralama sözleşmelerinde kiracının, kiraya verenin satıcı/sağlayıcıya karşı sahip olduğu haklara dayanabileceği şeklinde ifadelerin yer aldığı belirtilmektedir.¹⁰¹⁷ Bu tür ifadelere nasıl bir anlam yüklemek gerekir? Öncelikle öğretide haklı olarak belirtildiği üzere burada zararın tazmini bakımından bir tazminat alacağının devri söz konusu olamaz, zira kiraya veren zarara uğramadıkça satıcıya karşı tazminat alacağı doğmayacağından, mevcut olmayan bir tazminat alacağının devri de mümkün olmayacaktır.¹⁰¹⁸ Ancak Yargıtay, sözleşmede bu tip bir ifadenin yer aldığı bir olayda finansal kiralayanın sahip olduğu hakları kiracıya devrettiğini ve kiracının eşyayı sağlayan üreticiden tazminat talep edebileceğini belirten ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.¹⁰¹⁹

sebepten bakımından ise her hâlikârda Türk hukukunda kiraya verenin ayıptan sorumlu olmayacağı kanunda ön görülmüştür.

¹⁰¹⁵ Marti-Schreier, para 207; von Graffenried, para 730; Honsell, Özel, 496; Canaris, Bankvertragsrecht, para 1794.

¹⁰¹⁶ Von Graffenried, para 733.

¹⁰¹⁷ Von Graffenried, para 734. Türkiye uygulamasında da finansal kiralama sözleşmelerinde kiraya verenin satıcıya karşı sahip olduğu hakları kiracıya devrettiği şeklinde hükümler yer aldığı yönünde: Topuz, 332. Ayıptan doğan seçimlik haklar (ayıpsız benzeri ile değiştirme ya da bedelde indirim gibi) bakımından yenilik doğuran hakların devrinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan bir yenilik doğuran hakkın, tarafların bu hakkın devrinde bir menfaatinin olması hâlinde kural devredilebileceği, bu tür bir menfaatin yenilik doğuran hakkın ekonomik bir değer taşıması ve devralanın malvarlığında hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması hâlinde mevcut olduğu yönünde: Buz, Yenilik Doğuran Hak, 267-277. Ayıptan doğan hakların hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz Buz, Yenilik Doğuran Hak, 170 vd. (Yazara göre ayıbın giderilmesini isteme yönündeki hak ifa talebinin uzantısı olup yenilik doğuran hak niteliğinde değildir, bedelde indirim ya da sözleşmeden dönme hakları ise yenilik doğuran hak niteliğindedir). Satış sözleşmesinde alıcının alacağını devretmesi hâlinde devralanın ayıbın giderilmesini talep edebileceği ancak bedelde indirim ya da sözleşmeden dönme haklarının eski alacaklıya ait olması gerektiği yönünde: Buz, Yenilik Doğuran Hak, 344 vd.

¹⁰¹⁸ Von Graffenried, para 734; Fatzer, 60; Giger, 79; Renz, 170; Huguenin, para 3779. Ayrıca öğretide bir görüşe göre, üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibinin talep edeceği görüşünün kabulü hâlinde, söz konusu ifadenin üçüncü kişinin zararının tazmininden doğan alacağın devri şeklinde yorumlanması da mümkün değildir, tarafların bu yönde bir iradesi yoktur: bkz Fatzer, 76.

¹⁰¹⁹ Yargıtay 19 HD, E 2017/1091 K 2019/114, 15.01.2019 (Kazancı). Yargıtay daha eski bir kararında ise söz konusu ifadenin kiralayanın sahip olduğu haklar bakımından kiracıya temsil yetkisi vermesi anlamına geliyorsa zararın tazmininin istenebileceğini, hakların devri anlamına gelmesi halinde kiracının sadece finansal kiralama şirketinin sahip olduğu hakları satıcıya karşı kullanabileceği ve dolayısıyla kâr kaybının tazminini isteyemeyeceği sonucuna

Benzer şekilde kimi finansal kiralama şirketlerinin satıcı/sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmelerde kiracının kendi zararının tazminini isteyebileceğine ilişkin ifadeler yer aldığı belirtilmektedir ve öğretide bazı yazarlara göre bu ifade tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü için yeterlidir.¹⁰²⁰ Hatta kimi yazarlar satış sözleşmesinde yer alan satış konusu eşyanın kiracıya teslim edileceği ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kiracıya devredildiği yönündeki ifadeyi de yeterli bulmaktadır, zira satıcı eşyadan kiracının faydalanacağını ve olası bir zarara kiracının uğrayacağını bilmektedir ve üçüncü kişi yararına sözleşmeyi, en azından örtülü olarak, kabul etmiştir.¹⁰²¹ Buna benzer bir ifadenin olmaması hâlinde ise üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü için başka ek vakıalar gerekeceği ileri sürülmektedir, çünkü bu yönde bir kabul satıcının sorumluluğunu genişletecektir.¹⁰²² Nitekim öğretide bir görüşe göre satıcının ya da sağlayıcının eşyayı kiracının kullanacağını ve olası bir zarara onun uğrayacağını biliyor olmasının satıcı ile kiraya veren arasında örtülü bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kararlaştırıldığı kabulünü gerektireceği şüphelidir. Bu yönde bir bilgi bu zarardan sorumlu tutulma iradesini tek başına ortaya koymaz.¹⁰²³

Öğretide ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurmanın mümkün olup olmadığı da tartışılmaktadır ve mesele ihtilaflı olmakla beraber bu soruya olumlu yanıt veren yazarlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre ifaya yakınlık şartı sağlanmaktadır, çünkü ifa konusunun kullanımı kiracıya bırakılacaktır ve ayıp halinde kiracı zarar görecektir.¹⁰²⁴ Ayrıca satıcı/sağlayıcı, üçüncü kişi finansal kiracının varlığını bilmektedir, böylece sorumluluk rizikosunu öngörebilecek ve

varmıştır. Yargıtay, alt derece mahkemesinin finansal kiralama sözleşmesinin aslını inceleyip hangi ihtimalin söz konusu olduğunu tespit ettikten sonra yapılan açıklamaya göre karar vermesi gerektiğini belirtmiştir: Yargıtay 19 HD, E 2011/8032 K 2012/2054, 14.02.2012 (Lexpera); aynı yönde Yargıtay 19 HD, E 2018/1123 K 2018/6762, 20.12.2018 (Lexpera). Benzer şekilde kiracının satıcıya ancak finansal kiraya verenin kiracıya yetki vermesi hâlinde başvurabileceği yönünde: Yargıtay 11 HD, E 2023/3242 K 2024/1640, 29.02.2024; 19 HD, E 2017/3054 K 2019/1750, 18.03.2019; 19 HD, E 2014/12746 K 2014/18758, 25.12.2014 (Lexpera). Söz konusu kararlar isabetsizdir.

¹⁰²⁰ Von Graffenried, para 736 (yazara göre burada üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur: bkz para 735); Fatzer, 62 vd; Huguenin, para 3780. *Renz*'e göre ise burada üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan tam ya da eksik bir üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz etmek mümkün değildir: *Renz*, 174-175. Yazara göre söz konusu hükümler yalnızca açıklayıcı niteliktedir ve bu hükümlere özel bir anlam yüklememek gerekir. Yazar ayrıca üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kararlaştırılmasının sözleşme özgürlüğü kapsamında mümkün olduğunu ancak bunun için bu yönde açık bir anlaşma gerektiğini belirtmektedir: *Renz*, 176-177.

¹⁰²¹ Giger, 79.

¹⁰²² Von Graffenried, para 737 (yazara göre eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü için de aynıları geçerlidir: bkz para 738); Fatzer, 63; *Renz*, 176.

¹⁰²³ Fatzer, 63. Kanaatimce sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla bu yönde bir kabul mümkündür. Bu konu hemen aşağıda ele alınmıştır.

¹⁰²⁴ Fatzer, 66; von Graffenried, para 740.

hesaplayabilecek durumdadır.¹⁰²⁵ Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurabilmek için hak sahibi ile üçüncü kişi arasında salt ticari ilişkinin ötesinde bir yakınlık arayan ve kiraya veren ile kiracı arasındaki yakınlığı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin kabulü için yeterli bulmayan bir görüşün de mevcut olduğunu belirtmek gerekir.¹⁰²⁶

Burada asıl belirleyici olan, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaati şartının nasıl anlaşılacağıdır. Nitekim bir görüşe göre bu şart sağlanmamaktadır, zira kiracı finansal kiralama sözleşmesindeki sorumsuzluk kaydını kendisi kabul etmektedir.¹⁰²⁷ Ancak bir diğer görüşe göre ise söz konusu sorumsuzluk kayıtlarının genel işlem şartı ile kiraya veren tarafından dayatıldığını gözden kaçırmamak gerekir. Kiracı, finansal kiralama sözleşmesini yapmak istiyorsa bu şartı kabul etmek zorundadır.¹⁰²⁸ Nitekim Türk hukukunda sorumsuzluk hükmü zaten kanunda yer almaktadır. Öğretide bir görüşe göre eğer dürüst ve makul bir sözleşme tarafının iradesi dikkate alınacaksa bu şartın sağlandığı kabul edilebilir, çünkü kiraya veren zaten sözleşmeyi finansal kiracının ürünü elde edebilmesi için yapmaktadır. Ayrıca sözleşmelerdeki finansal kiracının kiraya verenin satıcıya karşı haklarını kullanabileceği yönündeki ifadeler de bu kabulü desteklemektedir.¹⁰²⁹

Fatzer ise alacaklının menfaati şartı bakımından nispeten farklı bir akıl yürütme ile benzer bir sonuca varmaktadır. Yazara göre finansal kiralama sözleşmelerinde istisnaen koruma çemberine dahil olan çevre genişletilebilir. Söz konusu çevrenin dar tutulmasının sebebi borçlunun sorumluluğunun kapsamını öngörebilmesinin sağlanmasıdır. Finansal kiralama ilişkilerinde satıcı ya da sağlayıcı en baştan kiraya verenin amacını ve dolayısıyla eşyanın münhasıran kiracı tarafından kullanılacağını bilmektedir, çünkü zaten onunla sözleşmenin kurulması öncesinde kiracı iletişime geçmektedir. Dolayısıyla burada satıcı ya da sağlayıcı sorumluluğunun kapsamını öngörebilecek durumdadır. Sorumsuzluk kayıtlarının genel işlem şartı ile kiraya veren tarafından dayatıldığı da düşünüldüğünde kiracının koruma ihtiyacının olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰³⁰

¹⁰²⁵ Fatzer, 67; von Graffenried, para 740;

¹⁰²⁶ Renz, 178-179. Bir görüş ise sorumluluğun genişletilmesinin satıcı/sağlayıcının menfaatlerine aykırı olduğu gerekçesiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi reddetmektedir: Martinek, 136.

¹⁰²⁷ Mömken, 125-126.

¹⁰²⁸ Fatzer, 67-68.

¹⁰²⁹ Von Graffenried, para 740. *Bärtschi* ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilirliğine şüpheli yaklaşmaktadır: Bärtschi, 449 dn 2046.

¹⁰³⁰ Fatzer, 67-68.

Sonuç olarak yazara göre burada kiracı satıcı açısından kiraya verenle eş tutulmalı ve koruma çemberine dahil edilmelidir.¹⁰³¹

Görüldüğü üzere satıcı/sağlayıcının borca aykırı davranışının yol açtığı zararlar bakımından üçüncü kişinin sahip olduğu alternatif imkânlar mevcuttur. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ya da tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü hâlinde finansal kiracının zararının tazmini sağlam bir dayanağa kavuşacaktır. Nitekim bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin uygulanması hâlinde de burada üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından baştan itibaren öngörülebilir olduğu¹⁰³² borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini problemi söz konusu olduğundan ve satıcının ifasında baksın menfaat kiralayan üçüncü kişiye ait olduğundan çözüm yine (en azından eksik) üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayandırılabilir.¹⁰³³ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün mümkün olmadığı durumda ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulması, bu çalışmada benimsenen teoriye başvurup eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulüne göre hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu savunmaların üçüncü kişinin direkt talebe kavuşmasına engel olmaması bakımından üçüncü kişi için daha avantajlıdır.¹⁰³⁴ Dolayısıyla finansal kiralama ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmini teorisine başvurmaya ihtiyaç kalmaması yüksek ihtimaldir.

Zarara taraflar dışında bir başkasının haksız fiilinin yol açması durumunda ise yukarıda sayılan alternatif yolların hiçbirine başvurulamayacaktır. Burada zilyetlik hükümlerine başvurarak zararın tazmini düşünülebilir. Yukarıda belirtildiği üzere eşyanın zarar görmesi sonucu kullanım imkânının zedelenmesinden doğan zarar zilyetlik hükümleri uyarınca tazmin edilebilir.¹⁰³⁵ Fakat daha önce de belirtildiği üzere eşyanın özüne gelen zararın, örneğin tamir masraflarının, zilyetlik hükümleri kapsamında tazmininin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de finansal kiralamaya ilişkin 2019 yılında verdiği bir kararında bu meselenin içtihatla henüz açığa kavuşturulmadığını ve öğretide tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme öğretideki görüşleri detaylı biçimde açıklamış ancak sorunun cevabını açık bırakmıştır.¹⁰³⁶ Eşyanın özüne gelen zarar bakımından zilyetlik hükümlerine başvurulamayacağının kabulü hâlinde haksız fiilden

¹⁰³¹ Fatzer, 67.

¹⁰³² Zira uygulamada satıcı birçok durumda eşyayı doğrudan kiracıya teslim etmektedir.

¹⁰³³ Bkz yukarıda §3.B.4.

¹⁰³⁴ Bkz yukarıda §5.A.

¹⁰³⁵ Bkz yukarıda §6.A.2.

¹⁰³⁶ BGH, VI ZR 481/17 (NJW 2019, 1669), 29.1.2019, para 16-20.

doğan üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak bu zararın tazmini her hâlükârda mümkün olacaktır.

B. Tek Tarafa Borç Yükleyen Hukuki İşlemlerden Doğan İlişkiler

1. Vasiyet Alacaklısı Bakımından

Yukarıda giriş kısmında açıklandığı üzere vasiyet edilen eşyanın yasal mirasçılar tarafından vasiyet alacaklısına devrinden önce bir başkasının eşyaya zarar vermesi hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelecektir.¹⁰³⁷ Burada haksız fiilden doğan bir üçüncü kişinin zararının tazmini problemi söz konusudur. Bu olay grubunda meselenin çözümü özellik arz etmemektedir. Üçüncü kişi eşyanın piyasa değeri tutarında bir tazminatı zarar verenden talep edebilir. Üçüncü kişinin kişisel bağlantılarını kullanarak eşyayı piyasa değerinden yüksek bir bedelle bir başkasına satmak için sözleşme yapmış olması ihtimalinde kâr kaybı kural olarak tazmin edilemeyecektir, zira bu çalışmada benimsenen görüşe göre haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmininde tazminat tutarı hak sahibinin uğrayacağı farazi zararla sınırlıdır, meğerki TBK 49 II hükmünün şartları sağlanmış olsun.¹⁰³⁸

2. Bağışlama Sözleşmesinden Doğan İlişkiler

Burada da mesele vasiyet alacaklısının zararının tazminine oldukça benzemektedir. Hak sahibi eşyanın hasar görmesine yol açan davranış sonucu, eşyayı bağışladığı için, zarara uğramamaktadır. Bağışlama lehtarı ise zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmeye taraf olmadığı için ya da bir mutlak hakkı ihlal edilmediği için tazminat talep edememektedir. Belirtmek gerekir ki öğretide kimi yazarlar bağışlama lehtarının zararının üçüncü kişinin zararının tazmini yoluyla tazmin edilemeyeceğini savunmaktadır.¹⁰³⁹ Bu görüş borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından ileri sürülmektedir: Örneğin, hak sahibi satın aldığı bir eşyayı henüz teslim almadan üçüncü kişiye bağışlamıştır. Daha sonra borçlunun kusurlu biçimde eşyayı teslim etmemesi sonucunda zarara uğrayacak kişi üçüncü kişidir. Bu görüşün bir dayanağı, hak sahibinin zararın tazmini dışındaki ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını (sözleşmeden dönme, bedelde indirim gibi) ileri sürebilecek olmasıdır.¹⁰⁴⁰ Ayrıca doğrudan kanundan değil de sözleşmesel

¹⁰³⁷ Bkz yukarıda §1.C.2.a.ii.aa. Marti-Schreier, para 186; von Graffenried, para 678; MüKo – Oetker, 2022, BGB 249, para 300; Urban, 23-24; Lange/Schiemann, 472; BSK ZGB II – Huwiler, Art 562, para 43a-b; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 144.

¹⁰³⁸ Bkz yukarıda §4.B.2.d.

¹⁰³⁹ İsviçre hukukunda Weber, 217; Alman hukukunda Lange/Schiemann, 477-478.

¹⁰⁴⁰ Weber, 217, Lange/Schiemann, 477.

ilişkilerden kaynaklanan zarar kaymaları bakımından daha temkinli olmak gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰⁴¹

Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Öncelikle haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından bu görüş zaten dayanağını yitirmektedir, zira hak sahibi ile zarar veren arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığından ayıba karşı tekeffül hükümlerine de dayanmak mümkün olmayacaktır. Borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından da burada bir zarar kayması mevcuttur ve üçüncü kişinin zararının tazmininin bu çalışmada aranan bütün şartları sağlanmıştır.¹⁰⁴²

C. Zincirleme Sözleşmeler

1. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği gibi Alman ve İsviçre öğretilerindeki hâkim görüş zincirleme sözleşmelerde zarar kaymasının söz konusu olmadığını ve burada daha ziyade birbirinden bağımsız şahsi zararların söz konusu olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁴³ Türk hukukunda da kanaatimce kural olarak aynı sonuca varılmalıdır.¹⁰⁴⁴ Zincirleme sözleşmelerde zarara yol açan kişinin hukuka aykırı davranışının yol açtığı bütün zararlardan sorumluluğunun kabulü sorumluluğun aşırı derecede artmasına yol açacaktır, ki nispilik ilkesi (ya da normun koruma amacı teorisi) de zaten bunu önlemeyi amaçlamaktadır.¹⁰⁴⁵

Zincirleme sözleşmeler bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine kuşkuyla yaklaşılmasının altında aslında ekonomik bir sebep de vardır. Burada Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint* kararı için *Goldberg* tarafından yapılan analize değinmekte fayda vardır. Örneğin malik (M) gemisini (K₁)'e 200 TL'ye kiralamış olsun. (K₁) de aynı gemiyi piyasa şartlarındaki değişiklikten faydalanarak (K₂)'ye 300 TL'ye alt kiraya versin. Malik (M), geminin rutin bakımını yaptırırken tersanenin kusuru sonucu kira süresi boyunca gemi kullanılamaz hale gelsin. Burada malik uğradığı 200 TL zararın tazminini aralarındaki sözleşmeye dayanarak

¹⁰⁴¹ Lange/Schiemann, 477.

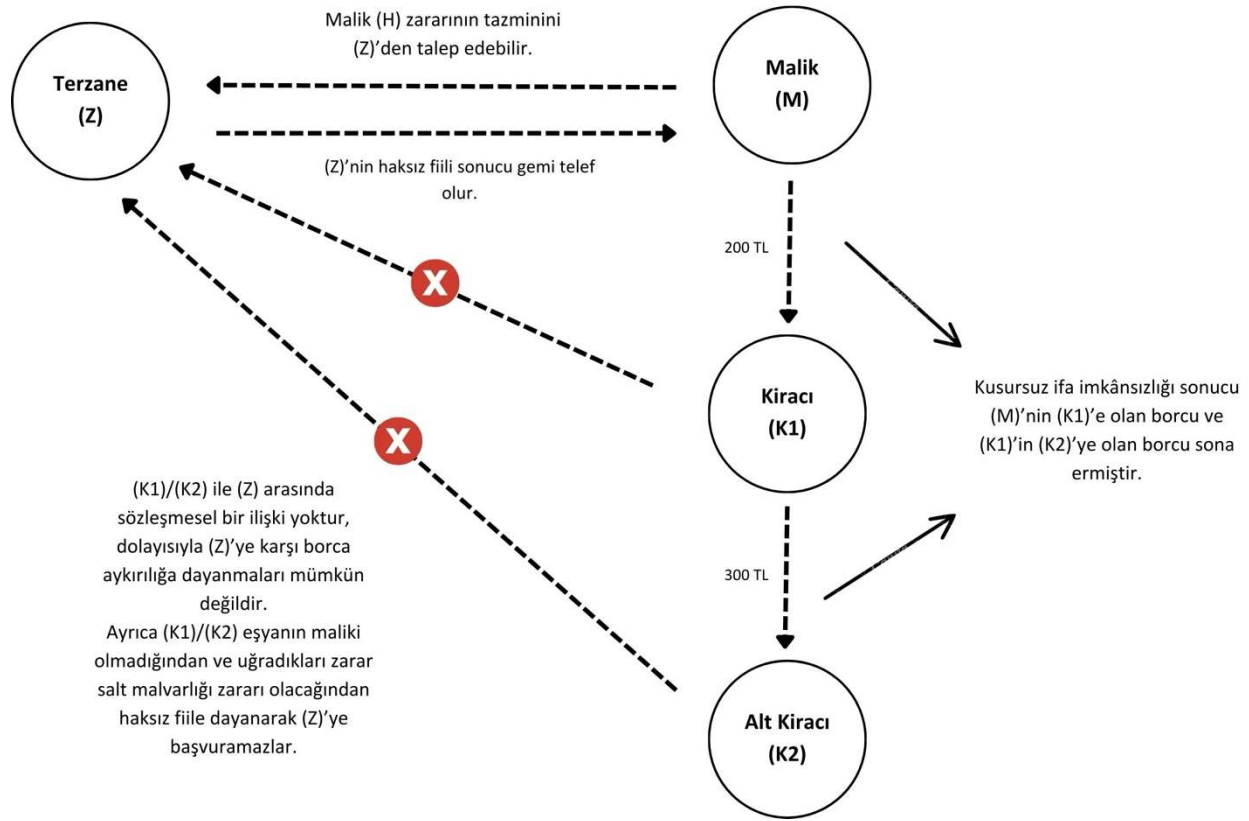
¹⁰⁴² Aynı yönde Marti-Schreier, para 188; sonuç bakımından benzer yönde Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 73. *Marti-Schreier* bu ihtimali belirli mal vasiyeti örneğine benzetmekte ve aradaki tek farkın burada karşılıksız kazandırmanın kaynağı taraf iradesi iken vasiyetname örneğinde ölüme bağlı tasarruf olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu farklılık farklı sonuca varmayı haklı kılmamaktadır.

¹⁰⁴³ Bkz yukarıda §1.C.2.a.iii.

¹⁰⁴⁴ Bkz yukarıda §1.C.2.a.iii.

¹⁰⁴⁵ Benzer yönde Perren, 80; von Caemmerer, 370.

tersaneden isteyebilir. (K₁)'in uğradığı 100 TL zarar ise salt malvarlığı zararı teşkil ettiğinden ve tersane ile (K₁) arasında bir sözleşme olmadığından tazmin edilemeyecektir. Burada akla şu soru gelmektedir. Malik gemiyi doğrudan kendisi (K₂)'ye kiralasaydı bu zarar tazmin edilebilecekti. Şimdi neden edilemesin?



Şekil 19 – Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint

Goldberg bu soruyu şu şekilde cevaplamaktadır. Farz edelim ki (K₁) gemiyi (K₂)'ye 100 TL'ye kiralamış olsun, bu durumda (K₁) bu işlemde 100 TL zarar etmiş olacaktır. Geminin kazaya uğraması sonucu (K₁) ne (M)'ye kira ödeyecek ne de (K₂)'den kira bedeli alacaktır. Dolayısıyla (K₁), aslında yaptığı kötü bir yatırımdan kurtulmuş olacaktır. Tersanenin bakış açısından düşünüldüğünde, olası borca aykırılık sonucu yalnızca zarara uğrayan kiracılar kendisine başvurup (K₁) gibi borca aykırılıktan menfaat elde edenler başvurmayacağından, ödenecek tazminat beklenen sosyal kaybın üzerinde olacaktır.¹⁰⁴⁶ Bunun sebebi, tersanenin borca aykırı davranışı

¹⁰⁴⁶ Goldberg, 262-263.

sonucu (K₁)'in elde ettiği menfaati ondan talep edemeyecek olmasıdır. Dolayısıyla tersane için optimal düzeyin üzerinde caydırıcılık söz konusu olacak ve bu da ekonomik açıdan etkin olmayacaktır. Benzer bir argüman satış sözleşmelerinden oluşan zincirleme sözleşme ilişkileri bakımından da ileri sürülebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere istisnaen Türk hukukunda zincirleme sözleşmelerde zarar kaymasının gündeme gelmesi mümkündür.¹⁰⁴⁷ Karşılaşılma ihtimali düşük olmakla birlikte bunun bir örneği tarafların kanunda öngörülen hasar düzenlemesinden saparak sözleşmenin yapılması ile hasarın alıcıya geçmesini kararlaştırmalarıdır. Bu durumda zarar kayması söz konusu olacaktır ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması mümkündür. Örneğin (Z) cep telefonunu (H)'ye, (H) de telefonu teslim almadan (Ü)'ye satmış olsun. (H) ile (Ü) arasındaki satış sözleşmesinin bir hükmü uyarınca sözleşmenin yapıldığı anda karşı edim hasarı (Ü)'ye geçmiş olsun. Bu durumda (Z)'nin borca aykırı davranışı (ya da bir başkasının saate zarar vermesi) sonucu ifa mümkün olmazsa, (H)'nin kusursuz olduğunun kabulü hâlinde,¹⁰⁴⁸ (H), (Ü)'ye karşı borcundan kurtulacak olmasına rağmen, satış bedelini elde edebilecektir. Bu durumda (H)'nin zararı yoktur. Zarara uğrayan kişi (Ü)'dür ancak (Ü) ile (Z) arasında sözleşmesel bir ilişki yoktur.¹⁰⁴⁹ Bu durumda (Ü)'nün (H)'ye ödediği satış bedeline tekabül eden zararının tazminini üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak (Z)'den talep etmesi mümkündür.¹⁰⁵⁰ Belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda hasar kural olarak sözleşmenin yapılmasıyla geçtiğinden bu senaryo ile karşılaşılma ihtimali orada daha yüksektir.¹⁰⁵¹

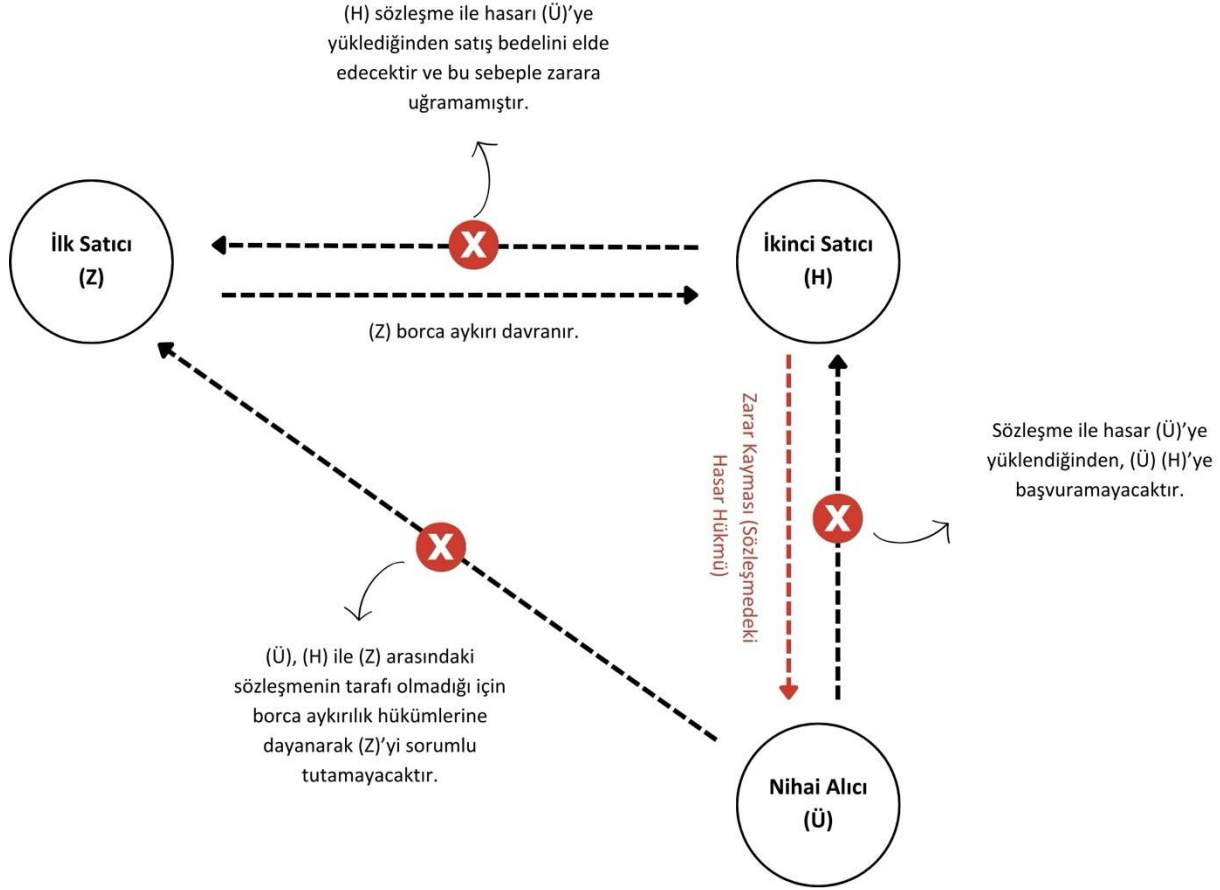
¹⁰⁴⁷ Bkz yukarıda §1.C.2.a.iii.

