

Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre  
ve Alman Hukuku Bakımından

# ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİ

**Dr. HALÜK TANDOĞAN**  
ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ  
MEDENİ HUKUK PROFESÖRÜ

*AJANS - TÜRK  
MATBAASI  
ANKARA, 1963*

*MELEK ANNEME*



## Ö N S Ö Z

Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, hukukumuzda şimdiye kadar etraflı bir incelemeye mevzu teşkil etmemiştir. Bu hususta, yalnız Andreas von Tuhr'un «Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts» adlı eserini adapte edenlerin veya Fransızca tercümesinden dilimize çevirenlerin kitaplarında, büyük hukukçunun fikirleri birkaç sayfada nakledilmektedir.

Üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuu üzerinde İsviçre'de de kâfi derecede durulmamıştır. Umumî eserlerde ve bazı monografilerdeki kısa izahlar ve Elias Wolf ile H. P. Friedrich'in makaleleri dışında ilk defa Justin Thorens 1962 de Cenevre Hukuk Fakültesinde müdafaa ettiği «Le dommage causé à un tiers» adlı doktora teziyle bu sahadaki boşluğu doldurmağa gayret etmiştir. Ancak bu sonuncu müellif de Alman hukukçusu Rudolf Reinhardt'ın fikirlerini İsviçre hukukuna aktarmaktan pek ileriye gidememiştir.

Gerek memleketimizde, gerek İsviçre'de alâkalı olduğumuz mevzuda mahkeme içtihadları da henüz tebellür etmemiş bulunmaktadır.

Buna mukabil, Alman hukukunda, üçüncü şahsın zararının tazmini ile ilgili yayınların sayısı, kitabımın bibliyografyasından da anlaşılacağı üzere pek kabarıktır. Keza Almanya'da bu mevzuda zengin ve devamlı gelişme halinde olan mahkeme içtihadları da mevcuttur. Alman hukukunda kendini gösteren problemlerin çoğu Türk - İsviçre hukuku bakımından da ortaya çıkmaktadır. Kitabımda bu problemleri aydınlatmağa ve mukayeseli hukuktan da faydalanarak Türk - İsviçre hukuku yönünden bunların hal çarelerini araştırmağa çalışmaktayım. İncelemelerimde, aynı zamanda mefhumlardan mantikî neticeler çıkartmak suretiyle problemleri çözüme çalışma metodunun (Begriffsjurisprudenz) nasıl kısır ve hakkaniyete aykırı neticelere sevkettiğini göstermeğe ve bu neticeler

*yerine menfaatler durumunun adalete uygun olarak takdirine dayanan hal suretlerini koymağa yönelmiş bulunuyorum.*

*Çalışmalarında büyük kolaylıklar gösteren Hamburg Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Hans Möller'e, Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Müdürü Prof. Dr. Hans Dölle'ye ve mezkûr Enstitünün Kütüphane Müdürü Dr. Des Coudres ve yardımcılara burada teşekkürü bir borç bilirim.*

**H. TANDOĞAN**

## İÇİNDEKİLER

<b>s 1 — TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNMAĞA SALÂHİYETLİ ŞAHİSLERİN TAHDİDİ</b> .....	1
<b>I — Akit dışı mes'uliyette tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların tahdidî</b> .....	1
1. Dolayısıyla zarar gören şahıs mefhumu .....	1
2. Aynı fiil neticesinde birden ziyade şahsın doğrudan doğruya zarar görmesi .....	6
3. Dolayısıyla zarar gören şahıs mefhumunun dolayısıyla zarar mefhumuyla münasebeti .....	9
4. Hukuka aykırılık rabıtası mefhumu .....	11
5. Tazminat talebine salâhiyetli şahısların sahasını tahdit etmenin mucip sebebi .....	17
6. Fransız hukukunda tazminat talebinde bulunabilecek şahısların tahdidî için başvuru bazı kıstaslar .....	18
<b>II — Akdi mes'uliyette tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların tahdidî</b> .....	29
1. Akitlerin (borç münasebetinin) nisbîliği prensibi ...	20
2. Borç münasebetinin nisbîliği prensibinin hukuka aykırılık rabıtası mefhumuyla münasebeti .....	23
3. Üçüncü şahıs mefhumu .....	23
<b>s 2 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİ İLE ALAKALI MESELELERİN UMUMİ OLARAK VAZ'I</b> .....	30
<b>I — Akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi</b> .....	30
<b>II — Akdi mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi</b> .....	32
<b>III — Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin geniş ve dar mânaları</b> .....	33
<b>IV — Zarar ve tazminatın muhteva ve şümulünün tâyininde alacaklının veya üçüncü şahsın menfaatinin nazara alınması</b> .....	34

V — Üçüncü şahsın zararının tazminini kimin, ne suretle talep edebileceği ile alakalı meseleler .....	36
VI — Üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutlarına müteallik meseleler .....	37
VII — Meselelerin hallinde tâkip edilecek usul ve sıra .....	38