¹⁰⁴⁸ Bu konuda aksi yöndeki görüş bir sonraki paragrafta açıklanacaktır.

¹⁰⁴⁹ Ya da bir başkasının eşyaya zarar vermesi örneğinde (Ü) henüz malik değildir

¹⁰⁵⁰ Burada kural olarak (Ü)'nün tazmini talep edebileceği zarar (H)'nin uğrayacağı farazi zararla sınırlıdır. Bkz yukarıda §4.B.2.d.

¹⁰⁵¹ *Marti-Schreier*'e göre bu durum mesafe satışından aslında çok da farklı değildir, yalnızca taşımayı malik yapmakta ve zarara kendisi yol açmaktadır. Ayrıca taşıma üçüncü kişiye değil hak sahibine (ilk alıcı) yapılmaktadır. Fakat bu farklılıklar farklı sonuca varmayı gerektirmemelidir, burada da hasara ilişkin kuralların amacı zarar vereni sorumluluktan kurtarmak değildir. Bkz *Marti-Schreier*, para 198.



Şekil 20 – Zincirleme Sözleşmede Zarar Kayması

Üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması olası diğer örneklerle geçmeden önce belirtmek gerekir ki İsviçre öğretisinde bir görüş, zincirleme satışların her bir halkasındaki satıcının kendi satıcısından kaynaklanan bir sebeple borcunu ifa edememesi hâlinde yine de kusurlu olduğunu ileri sürmektedir, çünkü satıcı eşyayı bir başkasına satmayı borçlandığında kendi satıcısının ifa edememe ihtimalini göz önüne almalıdır.¹⁰⁵² Öğretide bu görüş, haklı olarak, zincirleme satışlarda sözleşmesel sorumluluğu bir sebep sorumluluğuna (*Kausalhaftung*) dönüştürdüğü gerekçesiyle eleştirilmekte ve her bir olay özelinde kusur incelemesi yapılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁵³

Ayrıca zincirleme sözleşmelerde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilirliğini de incelemek gerekir. İsviçre öğretisinde bir görüş ayıplı ifa hâlinde alıcının zarara uğradığını ispat etmek zorunda kalmaksızın doğrudan bedelde indirim talep edebileceğini belirtmektedir.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵² Piotet, Drittschadensliquidation, para 89.

¹⁰⁵³ Marti-Schreier, para 195.

¹⁰⁵⁴ Marti-Schreier, para 196; Alman Hukuku bakımından bu yönde: von Caemmerer, 372.

(Z)’nin ayıplı ifası sonucu (H)’nin (Z)’ye karşı bedelde indirim hakkını kullanabileceğinin kabulü hâlinde, eğer (Ü) de (H)’ye karşı bedelde indirim hakkını kullanırsa adeta ayıplı bir ürün daha ucuza (ve dolayısıyla daha düşük kâr marjıyla) alınıp satılmış olacaktır. Ancak (Ü), (H)’ye karşı bedelde indirim hakkını kullanabiliyorsa bu zaten (H)’nin zarara uğramasına yol açacak ve bu zararın tazmini için (H) her hâlükârda (Z)’ye başvurabilecektir.

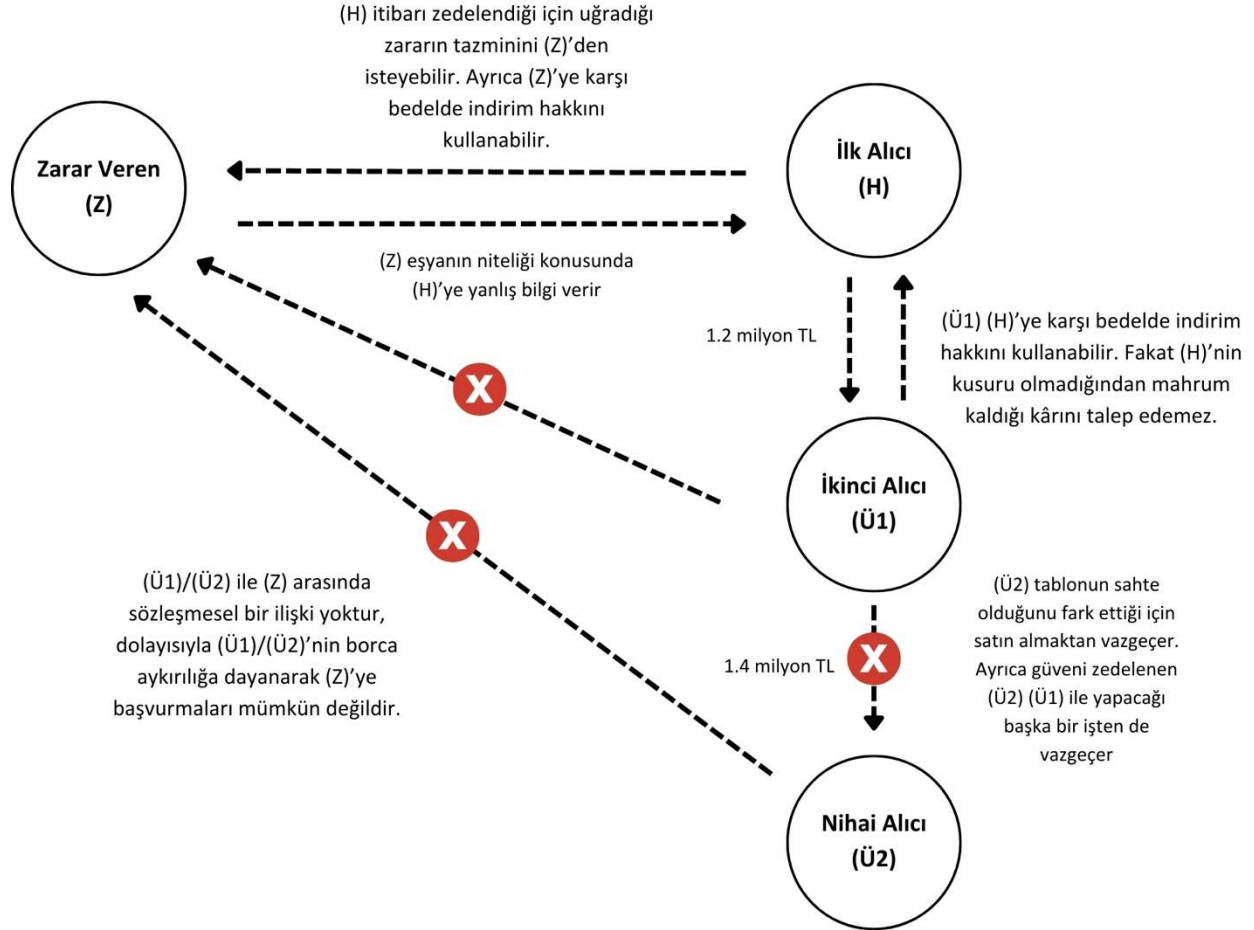
Bu durumda alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkının da kullanılıp kullanılamayacağı sorusu akla gelmektedir. TBK 228 II hükmüne göre alıcı eşyayı başkasına “devretmişse” yalnızca değerdeki eksikliğin karşılığının satış bedelinden indirilmesini talep edebilecektir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu hükme tekabül eden 207. maddenin 3. fıkrasında ise “*weiter veräußert*” ifadesi kullanılmıştır. Yukarıdaki cep telefonu örneğinde ayıplı eşyanın (Ü)’ye teslim edilmiş olduğu ihtimalde bu hükmün uygulanacağına şüphe yoktur. Ancak (H) ile (Ü) arasında satış sözleşmesinin yapılmasına rağmen ayıplı eşyanın (Ü)’ye tesliminden önce (ya da (Ü)’nün ayıplı ifayı reddetmesi hâlinde) bu hükme başvurulup başvurulamayacağı şüphelidir. Türk öğretisinin eşyanın satışına ilişkin borçlandırıci işlemin yapılmış olmasını bu hükmün uygulanması için yeterli görmediği yönünde bir çıkarım yapmak mümkün görünmektedir.¹⁰⁵⁵ Ayrıca her hâlükârda (Ü)’nün sözleşmeden dönüp eşyayı (H)’ye iade etmesi hâlinde (H) artık eşyayı (Z)’ye geri verebilecek duruma geleceğinden, burada (H)’nin de (Z) ile arasındaki satış sözleşmesinden dönebileceğinin kabulü gerekir.

Burada *Marti-Schreier*’in İsviçre hukuku bakımından incelediği ilginç bir örneğin¹⁰⁵⁶ Türk hukuku bakımından ele alınması faydalı olacaktır. (Z), kusurlu olarak, sanatçı (X)’e ait olduğunu iddia ettiği sahte tabloyu 1 milyon TL bedelle (H)’ye satmış olsun. (H) de tabloyu henüz teslim almadan 1.2 milyon TL bedelle (Ü₁)’e satsın. (Z) tabloyu (H)’ye, (H) de (Ü₁)’e teslim etsin. (Ü₁) daha sonra tabloyu 1.4 milyon TL’ye (Ü₂)’ye satmak istesin ancak (Ü₂) tablonun sahte olduğunu fark etsin ve satın almaktan vazgeçsin. Ayrıca (Ü₂), (Ü₁)’e olan güveni zedelendiği için onunla (Ü₁)’in 50.000 TL kâr elde edeceği başka bir işi yapmaktan da vazgeçsin. Olay duyulunca (H)’nin de itibarı zedelensin ve 100.000 TL kâr elde edeceği bir sözleşmeyi yapamasın. Bu durumda (H) ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak (Z)’ye gidebilir ve mahrum kalınan kârını (100.000 TL) da (Z) kusurlu olduğundan dolayı zarar olarak talep edebilir (TBK 229 II). (Ü₁) de tablonun değerindeki

¹⁰⁵⁵ Örneğin bkz Tandoğan, Borçlar Özel C I/1, 189. *Serozan* da geri veremeyecek duruma gelmekten bahsetmektedir, dolayısıyla yazarın da borçlandırıci işlemi dışladığı düşünülmektedir: Serozan, Borçlar Özel, 217 para 755.

¹⁰⁵⁶ Marti-Schreier, para 199.

eksiklik için (H)'ye karşı bedelde indirim hakkını kullanabilir (TBK 227 I b 2). Fakat (H)'nin kusuru olmadığından (Ü₁) mahrum kalınan kârını talep edemeyecektir (toplam 250.000 TL). Burada (Ü₁) üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak mahrum kaldığı 250.000 TL kârı (Z)'den talep edebilir mi?



Şekil 21 – Bir Zincirleme Satış Örneği

Marti-Schreier'e göre yapılamayan ikinci satış sonucu mahrum kalınan 200.000 TL bakımından zarar kaymasından söz etmek ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkündür.¹⁰⁵⁷ Daha önce de belirtildiği üzere kanaatimce bu görüş yerinde değildir ve burada zarar kaymasından söz edilemez, zira burada birbirinden bağımsız zararlar söz konusudur.¹⁰⁵⁸ Her hâlükârda bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi uyarınca kural olarak tazminatın

¹⁰⁵⁷ Marti-Schreier, para. 200.

¹⁰⁵⁸ Bkz yukarıda §1.C.2.a.iii.

kapsamı hak sahibinin farazi zararı ile sınırlı olduğundan (Ü)'nün kâr kaybı üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulsa dahi tazmin edilemeyecektir.

İkinci mesele, (Ü₁)'in güven kaybı sonucu mahrum kaldığı 50.000 TL'lik kârın tazmin edilip edilemeyeceğidir. *Marti-Schreier*'e göre burada zarar kaymasından söz etmek güçtür, çünkü hem (H) hem de (Ü₁) benzer şekilde güven kaybı sonucu bağımsız zarara uğramıştır. Dolayısıyla yazara göre burada hâkim görüşe katılarak bağımsız zararların söz konusu olduğunu kabul etmek daha doğrudur.¹⁰⁵⁹ Kanaatimce bu görüş yerindedir.

Üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmanın mümkün gözüktüğü bir zincirleme sözleşme ilişkisinde yukarıdaki örneklerden farklı olarak zincirin daha uzun olması hâlinde ne olacaktır? Örneğin yukarıda verilen cep telefonu örneğinde (Ü) de telefonu (Ü₁)'e satsın ve taraflar (pratikte pek olası olmamakla beraber) hasarın sözleşmenin yapılması ile (Ü₁)'e geçeceğini kararlaştırmış olsun. Bu durumda eşyanın (Z)'nin kusuru sonucu telef olması ile hem (Ü) hem de (H) satış bedelini elde edecekleri için zarara uğramayacaklardır. (Ü₁) ise bedelini ödemesine rağmen eşyayı elde edemeyeceği için zarara uğramıştır. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurarak (Ü₁)'in zararının tazmininin (Z)'den talep edilmesi mümkün müdür?

Burada kanaatimce zarar kayması mevcut olsa da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması öğretilde reddedilmektedir.¹⁰⁶⁰ *Von Graffenried*'e göre burada eksik olan şey, zincirdeki ilk üçüncü kişi hariç, hak sahibi ile zarar gören üçüncü kişi arasındaki zarar kaymasına yol açan özel vakıalardır. Burada zarar gören zincirin ilerisindeki üçüncü kişiler ile hak sahibi arasında bir bağlantı yoktur. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararını tazmini yalnızca ilk üçüncü kişi (zincirin hak sahibinden sonraki ilk halkası) için kabul edilmelidir.¹⁰⁶¹ *Marti-Schreier* de burada üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulanması hâlinde zararın tazminini kimin talep edeceği hususunda yaşanacak problemlere işaret etmektedir. Hatırlanacağı üzere yazar üçüncü kişinin doğrudan talebini kabul etmemektedir. Yazara göre (Ü₁)'in zararının tazminini onunla sözleşmesel ilişki içerisinde olan (Ü) talep edememelidir, çünkü (Ü) ile zarara yol açan borçlu (Z) arasında bir sözleşmesel ilişki yoktur. Zarar veren ile doğrudan sözleşmesel ilişki içerisinde olan ilk halkadaki

¹⁰⁵⁹ Marti-Schreier, para. 200. Yazara özetle şu kuralı önermektedir: Yalnızca eşyaya ilişkin zarar ve takip eden satışın yapılamamasından doğan zarar üçüncü kişinin zararının tazmini yoluyla tazmin edilebilir. Takip eden satışın yapılamamasından doğan kâr kaybının kanaatimce neden tazmin edilmemesi gerektiği yukarıda açıklanmıştı.

¹⁰⁶⁰ Öğretilde bir görüş ise doğrudan burada zarar kayması olmaması gerekçesiyle üçüncü kişinin zararının tazminini reddetmektedir: Yung, 313-314.

¹⁰⁶¹ Von Graffenried, para 717; Sonuç bakımından benzer yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 323.

(H)'nin zararın tazminini talep etmesi ise ne (H)'nin ne de (H)'nin sözleşmesel ilişki içerisinde olduğu (Ü)'nün zarara uğraması sebebiyle yazara göre makul değildir. Ayrıca bu durumda (H)'ye tazminat alacağını (Ü)'ye devretme yükümü getirmek de dayanaksız kalacaktır. Dolayısıyla yazara göre burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamazdır.¹⁰⁶²

Kanaatimce bu çalışmada ortaya konulan üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi uyarınca farklı bir sonuca varmak mümkündür. Hatırlanacağı üzere bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi ya sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü ya da kanun boşluğunun doldurulması sonucu TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanılarak üçüncü kişiye doğrudan talep hakkı sağlanması yoluyla sağlanmaktaydı. İlk olasılıkta üçüncü kişi yararına sözleşme hak sahibi ile doğrudan sözleşmesel ilişki içerisinde olan ilk halkadaki (ilk) üçüncü kişi bakımından söz konusu olacaktır. Dolayısıyla zincirin daha uzak halkasındaki kişiler için bu yolla üçüncü kişinin zararının tazmini ilk adımda sağlanamayacaktır. İkinci olasılıkta ise hak sahibi zarara uğrasaydı tazminat alacağını adeta üçüncü kişi hesabına kazanacağı gerekçesiyle TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanılmaktaydı.¹⁰⁶³ Bu ise yalnızca hak sahibinin ilişki içerisinde olduğu ilk üçüncü kişi açısından açıktır, zincirin ilerisindeki halkalar için böyle bir kabulden yola çıkılamayacaktır. Ancak burada her iki durumda da ilk üçüncü kişinin tazminat alacağını halkada kendisinden sonraki üçüncü kişi hesabına kazandığı düşünülebilir, zira ilk üçüncü kişi ilgili ekonomik değeri halkanın bir sonraki zincirindeki kişiye devretmekle borçlanmıştı. Dolayısıyla zincir boyunca TBK 509 I hükmünün kıyasen uygulanması sonucu zincirin ilerleyen halkalarındaki kişiler de tazminat alacağına kavuşturulabilir.¹⁰⁶⁴ Ancak belirtmek gerekir ki bu yola başvurabilmek için her bir halka için zarar kaymasının söz konusu olması gerekir, bu ise yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere sık rastlanacak bir durum değildir.

¹⁰⁶² Marti-Schreier, para 202.

¹⁰⁶³ Bkz yukarıda §3.C.

¹⁰⁶⁴ Bu durumda zarar veren zincirin herhangi bir halkasındaki kişiye karşı sahip olduğu savunmaları tazminat talebinde bulunan son üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir, zira savunmalar bakımından yukarıda kıyasen yararlanılan TBK 188 I hükmünün alacağın zincirleme devirlerinde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz Kapancı, Alacağın Devri, TBK 188, para 27; BSK OR I – Girsberger/Hermann, Art 169, para 8; BK-Becker, 1945, OR 169, para 5.

2. Rekabet Hukukunda

Zincirleme sözleşmeler kapsamında zarar kayması rekabet hukuku ihlalleri sonucu meydana gelebilir. Önemi sebebiyle bu konunun ayrıca ele alınması tercih edilmiştir. Örneğin üretici teşebbüsün rekabet ihlali sonucu fiyatları yükseltmesi ile tedarikçi ürünleri daha pahalıya satın alacaktır. Bu da yüksek ihtimalle zincirin diğer basamaklarındaki fiyatların da yükselmesine yol açarak perakendeci ve/veya tüketiciye de yansıyacaktır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57. maddesi uyarınca rekabet ihlali sonucu zarar görenler, ihlalde bulunanlardan zararlarının tazminini isteyebilirler. Bu hüküm uyarınca yalnızca ihlalde bulunan teşebbüsün ilk müşterisinin mi (doğrudan alıcı) tazminat talebinde bulunabileceği yoksa zincirin daha aşağısındaki teşebbüslerin (dolaylı alıcı) de mi tazminat talep edebilecekleri tartışmalıdır. Türk hukukunda çoğunluk görüşüne göre yalnızca rekabet ihlali bulunan teşebbüsün ilk müşterisi değil, zincirin diğer halkalarındaki teşebbüsler de tazminat talebinde bulunabilir.¹⁰⁶⁵ Ayrıca zincirin alt halkalarındaki kişilerin talepte bulunup bulunamayacağı tartışmasıyla bağlantılı ve buna ek olarak, ihlalde bulunan teşebbüsün, ilk halkadaki teşebbüsün zararını alt halkalara aktardığı ve dolayısıyla zararının kalmadığı/azaldığı şeklindeki savunmasının (aktarma savunması – *passing-on defence*) kabul edilip edilmeyeceği de tartışmalıdır.¹⁰⁶⁶

Zarar kaymasının olma ihtimali aktarma savunmasının kabul edildiği durumda daha büyük önem taşımaktadır. Aktarma savunmasının kabul edilmesiyle birlikte zincirin alt halkalarındaki teşebbüslerin tazminat taleplerinin de kabul edildiği ihtimalde üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak bu ihtimalde alt halkalardaki teşebbüslerin talepleri haksız fiile dayanacaktır. Öğretide savunulan bazı görüşlere göre ilk halkadaki teşebbüsün tazminat talebinin sözleşmeye dayanması mümkündür.¹⁰⁶⁷ Bu görüşün kabulü halinde, aşağı

¹⁰⁶⁵ Kesici, 476; Şahin, 192; tüketiciler bakımından Arı, 205. Kural olarak yalnızca ilk müşterinin talepte bulunabileceği görüşünde: Sanlı, 227-228 (yazar farklı halkalardaki zararların birbirinden kolayca ayrıştırılabildiği hallerde diğer kişilerin taleplerini de kabul etmektedir: 229). Öğretide ileri sürülen görüşler hakkında daha detaylı bilgi için bkz Kesici, 470 dn 291.

¹⁰⁶⁶ Bu yönde bir savunmanın kabul edileceği yönünde: Şahin, 192; Büyüksağış/Koyuncu, 161, 189 (yazarlar teorik olarak bunun mümkün olduğunu belirtmekte, ancak olması gereken hukuk bakımından bu savunmanın istisnai durumlarla sınırlanması gerektiğini belirtmektedir). Kabul edilmemesi gerektiği yönünde: Kesici, 478; Sanlı, 228. Avrupa Birliği Rekabet İhlalinden Doğan Tazminat Davaları Yönergesi'nin (Directive 2014/104/EU) 12. maddesine göre hem zincirin alt halkalarındaki teşebbüslerin tazminat talebinde bulunmaları hem de ilk teşebbüsün aktarma savunmasında bulunması mümkündür. Amerikan hukukunda ise Yüksek Mahkemenin (*Supreme Court*) *Illinois Brick* kararı uyarınca yalnızca ilk teşebbüsün tazminat talep etmesi mümkündür ve aktarma savunmasına izin verilmemektedir: *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

¹⁰⁶⁷ Örneğin bkz Doğan, 279-290. Kanaatimce *culpa in contrahendo*'ya dayanarak zincirin ilk halkasındaki teşebbüsün sözleşmesel bir talep ileri sürmesi mümkündür: bkz Ok, 427-428.

halkalardaki teşebbüslerin de zarar kayması gerekçesiyle üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna dayanarak sözleşmesel bir tazminat talebi ileri sürmeleri mümkün olabilir. Dolayısıyla burada zarar kaymasının mevcut olup olmadığı hala incelenmeye değerdir.

Rekabet ihlalinde bulunan teşebbüsün fiyat artırması sonucu zincirin ilk halkasındaki teşebbüs de kendi müşterisiyle olan ilişkisindeki fiyatı artırdığında aslında ihlalden doğan ve kendi malvarlığında gerçekleşecek zararın bir kısmını bir sonraki teşebbüse iletmiş olmaktadır. Benzer şekilde bu zararın bir kısmı daha alt halkalara da aktarılabilir. Dolayısıyla burada bir zarar kaymasından söz etmek gerekir ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması mümkün olmalıdır. Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi (*Der Oberste Gerichtshof*), asansör satışı ile uğraşan teşebbüslerin kurduğu kartel sonucu zarara uğrayan dolaylı alıcının açtığı tazminat davasında verdiği kararında prensip olarak yalnızca doğrudan zarar gören kişilerin tazminat talebinde bulunabileceğini ancak bir kanun hükmü ya da hukuki işlem sonucu aslında tipik olarak hak sahibinin malvarlığında doğacak zararın bir başkasının malvarlığına aktarıldığı hallerde dolaylı alıcıların da tazminat talep edebileceğini, çünkü bu durumda zarar veren teşebbüsün sorumluluğunun genişlemediğini ve zarar kaymasının zarar verenin sorumluluktan kurtulmasına yol açmaması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre sonuç olarak somut olayda dolaylı alıcılar bakımından zarar kayması söz konusudur ve zararlarının tazmini mümkündür.¹⁰⁶⁸

§7. Dolaylı Temsil İlişkileri

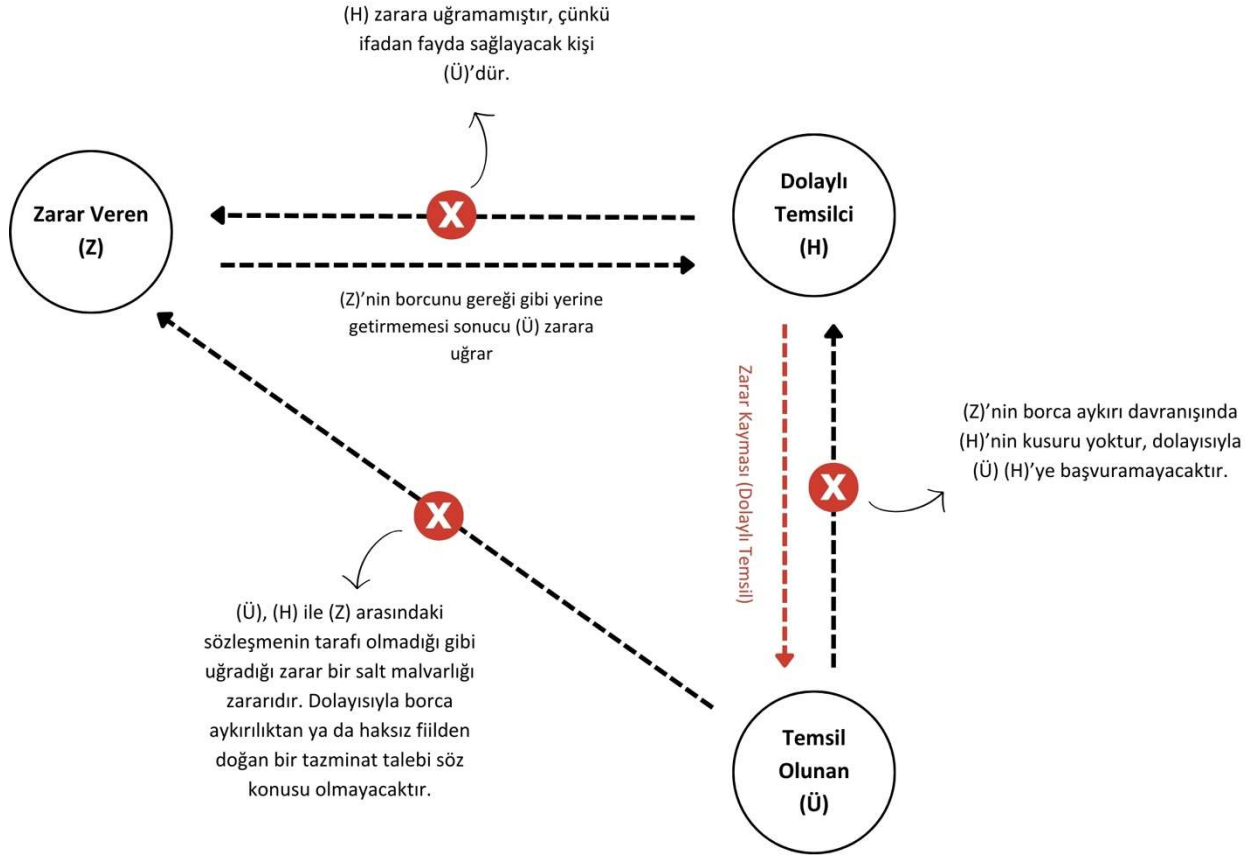
Üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması hususunda belki de en az tereddütün olduğu olay grubu dolaylı temsil ilişkileridir. İsviçre’de hâkim görüş dolaylı temsilde üçüncü kişinin zararının tazminine izin vermektedir.¹⁰⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi üçüncü kişinin zararının tazminini henüz açıkça kabul etmese de, St. Gallen Kanton Mahkemesi 17.03.1978 tarihli kararında üçüncü kişinin zararının tazminine hükmetmiştir.¹⁰⁷⁰ Karara konu olay şu şekildedir: Davalı (H), (Ü)’nün

¹⁰⁶⁸ OGH, 7Ob48/12b, 17.10.2012.

¹⁰⁶⁹ Marti-Schreier, para. 161; von Graffenried, para 658; Bärtschi, 435-436; Berger, para 1586; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C II, para 2886 ve 2889; Gauch/Sweet, 126; Huguenin, para 1601; Koller, AT, para 61.40; Perren, 74 (yazar üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyacın sınırlı olduğunu belirtmektedir: bkz 75 vd ve 81) CHK OR-Reetz/Graber, Art 112, para 44; Schwenzer/Fountoulakis, para 14.26; von Tuhr/Escher, 111; von Caemmerer, 357. İsviçre Federal Mahkemesi de 2010 yılında verdiği bir kararında İsviçre öğretisinde üçüncü kişinin zararının tazmininin esas olarak dolaylı temsil senaryolarında kabul edildiğini belirtmiştir: BGE 4A_422/2010 E. 2.6 (Karara konu olayda dolaylı temsil söz konusu değildir. Karar kira sözleşmesine konu eşyanın bir üçüncü kişi tarafından kullanılması ve üçüncü kişinin uğradığı zararlarla ilgilidir. Mahkeme üçüncü kişinin zararının tazmininin Alman hukukunda yalnızca belirli olay grupları bakımından kabul edildiğini, somut olayın bu kategorilerden birine girmediğini, ancak somut olayda usuli sebeplerle bu konunun detaylarına girmeye gerek olmadığını belirtmiştir).

¹⁰⁷⁰ SJZ 76 (1980), 194-195.

dolaylı temsilcisidir. (H) ile (Z) arasında (Ü)'ye ait evin boyanması ve eve ilişkin başka birtakım işlerin yapılması hususunda bir eser sözleşmesi akdedilmiştir. Davacı (Z), sözleşmede kararlaştırılan bedelin ödenmeyen kısmını talep etmiştir. Davalı (H) ise savunmasında bu talebe karşı (Z)'nin borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle (Ü)'nün kira kaybına uğradığını ve bundan doğan tazminat alacağını kendi borcuyla takas ettiğini belirtmiştir.



Şekil 22 – Dolaylı Temsil İlişkisi

Mahkeme burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceğini ve hak sahibi (H)'nin üçüncü kişi (Ü)'nün zararının tazminini talep etme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre (H) kural olarak tazminatın (Ü)'ye ödenmesini talep edecekse de somut olayda (H) ve (Ü) şirketleri arasındaki yakın ilişkiler ve her iki şirketin karar alıcılarının aynı kişi olması bu kurala bir istisna öngörülmesini haklı göstermektedir. Sonuç olarak mahkemeye göre (H), (Ü)'nün zararına ilişkin tazminat alacağı ile (Z)'ye olan borcunu takas edebilir.¹⁰⁷¹

¹⁰⁷¹ Belirtmek gerekir ki bu karar öğretide eleştirilere konu olmuştur. Öncelikle kimi yazarlara göre bu kararda dolaylı temsil söz konusu değildir, çünkü genel yüklenici (somut olayda (H)) hem kendi adına hem de kendi hesabına hareket

Dolaylı temsilde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulmasına olan ihtiyaç öğretide şu şekilde gerekçelendirilmektedir: Nasıl ki dolaylı temsilci kendi hesabına hareket etmese de temsil olunanın hesabına ifayı isteyebiliyorsa, borcun ihlal edilmesi sonrası temsil olunan hesabına onun zararının tazminini de isteyebilmeli ve zarar veren sorumluluktan kurtulamamalıdır.¹⁰⁷² Eğer hukuk düzeni bir kişinin kendi adına fakat başkası hesabına hareket etmesine izin veriyorsa, hesabına hareket edilenin zararının tazmine de izin vermelidir.¹⁰⁷³ Aksi halde dolaylı temsil kurumu işlevini kaybedecektir.¹⁰⁷⁴

Yine de öğretide kimi yazarlarca dolaylı temsil senaryolarında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek bırakmadığı iddia edilen çeşitli çözüm yolları önerilmiştir. Bazı yazarlara göre burada temsilcinin kendisinin zarara uğradığını kabul etmek mümkündür, böylece zarar kayması söz konusu olmayacaktır. Örneğin *Piotet*'ye göre fark teorisi uyarınca temsilci zarara uğramıştır, zira sözleşmeye konu ekonomik değer malvarlığına girmemiştir. Temsilcinin bu değeri temsil olunana aktarma borcu altında olması bu sonucu değiştirmemektedir.¹⁰⁷⁵ Her hâlükârda temsilcinin temsil olunana karşı borcundan kurtulmasından zaten zarara yol açan kişi yararlanmamalıdır, zira menfaatin denkleştirilebilmesi için somut olaydaki menfaatin amacının zarar verene fayda sağlamak olup olmadığına bakılması gerekir. Dolaylı temsilde böyle bir amaç söz konusu değildir.¹⁰⁷⁶ Menfaatin denkleştirilmesinin reddedilmesi teorisinin uygulanmasının üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından neden uygun olmadığı yukarıda açıklanmıştır.¹⁰⁷⁷

Ayrıca yazara göre temsilcinin zararının olmadığını iddia etmek kaim değer devri talebinin kabulü ile çelişecektir. Burada temsilcinin zararının olmadığı sonucuna varmamızı sağlayan sebep

etmiştir: Gauch, *Werkvertrag*, para 170; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, C II, para 2888; Weber (R), 217 dn 12. Ayrıca kimi yazarlar karardan genel yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğunun doğup doğmadığının anlaşılamadığını, eğer doğmuşsa burada aslında gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini söz konusu olacağından mahkemenin gerçek üçüncü kişinin zararının tazminini kabul edip etmediğinin belli olmadığını belirtmektedir: bkz Keller, 60 dn 221. Ancak *Marti-Schreier*'in (para 161 dn 385) de haklı olarak belirttiği gibi mahkemenin şu ifadesinden gerçek üçüncü kişinin zararının tazminini kabul ettiği açıkça anlaşılmaktadır: “*In der Tat gibt es im Rechtsleben immer wieder Fälle, bei denen die Verletzung eines Vertrages nicht zu einer Schädigung des Vertragspartners, sondern eines Dritten führt./Hukuk olaylarında bir sözleşme ihlâlinin sözleşmenin karşı tarafı yerine bir üçüncü kişinin zararına yol açtığı örnekler bulmak her zaman mümkündür.*”).

¹⁰⁷² Von Caemmerer, 357-358.

¹⁰⁷³ Marti-Schreier, para 162; von Caemmerer, 359; Alman hukukunda bu yönde: Diehle, 94 (yazar doğrudan *von Caemmerer*'den alıntı yapmaktadır); Esser/Schmidt, T II, 266 (yazar doğrudan *von Caemmerer*'den alıntı yapmaktadır); Hagen, 254; Lange/Schiemann, 467; benzer yönde Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 69.

¹⁰⁷⁴ Marti-Schreier, para 162.

¹⁰⁷⁵ Piotet, *Drittschadensliquidation*, para 177 vd.

¹⁰⁷⁶ Piotet, *Drittschadensliquidation*, para 191-193.

¹⁰⁷⁷ Bkz yukarıda §3.A.1.a.i.

temsilcinin eşyanın telef olması ile imkânsızlık sonucu temsil olunana karşı borcundan kurtulmasıdır. Yazara göre eğer dolaylı temsilci bir tazminat alacağı elde etseydi nasıl olsa tazminat alacağını kaim değer olarak temsil olunana devredeceği gerekçesiyle temsilcinin zararının varlığı reddedilmeyecekti.¹⁰⁷⁸ Dolayısıyla burada da temsilcinin zarara uğradığı kabul edilmelidir.

Öğretide bu görüş eleştirilmiştir ve kaim değer ancak aktifteki artış ölçüsünde pasife ekleneceği, zararın varlığını veya yokluğunu etkilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁰⁷⁹ Kanaatimce de burada kaim değer devrinde benimsenen görüşten yararlanmak mümkün değildir. Bir haksız fiil sonucu eşyanın yok olması hâlinde iade borcu da imkansızlaşacağından dolaylı temsilcinin zararı ve tazminat alacağı söz konusu olmayacaktır, bu sebeple kaim değerden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla *Piotet*'nin görüşüne dayanak olarak kullandığı senaryo zaten gerçekleşemeyecektir.

Engel ise burada zarar kaymasının şüpheli olduğunu, zira dolaylı temsilcinin OR 398/2 (TBK 506/2)'den¹⁰⁸⁰ doğan sorumluluğuna dayanarak zarar verene karşı haklarını ileri sürmek ve elde ettiklerini üçüncü kişiye devretmek durumunda olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰⁸¹ Bu görüş de öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Bu görüş örtülü olarak temsilcinin zarar verene karşı bir talep hakkı olduğu varsayımından hareket ederek ilgili hüküm uyarınca bunu devretmesi ya da ileri sürmesi gerektiğini belirtmektedir. Halbuki böyle bir talep temsilci zarara uğramadığı için mevcut değildir.¹⁰⁸²

Öğretide bir başka görüş ise OR 401/1 (TBK 509 I) hükmünden yararlanmaktadır.¹⁰⁸³ Belirtmek gerekir ki eğer dolaylı temsilcinin kendi adına fakat vekil hesabına borçluya karşı elde ettiği alacak bu hükmün uygulanması yoluyla zararın doğmasından önce temsil olunana intikal etmişse, zaten üçüncü kişi (temsil olunan) alacaklı olacağından borca aykırılık sonucu uğradığı zararın tazminini de talep edebilecektir. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini, daha ziyade bu hükmün uygulama şartları gerçekleşmediği sırada (örneğin temsil olunan temsilciye karşı borçlarını henüz ifa etmemişse ya da taraflar hükmün uygulanmamasını açık veya örtülü olarak kararlaştırmışsa) zararın doğması sonucu gündeme gelecektir.

¹⁰⁷⁸ *Piotet*, *Drittschadensliquidation*, para 203-206.

¹⁰⁷⁹ *Marti-Schreier*, para 166.

¹⁰⁸⁰ “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*”

¹⁰⁸¹ *Engel*, 21.

¹⁰⁸² *Marti-Schreier*, para 168.

¹⁰⁸³ Örneğin bkz *Friedrich*, 79; *Armbrüster*, *recht* 1993, 89; *Chaix*, 246.

Hatırlanacağı üzere bu çalışmada da üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin kanun boşluğu doldurulurken bu hükümden kıyasen yararlanılmıştır.¹⁰⁸⁴ Özellikle *Piotet* bu hükmü üçüncü kişinin zararının tazminine alternatif olarak görmüştür. *Piotet*'ye göre dolaylı temsil ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamaz, çünkü dolaylı temsil olunan ilgili sözleşmeye taraf olmak istememektedir ve kurulan ilişki sanki dolaylı temsil olunan yokmuş gibi devam etmelidir. Borçlu da birçok durumda zaten dolaylı temsilcinin kendi adına hareket ettiğini düşünmektedir.¹⁰⁸⁵ Yazara göre OR 401/1 ile yasa koyucu vekalet vereni korumak istemiştir ve bunun için bir yol tercih etmiştir. Dolayısıyla bu yolu takip etmek gerekir.¹⁰⁸⁶

Dikkat etmek gerekir ki OR 401/1 (TBK 509 I) hükmünün doğrudan uygulanması ile temsil olunanın tazminat alacağına kavuşabilmesi için öncelikle tazminat alacağının temsilcinin malvarlığında doğması gerekir.¹⁰⁸⁷ Üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkma sebebi de zaten temsilcinin zarara uğramaması ve dolayısıyla tazminat alacağının temsilcinin malvarlığında doğmamasıdır.¹⁰⁸⁸ Öğretide bu hükmün üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu doğrudan çözmek yerine, hükmün varlığının üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyacı¹⁰⁸⁹ ve kanun koyucunun buna izin verme yönündeki iradesini¹⁰⁹⁰ ortaya koyduğu belirtilmektedir.

Dolaylı temsilden kaynaklanan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu alt vekalette de ortaya çıkabilir. Nitekim öğretide vekilin, üstlendiği işin görülmesi için caiz olarak bir alt vekil ile anlaşması halinde vekilin vekalet verenin dolaylı temsilcisi olarak hareket ettiğinin kabul edilebileceği belirtilmektedir.¹⁰⁹¹ Bu durumda TBK 507 III'e (OR 399 III) dayanarak üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu çözmek akla gelebilir.¹⁰⁹² Bu hükme göre vekalet veren, vekilin

¹⁰⁸⁴ Bkz yukarıda §3.C.

¹⁰⁸⁵ *Piotet*, *Drittschadensliquidation*, para 168-169.

¹⁰⁸⁶ *Piotet*, *Drittschadensliquidation*, para 171.

¹⁰⁸⁷ *Marti-Schreier*, para 171; *von Graffenried*, para 667; *Guhl/Schnyder*, para 51.10; *Weber*, 222; *Tandoğan*, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, 126 ve 132; *Friedrich ve Jost* ise bu sorunu incelemeksizin doğrudan OR 401 I (TBK 509 I) uyarınca temsil olunanın tazminat talep edebileceğini belirtmektedir: *Friedrich*, 79; *Jost*, 134.

¹⁰⁸⁸ Ancak yukarıda da belirtildiği üzere *Piotet* temsilcinin zarara uğramadığı tezine de karşı çıkmaktadır.

¹⁰⁸⁹ *Von Graffenried*, para 667; *Bärtschi*, 439.

¹⁰⁹⁰ *Von Graffenried*, para 667. Yazara göre bu hükmün amacının, zarar kimin malvarlığında doğarsa doğsun, vekalet vereni zarardan ari kılmak olduğu hususunda tereddüt etmemek gerekir. Ayrıca bkz *Armbrüster*, *Wiegand*'a Armağan, 81. *Tandoğan* ise dolaylı temsil ilişkileri dışındaki hâllerde hak sahibine tanınan üçüncü kişinin zararının tazmini talebine de bu hükmün uygulanmasının direkt talep sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Yazarın ifade tarzından, açıkça belirtmese de, bu imkânın kabulüne şüphe ile yaklaştığı düşünülmektedir: *Tandoğan*, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, 341.

¹⁰⁹¹ *Von Graffenried*, para 660; *Marti-Schreier*, para 157.

¹⁰⁹² *Honsell*, *Özel*, 349 (yazara göre bu hüküm üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir görünümüdür); *von Tuhr/Escher*, 113 dn 122.

kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları doğrudan o kişiye karşı ileri sürebilir.¹⁰⁹³ Ancak bu hükümde de TBK 509 I ile benzer bir problemle karşılaşılmaktadır, zira bu hüküm de vekilin alt vekile karşı bir alacağının olduğu ihtimale dayanmaktadır. Üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun gündeme geldiği senaryolarda ise bu söz konusu değildir ve dolayısıyla TBK 507 III'e doğrudan başvurulamaz.¹⁰⁹⁴ Öğretide kimi yazarlarca bu hükmün de daha ziyade üçüncü kişinin zararının tazmininin gerekliliğini gösterdiği ve hükmün zarar kayması hallerinde vekalet verenin zararının tazminini amaçladığının açık olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁹⁵ Nitekim *Armbrüster*'e göre vekalet veren, vekilin sahip olduğu ifa talebini ileri sürebilirken, vekilin zarara uğramadığı gerekçesiyle tazminat talebini ileri sürememesi ikna edici değildir.¹⁰⁹⁶

İsviçre Federal Mahkemesi havaleyle ilgili 1995 yılında verdiği bir kararında bu hükmün uygulanarak üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceği sonucuna varmıştır.¹⁰⁹⁷ Karara konu olayda (B), (W)'ye ait şirket hisselerini satın almak istemektedir ve bunun için arkadaşı (T)'den kendisine borç vermesini ister.¹⁰⁹⁸ (T) bunu kabul eder ve (Z) bankasındaki hesabından (Y) bankasında açılacak bloke hesaba (B) için 300.000 Frank havale edeceğini belirtir. (Y) bankası söz konusu tutarı bloke hesaba aktarmak yerine (B)'nin tek başına tasarruf edebileceği bir hesaba aktarır. (B) bir süre sonra (T)'ye olan borcunu ödeyemez ve (T), (Y) bankasının halefinden tazminat talep eder. Burada üçüncü kişi (T), hak sahibi (Z) bankası ve zarar veren (Y) bankasıdır.

¹⁰⁹³ Bu hükmün hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar için bkz von Graffenried, para 299 vd.

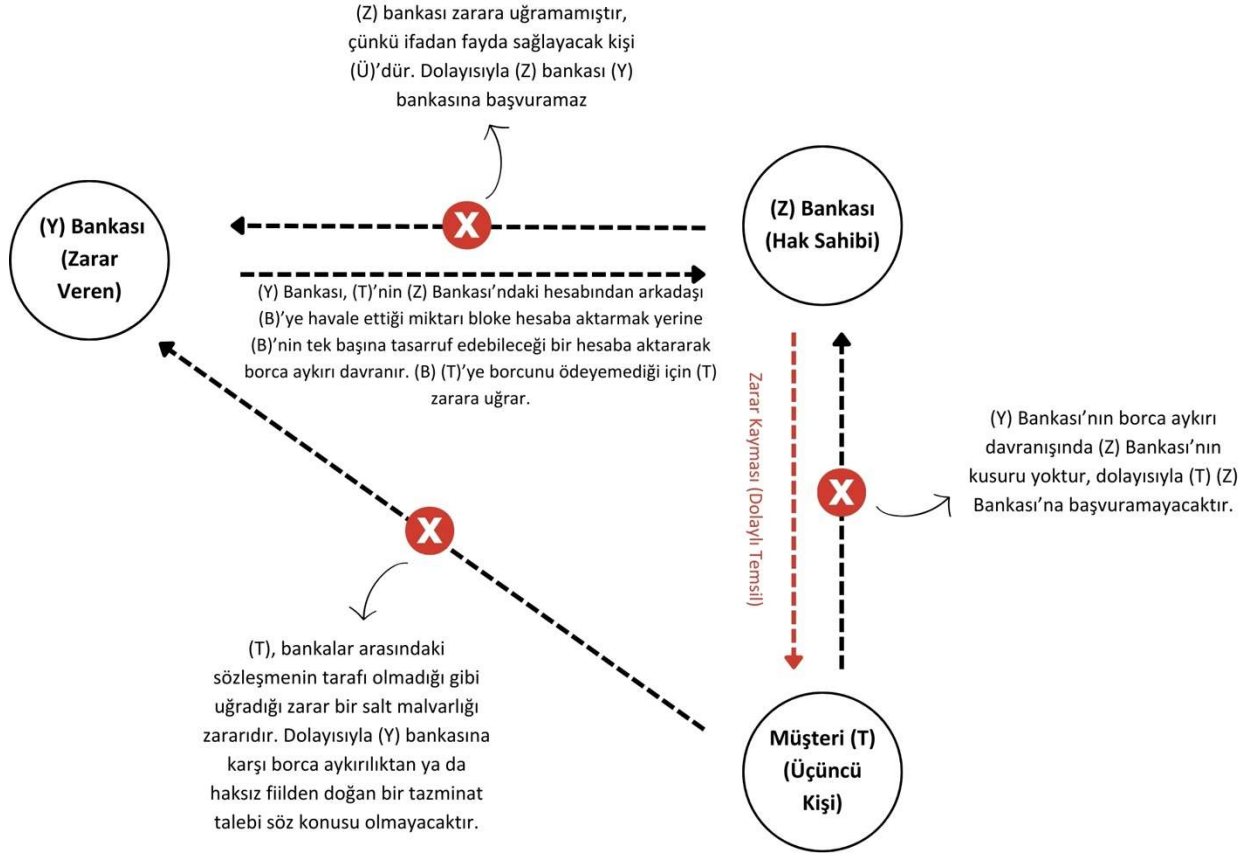
¹⁰⁹⁴ Marti-Schreier, para 173; Bucher, OR BT, 232; BK-Fellmann, 1992, OR 398, para 604 vd ve OR 399, para 102 (yazar üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması hâlinde dolaylı temsil olunanın tazminat talep edebileceğini belirtmektedir), Huguenin, para 3261.

¹⁰⁹⁵ Von Graffenried, para 662. Benzer yönde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 96-97. *Marti-Schreier* göre ise bu hükmü vekilin zararı olmadığı hallere de genişletmek aslında üçüncü kişinin zararının tazmininin kanunda öngörülmuş bir versiyonunu yaratmak anlamına gelir. Bu sonuca varmak için de yazara göre genel olarak üçüncü kişinin zararının tazmininin kabulünü gerekçelendirirken kullanılan argümanların aynalarına başvurmak gerekecektir. Eğer bu yol tercih edilirse, üçüncü kişinin zararının tazminini dolaylı temsil dışındaki hallerde kabul etmemek bir çelişki olur: bkz Marti-Schreier, para 174.

¹⁰⁹⁶ *Armbrüster*, Wiegand'a Armağan, 82.

¹⁰⁹⁷ BGE 121 III 310 vd.

¹⁰⁹⁸ Kişileri temsil eden harfler kararda verildiği şekliyle kullanılmıştır. Bunun sebebi, karardaki harflerden birinin (Z) olması ve bu harfle temsil edilen kişinin zarara yol açan kişi olmamasıdır. Şu ana kadar olduğu gibi üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin taraflarını temsilen (Ü), (H) ve (Z) harflerinin kullanılması hâlinde kararın orijinalini inceleyen okuyucunun kafasının karışabileceği düşüncesiyle şu ana kadar benimsenen yöntemden sapılmıştır.



Şekil 23 – Banka Havalesi

Mahkemeye göre (Y) bankası borca aykırı davranmıştır ancak (Y) ile (T) arasında doğrudan bir sözleşmesel ilişki yoktur. Burada (Z) bankası (T)'nin dolaylı temsilcisidir. (Y) bankası ise alt vekil pozisyonundadır (yani o da dolaylı temsilcidir). Mahkemeye göre burada OR 399 III (TBK 507 III)'e dayanarak tazminat talep etmek mümkündür. Her ne kadar hükmün lafzına sadık kalınırsa dolaylı temsilci pozisyonundaki (Z) bankasının kendisi zarara uğramadığı için bu hükme dayanarak (T)'nin talepte bulunması mümkün değil gibi görünse de mahkemeye göre bu sonuç kabul edilemez. Mahkeme bu hükmün hukuki niteliğine ilişkin öğretideki tartışmalara değinmiş ancak bu konuda kendi görüşünü belirtmemiştir.¹⁰⁹⁹ Mahkemeye göre bankacılık işlemlerine ilişkin teknik ve organizasyonel sebeplerle zararın ihlal edilen sözleşmeye taraf olmayan kişinin

¹⁰⁹⁹ Bkz BGE 121 III 315-316. Söz konusu görüşler üçüncü kişi yararına sözleşme görüşü, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü ve bu hükmün üçüncü kişinin zararının tazmininin özel bir görünümünü teşkil ettiği görüşüdür. Federal Mahkeme 2013 yılında verdiği bir başka kararında, bu karara atıf yaparak üçüncü kişiye zararının tazminine ilişkin doğrudan zarar verene karşı ileri sürebileceği bir tazminat talebi tanınması yönünde varılan sonucu tekrar benimsemiştir: bkz 4A_10/2013, E. 3.3, 4.1 ve 4.2.

malvarlığında doğması zarara yol açan bankanın sorumluluktan kurtulmasına yol açmamalıdır.¹¹⁰⁰ Mahkemenin burada bu hükmün her hâlükârda üçüncü kişinin zararının tazminini amaçladığını düşünmesi önemlidir.

Belirtmek gerekir ki kararda atıf yapılan alternatif görüşlerden biri olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilirliğinin kabulü hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine gerek kalmayacaktır.¹¹⁰¹ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulamayacağının kabulü ve bu çalışmada benimsenen üçüncü kişinin zararının tazmini teorisine başvurulması hâlinde ise, burada zarar borca aykırılıktan doğduğundan, borca aykırı davranan banka üçüncü kişinin (havale eden) menfaatini baştan itibaren öngörebilecek durumda olduğundan ve borca aykırılık sonucu esasen zarar görecektir kişi bankanın müşterisi olduğundan, sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmeni kabulü ile zarar tazmin edilebilir.¹¹⁰²

Peki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi genel olarak bütün dolaylı temsil ilişkilerine uygulanabilir mi? Bu yola başvurma en azından şüpheli olduğunu belirtmek gerekir.¹¹⁰³ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurabilmek için öncelikle zarar veren tarafından üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olması gerekir. Her ne kadar dolaylı temsil ilişkilerinde zarar verenin söz konusu işlemin üçüncü kişi hesabına yapıldığını bildiği durumlar söz konusu olabilese de öğretide bir görüş burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulamayacağını savunmaktadır.¹¹⁰⁴ Bunun sebebi şudur: Tarafların dolaylı temsile başvurmamasının sebebi zaten üçüncü kişiyi işlemin dışında tutmaktır.¹¹⁰⁵ Dolayısıyla burada üçüncü kişinin zarar verenle özel bir ilişki içerisine çekilmesi mümkün değildir. Burada alacaklıya yakınlık şartı eksiktir.¹¹⁰⁶ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulmasının mümkün olmaması hâlinde, öğretide üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceği ileri sürülmektedir.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁰ BGE 121 III 317.

¹¹⁰¹ Alman Federal Mahkemesi bir kararında banka müşterisi bakımından ifaya yakınlık ve bankanın müşterisinin korunmasındaki fark edilebilir haklı menfaati şartlarının sağlanmadığı gerekçesiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulmayacağı sonucuna varmıştır: BGHZ 176, 281 para 35 vd.

¹¹⁰² Nitekim mahkemenin atıf yaptığı görüşlerden biri de OR 399 III hükmüne dayanarak üçüncü kişinin zararının tazminini üçüncü kişi yararına sözleşme ile açıklamaktadır: bkz BGE 121 III 315.

¹¹⁰³ Alt vekalet özelinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurabilmek için bu kurumun şartlarının oldukça geniş yorumlanması gerektiği yönünde: von Graffenried, para 663.

¹¹⁰⁴ Gomille, 624.

¹¹⁰⁵ Gomille, 624-625.

¹¹⁰⁶ Gomille, 625.

¹¹⁰⁷ Von Graffenried, para 504.

Son olarak burada Alman öğretisinde üçüncü kişinin zararının tazminine genel olarak karşı çıkan *Peters*'in görüşünden bahsetmek yerinde olacaktır. Yazara göre ekonomik olarak doğrudan ve dolaylı temsil açısından bir fark olmadığı, her ikisinde de temsil edilenin zarar gördüğü ve bu şekilde yapay bir ayrımla dolaylı temsilde zararın tazmin edilemeyeceğinin kabul edilemeyeceği akla gelebilir. Ancak yazar buna katılmamaktadır. *Peters*'e göre dolaylı temsili seçen temsil edilen bundan karşı tarafın doğrudan ifa veya diğer taleplerine muhatap olmamak, yeri geldiğinde kendini gizleyerek fiyat artışlarını önlemek gibi bazı avantajlar sağlar: Baştan böyle bir hukuki formu tercih eden temsil edilenin bunun külfetine de katlanması gerekir. Dolaylı temsili seçen kişi sonradan sanki doğrudan temsil ediliyormuş gibi tazminat talebinde bulunamamalıdır.¹¹⁰⁸

Ancak yazar bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra zarar verenin sorumluluktan kurtulacağı sonucuna varmamaktadır. Yazara göre zarara yol açan kişi de tazminle yükümlü tutulacağı riskleri öngörebilmeli ve bu riskler makul derecede sınırlanmalıdır. Bu prensip her ne kadar öncelikle hukuki işlem alanında uygulansa da hukuka aykırı fiiller bakımından da ilerideki olası sorumluluğun limitlerini makul şekilde belirlemek açısından uygulama alanı bulur.¹¹⁰⁹ Bu değerlendirmenin karşı tarafın dolaylı temsilcinin aslında arkasında başka birinin olduğunu bilip bilmemesiyle ilgisi olmamalıdır, karşı taraf her halükârda seçilen hukuki mekanizmaya güvenebilmelidir. Bu sebeplerle, dolaylı temsilci tazminatın arkadaki temsil olunana göre hesaplanmasını isteyemez, yalnızca tipik zarara göre hesaplanmasını isteyebilir.¹¹¹⁰

Görüldüğü üzere *Peters*'in vardığı sonuç, her ne kadar ismine üçüncü kişinin zararının tazmini demese de, bu çalışmada benimsenen teorinin vardığı sonuçla oldukça benzerdir. Burada tek fark, yazarın zarar veren tarafından üçüncü kişinin menfaatinin öngörülebilir olduğu bütün hallerde de tipik zararın, yani hak sahibinin farazi zararının, tazminini kabul etmesidir. Bu çalışmada benimsenen teoriye göre de kural olarak tazmin edilecek zararın kapsamı hak sahibinin (yani dolaylı temsilcinin) farazi zararıyla sınırlıdır. Ancak üçüncü kişinin (yani temsil olunanın) menfaatinin zarar veren tarafından baştan öngörülebilir olduğu ve ifade baskın olarak üçüncü

¹¹⁰⁸ Peters, 353.

¹¹⁰⁹ Peters, 353.