## K I S I M I

### ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİ İÇİN MEVCUT KANUN HÜKÜMLERİNE İSTİNAD ETME İMKANLARI

s 3 — UMUMİ MAHİYETTEKİ ESASLARA VE HÜKÜMLERE İSTİNAD ETME İMKANLARI .....	41
I — Alacaklının üçüncü şahsa karşı mes'ul olduğu haller (Haftungsinteresse) .....	41
1. Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat ve buna dair misaller .....	41
2. Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatin nevi-leri .....	45
3. Tazminatın tarzı .....	46
II — Akde aykırı hareket eden borçlunun bu yüzden zarar gören üçüncü şahsa karşı akit dışı mes'uliyetinin bahis mevzuu olduğu haller .....	47
1. Umumiyetle .....	47
2. Başkalarını tehlikeye mâruz bırakacak bir faaliyette bulunan veya piyasaya üçüncü şahıslar için tehlikeli ayıpları havi mallar çıkaran kimsenin mes'uliyeti ...	49
III — Alacak haklarının ihlâlini de bir haksız fiil telâkki etmek hususundaki imkânlar .....	51
1. Alacak haklarının ihlâlini BK. md. 41 f. I (BGB s 823 f. I) anlamında bir haksız fiil saymak fikri .....	51
2. BK. md. 41 f. II (BGB s 826) ye istinad etmek imkânı ...	52
3. Zilyedliğin himayesine ve iadesine dair hükümler ...	53
IV — Üçüncü şahsın zararının tazmini için bir rücu alacağına sahip olması veya kanunî halefiyetten faydalanması .....	54
1. Umumiyetle BK. md. 51 e müstenid rücu hakkı .....	54
2. İşçisinin cismanî tamamiyeti ihlâl edilen işverenin rücu hakkı .....	55
3. Sigortacının mes'ul olan şahsa rücuu veya mutazarrı-ra kanunî halefiyeti .....	57

V — Üçüncü şahsın zararının telâfisi için aynı ikameden faydalanması imkânı .....	63
1. Alman hukukunda .....	63
2. Türk - İsviçre hukukunda .....	66
VI — Üçüncü şahıs lehine şart .....	67
1. Nakıs üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahsın zararının tazmini .....	67
2. Tam üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahsın zararının tazmini .....	69
3. Üçüncü şahıs lehine şartın tatbik sahasının teşmili imkânı .....	70
VII — Vekâletsiz iş görme .....	72
1. Umumiyetle vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad etmek imkânının ne nisbette bulunduğu .....	72
2. Vekâletsiz iş görenin işi kendi menfaatine yapması halinde iş sahibinin kârı temellük talebi .....	73
s 4 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİN KANUNDA BİLHASSA ÖNGÖRÜLDÜĞÜ HÜKÜMLER .....	75
I — Yardımcıdan mahrum kalanın zararının tazmini ile alakalı kanunî hükümler .....	75
1. Yardımcıdan mahrum kalanların akit dışı mes'uliyete müstenid tazminat talepleri .....	75
2. Yardımcıdan mahrum kalanların akdî mes'uliyete dayanan tazminat talepleri .....	78
3. BK. md. 45 f. II de kabul edilen esasın teşmili imkânı .....	82
4. Bir kimsenin hizmetinden mahrum kalma dolayısıyla tazminat talebi (BGB s 845) .....	83
II — Vekilin vekilinin akde muhalefeti yüzünden müvekkilin ona karşı doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunmak imkânı (BK. md. 391 f. III) .....	85
1. Vekâlet akdinde vekilin yerine başkasını ikame etmesi mefhumu ve neveleri .....	85
2. BK. md. 391 .....	89
3. BK. md. 391 f. III de müvekkile tanınan hakkın mahiyeti ve bu hükmün teşmili imkânı .....	94
III — Anonim şirket kurucularının, idare meclisi azalarının, müdürlerinin, murakıplarının ve tasfiye memurlarının pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına ika ettikleri zararın tazmini .....	98