¹¹¹⁰ Peters, 354. Yazara göre tipik olmayan, yani atipik, zarar dolaylı temsil olunanın sahasındaki ona özgü özelliklerden kaynaklanan zarardır: Peters, 357-358. *Peters* tipik zararın tazminini gerekçelendirmek için sanki dolaylı temsilcinin kendi menfaatinin ihlalden doğan zararın tazmin ediliyormuş gibi varsayılması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar aslında zararı temsil olunan üstlenecekse de, yazar burada da menfaatin denkleştirilmesinin reddedilmesi teorisinin uygulanması gereken hallerden birinin söz konusu olduğunu kabul etmektedir: Peters, 356.

kişinin menfaatinin olduğu kimi istisnai durumlarda bu çalışmada kabul edilen görüşe göre bir üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevcudiyetinin kabul edilmesi mümkün olabilir. Bu ihtimalde tazmin edilecek zarar hak sahibinin farazi zararıyla (yani *Peters*'in tabiriyle tipik zararlar) sınırlı olmayacaktır.¹¹¹¹

§8. İnanç İlişkileri

Yukarıda belirtildiği üzere kimi yazarlara göre inanç ilişkileri dolaylı temsil altında incelense de bu çalışmada ayrı bir grup olarak ele alınması tercih edilmiştir.¹¹¹² Öncelikle belirtmek gerekir ki hâkim görüş uyarınca OR 401 I (TBK 509 I) hükmünün inanç ilişkilerinde (*Treuhandverhältnisses*) de uygulanacağı kabul edilmektedir.¹¹¹³ Bu hükümle ilgili olarak dolaylı temsile ilişkin kısımda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinilecektir.¹¹¹⁴

İnanç ilişkilerinde üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkma sebebi inançlı olarak devredilen hukuki değerde devreden kişinin (inananın) ekonomik menfaatinin devam etmesidir. Zira inanç ilişkisinin sona ermesi sonucu bu eşya inanana geri devredilecektir. İnanç ilişkisi devam ederken söz konusu değere inanç ilişkisinin dışındaki bir kişi tarafından zarar verilmesi hâlinde hukuken korunan ve ihlali tazminat yaptırımına bağlanan bir hakkı ihlal edilen kişi inanılan (hak sahibi) olacaktır. Ancak birçok durumda inanılan zarara uğramayacak, daha ziyade inanan (üçüncü kişi) zarara uğrayacaktır. Dolayısıyla talep ve zararın birbirinden ayrılması sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelecektir. Örneğin (Ü), (H)'ye olan borcuna teminat teşkil etmesi için bir eşyasının mülkiyetini (H)'ye devretmiş olsun. Eşyanın malikinin (H) olduğu dönemde (Z)'nin bu eşyaya zarar verdiğini ve eşyanın telef olduğunu kabul edelim. Burada (Ü), borcunu ödemesi hâlinde eşyayı (H)'den geri alacaktı, ancak artık bu mümkün olmayacaktır.

¹¹¹¹ Bkz yukarıda §4.B.2.d.

¹¹¹² Bkz yukarıda §1.C.2.c.

¹¹¹³ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 368; saf inançlı işlemler bakımından niteliğine uygun düştüğü ölçüde hükmün kıyasen uygulanabileceği yönünde: Berktaş Yüksel, 127 vd; saf inançlı işlemler bakımından hükmün uygulanabileceği ancak üçüncü fıkradaki çekip alma hakkından teminat amaçlı inançlı işlemler bakımından teminat altına alınan borç ifa edilene kadar hükümden kıyasen de olsa faydalanılamayacağı yönünde: Ayanoglu Morali, 287 (yazar İsviçre'deki hâkim görüşün de bu yönde olduğunu belirtmektedir: Ayanoglu Morali, 283-284); Wiegand, 620; BSK OR I – Weber, Art 401, para 4; Armbrüster, recht, 88; von Graffenried, para 665. Bu hususta öğretide savunulan diğer görüşler için bkz Tandoğan, Borçlar Özel C II, 543 vd.

¹¹¹⁴ Bkz yukarıda §7.

Dolayısıyla (Ü) zarara uğramıştır. Alman hukukunda hâkim görüş inançlı işlemlerde üçüncü kişinin zararının tazminini kabul etmektedir.¹¹¹⁵

Burada teminat amaçlı devirlerde karşılaşılabilecek bir sorun, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta olduğu gibi, eşyanın zarara uğradığı anda inanılanın henüz zarara uğrayıp uğramayacağını belli olmamasıdır. Eğer inanan inanılana olan borcunu gereği gibi ifa ederse inanılan zarara uğramayacak, yalnızca inanan zarara uğrayacaktır. Aksi halde, yani inananın borcunu gereği gibi ifa edememesi hâlinde, inanılanın elde edemediği miktara ve teminat olarak devredilen eşyanın değerine bağlı olarak hem inanan hem inanılan zarara uğrayabilir.¹¹¹⁶ Alman hukukunda inananın eşyanın kendisine geri dönmeye ilişkin beklentisinin bir beklenen hak olarak haksız fiil hukuku kapsamında korunacağı kabul edilmektedir.¹¹¹⁷ Dolayısıyla mesele mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışa oldukça benzetilmektedir. Burada o kısımda yapılan açıklamalara ve benimsenen çözüme atıf yapmakla yetinilecektir.¹¹¹⁸

Özellik arz etmesi sebebiyle burada ayrıca teminat amaçlı alacak devri üzerinden bir örnek vermek yerinde olur. (Ü), (Z)'den olan alacağını (H) bankasına olan borcuna teminat teşkil etmesi için (H)'ye devretmiş olsun. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca eğer (Z) borcunu gününde öder ise, (H) ile (Ü) arasındaki sözleşme uyarınca (H) bu tutarı (bankaya olan borcunu gününde ödemek kaydıyla) (Ü)'ye verecek olsun. (Z)'nin borcunu ödemekte temerrüde düşmesi hâlinde burada kim zarara uğrayacaktır? Eğer (Ü) borcunu zamanında öderse banka teminata ihtiyaç duymayacaktır ve yalnızca (Ü) zarara uğrayacaktır.¹¹¹⁹ Aksi hâlde, yani (Ü)'nün bankaya olan borcunun belirli bir kısmını gününde ödememesi ve bankanın (Ü)'nün diğer malvarlığı değerlerine başvurması sonucu elinin boş kalması hâlinde banka (H) zarara uğrayacaktır. (Z)'nin ödemediği tutar (Ü)'nün (H)'ye olan borcunun ödeyemediği kısmından daha fazlaysa, bu durumda bankanın yanında (Ü) de zarara uğrayacaktır.

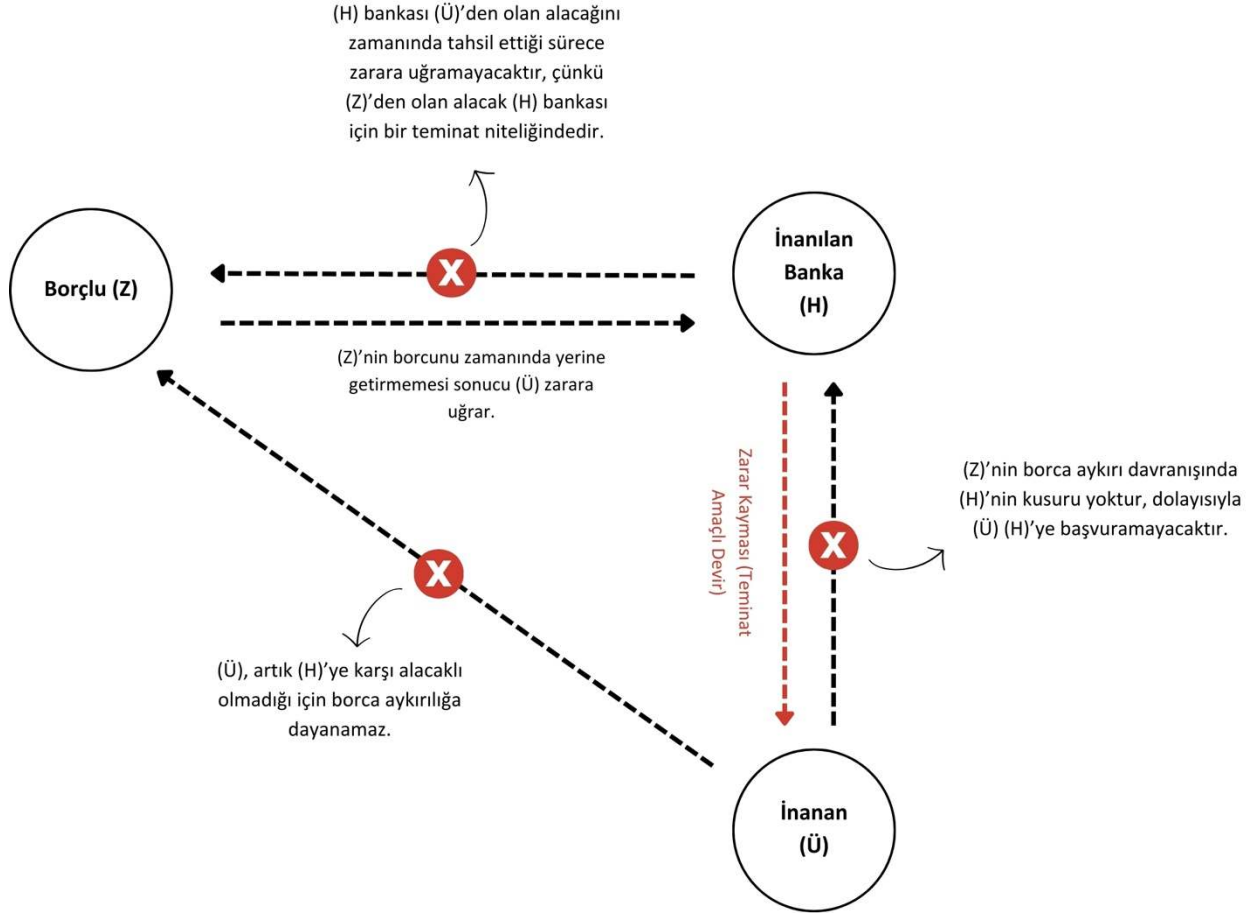
¹¹¹⁵ Örneğin bkz Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 71; MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 306; Canaris, FS Flume, 423; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor §249, para 253; Erman-Ebert, Vorbemerkung vor §249, para 127. İsviçre hukukunda bu yönde von Graffenried, para 710; Berger, para 1588.

¹¹¹⁶ Benzer yönde Lange/Schiemann, 469.

¹¹¹⁷ Lange/Schiemann, 469; bu gerekçeyle çoğu zaman üçüncü kişinin zararının tazminine ihtiyaç olmayacağı yönünde MünchKomm/Oetker §249 para 306; benzer yönde Esser/Schmidt, T II, 267. Mülkiyetin inanana dönüşü bir geciktirici şarta bağlanmış ise beklenen hakkın söz konusu olacağı, inanan eşyanın mülkiyetinin kendisine devrini salt şahsi bir hakka dayanarak talep edebiliyorsa beklenen haktan söz edilemeyeceği yönünde: Staudinger/Hager, 2017, BGB 823, para 150.

¹¹¹⁸ Bkz yukarıda §6.A.1.b.

¹¹¹⁹ Bu örneğe benzer bir olayı konu alan bir Alman Federal Mahkemesi kararı için BGHZ 128, S. 371. Mahkeme bu kararında üçüncü kişinin zararının tazminine izin vermiştir. Ayrıca bkz Henn, 31.



Şekil 24 – Alacağın Teminat Amaçlı Devri

(Ü)'nün zarara uğradığı ihtimalde burada bir zarar kayması söz konusudur, zira alacaklı (H) olmasına rağmen zarar bir başkasının malvarlığında doğmuştur. Bu durumda artık alacaklı olmayan (Ü)'nün (Z)'ye başvurması mümkün olmadığından üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelecektir. Alman Federal Mahkemesinin teminat amaçlı devirde üçüncü kişinin zararının tazminine izin verdiği başka kararları da mevcuttur.¹¹²⁰

Burada özellik arz eden husus tazminatın nasıl hesaplanacağıdır. Her ne kadar alacak (H)'ye devredilmiş olup alacaklı (H) olsa da, burada özel bir değerlendirme yapmak gerektiği ve münhasır olarak zararı devredene göre hesaplamak gerektiği belirtilmektedir.¹¹²¹ Bu çalışmada benimsenen

¹¹²⁰ Örneğin bkz BGH NJW-RR 1997, 663 (664). Alman Federal Mahkemesinin tahsil temlikinde (*Inkassoession*) üçüncü kişinin zararının tazminini kabul ettiği bir başka kararı için bkz RGZ 107, 132.

¹¹²¹ Peters, Schadensberechnung, 120; Traugott, 19. Nitekim alacağın devrinde borçluya yapılan bildirimden sonra tazminatın devralana göre hesaplanacağını kabul eden *Haertlein* dahi burada bir istisna kabul etmektedir: bkz *Haertlein*, 1076.

görüŖe göre alacağın teminat amaçlı devredildiğı borçluya bildirilmemiŖse borçlu zaten üçüncü kiŖinin alacaklı kalmaya devam ettiğini düŖündüğünden tazminatın üçüncü kiŖinin (inananın) malvarlığına göre hesaplanması borçlu açısından beklenmedik bir durum teŖkil etmeyecektir. Borçluya bu yönde bir bildirim yapılmıŖ olması hâlinde de borçlu açısından beklenmedik bir durum söz konusu olmayacaktır: Alacağı ileŖkin ekonomik menfaat üçüncü kiŖide (inananda) kalmaya devam etmektedir ve borçlu bu durumdan haberdar edilmektedir. Dolayısıyla bu ihtimallerde tazminatın inananın malvarlığına göre hesaplanması gerekir.

Burada Ŗüphe uyandırabilecek tek durum, alacağın devredildiğinin borçluya bildirilmesine rağmen teminat amaçlı devredildiğinin bildirilmemesidir. Yani borçlu devreden (inananın) alacak üzerindeki devam eden menfaatten haberdar değıldir. Hatırlanacağı üzere alacağın devrinden sonra gerçekteŖ borca aykırılıktan doğan zararın tazminine iliŖkin tazminat alacağının nasıl hesaplanacağı tartıŖmalıdır.¹¹²² Ancak hangi görüŖ benimsenirse benimsensin devralanın uğradığı zarar daha düşükse elbette bu zarar tazmin edilecektir. Dolayısıyla alacak teminat amaçlı devredilmeyip gerçekten ekonomik olarak da inanılana devredilmiŖ olsaydı borçlu, inanılanın uğradığı zararın devredenın uğrayacağı farazi zarardan daha düşük olması hâlinde düşük tutarı tazminat olarak ödeyecekti. Bu ihtimalde burada da aynı sonuç benimsenmelidir. Yani borçluya alacağın teminat amaçlı devredildiğinin bildirilmemesi ve alacağı teminat amaçlı devralan hak sahibinin uğrayacağı zararın alacağı teminat amaçlı devreden üçüncü kiŖinin zararından daha düşük olması hâlinde borçlunun hukuki görünüşe olan güveni korunmalı ve düşük olan zarar tazmin edilmelidir. Üçüncü kiŖi alacağını teminat amaçlı hak sahibine devrettiğini borçluya bildirerek bu sonucun kolayca önüne geçebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki inançlı iŖlemler bakımından da üçüncü kiŖiyi koruyucu etkili sözleşmeye baŖvurulması düŖünülebilir.¹¹²³ Öğretide bir görüŖ, inanan ve inanılan arasındaki iliŖki yakın ve sıkı olduğundan, inananın ifaya yakınlığı ve inanılanın inananı sözleşmenin koruyucu alanına çekmekteki menfaatinin diğerk örneklere göre daha fazla olduğunun savunulabileceğini belirtmektedir.¹¹²⁴ Üçüncü kiŖiyi koruyucu etkili sözleşmeye baŖvurulabileceğinin kabulü hâlinde üçüncü kiŖinin zararının tazminine ihtiyaç kalmayacaktır.

¹¹²² Bkz yukarıda §4.B.2.b. (son kısım).

¹¹²³ Canaris, FS Flume, 423 (Yazar bu meselenin çözümünün üçüncü kiŖiyi koruyucu etkili sözleşmede korunan kiŖiler kümesinin nasıl sınırlanacağına bağı olduğunu belirtmektedir).

¹¹²⁴ Von Graffenried, para 711.

§9. Üçüncü Kişiyeye Ait Eşyaya İlişkin Koruma Borcu Doğuran Sözleşmeler (*Obhutsfülle*)

Bu olay grubunda üçüncü kişiyeye ait eşyayı konu alan (genellikle) eser ya da saklama sözleşmelerinin ihlali sonucu eşyanın zarar görmesi sebebiyle sözleşmenin tarafı olan zilyet yerine malik üçüncü kişi zarara uğramaktadır. Burada eşyaya gelen zarar bakımından malik üçüncü kişi zarar veren ile sözleşmesel bir ilişki içerisinde olmadığından borca aykırılığa dayanan bir talep ileri sürememektedir. Üçüncü kişinin bir mutlak hakkı ihlal edildiğinden haksız fiile dayanan bir talep ileri sürmesi mümkündür. Bu olay grubunun üçüncü kişinin zararının tazmini bakımından ele alınmasının sebebi, haksız fiile dayanan tazminat talebinin borca aykırılığa dayanan talebe kıyasla daha dezavantajlı olmasıdır.¹¹²⁵

Öncelikle borca aykırılığa dayanan talep zamanaşımı bakımından daha avantajlıdır. Ayrıca borca aykırılıkta kusur bakımından ispat yükü, haksız fiilden farklı olarak, borçlunun üzerindedir. Belki de bu olay grubunda giren örneklerde en önemli farklılık ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk bakımındandır. Zarara yol açan kişinin sözleşmeye taraf olan borçlunun ifa yardımcısı olduğu durumlarda, borca aykırılığa dayanmasına izin verilmeyen üçüncü kişinin haksız fiile dayanarak tazminat talep etmesi hâlinde elinin boş kalması olasıdır.

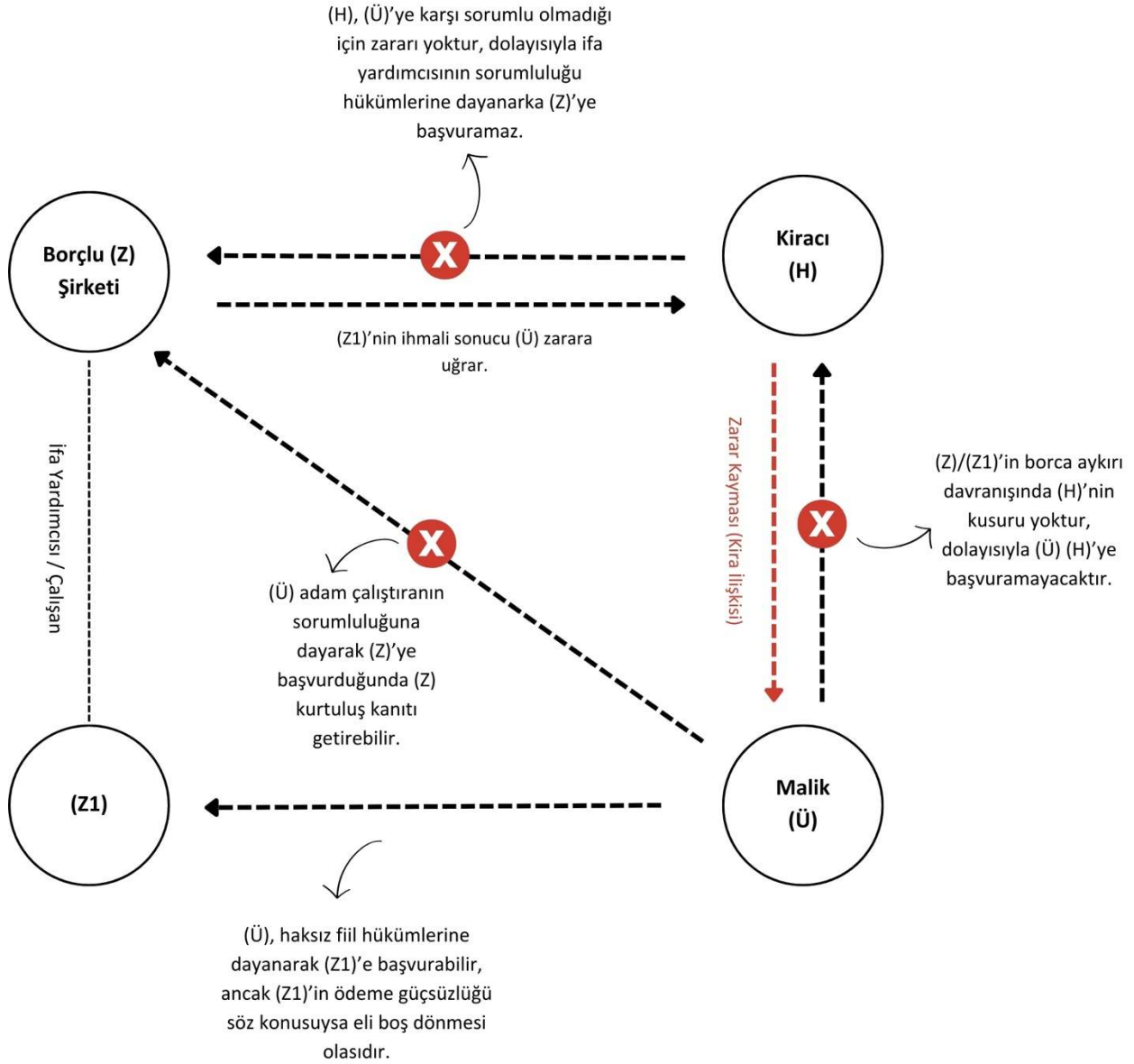
Özellikle son farkı daha iyi ifade etmek için giriş bölümünde verilen tamir örneği üzerinden ilerleyelim.¹¹²⁶ (H), (Ü)'den kiraladığı ve değeri oldukça yüksek olan otomobili bakım amacıyla yetkili (Z) şirketinin servisine götürmüş ve serviste aracın bakımı yapılırken (Z) şirketinin çalışanı (Z₁)'in ihmali sonucu aracın motoru ağır bir hasara uğramış olsun. (H)'nin otomobile gelen zarardan (Ü)'ye karşı sorumlu tutulamadığını varsayalım.

Bu durumda (Ü), haksız fiil sorumluluğuna dayanarak talepte bulunacaksa, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri uyarınca (Z) şirketine başvurmayı düşünebilir. Ancak (Z) TBK 66 II uyarınca çalışanını seçerken, talimat verirken ve gözetim/denetimde bulunurken gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Artık (Ü) mecburen, yine haksız fiil hükümleri uyarınca, (Z₁)'e başvuracaktır. Ancak otomobil servisinde çalışan (Z₁)'in mali durumu otomobilin uğradığı hasarı karşılamaya elverişli olmayabilir. Bu durumda (Z₁)'e başvuran (H)'nin

¹¹²⁵ Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 48.

¹¹²⁶ Bkz yukarıda §1.C.2.d.

eli boş dönmesi olasıdır.¹¹²⁷ Burada zarara uğrayan kişi (H) olsaydı, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa dayanarak (Z)'ye başvurabilecek ve yüksek ihtimalle eli boş dönmeyecekti.



Şekil 25 – Koruma Borcu Doğuran Sözleşme

¹¹²⁷ Benzer bir örnek için bkz Perren, 77-78. Burada ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğa (TBK 116) dayanarak (H)'nin sorumlu tutulması düşünülebilirse de kanaatimce bu mümkün olmayacaktır. Çünkü (H)'nin kira sözleşmesi uyarınca borcu olsa olsa otomobili bakıma götürmektir, otomobilin bakımını yapmak değil. (H) de bu borcunu otomobili yetkili servise götürerek yerine getirmiştir. Burada ne (Z) şirketi ne de usta (Z1) (H)'nin ifa yardımcısıdır. Bu olay grubunda genel olarak ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğa başvurulup başvurulamayacağı meselesi hemen aşağıda tartışılacaktır.

Bu olay grubu aslında dolaylı temsile de benzemektedir. Ancak öğretide bu kategori altındaki olayların dolaylı temsil ilişkilerinden farkının, burada asıl edimin ifasına ilişkin ekonomik riski bir üçüncü kişinin taşınamaması olduğu belirtilmektedir. Burada daha ziyade asli edim niteliğinde olmayan bir koruma yükümünün ihlalden doğacak tehlikeleri üçüncü kişi taşımaktadır.¹¹²⁸ Ancak eğer hak sahibi üçüncü kişi hesabına hareket ediyorsa bu durumda asıl edimin ifasına ilişkin riski üçüncü kişi taşıyacaktır. Bu ihtimalde de bu olay grubu ile dolaylı temsil ilişkileri olay grubu çakışacaktır.¹¹²⁹

Öğretide genel olarak bu olay grubunda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabileceği kabul edilmektedir.¹¹³⁰ Alman mahkemeleri de birçok kez bu yönde kararlar vermiştir.¹¹³¹ Ancak Alman öğretisinde kimi yazarlar bu çözüme kuşkuyla yaklaşmaktadır. Bir görüşe göre bu olay grubunda zarar kayması mevcut değildir. Burada sözleşmenin tarafı yerine malik zarara uğramamaktadır, zarara uğrayacak kişi zaten daima maliktir. Dolayısıyla zarara tipik olarak sözleşme tarafı hak sahibinin uğraması şartı burada sağlanmamaktadır.¹¹³² Bu sebeple üçüncü kişinin zararının tazminine bu olay grubunda başvurulamaz.¹¹³³ Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Zarar kaymasına yol açan olayın zarar veren ile hak sahibi arasındaki sözleşmesel ilişkinin kurulduğu sırada mevcut olduğu bütün senaryolarda zarara uğrayacak kişi baştan itibaren üçüncü kişidir. Dolayısıyla bu argümanın kabulü halinde söz konusu senaryoların hiçbirinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamayacaktır.

Yukarıdaki otomobil tamiri örneği üzerinden hareket edersek, hayatın olağan akışında birçok durumda otomobil sözleşme tarafı alacaklıya ait olacaktır. Kanun koyucu da sorumluluk hukuku kurallarını tasarlarken bu tipik senaryo üzerinden hareket etmektedir. Dolayısıyla tipik olarak

¹¹²⁸ Henn, 29.

¹¹²⁹ Von Graffenried, para 700.

¹¹³⁰ İsviçre hukukunda bu yönde von Graffenried, para 699; Marti-Schreier, para 230; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 84-85; Bärtschi, 445; Koller, Dritthaftung, para 41; Keller, 46; Schwenzer/Fountoulakis, para 14.24-14.26 (ancak yazarlar birçok durumda üçüncü kişinin zararının tazminine ihtiyaç kalmayacağı görüşündedir). Alman hukukunda bkz MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 305; Soergel-Mertens, 12. Bası, Vor §249, para 254; Lange/Schiemann, 474 vd.

¹¹³¹ Bu husustaki en eski kararlardan biri Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1918 yılında verdiği *Elbkahn* kararıdır: Karara konu olayda (H)'nin (Ü)'den kiraladığı gemi (Z)'ye ait çekici tarafından Hamburg'daki Elbe nehrinin bir kolu olan Reiherstieg'den geçmek için çekilirken hasar görmüştür. Mahkeme (Ü)'nün zararının tazminine ilişkin sözleşmesel bir talebin ileri sürülebileceğine hükmetmiştir: RGZ 93, 39-41. Daha yakın tarihli başka karar örnekleri için bkz MüKo-Oetker, 2022, BGB 249, para 305 dn 1339.

¹¹³² Puhle, 102-103.

¹¹³³ Puhle, 103; Selb, 1767.

sözleşmenin ihlali sonucu zarar görecektir kişi ihlal edilen borcun alacaklısıdır, ancak somut olayda zarara bir başkası uğramıştır. Dolayısıyla burada bir zarar kayması mevcuttur.¹¹³⁴

Belirtmek gerekir ki burada hak sahibinin, eşyanın zararı görmesi ya da yok olması sonucu kullanımdan mahrum kaldığı için, kendisinin de zarara uğramış olması olasıdır.¹¹³⁵ Örneğin üçüncü kişiden ödünç alınan ya da kiralandan iş makinesinin tamircinin kusuru sonucu zarar görmesi sebebiyle alacaklı işlerini yetiştirememiş ve müşterileriyle olan sözleşmeler uyarınca ceza koşulu ödemek durumunda kalmış olabilir.¹¹³⁶ Fakat bu durum zarar kaymasının varlığı ile çelişmemektedir. Burada eşyanın özüne gelen zarardan doğan değer kaybı malikin malvarlığını etkilemektedir. Nitekim hak sahibi eşyanın maliki olsaydı bunlar ayrı ayrı zarar kalemleri teşkil edecekti.¹¹³⁷

Bu olay grubuna giren bir örnekte üçüncü kişinin zararının tazmini kanunda açıkça düzenlenmiştir. TBK 576 I (OR 487 I) hükmü uyarınca “[o]tel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar.” Benzer bir hüküm BGB 701’de yer almaktadır.¹¹³⁸ İsviçre öğretisine ve yargı kararlarına göre OR 487 I’in uygulanabilmesi için konaklayanın malik olması şart değildir.¹¹³⁹ Öğretide bu hükmün üçüncü kişinin zararının tazmininin kanunda düzenlenen özel bir görünümü olduğu belirtilmektedir.¹¹⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin bu hüküm kapsamında zarar görenin işletene karşı direkt talebine izin verdiği kararı mevcuttur.¹¹⁴¹

¹¹³⁴ Sonuç bakımından benzer yönde Marti-Schreier, para 230.

¹¹³⁵ Marti-Schreier, para 232.

¹¹³⁶ Marti-Schreier, para. 233.

¹¹³⁷ Marti-Schreier, para 233.

¹¹³⁸ Alman öğretisinde bir görüş bu hükmü bu olay grubundaki diğer örneklerle kıyasen uygulayarak üçüncü kişinin zararının tazminini gerekçelendirmektedir: Staudinger/Höpfner, 2021, Vorbemerkungen zu BGB 249, para 72. Aksi görüşte: Luther, 598-599. Yazara göre bir hükmün kıyasen genişletilebilmesi için hem hüküm genel bir hukuki düşüncenin dışı vurumunu teşkil etmeli (hükmün kıyasa müsaitliği) hem de kıyasen genişletilecek hal bu düşünceye uygun olmalıdır (olayın kıyasa uygunluğu). BGB 701 ise yazara göre bu şartları sağlayan kıyasa müsait bir hüküm değildir, çünkü bu hüküm otel işletmelerinin özel durumundan kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu bu hükmü otelde konaklayanın içinde bulunduğu ispat güçlüğü sebebiyle getirmiştir.

¹¹³⁹ Örneğin bkz BSK OR I – Koller, Art 487, para 9; Bärtschi, 446; Perren, 78; BGE 46 II 116, 118.

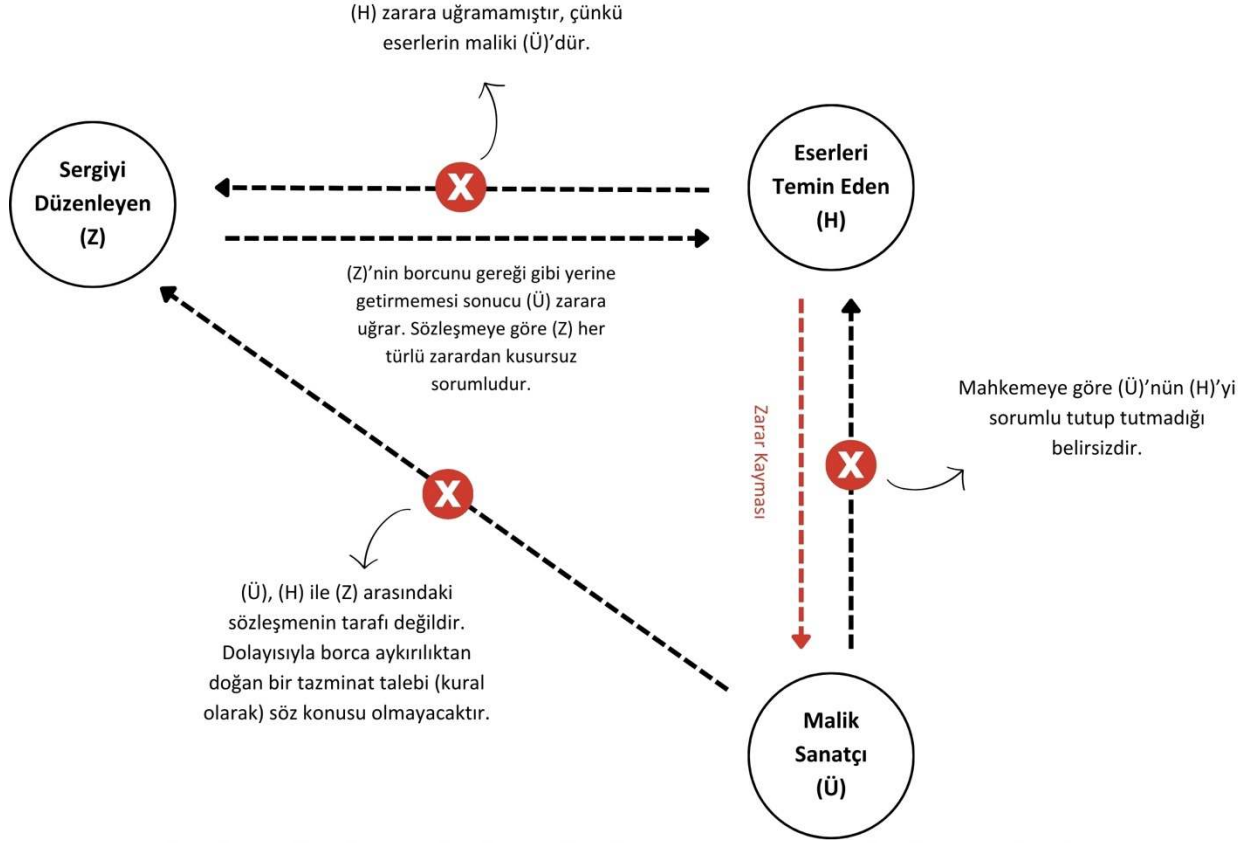
¹¹⁴⁰ Von Graffenried, para 705; BSK OR I – Koller, Art 487, para 9; Honsell, Özel, 426; Koller, Gastwirt, 237; Marti-Schreier, para 119; Bärtschi, 446; Aynısının garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğuna ilişkin TBK 579 (OR 490) için de geçerli olduğu yönünde: von Graffenried, para 705. *Von Graffenried*’e göre zarara uğrayan eşya konaklayana eşlik eden birine aitse burada üçüncü kişi yararına sözleşme (örneğin konaklayan odayı kendisi ve kendisine eşlik eden kişi için ayırtmışsa) ya da en azından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden söz etmek de mümkün olabilir: von Graffenried, para 707. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bakımından benzer yönde Bärtschi, 446 dn 2035; Keller, 40.

¹¹⁴¹ Örneğin bkz BGE 46 II 116, 118. *Von Graffenried*’e göre mahkemenin dayanağı açık değildir. Yazara göre mahkeme bir tür temsil ilişkisini varsaymış olabileceği gibi üçüncü kişinin zararının tazmininde direkt talebi de kabul

Kimi yazarlar genel olarak bu olay grubunda üçüncü kişinin zararının tazminine alternatif teşkil edebilecek çözüm yolları önermiştir. Bu çözüm yollarına geçmeden önce İsviçre Federal Mahkemesinin bu olay grubu kapsamında görülebilecek nispeten yakın tarihli bir kararından¹¹⁴² bahsetmekte fayda vardır. Bu kararda Federal Mahkeme üçüncü kişinin zararının tazminini hiç tartışmamış ve hak sahibinin üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminine yönelik talebini reddetmiştir. Ayrıca üçüncü kişinin doğrudan bir talep hakkına da sahip olamayacağı sonucuna varmıştır. Kararda zarar verenler (iki kişi) bir sergi düzenlemekte ve bu sergide çeşitli sanatçılara ait eserler sergilenmektedir. Sergiyi düzenleyenler, Amerikalı bir sanatçının (üçüncü kişi) maliki olduğu birtakım eserleri sergilemek için davacıyla (hak sahibi) bir sözleşme yapmışlardır. Bu sözleşmeye göre bu eserlere gelebilecek her türlü zarardan sergiyi düzenleyenler kusursuz sorumlu olacaktır. Daha sonra bu eserlerin bir kısmı zarar görmüştür. Hak sahibi eserlere gelen zararın tazminini dava ettiyse de Federal Mahkeme eserlerin maliki üçüncü kişinin hak sahibini bu zarardan sorumlu tutup tutmayacağının anlaşılmadığını ve bu ikisi arasındaki sözleşmesel ilişkinin şartlarının ne olduğunun mahkemeye sunulmadığını belirtmiş, hak sahibinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olmadıkça tazminat talep edemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca üçüncü kişinin de tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğrudan bir talep hakkı kazanamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme üçüncü kişinin zararının tazmininden hiç bahsetmese de vardığı sonuç bakımından üçüncü kişinin zararının tazminini kabul etmemiştir. Dolayısıyla Federal Mahkemenin bu olay grubunda üçüncü kişinin zararının tazminini kabul etmesi ihtimalinin çok yüksek olmadığı söylenebilir.

etmiş olabilir: Von Graffenried, para 706. Fakat mahkeme açıkça talepte bulunabilecek kişinin kural olarak sözleşme tarafı (hak sahibi) olduğunu ancak somut olayda üçüncü kişinin hak sahibine ait bir talebi ileri sürdüğünün açık olduğunu ve davalının da adeta hak sahibinin alacağının üçüncü kişiye devredilmiş olduğunun varsayılması gerektiğini kabul ettiğini belirtmektedir.

¹¹⁴² 4A_71/2012, 27.11.2012.



Şekil 26 – Bir İFM Kararı

Öğretide bir görüş bu olay grubunda zarar verenin hak sahibinin yardımcı kişisi olduğunu ve dolayısıyla üçüncü kişinin yardımcı kişinin filinden sorumluluk hükümlerine dayanarak hak sahibine karşı sözleşmesel bir talep ileri sürebileceğini belirtmektedir.¹¹⁴³ Örneğin İsviçre öğretisinde *Piotet*'ye göre hak sahibi üçüncü kişiye karşı eşyayı düzgün biçimde tutmakla yükümlüdür. Hak sahibi eşyayı üçüncü kişiye bıraktığında bu yüküm üçüncü kişiye geçmektedir. Dolayısıyla üçüncü kişi hak sahibinin yardımcı kişisidir.¹¹⁴⁴ *Luther*'e göre ise ifa yardımcısının filinden sorumluluğun söz konusu olmama ihtimali borcun şahsen ifasının gerektiği hallerde söz

¹¹⁴³ Kimi yazarlar yardımcı kişinin filinden sorumluluğun şartlarının her zaman olmasa da birçok durumda sağlanacağını belirtmektedir: Örneğin bkz Gomille, 625. Özellikle hak sahibinin kendisinin üçüncü kişiye karşı somut olaydaki zarar verenin (borçlunun) ihlâl ettiği yükümlülüğü borçlanmış olması halinde yardımcı kişinin filinden sorumluluğa başvurulabileceği yönünde: Schwenger/Fountoulakis, para 14.26. Özellikle hak sahibi üçüncü kişiye karşı olan borcunu zarar veren aracılığıyla ifa ediyorsa bu yönde: Stamm, Regreßfiguren, 320.

¹¹⁴⁴ *Piotet*, *Drittschadensliquidation*, para 333-334.

konusu olabilir, ancak bu durumda da zaten ifa yardımcısının kullanılması başlı başına borca aykırıdır ve tazminat sorumluluğu doğurur.¹¹⁴⁵

Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun şartları her zaman sağlanmamış olabilir.¹¹⁴⁶ Alman öğretisinde *Lange/Schiemann*, bu olay grubuna dahil olan ve zarar veren borçlunun hak sahibinin yardımcı kişisi olarak değerlendirilemeyeceği bir ihtimal olarak şu örneği vermektedir: Bir şirket çalışanı iş seyahati için bulunduğu bir şehirde gece konaklamak zorunda kalmış ve şirkete ait eşyayı emanetçiye bırakmışsa, burada emanetçiyi şirket çalışanının ifa yardımcısı olarak kabul etmek yazarlara göre mümkün değildir.¹¹⁴⁷ İsviçre hukukunda *Armbrüster* ise şu örneği¹¹⁴⁸ vermektedir: Bir emanetçi aynı zamanda sahip olduğu odaları kiralamaktadır. Emanet aldığı bir eşya, bir odanın kiracısının fiili sonucu zarar görür. Bu durumda kiracıyı, emanetçinin tarafı olduğu saklama sözleşmesindeki koruma yükümlülükleri bakımından ifa yardımcısı olarak kabul etmek, yazara göre ifa yardımcısı kavramını fazla genişletmek anlamına gelir.¹¹⁴⁹ *Marti-Schreier*'in haklı olarak belirttiği üzere bu olay grubundaki bütün olası örnekleri ifa yardımcısının sorumluluğu ile çözebilmek için ifa yardımcısı kavramını çok geniş yorumlamak gerekecektir.¹¹⁵⁰

Özetle, zarar verenin hak sahibinin yardımcı kişisi olarak nitelendirilebilmesi mümkün ise bu durumda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek kalmayacaktır, zira zarar kayması ortadan kalkacaktır. Ancak yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun şartlarının her zaman sağlanacağını söylemek mümkün değildir.

¹¹⁴⁵ Luther, 594. Yazara göre ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğa dayanan çözüm sonucu herkes hukuki ilişkiye girmeye kendisinin karar verdiği kişilerin iflas riskini taşımaktadır ve bu da olması gerektirir. Hatta *Luther* bir adım daha atmakta ve hak sahibinin sorumluluğunun sözleşme veya kanunla sınırlanmış olması ve bu sebeple yardımcı kişinin fiilinden sorumlu tutulamaması hâlinde dahi üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek olmadığını savunmaktadır. Yazara göre sorumluluk sözleşmeyle sınırlanmışsa zaten üçüncü kişi bunu kendi isteğiyle yapmıştır. Sorumluluk kanun gereği sınırlandırıldığında da zaten bunun altında yatan bir sebep vardır (örneğin hak sahibinin ücretsiz faaliyet göstermesi gibi). Ayrıca ekonomik olarak bakıldığında da hak sahibinin sorumluluğunun kaldırılması sonucu eşya sahibi büyük ihtimale ekonomik olarak daha avantajlı bir anlaşma yapacaktır. Bunun sonucu olarak zarar veren muhtemelen çok daha az ücret alacaktır. Eğer eşya sahibi zarar verene karşı doğrudan bir talep hakkına sahip kılınırsa, bu dolaylı olarak hak sahibine yansıyacaktır. Bu ise yazara göre en başında daha düşük ücret karşılığında sorumluluğun kaldırılması ile uyuşmamaktadır: Luther, 596.

¹¹⁴⁶ Von Graffenried, para 703; Marti-Schreier, 236; Lange/Schiemann, 475; Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 84-85.

¹¹⁴⁷ BGH NJW 1969, 789.

¹¹⁴⁸ Yazar örneği şu kaynaktan aldığını belirtmektedir: MüKo-Hüffer, 2005, BGB 688, para 23.

¹¹⁴⁹ Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 84-85.

¹¹⁵⁰ Marti-Schreier, para 236. Yazar ayrıca ifa yardımcısı kavramı genişletilerek üçüncü kişinin zararının tazminine başvurma gereğinin ortadan kaldırılması hâlinde üçüncü kişinin hak sahibinin iflas riskini taşıyacağını ve bunun her zaman tatmin edici sonuçları olmayacağı görüşündedir.

Burada akla gelebilecek bir diğer ihtimal üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulup başvurulamayacağıdır. Öğretide bir görüşe göre bu olay grubuna giren birçok somut örnekte zarar veren eşyanın kendi alacaklısı yerine bir üçüncü kişiye ait olduğunu bilemeyeceğinden üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin öngörülebilirlik şartı sağlanmayacaktır.¹¹⁵¹ Bir başka görüş ise bu olay grubu özelinde öngörülebilirliğin daha farklı anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre bu olay grubunda borçlu en nihayetinde eşyanın bir malikinin olduğunu ve eşyayı koruma yükümlülüğünün maliki etkilediğini bilebilecek durumdadır. Alacaklının eşyanın maliki olmamasının herhangi bir rolü olmamalıdır, çünkü zaten öngörülebilirlik şartı borçlunun sorumluluğunun sınırlanmasına hizmet etmektedir ve bu örnekte de zaten sorumluluk eşya üzerindeki mülkiyet hakkıyla sınırlanmıştır.¹¹⁵² Bu görüşteki *Stamm*, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin diğer şartlarının da sağlandığını kabul etmektedir.¹¹⁵³

Kanaatimce yardımcı kişinin sorumluluğu ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulamaması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak her hâlükârda mümkün olmalıdır.¹¹⁵⁴ Ancak burada bir ayırım yapmak gerekir. Öğretide bir görüşe göre üçüncü kişinin eşyasını kaybettiği hallerde ya da eşyanın somut olaydaki özen borcu doğuran sözleşmeye konu edildiğini bilmediği hallerde¹¹⁵⁵ özel bağlantı (*Sonderverbindung*) şartı sağlanmadığı için üçüncü kişi yalnızca haksız fiil hükümlerine başvurabilir.¹¹⁵⁶ Kanaatimce bu sonuç bu çalışmada ortaya konan üçüncü kişinin zararının tazmini teorisi bakımından da benimsenmelidir. Hak sahibi üçüncü kişinin iradesi hilafına hareket ediyorsa zaten TBK 509'dan kanun boşluğu doldurmak için yararlanmak mümkün olmayacaktır. Zira bu yola başvurabilmek için hatırlanacağı üzere hak sahibinin bir tazminat alacağı elde etseydi bunu adeta üçüncü kişi hesabına kazanacağı düşüncesinden hareket edilmişti. Hak sahibinin üçüncü kişinin rızası hilafına hareket ettiği ihtimallerde ise böyle bir varsayımdan söz edilemeyecektir. Benzer şekilde sözleşme boşluğunun

¹¹⁵¹ Lange/Schiemann, 475.

¹¹⁵² Stamm, 322-323. *Von Caemmerer* de özen borcunun eşyaya ilişkin olduğunu ileri sürmekte ancak bunu üçüncü kişinin zararının tazminini gerekçelendirmek için kullanmaktadır: von Caemmerer, 366-367.

¹¹⁵³ Stamm, 321-323. Sonuç bakımından aynı yönde: Peters, 365; Puhle, 123-126; Winterfeld, 192 vd. Ancak *Stamm* zarar verenin hak sahibinin ifa yardımcısı olduğunun kabulü hâlinde koruma ihtiyacı şartının sağlanmayacağını ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulamayacağını belirtmektedir: Stamm, Regreßfiguren, 322.

¹¹⁵⁴ Hatırlanacağı üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme üçüncü kişi açısından üçüncü kişinin zararının tazminine kıyasla daha avantajlı olduğundan bu kurumlardan ilkine başvurulabilmesi hâlinde ikincisinin pratik bir önemi kalmamaktadır.

¹¹⁵⁵ Örneğin üçüncü kişi eşyanın bu tür bir sözleşmeye konu edilmesini açıkça yasaklamıştır ancak buna rağmen hak sahibi onu dinlememiştir.

¹¹⁵⁶ Katzenstein, 310. Yazara göre özel bağlantının kurulabilmesi için her zaman malikin iradesi gereklidir: Katzenstein, 309.

doldurulması yoluyla bir üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü de mümkün olmayacaktır, çünkü hak sahibinin bu hususta farazi bir iradesinden dahi söz edilemeyecektir.

Üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması sonucu eşya tamamen telef olmamışsa tamir masrafı ve değerinde meydana gelen azalma, eşyanın tamamen telef olması hâlinde ise piyasa değeri tazmin edilecektir. Üçüncü kişinin bunun dışındaki zararlarının tazmini ise bu çalışmada benimsenen görüşe göre mümkün olmayacaktır, zira üçüncü kişinin tazminat talebinin kapsamı hak sahibinin farazi zararı ile sınırlıdır.¹¹⁵⁷ Hak sahibi malik olsa idi eşyanın değerinde meydana gelen eksilmenin tazminini talep edebilecekti. Belirtmek gerekir ki bu varsayımda hak sahibi zarar veren ile arasındaki sözleşmeye dayanarak kullanım kaybından doğan zararının tazminini¹¹⁵⁸ de talep edebilecekti. Dolayısıyla hak sahibinin somut olaydaki farazi zararı, kullanım kaybına ek olarak, eşyanın değer kaybıdır ve bu kayıp tazminatın sınırını teşkil edecektir.

§10. Diğer Örnekler

Bu bölümde yukarıda tartışılan olay gruplarına girmeyen (ya da girip girmediği şüpheyandırabilecek) ve zarar kaymasının mevcut olma ihtimali olan çeşitli örnekler üzerinde durulacaktır. Tekrar vurgulamak gerekir ki bu bölümde ele alınacak örnekler sınırlı sayıda olmayıp zarar kaymasının mevcut olduğu ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilecek başkaca örneklerin tespit edilmesi de mümkündür.

A. Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun İmkânsızlaştığı Hâller

Sebepsiz zenginleşenin iade borcunun imkânsızlaştığı hâllerde zarar kaymasının meydana gelmesi mümkündür. Bir örnek üzerinden ilerlemek faydalı olacaktır.¹¹⁵⁹ Sınırlı ehliyetsiz (H), yasal temsilcilerinin izni olmadan bir satış sözleşmesi yapmış olsun ve satış bedeli daha sonra ödenmek üzere sözleşmenin konusunu oluşturan taşınır eşya satıcı (Ü) tarafından kendisine teslim edilsin. (H) eve dönmekteyken kendisinin kusuru olmadan bir başka kişinin kusurlu davranışı sonucu eşya zarar görmüş olsun. (H) eve döndüğünde kendisinin yaptığı hukuki işleminden haberdar olan yasal

¹¹⁵⁷ Meğerki sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün olsun.

¹¹⁵⁸ Somut olayda üçüncü kişi konumundaki malik bakımından ise bu menfaat eşyanın kullanım menfaati yerine geçen semerelerinden faydalanmaya ilişkin menfaate (örneğin kira geliri) tekabül edecektir. Dolayısıyla bu tür zarar kalemleri hak sahibinin farazi zararı kapsamına gireceğinden tazmini mümkündür.

¹¹⁵⁹ Benzer bir örnek için bkz Henn, 65 ve 308-309.

temsilcileri (H)'nin kendilerinden izin almaksızın böyle bir işleme girişmesine çok kızmış ve sözleşmeyi onaylamamış olsun.

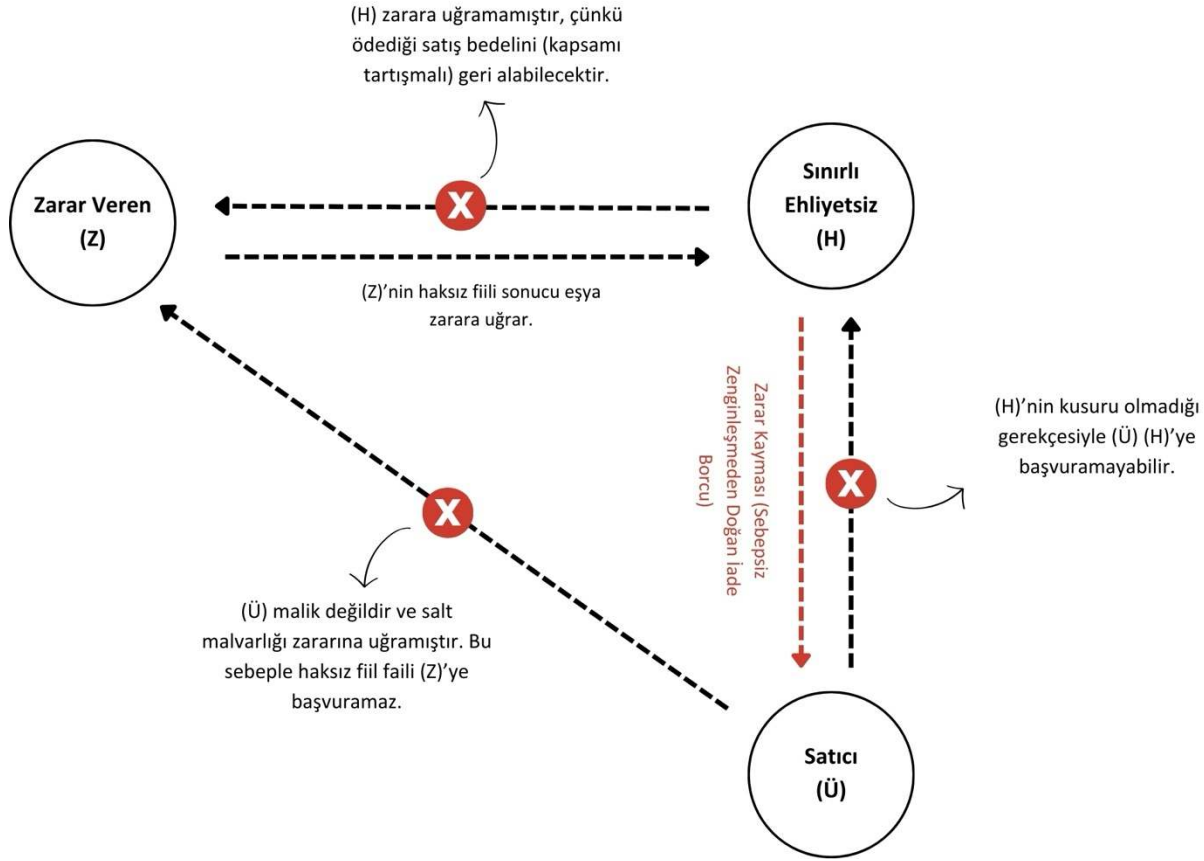
Bu aşamada kanaatimce üstün tutulması gereken görüşe göre (H) eşyanın malikidir¹¹⁶⁰ ve mülkiyet hakkı ihlal edilen (H) zarara uğramamıştır, çünkü yasal temsilcileri satış sözleşmesini onaylamadığı için zaten eşyayı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca satıcıya iade etmesi gerekmektedir. Burada zarara uğrayan kişi satıcıdır, zira sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı kusursuz ifa imkansızlığı nedeniyle ortadan kalkmıştır¹¹⁶¹ ve sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle satış bedeline ilişkin alacağı da geriye etkili olarak ortadan kalkmıştır.¹¹⁶² Ancak bir mutlak hakkı ihlal edilmediği için ve uğradığı zararın tazminini amaçlayan bir koruma normu da mevcut olmadığı için satıcı eşyaya zarar veren kişiden tazminat talebinde bulunamayacaktır.

¹¹⁶⁰ Bu noktada iki hususun tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. İlk olarak eşyanın sınırlı ehliyetsize devrine ilişkin tasarruf işleminde yasal temsilcilerin rızası aranacak mıdır? Kanaatimce isabetli olan görüşe göre TMK 16 I c.'deki "karşılıksız kazanmada ... bu rıza gerekli değildir" ifadesini dar bir biçimde anlamamak ve sebebini karşılıklı borç doğuran bir sözleşme teşkil etse de sınırlı ehliyetsize hak kazandıran tasarruf işlemlerini geçerli saymak gerekir: Serozan, Medeni, Kişiler Hukuku I § 2 para 10c (Ancak yazarın da belirttiği üzere öğretideki hâkim görüş aksi yöndedir). İkinci olarak, taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmadığı öğretide tartışmalıdır (Hâkim görüşün sebebe bağlılıktan yana olduğu ancak soyutluk görüşünün kabul edilmesi gerektiği yönünde: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, para 2592-2595; Nomer/Ergüne, para 858-866; Serozan, Eşya, para 1116-1120. Sebebe bağlılık görüşünde: Eren, Mülkiyet, 499; Gürsoy/Eren/Cansel, 673-674; Aybay/Hatemi, §17 para 49; Akipek/Akıntürk, 583-584. İsviçre hukukunda hâkim görüşün sebebe bağlılık olduğu yönünde: Schmid/Hürlimann-Kaup, para 1092; CHK ZGB – Flurina, Art 714, para 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, §102 para 10; OFK ZGB – Kähr, Art 714, para 4). İlk tartışmada yasal temsilcinin rızasının aranmayacağı, ikinci tartışmada ise soyutluk görüşünün benimsenmesi halinde metinde belirtilen sonuç doğacaktır.

¹¹⁶¹ Ancak belirtmek gerekir ki burada (H)'nin hasarın meydana gelmesi sırasında kötü niyetli sebepsiz zenginleşen sayılması hâlinde varılacak sonuç değişebilir. Bu durumda kötü niyetli sebepsiz zenginleşen ihtar gerekmezsizin temerrüde düşecektir (TBK 117 II) ve mütemerrit borçlu beklenmedik hâlden sorumludur (TBK 119 I). Burada borçlu ancak temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ya da temerrüde düşmesiyle eşyanın zarar görmesi arasında illiyet bağı olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (TBK 119 II). Burada (H)'nin TBK 119 I uyarınca beklenmedik hâlden sorumlu tutulabilmesi hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek kalmayacaktır. Yine de belirtmek gerekir ki öğretide birçok yazar üçüncü kişinin davranışı sonucu ortaya çıkan eksilmeler bakımından kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin sorumluluğunun her hâlükârda TBK 112 vd hükümlerine tabi olduğunu ve zenginleşenin kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini ifade etmektedir: Oğuzman/Öz, C II, para 1130; Öz, 160; Gümü, Borçlar Genel, 637. Benzer yönde Serozan, İfa, § 27 para 19; Antalya, C V/I,1, para 3153 (Yazar sebepsiz zenginleşenin beklenmedik hâlden sorumlu olduğunu da belirtmektedir: para 3127). Kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin ancak ihtardan sonra beklenmeyen hâlden sorumlu tutulabileceği yönünde: Nomer, Serozan'a Armağan, 1310-1311.

¹¹⁶² Satış bedelinin hâlihazırda ödenmiş olması durumunda varılacak sonuç değişebilir. Karşılıklı sebepsiz zenginleşmelerin söz konusu olduğu durumlarda tek bir sebepsiz zenginleşmenin mi olduğu yoksa birbirinden bağımsız iki sebepsiz zenginleşmenin mi olduğu öğretide tartışmalıdır (bkz Oğuzman/Öz, C II, para 1150 dn 347 (yazar ikinci görüştedir)). İlk görüşü savunanlar, bu durumda her iki tarafın malvarlığında meydana gelen zenginleşmelerin değerlerinin birbirine mahsup edilmesi ve artık değerın tek bir sebepsiz zenginleşme alacağı olarak talep edilmesi görüşündedir: Serozan, İfa, § 27 para 18 (Yazar taraflardan yalnızca taraflardan birinin ifada bulunduğu durumda bu kuralın işletilmeyeceğini belirtmektedir). İlk görüşün kabulü halinde sınırlı ehliyetsiz ödediği bedelin en azından bir kısmını geri alamayacaktır ve zarara uğramış olacaktır. Bu durumda bu miktar bakımından zarar kayması söz konusu değildir ve mülkiyet hakkı ihlal edilen sınırlı ehliyetsiz faile karşı haksız fiilden doğan bir tazminat talebi ileri sürebilir.