	1. Umumiyetle .....	98
	2. Kurucuların mes'uliyeti .....	100
	3. İdare meclisi azalarının mes'uliyeti .....	109
	4. Müdürlerin, murakıpların ve tasfiye memurlarının mes'uliyeti .....	115
§ 5 —	ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİ ÖNGÖRÜP GÖRMEDİKLERİ MÜNAKAŞALI OLAN BAZI HUSUSİ HÜKÜMLER .....	119
	I — Kiralayanın kiracının kiracısından akde muhalefeti dolayısıyla tazminat talep etme imkânı (BK. md. 259 f. III) .....	119
	1. Alt kirada .....	119
	2. Kiranın devrinde .....	124
	II — Vekilin müvekkil hesabına kendi namına akdettiği mukavelelerden doğan alacaklarda, müvekkilin vekile kanuni halefiyeti (BK. md. 393 f. I - II) .....	125
§ 6 —	ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ MEVCUT KANUN HÜKÜMLERİNE MÜSTENİDEN TAZMİNİ İMKÂNININ ŞÜPHELİ OLDUĞU HALLER .....	128
	I — Vasıtalı temsil suretiyle yapılan mukavelelerde, temsil olunanın kendi hesabına aktedilen akitten doğan borcun ifa edilmemesi dolayısıyla zarara uğraması .....	129
	1. Meselenin vaz'ı ve misaller .....	129
	2. Vasıtalı temsilin bahis mevzuu olduğu akitler ve hesabına akit yapılanın doğrudan doğruya karşı âkide dâva açabileceği istisnai haller .....	133
	3. İngiliz - Amerikan ve Fransız hukukunda vasıtalı temsil suretiyle aktedilen mukavelenin ihlâli halinde müvekkilin zararının tazmini .....	136
	II — Hasarın üçüncü şahsa intikal ettiği haller .....	141
	1. Türk - İsviçre ve Alman hukukunda meselenin vaz'ı ve misaller .....	141
	2. Diğer hukuk sistemlerindeki durum .....	145
	III — Üçüncü şahsa ait şeye taallük eden akitlerde karşı âkidin sadece akde aykırı hareketiyle şeye zarar ıka ettiği haller .....	146
	1. Başkasına ait şeyin fer'i zilyedliğinin devredildiği akitlerde karşı âkidin şeye zarar ıka etmesi .....	146
	2. Zilyedin mes'uliyetine dair esaslara istinad etmek imkânı .....	149
	3. Fransız ve İngiliz hukukundaki durum .....	151

4. Başkasına ait bir şeyin zilyedliği devredilmeksizin o şeyle alakalı olarak yapılan mukaveleye, karşı akitin riayetsizliği dolayısıyla malîkin zarara uğradığı haller	151
<b>IV — Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı haller</b>	<b>154</b>
1. Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğramasının muhtelif tezahür şekilleri ve bunların ortaya çıkarttığı meseleler	154
2. Üçüncü şahıs lehine şart müessesesine başvurmak imkânı	162
3. Üçüncü şahısları koruyucu hükümler husule getiren akitler mefhumu	164
<b>V — Zincirleme akitlerde ilk akitin ihlâli dolayısıyla sonraki akitlerin taraflarından birinin zarara uğraması</b>	<b>169</b>
1. Meselenin vaz'ı ve misaller	169
2. İngiliz ve Fransız hukukundaki durum	173
<b>VI — Sair haller</b>	<b>177</b>
1. Başkasının çalışma kudretinden faydalananların o şahsın cismanî tamamîyetinin ihlâli veya öldürülmesi yüzünden zarara uğramaları	178
2. Başka müesseselere müracaat suretiyle halledilebilecek bazı meseleler	179

## KISIM II

### ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİ TEMİN ZİMNINDA İLERİ SÜRÜLEN NAZARİYELER

<b>§ 7 — ALACAKLININ SADECE KENDİ MENFAATİNİ İLERİ SÜRÜLECEĞİ DOGMASINA DAYANAN NAZARİYELER</b>	<b>183</b>
<b>I — Alacaklının üçüncü şahsın zararının tazmininde mameleki olmayan bir menfaati bulunduğu dair nazariyeler</b>	<b>183</b>
1. Alacaklının mameleki menfaati olmasa dahi aynen tazmin talebinde bulunabilmesinin üçüncü şahsın zararının tazmini bakımından ehemmiyeti	183
2. Aynen tazmine kıyasen, alacaklının mânevî menfaatine müsteniden üçüncü şahsın ifaya olan menfaatinin nakden tazminini isteyebilmesi	187
3. Aynen tazmine kıyas yoluna gidilmeksizin alacaklının mânevî menfaatine istinad imkânı	188

<b>II — Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati geniş tutan nazariyeler</b> .....	<b>189</b>
1. Umumiyetle .....	189
2. Başkası menfaatine akit yapan kimsenin onun lehine tazminat talebi şart etmemiş olmasından dolayı ona karşı mes'ul olacağı nazariyesi .....	190
3. Komisyoncunun, karşı âkidin borcunu yerine getirmemesinden, ondan elde edilebilecek miktar nisbetinde, müvekkiline karşı mes'ul olduğu nazariyesi ...	191
<b>III — Başkasının menfaatine hareket eden kimsenin, ona karşı mes'ul olmasa bile, onun zarar görmemesinde mameleki menfaati bulunduğu fikrine dayanan nazariyeler</b> ...	<b>194</b>
1. Kendisiyle iş münasebetlerinde bulunulan kimseye kolaylık gösterme esasından hareket eden görüş tarzları .....	194
2. Mamelekte eksiklik olmaksızın zarar husule gelebileceği nazariyesi .....	196
3. Üçüncü şahsın menfaatinin onun hesabına akit yapan şahsın kendi menfaati sayılması gerektiği fikri...	199
<b>IV — Alacaklının geçici menfaati nazariyesi</b> .....	<b>200</b>
1. Nazariyenin dayandığı esaslar .....	200
2. Nazariyenin tenkidi .....	202
<b>V — Objektif menfaat nazariyesi</b> .....	<b>205</b>
1. Nazariyenin esasları .....	205
2. Nazariyenin tenkidi .....	203
<b>VI — Alacaklının zararı sonradan üzerine alması nazariyesi</b> ...	<b>210</b>
1. Alacaklının üçüncü şahsın zararını ödemekle bu zararı üzerine alacağı nazariyesi .....	210
2. Nazariyenin tenkidi .....	212
3. Alacaklının üçüncü şahsa bir ödemede bulunmaksızın tazminat alacağını ona devredebileceği nazariyesi ...	215
<b>VII — Alacaklının hakkını üçüncü şahsa temlik etmesiyle alâkalı nazariyeler</b> .....	<b>216</b>
1. Muhtevadan mahrum dâva hakkının temlik nazariyesi .....	216
2. Nazariyenin tenkidi .....	219
3. Muhtevadan mahrum dâva hakkının devrini yalnız akit dışı mes'uliyette kabul eden Titz'e'nin görüşü ...	222
4. Aynen ifaya müteallik talep hakkının temlik nazariyesi .....	224

s 8 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN MENFAATİNİN ALACAKLININ MENFAATİNDEN MÜSTAKİL OLARAK ALACAKLI VEYA DOĞRUDAN DOĞRUYA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEBİLMESİ ESASINA DAYANAN NAZARİYELER .....	225
I — Alacaklının üçüncü şahsın mutemedi (Treuänder) olduğu nazariyesi .....	226
1. Nazariyenin esasları .....	226
2. Nazariyenin tenkidi .....	228
3. Krückmann'ın nazariyesi .....	231
4. Krückmann'ın nazariyesinin tenkidi .....	238
II — İhlâl edilen varlıktan istifade imkânlarının ve ihlâl edilen vazifenin koruyucu gayesinin gözönünde tutulmasına dair nazariyeler .....	242
1. Reinhardt'ın nazariyesi .....	242
2. Reinhardt'ın nazariyesinin tenkidi .....	254
3. İhlâl edilen hukukî varlıktan istifade imkânlarını ve ihlâl edilen hukukî vazifenin koruyucu gayesini gözönünde tutan sair nazariyeler .....	259
a) Akdin normal rizikosu nazariyesi .....	260
b) Hukuka aykırılık esasından hareket eden nazariyeler .....	261
III — Zarar veya hasarın üçüncü şahsa aktarılması nazariyesi .....	263
1. Nazariyenin esasları .....	263
2. Nazariyenin tenkidi .....	271
IV — Akdin tamamlayıcı tefsirine dair nazariye .....	272
1. Nazariyenin esasları .....	272
2. Nazariyenin tenkidi .....	279
3. Hususiyle, üçüncü şahıslar lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesi ve bu nazariyenin teşmili imkânları .....	282
V — Yazılı olmayan hukuka dayanan nazariyeler .....	283
1. Menfaatler durumundan hareket eden nazariyeler .....	284
2. Hüsnüniyet kaidelerine atıfta bulunan nazariyeler .....	293
3. Âdet hukukuna istinad fikri .....	293
4. Kanunda boşluk olduğu fikri .....	295

### KISIM III

#### ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

s 9 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİN HUDUTLARI ...	302
I — Tazmin edilecek zararın muhteva itibarıyla tahdidini .....	302

1. Tazminatı zarar verilen şeyin veya yerine getirilmeyen edanın objektif kıymetiyle tahdit fikri .....	302
2. Tazminatı normal riziko veya zararlar veya bizzat alacaklının uğrayacak olduğu zararlar tahdit fikri .....	304
3. Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması tahdidi .....	305
4. Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olmasına lüzum bulunmadığı fikri .....	308
<b>II — Zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasının tahdidi .....</b>	<b>308</b>
1. Üçüncü şahsın alacaklı ile bir hukuki münasebette bulunması ve bu münasebetin hukuki mahiyeti meselesi .....	308
2. Edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslardan hangileri tazminat isteyebilmelidir? .....	312
3. Zincirleme akıtlarda zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasının tahdidi .....	316
<b>§ 10 — TAZMİNAT TALEBİNİN KİMİN TARAFINDAN, NE SURETLE İLERİ SÜRÜLECEĞİ MESELESİ .....</b>	<b>324</b>
<b>I — Tazminat talebinin yalnız alacaklı tarafından ileri sürülebileceği fikri .....</b>	<b>324</b>
1. Tazminat talebinin yalnız alacaklı tarafından ileri sürülebileceği fikrinin dayandığı esaslar .....	324
2. Tazminatın alacaklı tarafından yalnız üçüncü şahsa ödenmek kaydıyla istenebilmesi .....	326
3. Haksız iktisap dâvası açmak imkânı .....	333
4. Alacaklının iflâsı halinde üçüncü şahsın himayesi ...	333
5. Alacaklının tazminat alacağını üçüncü şahsa temlik mükellefiyeti; kanunî halefiyet; action oblique .....	338
<b>II — Tazminat talebinin doğrudan doğruya üçüncü şahsa tanınması fikri .....</b>	<b>342</b>
1. Üçüncü şahsın doğrudan doğruya tazminat talebinin umumî olarak tanınması fikri .....	342
2. Üçüncü şahsa, yalnız, edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerde, doğrudan doğruya tazminat talebi bahşedilmesi fikri .....	346
3. Üçüncü şahsa, yalnız, alacaklının tazminat talebini ileri sürmekten ve temlikten imtinal veya iflâsı gibi hallerde, doğrudan doğruya dâva hakkı tanınması fikri .....	347
<b>III — Borçlunun ileri sürebileceği itirazlar .....</b>	<b>349</b>
1. Takas itirazı .....	349