Burada bir zarar kayması mevcuttur ve üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkündür.¹¹⁶³



Şekil 27 – Sebeptsiz Zenginleşenin İade Borcu

B. Alt Kira Sözleşmelerinde

Öğretide zarar kaymasının meydana gelebileceği olası bir diğer örnek olarak alt kira sözleşmeleri ileri sürülmüştür. Burada iki olasılıktan söz edilebilir: İlkinde alt kiracı alt kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği için asıl kiraya veren zarara uğramıştır. İkincisinde ise asıl kiraya verenin borcunu ihlal etmesi sonucu alt kiracı zarara uğramıştır.¹¹⁶⁴

İlk olasılık bakımından yasada bu sorunu çözen özel bir hüküm zaten mevcuttur. TBK 322 III (OR 262 III) hükmü uyarınca “[a]lt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip

¹¹⁶³ Aynı yönde Henn, 308-309.

¹¹⁶⁴ Von Graffenried, para 748.

olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir.”¹¹⁶⁵ Bu hükmün varlığı sebebiyle zarar kayması söz konusu olmayacaktır, çünkü üçüncü kişi pozisyonundaki asıl kiraya veren, alt kiracının yol açtığı zarardan hem kendi kiracısını hem de alt kiracıyı sorumlu tutabilecektir.¹¹⁶⁶

Alt kiracı ise bu şekilde korunmamıştır.¹¹⁶⁷ Dolayısıyla asıl kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan bir borcunu ihlal etmesi sonucu tipik olarak kira sözleşmesinin tarafı olan asıl kiracının uğrayacağı türden bir zarara alt kiracının uğraması halinde, alt kiracı ile asıl kiraya veren arasında bir sözleşmesel ilişki mevcut olmadığından ve alt kiracının uğradığı zarar salt malvarlığı zararı niteliğinde olacağından alt kiracının zararının tazmin edilememe tehlikesi mevcuttur. Hâkim öğretiyeye göre burada da yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk hükümlerine başvurulabilir.¹¹⁶⁸ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu yola başvurmuştur.¹¹⁶⁹ Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun şartlarının sağlanması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek kalmayacaktır. Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun şartlarının bir sebeple sağlanmaması hâlinde¹¹⁷⁰ üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması mümkündür.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁵ Burada yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun özel bir görünümünün söz konusu olduğu yönünde: SVIT-Floerian, Art 262 OR, para 46; Cerutti, para 434; BGE 117 II 65. Burada alt kiracı bir hakkın kullanılmasına katıldığından ifa yardımcısı değil kullanım yardımcısıdır (*Ausübungs-/Nutzungsgehilfenschaft*): von Graffenried, para 751.

¹¹⁶⁶ Von Graffenried, para 752. Bu hükmün tazminat talebine mahal verip vermeyeceği geçmişte tartışma konusu olmuştur: bkz Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 119 vd (yazara göre bu hükme dayanarak tazminat talep etmek mümkündür: 122).

¹¹⁶⁷ Von Graffenried, para 748.

¹¹⁶⁸ Spiro, 187; Cerutti, para 299; BSK OR I – Weber, Art 262, para 10. Burada bir önceki ihtimalden farklı olarak kiraya veren bir hakkın kullanılmasına değil bir borcun ifasına katılmaktadır.

¹¹⁶⁹ BGE 119 II 337, 338. İFM bu kararda yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının yerinde olduğunu, çünkü (özellikle ifaya olan menfaat kiracıdan alt kiracıya geçtiği için) bunun üçüncü kişinin sözleşmesel olarak korunması teorisiyle bağdaştığını belirtmiştir. Öğretide bazı yazarlar bunun örtülü olarak üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmesi anlamına gelebileceğini düşünmektedir: Piotet, JdT, 195. Bir başka görüşe göre ise bu yönde bir yorum için yeterince emare yoktur, mahkeme bu ifadeyi ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğu gerekçelendirmek için kullanmıştır: bkz von Graffenried, para 756.

¹¹⁷⁰ Örneğin kiracı ve alt kiracı arasında bu konuda bir sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir. *Von Graffenried* ise farazi atfedilebilirlik şartının gerçekleşmemesi (yani kiracının, kiraya veren yerine kendisi ilgili davranışta bulunsaydı sorumlu tutulamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulması) sebebiyle yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk hükümlerine başvurulamaması örneğini vermektedir: von Graffenried, para 757. Kanaatimce bu durumda yüksek ihtimalle kiraya verenin de kusuru söz konusu olmayacaktır ve dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması da zor görünmektedir.

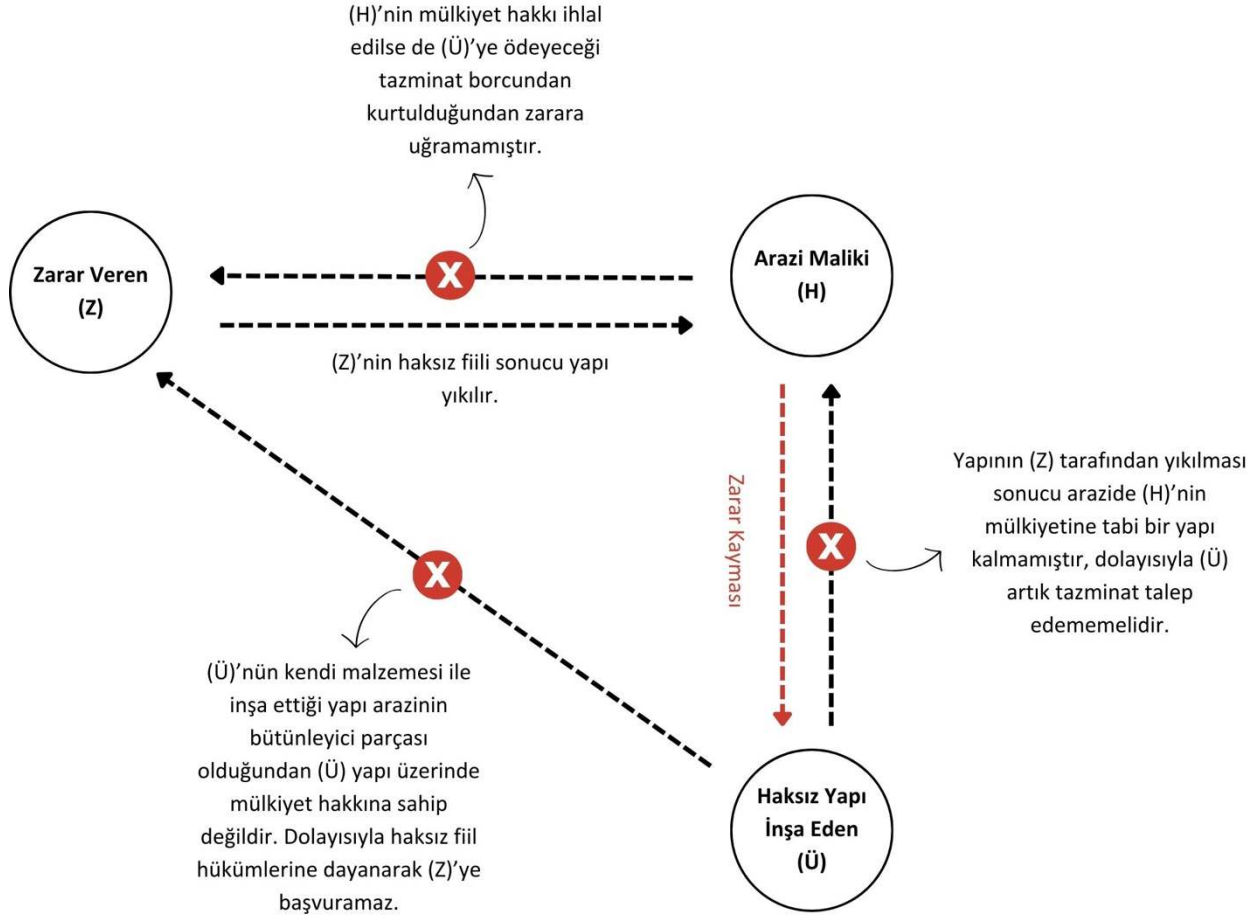
¹¹⁷¹ Von Graffenried, para 757. Kesin bir ifade kullanmamakla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartlarının sağlanmasının mümkün olabileceği yönünde: von Graffenried, para 758.

C. Haksız Yapı

Birisinin kendi malzemesi ile başkasının arazisine inşa ettiği haksız yapılara ilişkin tazminat alacağı bakımından da zarar kayması meydana gelebilir. Bir örnek üzerinden ilerlemek yerinde olur. (Ü) kendi malzemesi ile (H)'nin arazisine (H)'nin rızası olmaksızın bir yapı inşa etmiş olsun. TMK 722 I uyarınca bu yapı arazinin bütünleyici parçası olacak ve dolayısıyla arazi maliki (H)'nin mülkiyetine geçecektir. Bu durumda TMK 722 III uyarınca arazi maliki (H), aşırı zarara yol açmayacaksa, masrafları (Ü)'ye ait olmak üzere malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep edebilir. (H)'nin bu talepte bulunmaması ya da bulunma hakkının olmaması durumunda TMK 723 I uyarınca (Ü)'ye uygun bir tazminat ödemesi gerekecektir. TMK 723 III uyarınca (Ü)'nün iyi niyetli olmaması durumunda bu tazminat hâkimin takdirine bağlı olarak söz konusu yapının arazi maliki (H) için taşıdığı en az değeri geçmeyebilir.

Malzemenin sökülmesinin istenmediğini ve (Ü)'nün tazminat talep etmek istediğini varsayalım. Bu sırada (Z) kusurlu fiili ile söz konusu yapıyı yıkmış olsun. Bu durumda (Ü)'nün (H)'den artık tazminat talep edememesi gerekir, zira arazide (H)'nin mülkiyetine tabi bir yapı artık kalmamıştır.¹¹⁷² Bu durumda (H)'nin mülkiyet hakkı ihlal edilse de zarara uğramamıştır, çünkü (Ü)'ye ödeyeceği tazminat talebinden kurtulmuştur. (Ü) ise malzemeyi kaybettiği gibi tazminat talebinden de olup zarara uğramıştır, ancak (Z)'ye yöneltebileceği bir talep mevcut değildir. Bunun sebebi (Ü)'nün bir mutlak hakkının ihlal edilmemiş olması ve ayrıca uğradığı zararı önlemeyi amaçlayan bir koruma normunun da mevcut olmamasıdır. Bu durumda aslında haksız fiil sonucu tipik olarak malik (H)'nin uğrayacağı zarar (Ü)'ye kaymıştır. Burada (Ü)'nün üçüncü kişinin zararının tazminine başvurarak (Z)'den tazminat talep etmesi mümkün olmalıdır.

¹¹⁷² Haksız yapıdan doğan tazminat talebi sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebine benzermektedir: BSK ZGB II – Rey/Strebel, Art 672, para 4. Nitekim öğretide söz konusu talebin sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabi olduğu da kabul edilmektedir: bkz Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, para 1796; OFK ZGB – Schmid/von Graffenried, para 7; BSK ZGB II – Rey/Strebel, Art 672, para 4. Bu sebeple burada tazminat talep edilememesi ile zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasının altında yatan mantık aynıdır. Ancak bu düşünce (H)'nin de iyi niyetli olduğu ihtimal için geçerlidir. (H)'nin iyi niyetli olmadığı, örneğin arazisine yapılan yapıyı fark edip kasten ses çıkarmadığı bir ihtimalde, tıpkı kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin zenginleşmenin kalmadığı savunmasını ileri sürememesi gibi burada da (H)'nin (Ü)'ye uygun bir tazminat ödemesi gerekmektedir.



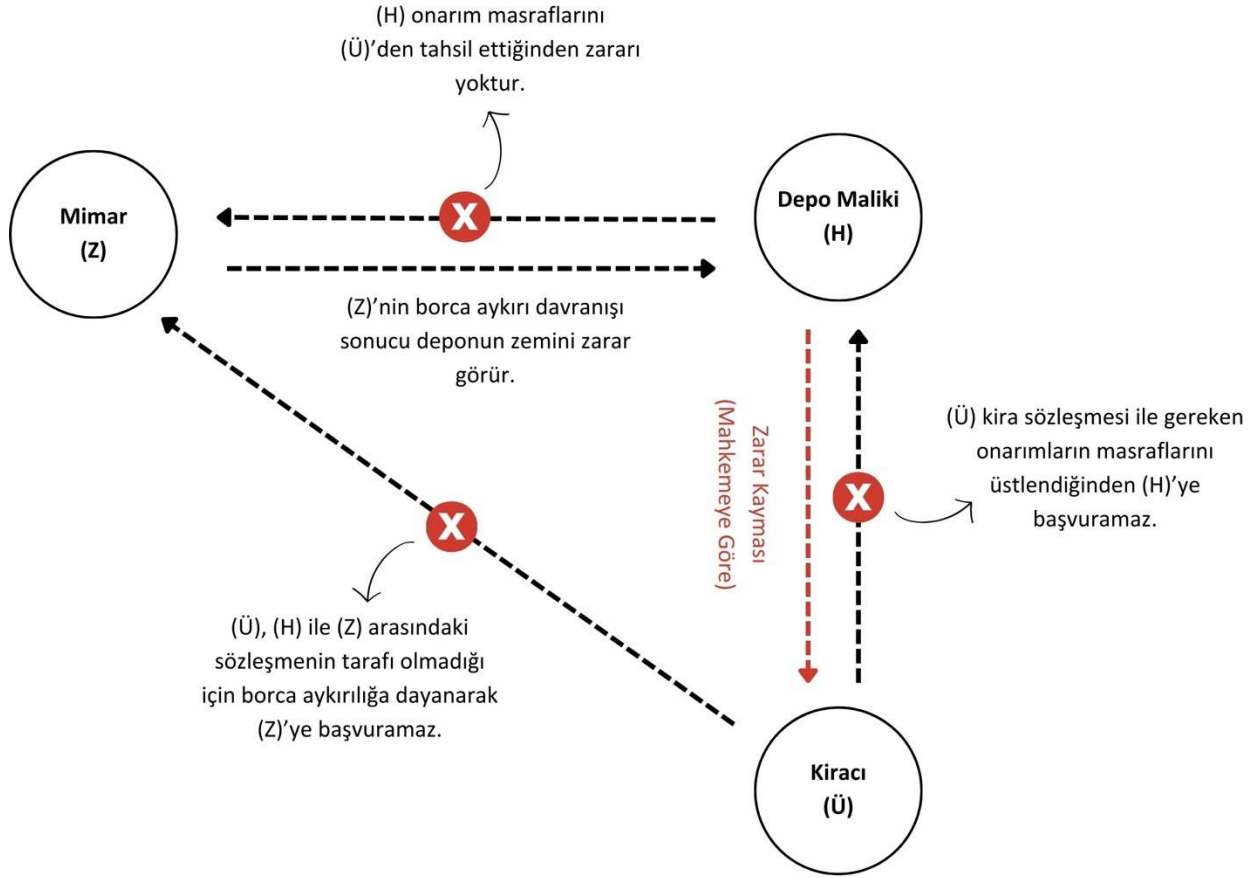
Şekil 28 – Haksız Yapı

D. Kiracının Sözleşmeyle Üçüncü Kişilerin Yol Açacağı Zararlardan Doğan Masrafları Üstlenmesi

Alman Federal Mahkemesinin yakın tarihli bir kararına¹¹⁷³ konu ilginç bir örneğe burada değinmek faydalı olacaktır. Olay şu şekildedir: (Ü), (H)'den bir endüstriyel depo kiralamıştır. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca kira süresi boyunca gereken bütün onarımların masraflarını kiracı (Ü) karşılayacaktır. İlerleyen zamanlarda malik (H), depoyu genişletmek istemiş ve bunun için mimar (Z) ile bir sözleşme imzalamıştır. Ancak (Z)'nin kusurlu davranışı sonucu deponun zemini hasara uğramıştır. (Z) ile müzakerelerin sonuçsuz kalması sonucu (Ü), zemini kendisi onartmış ve masrafları karşılamıştır. Mahkeme burada (Ü)'nün yaptığı masraflardan doğan zararlar bakımından üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulmasına izin vermiştir. Mahkemeye göre

¹¹⁷³ BGH NJW 2016, 1089.

taraflar arasındaki kira sözleşmesinde yer alan ilgili hüküm uyarınca söz konusu masrafları zaten baştan itibaren kiracının karşılayacağı bellidir ve burada zarar kayması gerçekleşmiştir.¹¹⁷⁴



Şekil 29 – Sözleşmesel Sorumlu Kiracı

Öğretide bu karar sonuç bakımından olumlu karşılanmıştır.¹¹⁷⁵ İlk bakışta üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması makul gözükse de bu olay özelinde dikkatli olmak gerekir. Alman öğretisinde *Gomille*'e göre burada üçüncü kişinin hak sahibine karşı zarar verici olay gerçekleşmeden önce yapılan sözleşmeden doğan bir sorumluluğu söz konusudur. Eğer hak sahibinin üçüncü kişiye karşı olan alacak hakkı uğradığı zarar hesaplanırken fark teorisi kapsamında dikkate alınırsa hak sahibine üçüncü kişinin iflas riski yüklenmiş olacaktır, zira ihtimalde hak sahibi zararının olmadığı gerekçesiyle zarar verene başvuramayacaktır. Burada hak sahibine karşı iki sorumlu vardır: Zarar veren ve üçüncü kişi. Dolayısıyla burada yazara göre bir

¹¹⁷⁴ BGH NJW 2016, 1089 para 28 vd.

¹¹⁷⁵ Weiss, 1091.

müteselsil sorumluluk söz konusudur.¹¹⁷⁶ Kanaatimce Türk hukuku bakımından da TBK 61 hükmü uyarınca bu çözüm yerindedir. (Ü) ile (H) arasındaki sözleşmede ilgili hüküm olmasaydı (H), doğrudan zararının tazmini için (Z)'ye başvurabilecekti. Sözleşmeye bu yönde bir hüküm koyan (H)'nin amacı kendisine ek bir sorumlu daha yaratmak ve dolayısıyla elinin boş kalma ihtimalini düşürmektir. Yani (H) adeta kendisine bir teminat yaratmaktadır. Bu durumun (H)'nin aleyhine bir sonuç doğurmaması gerekir. Elbette müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanarak (Ü), (Z)'ye rücu edebilecektir. Özetle burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya gerek yoktur.¹¹⁷⁷

E. Dolo Agit İtirazı

Alman öğretisinde *Bredemeyer* tarafından verilen şu örnekte de üçüncü kişinin zararının tazmini gündeme gelebilir: (Ü) doktora gider ve aracını (H)'nin garajının önüne park eder. (H)'nin acilen işe yetişmesi gerekmektedir ve muayenehanede (Ü)'yü bulur. (Ü) o sırada doktor tarafından tedavi edilmektedir ve aracını hemen çekemeyeceğini, yarım saat sonra çıkacağını söyler. Bunun üzerine (H) beklemek istemez ve çekici çağırır. Çekici (Z) aracı çekerken araca zarar verir.

Burada vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlere (BGB 678/TBK 527 II) dayanarak (Ü)'nün (H)'nin kusursuz sorumluluğuna gidebileceği düşünülebilir, çünkü görülen işe (Ü)'nün rızası açıkça yoktur. Ancak (Ü)'nün bu yönde bir talebi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır, zira (Ü) aracını çekmeyerek hukuka aykırı davranmıştır ve (H)'nin bu sebeple zarara uğraması hâlinde bizzat (Ü)'den tazminat talep etmesi de mümkündür. Dolayısıyla BGB 678 bu durumda uygulanamayacaktır. Buna *dolo agit* itirazı denmektedir.¹¹⁷⁸ Aynı sonuca TBK 527 II'de açıkça belirtilen “iş sahibinin yasaklaması da hukuka ve ahlaka aykırı değilse” ifadesinden varılabilir, zira somut olayda iş sahibi (Ü)'nün yasaklaması hukuka aykırıdır.

Burada *Bredemeyer*'e göre her ne kadar (Ü)'nün (Z)'ye karşı haksız fiilden doğan talebi mevcut olsa da üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak daha avantajlı bir sözleşmesel talebi

¹¹⁷⁶ Gomille, 627.

¹¹⁷⁷ Gomille, 627. Alman hukukunda zararın tamamının en nihayetinde taraflardan birine yüklenecek olması halinde hâkim görüşe göre müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Bu şarta tarafların sorumluluğun eş derecede olması şartı (*Gleichstufigkeit*) denmektedir. Kavram için bkz MüKo-Heinemeyer, BGB 421, para 13 vd; Harke, para 450-451. Burada bu gerekçeyle müteselsil sorumluluğun reddedilmesi halinde de Alman hukukunda başka dayanaklarla üçüncü kişinin zarar verene rücu etmesi mümkündür. Daha detaylı açıklamalar için bkz Gomille, 627.

¹¹⁷⁸ Bredemeyer, 106.

kendisine tanımak gerekir.¹¹⁷⁹ Kanaatimce de bu çözüm yerindedir.¹¹⁸⁰ Özellikle haksız fiil sorumluluğunun dezavantajı şu örnekte ortaya çıkabilir: Araca (Z)'nin çalışanı zarar vermiş olsun ancak (Z) kurtuluş kanıtı getirebilsin. Çalışanın malvarlığı yeterli düzeyde değilse (Ü) çalışana başvurduğunda eli boş dönecektir.¹¹⁸¹

F. Ayıptan Sorumluluğun Kaldırılması

Alman Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olay şu şekildedir: Bir dükkân işleten (Ü), iş yerinde kullanmak için (H)'den ikinci el bir otomobil satın alır ve taraflar ayıptan sorumluluğu kaldırır (bkz TBK 221). Sözleşme uyarınca satıcı (H) otomobili masrafları kendisine ait olacak şekilde muayene ettirmekle yükümlüdür. (Z) aracı gereği gibi muayene etmez ve frendeki arızayı ortaya çıkaramaz. Bunun üzerine yaptığı kaza sonucu (Ü) zarara uğrar. Burada mahkeme (Ü)'nün (Z)'ye karşı üçüncü kişiyi korucu etkili sözleşmeye dayanan talebini reddetmiştir, çünkü ayıptan sorumluluğu kaldıran (Ü)'nün koruma ihtiyacı yoktur.¹¹⁸²

Bredemeyer'e göre burada (Ü)'nün muayeneye güvendiği için ayıptan sorumluluğu kaldırdığı ve dolayısıyla koruma ihtiyacının ortadan kalkmadığı da savunulabilirdi.¹¹⁸³ Bu yolun kabul edilmemesi hâlinde yazara göre burada üçüncü kişinin zararının tazmini yoluyla (Ü)'nün zararının tazmini mümkündür.¹¹⁸⁴ Kanaatimce yazarın vardığı sonuç yerindedir. Burada (Z) aracın bir üçüncü kişiye satıldığı için muayene edildiğini yüksek ihtimalle bilebilecek durumda olduğundan ve (Z)'nin borcunu gereği gibi ifasında esasen alıcı (Ü)'nün menfaati baskın olduğundan sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün görünmektedir.

SONUÇ

Üç köşeli bir ilişkide borca aykırı bir davranış ya da haksız fiil sonucu hukuken korunan bir hakkı ihlal edilen kişinin yerine bir üçüncü kişinin zarara uğraması hâlinde üçüncü kişinin zararının tazmini problemi gündeme gelmektedir. Burada hukuken korunan hakkı ihlal edilen ve bu

¹¹⁷⁹ Bredemeyer 106.

¹¹⁸⁰ Nitekim TBK 531 hükmü uyarınca (Ü) işi uygun bularak vekalet hükümlerini ve dolayısıyla TBK 509 I hükmünün uygulanmasını sağlayabilecektir. Bu yönde: Armbrüster, Wiegand'a Armağan, 80. Bu da üçüncü kişinin zararının tazminini gerçekleştirmek için ek bir argüman olarak kullanılabilir. Ayrıca burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye başvurulması da düşünülebilir.

¹¹⁸¹ Bkz Bredemeyer, 106 dn 32.

¹¹⁸² BGH NJW 1993, 655

¹¹⁸³ Bredemeyer, 106 dn 44

¹¹⁸⁴ Bredemeyer, 106.

çalışmada hak sahibi olarak anılan kişi zarara uğramadığı için tazminat talebinde bulunamamaktadır. Zarara uğrayan ve bu çalışmada üçüncü kişi olarak anılan kişi ise borca aykırı bir davranış söz konusu olduğunda ihlal edilen sözleşmeye taraf olmadığı için, bir haksız fiil söz konusu olduğunda ise uğradığı zarar bir salt malvarlığı zararı olduğu için tazminat talep edememektedir. Dolayısıyla borca aykırı bir davranış ya da bir haksız fiil sonucu hak sahibinin malvarlığında doğması hâlinde tazmin edilecek zarar üçüncü kişinin malvarlığına kaydığı için tazmin edilememektedir. Zarara yol açan kişinin bu şekilde sorumluluktan kurtulması ve üçüncü kişinin elinin boş kalması adalet hissini rahatsız etmektedir.

Üçüncü kişinin zararının tazmini probleminin ayırt edici unsuru zarar kayması kavramıdır. Tipik olarak hak sahibinin (borç ilişkisinde alacaklı ya da haksız fiil hukuku bakımından hukuken korunan menfaatin sahibi) malvarlığına ait olan bir risk üçüncü kişi ile hak sahibi arasındaki ilişki sonucu zararın doğmasından önce üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmışsa zarar kaymasının varlığından söz edilir. Üçüncü kişinin zararının tazmini problemi tarihsel olarak bakıldığında günümüzde zarar kayması olarak adlandırılan bu durumun gerçekleştiği olay gruplarının tespiti ile gelişmiştir. Özellikle Alman öğretisi ve içtihadına dayanan temel olay grupları (karşı) edim hasarının üçüncü kişide olduğu haller, dolaylı temsil ilişkileri, inanç ilişkileri ve üçüncü kişiye ait eşyaya ilişkin koruma borcu doğuran sözleşmelerdir. Alman öğretisinde kimi yazarlarca ve bir Türk ilk derece mahkemesi kararında bu olay gruplarının sınırlı sayıda olduğu belirtilmişse de bu görüş isabetli değildir. Zarar kaymasının gerçekleştiği başka olaylarda da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmak mümkündür.

Borca aykırı davranıştan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkmasının altında yatan sebepler sözleşmenin nispiyeti ve alacaklının menfaati ilkeleridir. Bu ilkelerin üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından önem arz eden amacı borçlunun sorumluluğunu öngörülebilir sınırlar içerisinde tutmaktır. Zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda ise tipik olarak hak sahibine ait olan risk üçüncü kişiye aktarıldığından, üçüncü kişinin zararının tazminine izin verilmesi hâlinde borçlunun ihlâlinden sorumlu tutulduğu menfaatler kümesinde bir genişleme olmamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini söz konusu ilkelerin amacı ile çelişmemektedir.

Haksız fiilden doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun altında yatan sebep ise salt malvarlığı zararının kural olarak tazmin edilememesidir. Salt malvarlığı zararının tazmin

edilememesinin altında hukuki ve ekonomik sebepler yatmaktadır. Hukuki sebep, bu tür menfaatlerin aleni olmaması ve bu sebeple olası faillerin ihlalden kaçınabilmesinin zor olmasıdır. Ekonomik sebep ise salt malvarlığı menfaatlerinin ihlaliinde çoğunlukla bir kişi zarara uğrarken bir başka kişinin bundan fayda elde etmesi nedeniyle toplumun uğradığı net zararın zarar gören kişinin uğradığı zarardan düşük olmasıdır. Bir değer kaybından doğan salt malvarlığı zararları (*resource damage*) bakımından ise bu ekonomik gerekçenin geçerli olmadığı ve bu tür zararların tazmininin ekonomik etkinliği artıracak ileri sürülmektedir. Zarar kaymasının gerçekleştiği durumlarda her iki gerekçe de zararın tazmini ile çelişmemektedir. Zira bu durumda hak sahibinin hukuken korunan (ve dolayısıyla çoğu zaman aleni) bir menfaatinin ihlali üçüncü kişinin zararına yol açtığından, zararın tazminine izin verilmesi hâlinde olası failler bakımından ihlali halinde tazminatla sorumlu tutulacakları (aleni) menfaatler kümesinde bir genişleme meydana gelmemektedir. Yine zarar kaymasının gerçekleştiği hallerde birçok durumda bir değer kaybından doğan zarar söz konusu olacaktır, çünkü üçüncü kişi hak sahibi tarafından kendisine aktarılan bir ekonomik değer zarar veren tarafından kayba uğratılması sebebiyle zarara uğramaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin zararının tazmini, salt malvarlığı zararlarının tazmin edilmemesi gerektiğine ilişkin düşüncenin altında yatan ekonomik gerekçeyle de çelişmemektedir.