2. Üçüncü şahsın ve alacaklının şahsı ile alakalı bazı itirazlar .....	352
a) Üçüncü şahsın müterafık kusuru .....	352
b) Üçüncü şahsın rızası .....	352
c) İhlâl edilen hak sahibinin, alacaklının müterafık kusuru veya rızası .....	353

N E T İ C E 355 — 368

## BİBLİYOGRAFYA (\*)

- Arsebük, Esat** : Borçlar Hukuku, üçüncü basım, Ankara 1950.
- Arslanlı, Halil** : Anonim Şirketler, II, İstanbul 1959.
- Barth, Hans Rudolf** : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss. Zürich 1958.
- Becker, Hermann** : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. VI : Obligationenrecht, I. Abt. 2. Aufl. Bern 1941; II. Abt. Bern 1934.
- Bilge, Necip** : Yardımcıdan mahrumiyet sebebiyle doğan zararların tazmini, AD. 1944, sh. 679 - 693.
- Biolek** : Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und des Herstellers mangelhafter Waren nach englischem Recht, Diss. Freiburg i.B. 1962.
- Blomeyer, Arwed** : Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1957.
- Brake** : Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und Herstellers einer mangelhaften Sache im nordamerikanischen Recht, Diss. Freiburg i.B. 1958.
- Burkhardt** : Des Schadensersatzanspruch des Forderungsberechtigten bei Beschädigung des Gegenstandes der Leistung durch einem Dritten, Diss. Tübingen 1901.
- Calastreng, Simone** : La relativité des conventions, thèse, Toulouse 1939.

---

(\*) Kendilerine yalnız muayyen bir mesele için müracaat edilen veya mevzuumuzla doğrudan doğruya alâkalı olmayan diğer bazı eserler ve yazılar metindeki notlarda zikredilmişlerdir.

- Cheshire - Fifoot** : The Law of Contract, 3. ed. London 1952.
- Crome, Karl** : Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und nach heutigem Reichsrecht, nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, Freiburg i. B. 1897.
- Crome, Karl** : System des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 : Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.
- Demogue, René** : Traité des obligations en général, t. I - VII, Paris 1923 - 1933.
- Droin, Jacques** : La représentation indirecte en droit suisse, thèse Genève 1956.
- Eblowski, Wilhelm** : Das Problem der Schadensforderung aus fremdem Interesse, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Erlangen 1931.
- Endemann, F.** : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. Berlin 1903.
- Endemann, F.** : Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung für Schadensersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten, Vortrag, gehalten am 12.12.1903 in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, mitgeteilt im 45. Jahresberichte über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, sh. 46 vd.
- Enneccerus - Lehmann** : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II : Recht der Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960.
- Fabry, Josef** : Der Rechtswidrigkeitszusammenhang, Diss. Köln 1955 (Maschinenschrift).
- Fehr, Konrad** : Der Versorgerschaden, Aarau 1942.
- Fehr, Konrad** : Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen Aktienrecht, Recueil de travaux suisses présentés au IV. Congrès international de droit comparé, Genève 1954, sh. 150 vd.
- Ficker, Hans Claudius** : Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und seiner Vormänner bei Sachmängeln in der französischen Rechtsprechung, Frankfurt - Berlin 1962.



- Fischer, Hans Albrecht** : Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903.
- Fischer, Hans Albrecht** : Besprechung von Kunze, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 66, sh. 425 vd.
- Fischer, Otto Christian** : Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB für das deutsche Reich, Jena 1905.
- Flattet, Guy** : Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français, Paris 1950.
- Friedrich, Hans - Peter** : Die Wirkung der Vertragsverletzung auf Dritte, Recueil de travaux suisses présentés au IV. Congrès international de droit comparé, Genève 1954, sh. 73 - 89.
- Fürstenhagen, Harry Otto**: Der selbständige Schadensersatzanspruch des sogenannten mittelbar Geschädigten aus unerlaubter Handlung, dargestellt nach geltendem deutschen bürgerlichen Recht, unter Berücksichtigung des schweizerischen, österreichischen und französischen Rechtes, Diss. Bonn 1932.
- Gautschi, Georg** : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 2. Abt., 4. Teilband : Der Auftrag, Bern 1959.
- Gelpke, Alhard** : Die Verletzung eines vertraglichen Rechts durch einen Nicht - Vertragsbeteiligten, Diss. Zürich 1919.
- Gernhuber, Joachim** : Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe- Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte-, in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, sh. 249 - 274.
- Gerstle, Leo** : Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1917.
- Glasson, Pierre** : La responsabilité civile des administrateurs de la société anonyme envers les créanciers sociaux en droit suisse, thèse Lausanne 1937.
- Goodhart - Hamson** : Undisclosed Principals in Contract, Cambridge Law Journal (1932), 4, sh. 320 vd.

- Grau, Walter** : Zusammenhängende Rechtsverhältnisse, Gedächtnisschrift für Emil Seckel, Berlin 1927, sh. 345 - 429, husu-siyle sh. 351 - 363.
- Gubler, Friedrich T.** : Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust) ? ZSR, NF. 73 (1954), sh. 215 a - 476 a.
- Hamel, Joseph** : La contrat de commission, Etudes de droit commercial (Bailly, Delaume, Derrida, Goré, Jambu - Merlin, Léauté, Pallard, Ponsard, Sautel, Starck ve Vasseur'un iş-tirakiyle), Paris 1949.
- Guhl, Theo** : Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich, 1956.
- Heck, Philipp** : Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Heiseke, Jürgen** : Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, sh. 77 - 78, (mit der Erwiderung von K. Larenz, NJW 1960, sh. 78 - 81).
- Hellwig, Konrad** : Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, Leipzig 1899.
- Jaussi, Nelli** : Die Auftragssubstitution nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1925.
- Josef, Eugen** : Anspruch des Versicherers gegen Tödter und Brandstifter sowie die Begründung der Schadensberechnung aus fremdem Interesse, ACP, Bd. 113 (1915), sh. 101 - 123.
- Kessler, Friedrich** : Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung des englischen und des deutschen Rechts, Berlin - Leipzig 1932.
- Kluckhohn** : Zwei Fragen des Schadensersatzrechts : Der ausservertragliche Schadensersatzanspruch des sog. «mittelbar Geschädigten», ACP, Bd. 111, sh. 394 - 406; Zum Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse, ACP, Bd. 111, sh. 406 - 438.
- Köhler, Otto - Adolf** : Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage ? Mainz 1953.

- Kress, Hugo** : Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bd. I, München 1929.
- Krückmann, Paul** : Schadensliquidation aus fremdem Interesse, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 245 - 328.
- Krückman, Paul** : Ermächtigung, ACP, 139 (1934), sh. 26 - 92, husu-siyle sh. 58 - 74.
- Kunze, Waldemar** : Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten, Berlin 1909.
- Lacour - Bouteron** : Précis de droit commercial, I, Paris 1924.
- Larenz, Karl** : Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 5. Aufl. München und Berlin 1962.
- Lehmann, Heinrich** : Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, in Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Berlin 1958, sh. 177 - 190.
- Lemp, Paul** : Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939.
- Leonhard, Franz** : Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, München - Leipzig 1929.
- Marti, Hans** : Der Versorgerschaden, Aarau 1942.
- Mazeaud - Tunc** : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5 e éd., t. I - III, Paris 1957.
- Meiergerd, Fritz** : Die Schadensliquidation am Drittinteresse, Diss. Erlangen 1934.
- Müller** : Zur Reform der herrschenden Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, DJZ, 1906, Spalte 164 vd.
- Müller - Erzbach, Rudolf** : Reichsgericht und Interessenjurisprudenz. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Festgabe der juristischen Fakultäten zu 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts), Bd. II, Berlin und Leipzig 1929, sh. 161 - 177.