Üçüncü kişinin zararının tazmininin ilgili kanun hükümlerinin amacına aykırı olmadığı tespit edildikten sonra zararın tazmininin hukuki dayanağının ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir grup yazar inceleme konusu olaylar bakımından farklı akıl yürütme yöntemleriyle aslında hak sahibinin zarara uğradığı sonucuna varmakta ve üçüncü kişinin zararının tazmini sorununun ortaya çıkmasını engellemektedir. Bu kategorideki görüşler üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu tatmin edici bir biçimde çözememektedir ve dolayısıyla kabule şayan değildir. Birçok yazar ise üçüncü kişinin zararının tazmini sorununu kabul etmekte ve bu sorunun çözümü için farklı yöntemler önermektedir. Türk hukuku bakımından bu çalışmada ileri sürülen yaklaşıma göre istisnai kimi durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminini konu alan bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin sözleşme boşluğu doldurulması yoluyla kabulü mümkündür. Bunun dışında kalan durumlarda burada bir örtülü kanun boşluğu olduğu yönündeki görüş isabetlidir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edilebildiği ihtimallerin dışında kalan olaylar bakımından Türk hukukunda bir örtülü kanun boşluğunun söz konusu olduğu tespit edildikten sonra bu boşluğun nasıl doldurulacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu çalışmada ileri sürülen görüşe göre söz konusu boşluğun doldurulması için TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanılmalıdır. Bu

hükümden kıyasen yararlanılması sonucu üçüncü kişinin zararının tazmini meselesiyle ilgili özel sorunların çözümünde alacağın devrine ilişkin hükümlerden de kıyasen yararlanmak mümkün olacaktır.

Üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının ilki ve en önemlisi zarar kaymasıdır. Buna ek olarak zarar kayması gerçekleşmiş olmasaydı, yani zarar hak sahibinin malvarlığında doğmuş olsaydı, sorumluluğun şartları sağlanacak olmalıdır. Bunlar fiilin hukuka aykırı olması, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcudiyeti ve gerekiyorsa kusurdur. Bazı yazarlarca zarar kaymasının tesadüfi olması şeklinde ek bir şart aransa da bu görüş isabetli değildir. Yine benzer şekilde kimi yazarlarca zararın tazmini için üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından bilinebilirliği aransa da bu husus yalnızca tazmin edilecek zararın kapsamı bakımından (bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün ise) etkili olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin zarar verene karşı ileri sürebileceği başka bir talep dayanağının söz konusu olması tek başına üçüncü kişinin zararının tazminini dışlamaz.

Üçüncü kişinin zararının tazmininin teorik dayanağı ve şartları tespit edildikten sonra incelenmesi gereken birtakım özel meseleler mevcuttur. İlk olarak zararın tazminini kimin talep edeceği konusu önem arz etmektedir. Her ne kadar Alman ve İsviçre öğretilerindeki hâkim görüşe göre üçüncü kişinin zararının tazminini hak sahibi talep edecekse de bu çalışmada benimsenen görüşe göre üçüncü kişi doğrudan zararının tazmini için zarar görene başvurabilir. Üçüncü kişiye doğrudan bir tazminat alacağı tanınması pratik açıdan birçok fayda sağlamaktadır. Örneğin, hak sahibinin üçüncü kişinin zararının tazminini talep etmekte yeterince menfaati olmayabileceği gibi direkt talebe sahip olan üçüncü kişi hem zarar verenin hem de hak sahibinin iflas riskini taşımaktan da kurtulmaktadır.

Ele alınması gereken diğer bir sorun üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin tazminat alacağının kapsamının nasıl belirleneceğidir. Öğretide tazminatın üçüncü kişinin ekonomik sahası dikkate alınarak hesaplanması gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi hak sahibinin uğrayacağı farazi zararlarla sınırlanması gerektiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Bu çalışmada benimsenen görüşe göre ise bir ayırım yapmak gerekir. Üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından baştan öngörülebilir olduğu borca aykırılıktan doğan üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu bakımından bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulü mümkün olabilir. Bu durumda üçüncü kişinin zararının tamamı tazmin edilmelidir. Diğer hâller bakımından ise üçüncü kişinin zararının tazmini

kanun boşluğunun doldurulması yoluyla TBK 509 I hükmünden yararlanılarak sağlandığından tazminat hak sahibinin uğrayacağı farazi zararlarla sınırlanmalıdır.

Bir diğer önemli mesele ise tarafların birbirlerine karşı ileri sürebileceği savunmalardır. Öncelikle zarar verenin üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmalar incelenmiştir. Gerek üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edildiği ihtimalde gerekse geri kalan diğer ihtimallerde zarar veren hak sahibine karşı sahip olduğu savunmaları üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından bu husus kanunda açıkça yer almasa da öğretide kabul edilmektedir. Diğer ihtimaller bakımından ise alacağın devrine ilişkin TBK 188 I hükmünden kıyasen yararlanılarak bu sonuca varılmaktadır. Genel prensip bu şekilde tespit edildikten sonra bu bölümde çeşitli savunmalar özel olarak daha detaylı biçimde ele alınmıştır.

Hak sahibinin ileri sürebileceği savunmalar bakımından ise gerek (eksik) üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabul edildiği ihtimâlde gerekse diğer ihtimallerde üçüncü kişinin direkt talebe kavuşabilmesi için TBK 509 I hükmünden kıyasen yararlanıldığından, bu hükümdeki vekalet verenin vekile karşı borçlarını ifa etmiş olma şartından da kıyasen yararlanılmış ve hak sahibinin üçüncü kişiye karşı borcu ile karşılıklılık içerisindeki olası alacaklarından doğan savunmalar mevcut olduğu sürece üçüncü kişinin direkt talep hakkına kavuşamayacağı sonucuna varılmıştır.

Son olarak üçüncü kişinin zararın doğmasından önce önleyici bir talepte bulunup bulunamayacağı sorusu ile zarar verenin edimini güvence altına alan fer'i nitelikteki teminatlar ile cezai şartın durumu özel olarak incelenmiştir. İlk soruya olumlu yanıt verilmiştir. İkinci mesele bakımından ise yine alacağın devrine ilişkin TBK 189 I hükmünden yararlanılarak bu teminatlardan ve cezai şarttan üçüncü kişinin faydalanabileceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca temerrüt faizi ve zamanaşımına ilişkin bazı meseleler özel olarak ele alınmıştır. Üçüncü kişinin hak sahibinin savunmaları sebebiyle direkt talebe geç kavuşması hâlinde bu savunmaların ortadan kalktığı anda TBK 189 II hükmünden kıyasen yararlanılarak zararın doğumundan itibaren temerrüt faizine hak kazanacağı sonucuna varılmıştır. Zarar verenin tazminat borcunu ikrarının ise gerek hak sahibine gerekse üçüncü kişiye karşı yapılması hâlinde zamanaşımını keseceği savunulmuştur.

Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile diğer talep dayanakları arasındaki ilişkinin de açığa kavuşturulması gerekmiştir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile üçüncü kişinin zararının tazmininin şartlarının sağlanması hâlinde ne olacağı sorusu hakkında öğretide olası her ihtimali savunan görüşe rastlamak mümkündür. Bu çalışmada benimsenen görüşe göre bu iki kurum

birbiriyle yarışsa da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanmak üçüncü kişi açısından daima daha avantajlıdır.

Bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin mevcudiyetinin şartlarının sağlanması hâlinde ise üçüncü kişinin zararının tazminini ayrıca gerekçelendirmeye gerek kalmamaktadır. Nitekim bu çalışmada üçüncü kişinin zararının tazmini için varılan sonuçlar üçüncü kişi yararına sözleşmenin kabulünün sözleşme boşluğu doldurulması yoluyla mümkün olduğu ihtimal için de ayrıca ele alındığından, üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı sonucuna tarafların gerçek iradesinden açıkça varılabildiği ihtimallerde de bu sonuçlar geçerliliğini koruyacaktır.

Güven sorumluluğu üçüncü kişinin zararının tazmininden farklı bir soruna çözüm getirmektedir ve bu iki kurumun şartlarının birlikte sağlanması mümkün değildir.

Ürün sorumluluğuna başvurulabilen hâllerin birçoğunda zarar kayması mevcut olmayacağından üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulamayacaktır. İstisnaen zarar kaymasının mevcut olabileceği bazı hâllerde ise üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya bir engel yoktur.

Her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesinin eski bir kararı kafa karışıklıklarına yol açmışsa da kaim değerin devri talebi üçüncü kişinin zararının tazminine olan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Bu çalışmada benimsenmeyen hak sahibinin zararın tazminini talep edeceği görüşünün benimsenmesi hâlinde söz konusu tazminat alacağının imkânsızlaşan edim yerine geçen bir kaim değer olarak kabulü ve üçüncü kişiye devri mümkündür. Bu sebeple kaim değer talebi ile üçüncü kişinin zararının tazmini ancak birbirini tamamlayıcı rol oynayabilir.

Yansıma zarar kavramı ile üçüncü kişinin zararının tazminindeki üçüncü kişinin zararı arasındaki ilişki incelendiğinde ikinci kavramın ilkinin alt kümesi olduğu tespit edilmiştir. Yani üçüncü kişinin zararının tazmini probleminde üçüncü kişinin zararı bir yansıma zarar niteliğindedir, ancak her yansıma zarar bir zarar kayması sonucu ortaya çıkmamış olabilir.

Çalışmanın son bölümünde üçüncü kişinin zararının tazminine ilişkin geliştirilen teorinin somut olay gruplarına uygulanması sonucu varılacak sonuçlar ele alınmıştır. İlk olarak çeşitli sebeplerle hasarın hak sahibinden üçüncü kişiye geçtiği ihtimallerde karşılıklı borç doğuran ilişkilerin bir alt grubu olan satış sözleşmesinden doğan ilişkiler incelenmiştir. Mesafe satışlarında üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması gerekebilecek senaryoların gerçekleşmesi mümkünse de ticaret hukuku ve tüketici hukukundaki özel hükümlerin varlığı sebebiyle bu oldukça sınırlı ihtimallerde

söz konusu olacaktır. Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta ise alıcının eşyaya zarar veren kişiye üçüncü kişinin zararının tazminine dayanarak başvurması mümkündür. Satış sözleşmesinden doğan başka ilişkilerde de üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması düşünülebilir. Örnek olarak, geciktirici koşula bağlı satışta koşulun gerçekleşeceği beklentisiyle eşyanın zilyetliğinin önceden alıcıya devredildiği ihtimal, eşyanın mülkiyetinin zilyetliğin havalesi yoluyla alıcıya devredildiği ancak eşyadan ekonomik olarak satıcı yararlanmaya devam ettiği için hasarın satıcıda kaldığı ihtimal ve TBK 208 I uyarınca durumun gereği olarak ya da TBK 208 II uyarınca alıcının temerrüde düşmesi sebebiyle hasarın alıcıya geçtiği ihtimâller verilebilir.

Yine hasarın geçişine ilişkin olaylar altında sınıflandırılacak bir başka olay grubu eser sözleşmesinden doğan ilişkilerdir. Eser sözleşmesinden doğan ilişkilerde eserin tamamlanmasından önce kendisinin temin ettiği malzemeye ilişkin hasarı taşıyan yüklenici eserin iş sahibinin arsasının bütünleyici parçası olması sebebiyle esere bir başkasının zarar vermesi hâlinde iş sahibinden herhangi bir talepte bulunamadığı gibi malik olmadığı için zarar verene karşı haksız fiilden doğan bir talep de yöneltemiyor görünmektedir. Burada da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması mümkündür.

Son olarak bu grupta finansal kiralama sözleşmelerinde üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulup başvurulamayacağı incelenmiş ve alternatif çözüm yollarının varlığı nedeniyle üçüncü kişinin zararının tazminine başvurmaya yüksek ihtimalle gerek kalmayacağı sonucuna varılmıştır. Yine de bu çözüm yollarına başvurulamaması hâlinde (özellikle zararın bir haksız fiilden doğması durumunda) üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de edim hasarının üçüncü kişiye olması sebebiyle üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu gündeme gelebilir. Belirli mal bırakma şeklindeki vasiyetnameye veya bağışlama sözleşmesine konu eşyaya bir başkasının zarar vermesi hâlinde durum budur. Burada üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir.

Zincirleme sözleşmelerde üçüncü kişinin zararının tazmini kural olarak zarar kaymasının yokluğu sebebiyle gündeme gelmeyecektir. Ancak zincirleme sözleşmelerde zarar kaymasının mevcut olduğu istisnai ihtimallerin tespit edilmesi mümkündür. Bu durumda bu çalışmada benimsenen görüşe göre, öğretideki hâkim görüşten farklı olarak, zincirin iki halkadan daha uzun olması hâlinde dahi zincirin son halkasındaki üçüncü kişiye zararının tazmini için bir tazminat alacağı kazandırmak mümkündür. Özellikle rekabet ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından

üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanmanın kapısını açabileceğinden pratik önem taşımaktadır.

Dolaylı temsilden doğan ilişkilerde her ne kadar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi alternatif teoriler ortaya atılmışsa da özellikle üçüncü kişinin menfaatinin zarar veren tarafından bilinebilir olmadığı durumlarda üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulması birçok durumda gerekli olacaktır. İnançlı işlemler için de aynı sonuca varılabilir.

Üçüncü kişiyi ait eşya üzerinde koruma borcu doğuran ilişkiler bakımından her ne kadar üçüncü kişi haksız fiil hükümlerine dayanarak zarar verene başvurabilecekse de, üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinin uygulanması sonucu üçüncü kişinin birçok açıdan daha avantajlı olan borca aykırılık hükümlerine başvurmamasının mümkün olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak bu olay grubunda somut olayın şartlarına bağlı olarak ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğun söz konusu olması da mümkündür.

Üçüncü kişinin zararının tazmini sayılan hâllerle sınırlı değildir. Zarar kaymasının (ve diğer şartların) gerçekleştiği başka olay gruplarında da üçüncü kişinin zararının tazminine başvurulabilir. Sebepsiz zenginleşenin iade borcunun bir başkasının fiili sonucu imkânsızlaşması ya da kiraya verenin borca aykırı davranışı sonucu alt kiracının zarara uğraması gibi olaylar örnek olarak verilebilir.

KAYNAKÇA

- ABGB Praxiskommentar:** ABGB Praxiskommentar (Georg Kodek/Michael Schwimann), 4. Bası, 2016. (Kısaltma: ABGB Praxiskommentar-Yazar Adı, Madde Numarası).
- Abik,** Yıldız: Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, 345-448.
- Achtari,** Annick: Le devoir du lésé de minimiser son dommage, 2008.
- Ağca Toplandı,** Pınar: Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Doktora Tezi, 2016.
- Akçura Karaman,** Ayşe Tuba: TBK m. 116 ve TBK m. 507/II'deki Sorumluluk Hükümlerinin Uygulama Kapsamı: “Yardımcı Kişi” – “Alt Vekil” – “İkame Vekil”, GSÜHFD, S. 2, 2022, 1679-1713.
- Akıntürk,** Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, 1966.
- Akıntürk,** Turgut / **Akipek,** Jale G.: Eşya Hukuku, 2009.
- Akipek,** Şebnem: Alt Vekâlet, 2003.
- Akünel,** Teoman: Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, Doktora Tezi, 1975. (Kısaltma: İlgili İçin İşlem)
- Akünel,** Teoman: Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, Yargıtay Dergisi, C 14, S 55, 1988. (Kısaltma: Nispilik)
- Akyol,** Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 1976.
- Altay,** Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, 2008.
- Altınok Ormancı,** Pınar: Zararı Azaltma Külfeti, 2016.
- Altuntaş,** Fuat: Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji), Yüksek Lisans Tezi, 2020.

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Cilt V/1,1, 2. Bası, 2019. (Kısaltma: C V/1,1)

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Cilt V/1,1, 2. Bası, 2019. (Kısaltma: C V/1,2)

Apathy, Peter, Drittschadensliquidation, Juristische Blätter, C. 131, S. 2, 2009.

Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Bası, 2010.

Arı, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, 2003.

Arlen, Jennifer: Tort Damages, iç Encyclopedia of Law and Economics – V II (ed Gerrit de Geest, Boudewijn Bouckaert), 2000, 682-734.

Armbrüster, Christian: Drittschäden und vertragliche Haftung, recht 1993, 84-91. (Kısaltma: recht)

Armbrüster, Christian: Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia?, iç Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 70. Geburtstag, Bern/München, 2005, S. 71-92 (Kısaltma: Wiegand’a Armağan).

Atamer, Yeşim M. / **Kurtulan Güner**, Gökçe: Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?, AÜHFD, C 70, S 2, 2021, 543-588.

Atamer, Yeşim M.: Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR, C 130, 2011, 449-478. (Kısaltma: ZSR)

Atamer, Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, 2000, 131-167. (Kısaltma: Hasar)

- Atamer, Yeşim:** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, 1996. (Kısaltma: Haksız Fiil)
- Atamer, Yeşim:** Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulmasına İlişkin Düşünceler, İÜHFM, C 63, S 1-2, 2005, 171-191. (Kısaltma: Boşluk)
- Atamer, Yeşim:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 2005. (Kısaltma: CISG)
- Ateş, Derya:** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Doktora Tezi, 2006.
- Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin:** Eşya Hukuku, 3. Bası, 2012.
- Ayanoğlu Morali, Ahi:** Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Doktora Tezi, 2006.
- Barlas, Nami:** Başkasının Sözleşme İlişisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C I, 2010, 415-440.
- Barth, Hans Rudolf:** Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, 1957.
- Bärtschi, Harald:** Verabsolutierte Relativität – Die Rechtstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, 2009.
- Baş Süzel, Ece:** Gerçek Olmayan Vekâlestiz İş Görme (Menfaat Devri Yaptırımı), 2. Bası, 2023.
- Baş, Ece:** Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, 2011.
- Baur, Fritz:** Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der “vorbeugenden Unterlassungsklage”, JZ, C 21, S 11-12, 1966, 381-383.
- Baysal, Başak:** Haksız Fiil Hukuku, 2019. (Kısaltma: Haksız Fiil)

Baysal, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), 2012. (Kısaltma: Müterafik Kusur)

Becker, Matthias: Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Frachtführer gemäß § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB, AcP, C 202, S 4, 2002, 722-744.

Bekker, Ernst Immanuel: Die Aktionen des römischen Privatrechts – Band II, 1873.

Berg, Hans: Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, JuS 1977, 363-367.
(Kısaltma: JuS)

Berg, Hans: Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, NJW, C 40, 1948, 2018 – 2019.

Berger, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 3. Bası, 2018.

Berktaş Yüksel, Elif: Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler, 2022.

Beuthien, Volker: Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, iç Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag (ed Volker Beuthien et al), 1999, 1-23.

Bishop, William: Economic Loss in Tort, Oxford Journal of Legal Studies, C 2, S 1, 1982, 1-29.

BK: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. (Kısaltma: BK-Yazar Adı, Yıl, Madde Numarası)

Bollenberger, Raimund: Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999.

Bögemann, Ludger: Die Verträge zugunsten Dritter - insbesondere die vertragliche Sorgfaltspflicht gegenüber Dritten, 1938.

Bredemeyer, Dierk: Das Prinzip “Drittschadensliquidation”, JA, 2012, 102-107.

Brinkmann, Moritz: Drittschadensliquidation und Insolvenz: Eine Untersuchung zur Tragfähigkeit der Lehre von der Drittschadensliquidation in der Insolvenz eines Beteiligten, KTS, C 65 S 3, 2004, 357-372.

Brockmann, Tim / **Künnen**, Simon: Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation, JA, 2019, 729-734.

Brunner, Hans-Ulrich: Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, 1991.

Brüggemann, Walter: Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, 1934.

BSK OR I – Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Bası, 2020 (Kısaltma BSK OR I – Yazar Adı, Madde Numarası)

BSK ZGB II – Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7. Bası, 2023 (Kısaltma BSK ZGB II – Yazar Adı, Madde Numarası).

Bucher, Eugen: Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Bası, 1988. (Kısaltma: OR AT)

Bucher, Eugen: Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Bası, 1988. (Kısaltma: OR BT)

Burri, Christof: Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags - Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, 2010.

Buz, Vedat: Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. M. 60 Üzerine Düşünceler, BATİDER, C 29, S 2, 2013, 19-60. (Kısaltma: TBK 60)

Buz, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998. (Kısaltma: Dönme)

Buz, Vedat: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C 49, 1994, 23-40. (Kısaltma: İmkansızlık)

Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 2005. (Kısaltma: Yenilik Doğuran Haklar)

Büdenbender, Ulrich: Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung - eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?, NJW, 2000, 986-992. (Kısaltma: NJW 2000)

Büdenbender, Ulrich: Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung - Gemeinsamkeiten, Berührungspunkte und Unterschiede, 1996. (Kısaltma: Vorteilsausgleichung)

Büttner, Benjamin: Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten, 2006.

Büyüksağış, Erdem / **Koyuncu**, Tuğçe: Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı, BATİDER, C 32, S 1, 153-198.

Büyüksağış, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, 2007.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Bası, 1983. (Kısaltma: Boşluk)

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, iç Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag (ed Horst Heinrich Jakobs et al), 1978, 371-427. (Kısaltma: FS Flume)

Canaris, Claus-Wilhelm: Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, iç Festschrift für Karl Larenz (ed Claus-Wilhelm Canaris, Uwe Diederichsen), 1983, 27-110. (Kısaltma: Larenz'e Armağan)

Canaris, Claus-Wilhelm: Bankvertragsrecht, 2. Bası, 1981.

Cavin, Pierre: Kauf, Tausch und Schenkung, iç Schweizerisches Privatrecht – C VII/1 (Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse) (ed Frank Vischer), 1977, 1-198.

Cerutti, Romeo: Der Untervertrag, 1990.

Chaix, François: Le contrat de sous-traitance en droit suisse - Limites du principe de la relativité des conventions, 1995.

CHK OR: Handkommentar zur Schweizer Privatrecht (Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen), 4. Bası, 2023. (Kısaltma: CHK OR – Yazar Adı, Madde Numarası)

CHK ZGB: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Sachenrecht), 4. Bası, 2023. (Kısaltma: CHK ZGB – Yazar Adı, Madde Numarası)

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.

Çağlayan Aksoy, Pınar: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 2016.

Çakırca, Seda İrem: Passing of Risk According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the New Turkish Code of Obligations from a Comparative Perspective, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 16, S 4, 2012, 91-116. (Kısaltma: Risk)

Çakırca, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, 2012.

Çelt, Damla Özden: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi, Doktora Tezi, 2023.

Çetiner, Bilgehan: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İÜHFM, C 67, S 1-2, 97-113.

Çilenti Konuralp, Ayşen: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 2020.

Dahm, Henning: Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte (unter besonderer Berücksichtigung des vorvertraglichen Bereichs), 1988.

Dari-Matiacci, Giuseppe / **Schäfer**, Hans-Bernd: The Core of Pure Economic Loss, International Review of Law and Economics, C 27, 2007, 8–28.

Dauner-Lieb, Barbera / **Langen**, Werner: BGB Schuldrecht, 4. Bası, 2021. (Kısaltma: Dauner-Lieb/Langen - Yazar Adı, Madde Numarası)

Daver, Hilal: Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması, Doktora Tezi, 2022.

Delco, Fabio: Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, 1999.

Develioğlu, Hüseyin Murat: Takas, 2012.

Diederichsen, Uwe: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.11.1968 (Haftung des Herstellers von Industrieerzeugnissen; Beweislast des Herstellers, NJW, 1969, 269-276. (Kısaltma: BGH)

Diederichsen, Uwe: Die Haftung des Warenherstellers, 1967. (Kısaltma: Warenhersteller)

Diehle, Heinrich: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung und Schadenseintritt beim Dritten, Zur Drittschadensliquidation bei Treuhand und mittelbarer Stellvertretung, 1969.

Doğu, Hakkı Mert: Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı, MÜHFHAD, C 28, S 2, 2022, 1138-1154.

Doobe, Christian: Der Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden Dritter in Deutschland und England unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts, 2014.

Dörner, Heinrich: Dynamische Relativität – Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, 1985.

Dural, Mustafa / **Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku – Cilt II (Kişiler Hukuku), 23 Bası, 2022.

Duss Jacobi, Vanessa / **Marro**, Pierre-Yves: Klagen und Rechtsbehelfe im Zivilrecht, 2. Bası, 2023.

Eichenhofer, Eberhard: Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum, AcP, C 185, 1985, 162-201.

Eker Ayhan, Zeynep: Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehbara Teşmili, GSÜHFD, C 10, S 1, 95-119.

Engel, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, 2. Bası, 1997.

Engelbrecht, Maximilian: Die Gesamtgläubigerschaft - Eine dogmengeschichtliche und dogmatische Untersuchung, 2011.

Engin, Baki İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, 2002.

Engin, Baki İlkey / **Yılmaz**, Elif Merve: Mesafeli Sözleşmeler, iç Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu – Özel Hukuk (ed Arslan Kaya ve diğerleri), 2020, 905-927.

Erbayraktar, Burcu: Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo), 2021.

Erdoğan, Mustafa: CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu, 2020.

Eren, Fikret / **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C II, 2022. (Kısaltma: Şerh C II)

Eren, Fikret / **Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C III, 2022. (Kısaltma: Şerh C III)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 21. Bası, 2017. (Kısaltma: Borçlar Genel)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 4. Bası, 2017. (Kısaltma: Borçlar Özel)

Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, 2016. (Kısaltma: Mülkiyet)

Ergüne, Elif: Hırsızlık Suçunda Korunan Hukuki Değerin, Suçun Konusunun, Failin ve Mağdurun Tespiti, AÜHFD, C 72, S 3, 2023, 1275-1322.

Erman: BGB Kommentar, 17. Bası, 2023. (Kısaltma: Erman - Yazar Adı, Madde Numarası)

Esen, Emre: Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Doktora Tezi, 2008.

Esser, Josef / **Schmidt,** Eike: Schuldrecht – Band I (Allgemeiner Teil), Teilband 2, 8. Bası, 2000. (Kısaltma: T II)

Esser, Josef: Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Bası, 1960.

Fabricius, Fritz: Zur Dogmatik des “sonstiges Rechts” gemäß § 823 Abs. I BGB, AcP, C 160, 1961, 273-336.

Fatzer, Peter Kurt: Sachgewährleistung beim Finanzierungsleasing von mobilen Investitionsgütern, 1999.

Faust, Florian: Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, AcP, C 210, 2010, 555-579.

Feit, Michael: Die Haftung des Anwalts gegenüber Dritten für eine Third Party Legal Opinion, 2007.

Fikentscher, Wolfgang / **Heinemann,** Andreas: Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Bası, 2022.

Fisch, Jürg: Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, 2020.

Fischer, Hans A.: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1903.

Flume Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Tıpkı Bası, 1992.

- Friedrich**, Hans-Peter: Die Wirkung der Vertragsverletzung auf Dritte, in Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (ed Kaden Erich-Hans), 1954, 73-89.
- Fuchs**, Nicolas: Die Besitzschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB - Mit rechtsvergleichenden Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2018.
- Gauch**, Peter / **Schlupe**, Walter R. / **Schmid**, Jörg / **Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, C II, 11. BasI, 2020. (KIsaltma: C II)
- Gauch**, Peter / **Schlupe**, Walter R. / **Schmid**, Jörg / **Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, C I, 11. BasI, 2020. (KIsaltma: C I)
- Gauch**, Peter / **Sweet**, Justin: Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag (ed Peter Fostmoser ve diğerleri), 1989, 117-140.
- Gauch**, Peter: Der Werkvertrag, 6. BasI, 2019. (KIsaltma: Werkvertrag)
- Gernhuber**, Joachim: Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, 1989. (KIsaltma: Schuldverhältnis)
- 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”, JZ, C 17, S 18, 1962, 553-558.
- Gernhuber**, Joachim: Synallagma und Zession, in Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag (ed Fritz Baur et al), 1974, 57-98. (KIsaltma: FS Raiser)
- Giger**, Hans: Der Leasingvertrag, 1977.
- Glatthard**, Melchior: Das Rücktrittsrecht - Art. 97 Abs. 1 OR und die analoge Anwendung des Rücktrittsrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, 2020.

Golla, Stefan: Die Gläubigerrechte bei Leistungsstörung nach Abtretung, 1995.

Goldberg, Victor P.: Recovery for Pure Economic Loss in Tort: Another Look at *Robins Dry Dock v. Flint*, Journal of Legal Studies, C 20, S 2, 1991, 249-275.

Gomille, Christian: Die Drittschadensliquidation im System des Haftungsrechts, Juristische Ausbildung, C 39, S 7, 2017, 619–629.

Gökyayla, Emre Kadir: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Doktora Tezi, 2004.

Gönen, Doruk: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 2021.