- Müller - Erzbach, Rudolf** : Wohin führt die Interessenjurisprudenz ?  
Tübingen 1932.
- Müller - Erzbach, Rudolf** : Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950.
- Müller, M. L.** : Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, Tübingen 1912.
- Müller - Freiefels** : Die «Anomalie» der verdeckten Stellvertretung (Undisclosed Agency) des englischen Rechts, Rabels Zeitschrift für Ausl. und Intern. Privatrecht, 1952, sh. 578 vd.
- Müller - Freiefels** : The Undisclosed Principal, The Modern Law Review, 16 (1953), London, sh. 299 vd.
- Möhring** : Die Schadensliquidation im Drittinteresse bei Deliktsschaden, Diss. Breslau 1926.
- Nebelsieck, Heinrich** : Die Haftung des Schuldners für den Schaden des beteiligten Dritten, Diss. Leipzig 1913.
- Neuner, Robert** : Interesse und Vermögensschaden, ACP, 13 (133), 1931, sh. 277 - 314.
- Nipperdey, H. C.** : Zur Frage des Ersatzes des Drittschadens, ZADR, 5 (1938), sh. 262 - 264.
- Oberscheidt, A.** : Die Schadensforderung aus dem Interesse eines Dritten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse im Konkurse des Klageberechtigten Vertragsgläubigers, Bonn 1928.
- Oertelt** : Der Schadensersatzanspruch des mittelbar Geschädigten, DJZ, 1913, sh. 800 vd.
- Oertmann, Paul** : Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, Bd. II : Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. Berlin 1928.
- Oftinger, Karl** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2. Aufl. Zürich 1958.
- Oser - Schönenberger** : Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. V : Das Obligationenrecht, I, Teil, 2. Aufl. Zürich 1929; II. Teil, 2. Aufl. Zürich 1936.

- Palandt** : Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 21. Aufl. München und Berlin 1962.
- Pestalozzi, Hans A.** : Die indirekte Stellvertretung, Diss. Zürich 1927.
- Planck - Siber** : Kommentar zum BGB, II, 1, 4. Aufl. Berlin 1914.
- Planiol - Ripert - Esmein** : Traité pratique de droit civil français, t. VI : Obligations, première partie, 2e éd. Paris 1952; t. VII : Obligations, deuxième partie, 2e éd. Paris 1954.
- Planiol - Ripert - Hamel** : Traité pratique de droit civil français, t. X, 2e éd. Paris 1956.
- Popesco, Mircea** : La règle «Res inter alios acta» et ses limites en droit moderne, thèse Paris 1934.
- Rabel, Ernst** : Unmöglichkeit der Leistung, Sonderdruck aus Festschrift für E. J. Bekker zum 16.7.1907, Weimar 1907.
- Rappaport, Achill** : Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904.
- Regelsberger, Ferdinand** : Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch Vertragsbruch ein Dritter erleidet, Jher. Jb., Bd. 41 (1900), sh. 251 vd.
- Reinhardt, Rudolf** : Der Ersatz des Drittschadens, Mannheim - Berlin - Leipzig 1933.
- Reinhardt, Rudolf** : Besprechung von Tägert : Die Geltendmachung des Drittschadens, ZADR, 5 (1938), sh. 716.
- Reymond, Claude** : Le trust et le droit suisse, ZSR, N.F. 73 (1954) sh. 119 a - 214 a.
- Ripert, Georges** : Traité élémentaire de droit commercial, 4e éd., t. II, Paris 1961.
- Rodig, Hans - Georg** : Die Schadensliquidation im Drittinteresse unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Diss. Jena 1930.
- Salmond - Winfield** : Principles of the Law of Contracts, London 1927.
- Savatier, René** : Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I - II, Paris 1951.

- Saymen - Elbir** : Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958.
- Schidwigowski** : Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus fremdem Interesse, Diss. Breslau 1925.
- Schlossmann, Siegmund** : Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, Zweiter Teil, Leipzig 1902.
- Schmidt - Rimpler, Walter** : Das Kommissionsgeschäft, Handbuch des gesamten Handelsrechts von Ehrenberg, Bd. 5, Abt. 1, 1. Hälfte, sh. 477 vd., Leipzig 1928.
- Schott, Gottlob** : Die Schadensliquidation aus dem Interesse eines Dritten, Diss. Göttingen 1931.
- Staudinger - Werner** : Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 27. Lieferung, Berlin 1959.
- Stoll, Heinrich** : Besprechung von R. Reinhardt : Der Ersatz des Drittschadens, JW, 63 (1934), sh. 1161 - 1162.
- Tägert, Hans** : Die Geltendmachung des Drittschadens, Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht, Heft 1, Heid' in Hols 1938.
- Tandoğan, Halûk** : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit dışı ve akdî mes'uliyet), Ankara 1961.
- Thaller - Percerou** : Traité de droit commercial, 8e éd. Paris 1931.
- Thorens, Justin** : Le dommage causé à un tiers, thèse Genève 1962.
- Titze, Heinrich** : Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.
- Tunçomağ, Kenan** : Borçlar hukuku dersleri, II, İstanbul 1962.
- von Bredow, Maria Gräfin** : Verminderung der Schadensersatzpflicht als Folge von Rechtsverhältnissen des Geschädigten zu Dritten, Breslau 1930.
- von Caemmerer, Ernst** : Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg i. B. 1956.
- von Tuhr, Andreas** : Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 529 - 581.