Guhl, Theo / **Koller**, Alfred / **Schnyder**, Anton K. / **Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Bası, 2000. (Kısaltma: Guhl/Yazar Adı)

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, C I, 3. Bası, 2013. (Kısaltma: Borçlar Özel C I)

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 2021. (Kısaltma: Borçlar Genel)

Gümüş, Mustafa Alper: Yargıtay Kararları Işığında Güven Sorumluluğu, iç Sorumluluk Hukuku Sempozyumu II (27-28 Nisan 2023, Antalya) (ed M. Tufan Ögüz, Kerem Öz), 2023, 221-238. (Kısaltma: Güven Sorumluluğu)

Gürsoy, Kemal Tahir: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, AÜHFD, C 29, S 1, 143-197.

Gürsoy, Kemal Tahir / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 1978.

Gürzumar, Osman Berat: Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması, MÜHFHAD, C 22, S 3, 1257-1273.

Haertlein, Lutz: Die Rechtsstellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung, JuS 2007, 1073-1079.

Hadding, Walther: Drittschadensliquidation und “Schutzwirkungen für Dritte” im bargeldlosen Zahlungsverkehr, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag (ed. Walther Hadding und andere), 1984, 165-199.

Hagen, Horst: Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971.

Harke, Jan Dirk: Allgemeines Schuldrecht, 2010.

Harriehausen, Simone: Die aktuellen Entwicklungen im Leasingrecht, NJW, 2016, 1421-1425.

Hellwig, Konrad: Der Vertrag auf Leistung an Dritte, 1899.

Henkel, Wolfram: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP, C 174, S. 2, 1974, 97-144.

Henn, Thomas: Zur Daseinsberechtigung der so genannten “Drittschadensliquidation”, 2011.

HGB-Staub: Handelsgesetzbuch: Großkommentar. (Kürzel: HGB-Staub/Yazar Adı, Yıl, Madde Numarası)

Hirth, René-Alexander: Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr, 1991.

HK BGB: Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 11. Aufl., 2021. (Kürzel: HK BGB – Yazar Adı, Madde Numarası)

Hochstrasser, Michael: Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, 2006.

Hohloch, Gerhard: Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadenersatzrecht, 1976.

Honsell, Heinrich / **Isenring**, Bernhard A. / **Kessler**, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2013.

- Honsell**, Heinrich: Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag (ed Ingeborg Schwenzer ve Günter Hager), 2003, 743-774. (Kısaltma: FS Schlechtriem)
- Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10. Bası, 2017. (Kısaltma: Özel)
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, 3. Bası, 2019.
- Hübner**, Leonhard / **Sagan**, Adam: Die Abgrenzung von Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, JA, 2013, 741-747.
- Immenhauser**, Martin: Das Dogma von Vertrag und Delikt - Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, 2006.
- İnceoğlu**, Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 2009.
- Jahr**, Günther: Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts, AcP 183, 1983, 725 – 794.
- Jauernig**, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Bası, 2023. (Kısaltma: Jauernig-Yazar Adı, Madde Numarası)
- Jaun**, Manuel: Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen, 2007.
- Jost**, Arthur: Der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR), ZSR, C 72, 1953, 131-142.
- Junker**, Michael: Das „wirtschaftliche Eigentum“ als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, AcP 193, 1993, 348-363. (Kısaltma: AcP 193)
- Junker**, Michael: Der Umfang des einem Zessionar zu leistenden Schadensersatzes wegen Verzuges bei Abtretung vertraglicher Ansprüche, AcP, C 195, S 1, 1-12. (Kısaltma: AcP 195)
- Junker**, Michael: Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht, 1991. (Kısaltma: Vertretung)

- Kaçmaz**, Mine: Tescile Tabi Olmayan Kanunî İpotek Hakları, AÜHFD, C 65, S 4, 2891-2908.
- Kähler**, Lorenz: Unterlassungsansprüche gegen algorithmische Fehlentscheidungen, NJW, 2020, 113-118.
- Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Güven Sorumluluğu, 2008.
- Kanıslı**, Erhan: Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu, İÜHFM, C 78, S 3, 1413-1468.
- Kapancı**, Berk: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Şubat 2015 Tarihli ve 4a_496/2014 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler: Doğrudan Temsil mi, Dolaylı Temsil mi?, GSÜHFD, C 20, S 2, 2021, 1891-1924. (Kısaltma: Temsil)
- Kapancı**, Kadir Berk: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49. f.2.), 2016. (Kısaltma: 49 II)
- Kapancı**, Kadir Berk: Alacağın Devri (TBK m. 183-194) – Şerh, 2022. (Kısaltma: Alacağın Devri)
- Kara**, Doğan: İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı, GSÜHFD, S 1, 2018, 483-530.
- Karabağ Bulut**, Nil: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, 2009.
- Karasu**, Bülent: Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil, 2018.
- Karaşahin**, Yasin Alperen: Turkish Product Liability Law from the Perspective of European Law, Journal of European Tort Law, C 14, S 3, 2023, 272-315.
- Kartal**, Dilşah Buşra: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 2021.
- Katzenstein**, Matthias: Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004.
- Kavasoglu**, Abdurrahman, Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2007.

- Keitel**, Hans-Joachim, Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, 1988.
- Keller**, Max / **Gabi**, Sonja / **Gabi**, Karin: Haftpflichtrecht, 2012.
- Keller**, Max / **Schöbi**, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht – Band IV, 1985.
- Keller**, Roland: Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, 2004.
- Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, 2017.
- Keskin**, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, 2016.
- Keuk**, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, 1972.
- Kırca**, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, C 50, S 1, 91-119.
- Kluckhohn**, Wilhelm: Zwei Fragen des Schadensersatzrechts, AcP, C 111, 1914, 394-438.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, 6. Bası, 2014 (Kısaltma: Borçlar Genel)
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 2. Bası, 1978. (Kısaltma: Miras)
- Kohlhossner**, Helmut: Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, AcP 166, 1966, 277-310.
- Koller**, Alfred: Die Haftung des Gastwirts, recht 2013, 2013, 235-241. (Kısaltma: Gastwirt)
- Koller**, Alfred: Dritthaftung einer Vertragspartei – Vertragliche und ausservertragliche Haftung im Überblick, iç Dritthaftung einer Vertragspartei, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung (ed Alfred Koller), 2005, 1-21. (Kısaltma: Dritthaftung)

- Koller, Alfred:** Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, Aktuelle Juristische Praxis, 1992, 1483-1500. (Kısaltma: Vertragsverletzungen)
- Koller, Alfred:** Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, iç Ohne jegliche Haftung - Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht (ed Anna Böhme ve diğeri), 295-310. (Kısaltma: FS Fischer)
- Koller, Alfred:** Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts – Band 1, 5. Bası, 2023. (Kısaltma: AT)
- Koller, Ingo:** Die Verdoppelung des Prozeßrisikos von CMR Frachtführern, VersR, 1982, 414-418. (Kısaltma: VersR)
- Koller, Ingo:** Transportrecht, 11. Bası, 2023. (Kısaltma: Transportrecht)
- Koller, Thomas:** Die Querbezüge zwischen UN-Kaufrecht und COTIF-Eisenbahngüterbeförderungsrecht (CIM), Aktuelle Juristische Praxis, 2016, 415-430. (Kısaltma: Querbezüge)
- Kollhosser, Helmut:** Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, AcP, C 166, 1966, 277-310.
- Korkmaz, Abdullah Furkan:** Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması, 2021.
- Köhler, Helmut:** Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP, C 190, S 5, 1990, 496-537.
- Köndgen, Johannes:** Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag, iç Karlsruher Forum 1998: Einbeziehung Dritter in den Vertrag (ed Egon Lorenz), 1999, 3-49.
- Kramer, Ernst A. / Schmidlin, Bruno:** Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR (Berner Kommentar), 1986. (Kısaltma: BK-Yazar Adı, Allgemeine Einleitung)
- Krauskopf, Patrick:** Der Vertrag zugunsten Dritter, 2000.

Krückmann, Paul: Ermächtigung, AcP 134, 1934, 26-92. (Kısaltma: AcP)

Krückmann, Paul: Schadensliquidation aus fremden Interesse, Jherings Jahrbücher über die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, C 56, 1910, 245-328. (Kısaltma: Schandesliquidation)

Kulaklı, Emrah, Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı, 2021. (Kısaltma: İmkansızlık)

Kulaklı, Emrah: Taşınmaz Satışında Hasarın Geçışı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S 29, 2017, 113-134. (Kısaltma: Hasar)

Kunze, Waldemar: Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten, 1909.

Kurt, Müjde L.: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), 2016.

Kurtulan, Gökçe: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, C 23, S 1, 2017, 465-504.

Landes, William M. / **Posner**, Richard A.: The Economic Structure of Tort Law, 1987.

Lange, Hermann / **Schiemann**, Gottfried: Hanbuch des Schuldrechts – Schadenersatz, 3. Bası, 2003.

Lange, Wolfgang-Dieter: Zur Abgrenzung des Vertrags zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation, 1956.

Langenbucher, Katja / **Adolff**, Johannes: Zur Zulässigkeit der Direktliquidation in Dreipersonenverhältnissen, iç Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag (ed Andreas Heldrich et al), 2007, 679-697.

Lardelli, Flavio: Die Einreden des Schuldners bei der Zession, 2008.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts – Band I (Allgemeiner Teil), 14. Bası, 1987.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts (Erster Band – Allgemeiner Teil), 13. Bası, 1982. (Kısaltma: 13. Bası)

- Larenz, Karl / Canaris,** Lehrbuch des Schuldrechts – Band II (Besonderer Teil, 2. Halbband), 1994.
- Lee, Seongbum:** Rechtsetische Auslegung im Schadensrecht – Eine Betrachtung zur Drittschadensliquidation, 2020.
- Loher, Peter:** Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt im schweizerischen Recht, 2018.
- Lorenz, Werner:** Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, iç Festschrift zum 75. Geburtstag von Hermann Nottarp (ed Paul Mikat), 1961, 59-89.
- Loser-Krogh, Peter:** Schutzwirkung zugunsten Dritter, iç Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst A. Kramer (ed Heinrich Honsell ve diğerleri), 2004, 579-605. (Kısaltma: FS Kramer)
- Loser, Peter:** Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, 2006.
- Luterbacher, Thierry:** Die Schadenminderungspflicht - Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, 2005.
- Luther, Christoph:** Kompensationsschadenersatz statt Drittschadensliquidation, AcP, C 213, S 4, 2013, 572-603.
- Marti-Schreier, Leonora:** Vertragliche Drittschadensliquidation - Geltungsbereich und Durchführung, 2015.
- Marti, Hans:** Der Versorgerschaden, 1942.
- Martinek, Michael:** Moderne Vertragstypen – Band I (Leasing und Factoring), 1991.
- Medicus, Dieter / Lorenz: Stefan:** Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 22. Bası, 2021. (Kısaltma: AT I)
- Medicus, Dieter / Petersen, Jens:** Bürgerliches Recht, 29. Bası, 2023.

- Medicus**, Dieter: Die “Identität des Schadens” als Argument für den Ersatz von Drittschäden, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag (ed Ingeborg Schwenzer, Günter Hager), 2003, 613-628.
- Mertens**, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967.
- Metzger**, Axel: Vorteilsausgleichung in Leistungsketten – Verlagerung oder Wegfall des Schadens?, JZ, C. 63, S. 10, 2008, 498-505.
- Moser**, Martin: Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten – Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, 1998.
- Mömken**, Torsten: Der Finanzierungs-leasingvertrag über bewegliche Sachen im kaufmännischen Verkehr, 1989.
- Mugdan**, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
- MüKo**: Münchener Kommentar zum BGB. (Kısaltma: MüKo – Yazar Adı, Yıl, BGB (Madde Numarası))
- Müller**, Klaus: Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, AcP, C 165, 1965, 286-331.
- Müller-Chen**, Markus: Brennpunkte der Revision des Haftpflichtrechts, Anwaltsrevue, C 4, S 11/12, 2001, 10-15. (Kısaltma: Revision)
- Müller-Chen**, Markus: Haftpflichtrecht in der Krise?, Basler Juristische Mitteilungen, C 6, 2002, 289-309. (Kısaltma: Krise)
- Müller-Laube**, Hans-Martin: Die Konkurrenz zwischen Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem um die Drittschutzansprüche, JuS 1993, 530-536.

- Neuner, Jörg:** Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ, C 54, S 3, 1999, 126-136. (Kısaltma: JZ)
- Neuner, Jörg:** Die Entwicklung der Haftung für Drittschaden, iç Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (ed Ulrich Falk ve Heinz Mohnhaupt), 2000. (Kısaltma: Entwicklung)
- Neuner, Robert:** Interesse und Vermögensschaden, AcP, C 133, S 3, 1931, 277-314. (Kısaltma: AcP)
- Nissen, Timm:** Die Drittschadensliquidation in der Insolvenz des Gläubigers, KTS, C 71, S 3, 2010, 291-305.
- Nomer, Haluk:** Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, 2002. (Kısaltma: Beklenen Hak)
- Nomer, Haluk N:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, 1996. (Kısaltma: Maddi Tazminat)
- Nomer, Halûk N.:** Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 17. Bası, 2020. (Kısaltma: Borçlar Genel)
- Nomer, Halûk Nami / Engin, Baki İlkay:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi – Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 6. Bası, 2022.
- Nomer, Halûk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, 8. Bası, 2020.
- Oberscheidt, Arnold:** Die Schadensforderung aus dem Interesse eines Dritten - unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse im Konkurse des klageberechtigten Vertragsgläubigers, 1928.
- Oetker, Hartmut:** Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation, JuS 2001, 833-841.
- OFK OR:** Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Bası, 2023. (Kısaltma: OFK OR – Yazar Adı, Madde Numarası)

OFK ZGB: Orell Füssli Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Bası, 2021. (Kısaltma: OFK ZGB – Yazar Adı, Madde Numarası)

Oğuzman, M. Kemal / **Barlas,** Nami: Medeni Hukuka Giriş, 20. Bası, 2014.

Oğuzman, M. Kemal / **Öz,** M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler: Cilt I, 21. Bası, 2023. (Kısaltma: C I)

Oğuzman, M. Kemal / **Öz,** M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler: Cilt II, 18. Bası, 2023. (Kısaltma: C II)

Oğuzman, M. Kemal / **Seliçi,** Özer / **Oktay-Özdemir** / Saibe: Eşya Hukuku, 23 Bası, 2021.

Oğuzman, M. Kemal: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, 1978. (Kısaltma: Miras)

Ok, Orcan: Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Zararın Hesaplanması: Hukuki ve Ekonomik Bir Yaklaşım, iç Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri – 2022 (ed Kerem Cem Sanlı, Dilan Alma ve Deniz Tanlı), 419-453, 2022.

Oruç, Murat: Satış Sözleşmesinde Riskin Geçışı, Doktora Tezi, 2015.

Oyal, Ahmet Batuhan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taşıma İşleri Komisyonculuğu, Doktora Tezi, 2022.

Öğüz, M. Tufan: Zarar Görenin Kusuru (Birlikte Kusur-Müterafık Kusur), iç Sorumluluk Hukuku Sempozyumu II (27-28 Nisan 2023, Antalya) (ed M. Tufan Öğüz ve Kerem Öz), 2023, 281-301.

Önay, Işık / **Ok,** Orcan: Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Ceza Hukukunun Genel İlkelerinin Özel Hukuk Cezalarına Uygulanabilirliği, MÜHFHAD, C 29, S 2, 1320-1389.

Önay, Işık: Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları, 2022. (Kısaltma: Kaim Değer)

Öz, M. Turgut: Sebepsiz Zenginleşme, 1990.

Özdemir, Hayrünnisa: Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, 361-381.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Bası, 2021. (Kısaltma: Palandt – Yazar Adı, Madde Numarası)

Papadimitropoulos, Antonios V.: Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Ein Erklärungsmodell für die Entstehung von Schutzpflichten gegenüber Dritten, 2007.

Papanikolau, Panajotis Al.: Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, 1976.

Parisi, Francesco: Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine, iç Pure Economic Loss in Europe (ed Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer), 2003, 75-93.

Pekcanitez, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Sungurtekin Özkan**, Meral / **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası 2019.

Pekcanitez, Hakan / **Özekes**, Muhammet / **Akkan**, Mine / **Taş Korkmaz**, Hülya: Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 15 Bası, 2017. (Kısaltma Pekcanitez – Yazar Adı, C I)

Perren, Ruben: Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation, ZBJV, C 140, 2004, 58-81.

Pestalozzi, Peter: Die Stellung des Lizenznehmers bei Patentverletzung, 1975.

Peters, Frank: Die Schadensberechnung bei der Verletzung zedierter Forderungen, JZ, C 32, N 4, 1977, 119-122. (Kısaltma: Schadensberechnung)

Peters, Frank: Zum Problem Der Drittschadensliquidation, AcP, C 180, S 4, 1980, 329–72. (Kısaltma: Drittschadensliquidation)

Petersen, Jens: Die Drittwirkung von Schutzpflichten, Juristische Ausbildung, S 9, 2013, 893 – 897. (Kısaltma: Drittwirkung)

- Petersen, Jens:** Drittschaden und Drittschadensliquidation, Juristische Ausbildung, C. 42, S.1, 2020, 17–21. (Kısaltma: Drittschadensliquidation)
- Pfister, Bernhard:** Nochmals: Der günstige Weiterverkauf - OLG Hamm, NJW 1974, 2091, JuS 1976, 373-374.
- Picker, Eduard:** Vertragliche und deliktische Schadenshaftung — Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, JZ, C 42, N 22, 1987, 1041-1058.
- Piotet, Paul:** Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, iç Abhandlungen zum schweizerischen Recht (ed Hanz Hausheer), S 555, 1994. (Kısaltma: Drittschadensliquidation)
- Piotet, Paul:** Le Tribunal Fédéral et la "liquidation du dommage d'un tiers", Journal des Tribunaux, 1994, 194-196. (Kısaltma: JdT)
- Piotet, Paul:** Une théorie juridique allemande en Suisse: La responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers, iç Les étrangers en Suisse, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, à Lausanne, du 1er au 3 octobre 1982, 1982, 337-366. (Kısaltma: théorie)
- Piper, Henning:** Eigene ausgewählte Probleme des Schadensersatzrechts der CMR, VersR, 1988, 201-209.
- Portmann, Rüedi:** Der Besitzerschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, 1997.
- Puhle, Winfried:** Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, 1982.
- PWW:** Prütting, Hans / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd – BGB Kommentar. (Kısaltma: PWW-Yazar Adı, Yıl, Madde Numarası)
- Reichard, Ingo:** Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht, 1993.

Reinhardt, Rudolf: Der Ersatz des Drittschadens, 1933.

Renz, Friedemann: Leistungsstörungen beim Finanzierungsleasing in rechtsvergleichender Sicht, 1998.

Rey, Heinz: Ausserververtragliches Haftpflichtrecht, 4. Bası, 2008.

Roberto, Vito: Schadensrecht, 1997. (Kısaltma: Schadensrecht)

Roberto, Vito: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002. (Kısaltma: Haftpflichtrecht)

Rodig, Hans-Georg: Die Schadensliquidation im Drittinteresse unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts, 1930.

Sanlı, Kerem Cem: Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, iç Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 2003.

Saraçoğlu, Simge: Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m.69), 2019.

Schäfer, Hans-Bernd / **Ott**, Claus: The Economic Analysis of Civil Law, 2. Bası, 2022.

Schäfer, Hans-Bernd: Law and Economics of Pure Economic Loss in Tort, iç Perspectives on Inclusive Policies for Development in India (ed Saiyed Raza Hashim, Rahul Mukherji ve Brajaraja Mishra), 2022, 74-76.

Schauseil, Thomas, Die Aktivlegitimation in Verkehrsunfallprozessen, Monatschrift für Deutsches Recht, 2012, 446-448.

Schlechtriem, Peter / **Schmidt - Kessel**, Martin: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 6. Bası, 2005.

Schmid, Jörg / **Bettina**, Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Bası, 2012.

Schnyder, Anton K. / **Portmann**, Wolfgang / **Müller-Chen**, Markus: Ausserververtragliches Haftpflichtrecht, 2. Bası, 2013.

Schön, Wolfgang: Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP, C 198, 1998, 401-456.

Schwarze, Roland: Das Recht des Leistungsstörungen, 3. Bası, 2021.

Schwenzer, Ingeborg / **Fountoulakis**, Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 8. Bası, 2020.

Schwenzer, Ingeborg: Zession und Sekundäre Gläubigerrechte, AcP, C 182, S 3, 1982, 214-253.

Seetzen, Uwe: Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag – Zugleich ein Beitrag zum Schuldnerschutz, AcP, C 169, S 4, 1969, 352-371.

Selb, Walter: Kritik Formaler Drittschadensthesen, NJW, 1964, 1765-1771.

Seongho, Kim: Die Entwicklung des Anwartschaftsrechts beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, 2017.

Serozan, Rona / **Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Bası, 2022.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku – Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), 8. Bası, 2022. (Kısaltma: İfa)

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku – Özel Bölüm, 4. Bası, 2019. (Kısaltma: Borçlar Özel)

Serozan, Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 9. Bası, 2022. (Kısaltma: Medeni)

Serozan, Rona: Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 1, S 2, 1968, 176-200. (Kısaltma: Mülkiyeti Saklı Tutma)

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, 2007. (Kısaltma: Dönme).

Serozan, Rona: “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç

İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 2, S 3, 1968, 108-129. (Kısaltma: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi)

Seuffert, Johann Adam: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, C 11, 1857.

Shavell, Steven: Economic Analysis of Accident Law, 1987.

Siber, Planck's Kommentar zum BGB, § 249 BGB, 4. Bası, 1914.

Siegrist, Samuel: Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, 1997.

Sirmen, A. Lale: Alacak Rehni, 1990. (Kısaltma: Alacak Rehni)

Sirmen, A. Lale: Eşya Hukuku, 9. Bası, 2021. (Eşya Hukuku)

Sirmen, A. Lale: Ürün Sorumluluğu, iç Sorumluluk Hukuku Sempozyumu (23-24 Haziran 2022, Antalya) (ed M. Tufan Öğüz ve Kerem Öz), 2022, 63-92. (Kısaltma: Ürün Sorumluluğu)

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3/2, Schuldrecht 1/2 - §§ 243-304, 13. Bası, 2014. (Kısaltma: Soergel – Yazar Adı, 13. Bası, Madde Numarası)

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I - §§ 241-432, 12. Bası, 1990. (Kısaltma: Soergel – Yazar Adı, 12. Bası, Madde Numarası)

Spiro, Karl: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, 1984.

Sutschet, Holger: Der Schutzanspruch zugunsten Dritter – Unter Berücksichtigung der Pflichtenlehre des Kommissionsentwurfs, 1999.

- Stahl**, Michael: Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Schulverhältnissen mit Schutzwirkung für Dritte, 1989.
- Stamm**, Jürgen: Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB, AcP, C 203, S 3, 366-398. (AcP 203)
- Stamm**, Jürgen: Regreßfiguren im Zivilrecht - Eine Rückbesinnung auf die Gesamtschuld unter Neubewertung des Zessionsregresses gemäß § 255 BGB und der Drittschadensliquidation, 2000. (Kısaltma: Regreßfiguren)
- Stauder**, Bernd: Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen, iç Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising (2. Bası, ed Ernst A. Kramer), 1992, 71-116.
- Staudinger**: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Kısaltma: Staudinger-Yazar Adı, Yıl, Madde Numarası)
- Steding**, Ulrich: Die Drittschadensliquidation, JuS 1983, 29-32.
- Stoll**, Hans: Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 1973.
- SVIT**: Das schweizerische Mietrecht – Kommentar, 4. Bası, 2018. (Kısaltma: SVIT-Yazar Adı, Madde Numarası).
- Şahin**, Murat: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, 2018.
- Tägert**, Hans: Die Geltendmachung des Drittschadens, 1938.
- Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C I/1, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, 2008. (Kısaltma: Borçlar Özel C I/1)

- Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C II, 4. Tıpkıbasıdan 5. Tıpkıbası, 2010. (Kısaltma: Borçlar Özel C II)
- Tandoğan**, Halûk: La réparation du dommage causé a un tiers, iç Mélanges Roger Secrétan, 1963, 305-323. (Kısaltma: dommage)
- Tandoğan**, Halûk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1963. (Kısaltma: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini)
- Tandoğan**, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku – Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet, 1961. (Kısaltma: Mes'uliyet)
- Taşkın**, Zeynep Damla: Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi, MÜHFHAD, C 26, S 2, 2020, 1305-1348. (Ceza Koşulu)
- Taşkın**, Zeynep Damla: Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni, 2023. (Alacak Rehni)
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altıp**, Atillâ: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 7. Bası, 1993.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, 1963.
- Tercier**, Pierre / **Pichonnaz**, Pascal / **Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, 2016.
- Thorens**, Justin: Le dommage causé a un tiers, 1962.
- Thume**: Kommentar CMR, 3. Bası, 2013. (Kısaltma: Thume-Yazar Adı, Madde Numarası)
- Topuz**, Murat: Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 3. Bası, 2023.
- Traugott**, Rainer: Das Verhältnis von Drittschadensliquidation und vertraglichem Drittschutz, 1997.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku – Genel Hükümler: Cilt I, 6. Bası, 1976.

Tuor, Peter / Schnyder, Berhnhard / Schmid, Jörg / Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Bası, 2009.

Tüzüner, Özlem: Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C 25, S 101, 167-196.

Urban, Werner: “Vertrag” mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, 1989.

Von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 1964. (Kısaltma: AT)

Von Caemmerer, Ernst: Das Problem des Drittschadenersatzes, ZBJV, 1964, 341-382.

Von Graffenried, Caroline: Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen - Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, 2019.

Von Olshausen, Eberhard: Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1989.

Von Schroeter, Hans-Ulrich: Die Drittschadensliquidation in europäischen Privatrechten und im deutschen Kollisionsrecht, 1995.

Von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, C II, 3. Bası, 1974.

Von Tuhr, Andreas / Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, C I, 3. Bası, 1979.

Von Tuhr, Andreas: Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, C 25, 1898, 529-584. (Interesse)

- Vuraloğlu**, Mehmet Oğuz: Borçlar Hukukunda Zararın Varlığı Şartından Bağımsız Ödeme Yaptırımları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017.
- Walter**, Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV, C 132, 1996, 273-295.
(Kısaltma: Vertrauenshaftung)
- Walter**, Hans Peter: Recht und Rechtfertigung – Zur Problematik einseitigen Privatrechts, iç Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag (ed Pierre Tercier et al), 2004, 301-312.
(Kısaltma: Rechtfertigung)
- Walter**, Hans Peter: Von der positiven Vertragsverletzung zur materiellen Forderungsverletzung – Eine Skizze zu Art. 97 Abs. 1 OR, iç Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag (ed Wolfgang Wiegand et al), 2009, 761-780. (Kısaltma: Forderungsverletzung)
- Weber**, Franz: Die Besitzeschutzklagen, insbesondere ihre Abgrenzung von den petitorischen Klagen, 1975. (Kısaltma: Besitzeschutzklagen)
- Weber**, Rolf H.: Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz, iç Mélanges Paul Piotet (ed Fritz Sturm), 1990, 215-227.
- Weiss**, Alexander: Anmerkung für BGH NJW 2016 1089, NJW 2016, 1091-1092.
- Welser**, Rudolf / **Zöchling-Jud**, Brigitta: Grundriss des bürgerlichen Rechts – Band II, 14. Bası, 2015.
- Werner**, Alfred: Staudingers Kommentar Zum BGB – Vorbemerkungen zu §§ 249-255 BGB, 9. Bası, 1930.
- Werro**, Franz: Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR – Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, ZSR, C 116, 1997, 343-385.

- Wesch**, Susanne: Die Produzentenhaftung im internationalen Rechtsvergleich – Eine rechtsvergleichende Untersuchung ihrer Strukturen in den Ländern Deutschland, England, Frankreich und den Vereinigten Staaten von Amerika, 1994.
- Westermann**, Harm Peter / **Bydlinski**, Peter / **Weber**, Ralph: BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Bası, 2007.
- Widmer**, Beat: Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten, 1985.
- Wiegand**, Wolfgang: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005 Veröffentlicht in den Bänden 130 und 131 Obligationenrecht, ZBJV, C 144, S 7-8, 2008, 613-642.
- Wieling**, Hans-Josef: Sachenrecht, 5. Bası, 2007.
- Wilburg**, Walter: Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jherings Jahrbücher über die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, C 46, 1932, 51-148.
- Winterfeld**, Rosemarie: Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – Versuch einer Abgrenzung, 1983.
- Wolf**, Elias: Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten: Ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte, ZSR, C. 46, S. 4, 1927, 283-327.
- Yağcı**, Mine: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116), 2018.
- Yağcıoğlu**, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu, Doktora Tezi, 2019.
- Yavaş**, Aksoy: Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), 2016.
- Yavuz**, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 10. Bası, 2014.

- Yavuz**, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora Tezi, 1983. (Kısaltma: Dolaylı Temsil)
- Yung**, Walter: La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, iç Études et articles (ed Walter Yung), 1971, 303-321.
- Yünlü**, Semih: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, 2019.
- Zeller**, Ernst: Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot – Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, 1981.
- Zevkliler**, Aydın / **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, 2015.
- ZK**: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch/Obligationenrecht (Kısaltma: ZK-Yazar Adı, Yıl, Madde Numarası)
- Zugehör**, Horst: Berufliche „Dritthaftung“ - insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare - in der deutschen Rechtsprechung, NJW, 2000, 1601- 1609.
- Zulliger**, Felix: Eingriffe Dritter in Forderungsrecht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven Recht, 1988.