- von Tuhr, Andreas** : Besprechung von Hellwig : Die Verträge auf Leistung an Dritte, Kr VJ Schr. Bd. 43 (1902), sh. 542 vd., hususiyle sh. 582 - 589.
- von Tuhr, Andreas** : Besprechung von H. A. Fischer : Der Schaden nach dem BGB, Bd. 47 (1906), sh. 63 vd.
- von Tuhr - Siegwart** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942.
- Wagner, Heinz** : Vertragswirkungen gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger im französischen Recht - Ein Beitrag zur Lehre von der Relativität der Verträge -, Diss. Mainz 1955 (Maschinenschrift).
- Wahl, Eduard** : Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht, unter Vergleichung mit dem deutschen Recht dargestellt an Hand der Fälle der action directe, Berlin und Leipzig 1935.
- Weill, Alex** : Le principe de la relativité des conventions, thèse Strasbourg 1938.
- Weimar, Wilhelm** : Liquidation des Drittschadens bei unerlaubter Handlung, Juristische Rundschau, 1960 (Heft 10), sh. 374 - 375.
- Weimar, Wilhelm** : Schadenersatzansprüche mittelbar Geschädigter nach deutschem Recht, Österreichische Juristen - Zeitung, 15 (1960), sh. 512 - 515.
- Weimar, Wilhelm** : Der Geschäftsraummietvertrag mit Schutzwirkung für Dritte, NJW 1959, sh. 1860 - 1861.
- Wieder, Hans Arno** : Schadensansprüche Dritter im englischen Recht unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem der Liquidation des Drittschadens-, Diss. Mainz 1959.
- Wienke, Güstav** : Die Schadensliquidation aus fremdem Interesse, Diss. Erlangen 1931.
- Wiggert, Erich** : Die Geltendmachung fremden Schadens, Diss. Marburg 1933.
- Wilburg, Walter** : Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941.

- Wilburg, Walter** : Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jher. Jb. Bd. 82 (1932), sh. 51 - 148, hususiyle sh. 95 - 125.
- Wolf, Elias** : Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten. Ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte, ZSR, N.F. 46 (1927), sh. 282 - 327.
- Yung, Walter** : Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat, Extrait du Recueil de Travaux publié par la Faculté de droit de Genève à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des Juristes à Genève du 4 au 6 octobre 1952, Genève 1952, sh. 215 - 262.
- Zimmermann** : Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Kommissionär, ohne dass dabei des Kommissionsverhältnisses Erwähnung geschah, kontrahiert hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Kommitenten erwachsenden Schadens, Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. I, sh. 48 vd. Hamburg 1858.
- Zirkel, Adam** : Anmerkung zum Urteil des BGH von 25.4.1956, NJW, 1956, sh. 1675 - 1676.
- Zunft, Fritz** : Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht, ACP 153 (1954), sh. 373 - 391.



## KISALTMALAR CETVELİ

<b>Abt.</b>	Abteilung.
<b>ACP</b>	Archiv für die civilistische Praxis.
<b>AD</b>	Adalet Dergisi.
<b>AHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
<b>Aufl.</b>	Auflage.
<b>b.</b>	Bent.
<b>Bd.</b>	Band.
<b>BGB</b>	Alman Medenî Kanunu.
<b>BGE</b>	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi İçtihadları Resmî Külliyyatı).
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof (Batı Almanya Federal Mahkemesi).
<b>BGHZ</b>	Bundesgerichtshofszeitung.
<b>BK.</b>	Borçlar Kanunu.
<b>Bk.</b>	Bakınız.
<b>BlZR</b>	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
<b>CK.</b>	Ceza Kanunu
<b>D.</b>	Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz.
<b>DH.</b>	Dalloz Hebdomadaire.
<b>Diss.</b>	Dissertation.
<b>DJZ</b>	Deutsche Juristen - Zeitung.
<b>Emsal</b>	Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları (Öztürk - Eruluç - Akcollu, Ankara 1959).

<b>f.</b>	Fıkra
<b>FJS</b>	Fiches juridiques suisses.
<b>Gaz. Pal.</b>	Gazette du Palais.
<b>Grünhuts Z.</b>	Zeitschrift für das Privat - und Öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut.
<b>HD.</b>	Hukuk Dairesi.
<b>HGB</b>	Alman Ticaret Kanunu.
<b>İçt. Kül.</b>	Türk İçtihatlar Külliyyatı.
<b>İİD.</b>	İcra İflâs Dairesi.
<b>İİK.</b>	İcra İflâs Kanunu.
<b>JdT</b>	Le Journal des tribunaux.
<b>Jher. Jb.</b>	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
<b>JR</b>	Juristische Rundschau.
<b>JW</b>	Juristische Wochenschrift.
<b>Karş.</b>	Karşılaştırınız.
<b>Kr VJ Schr.</b>	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
<b>Gruchots Beitr.</b>	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
<b>md.</b>	Madde
<b>MK</b>	Medenî Kanun.
<b>N.F.</b>	Neue Folge.
<b>NJW</b>	Neue Juristische Wochenschrift.
<b>OLG</b>	Oberlandesgericht.
<b>ÖJZ</b>	Österreichische Juristen - Zeitung.
<b>RG</b>	Resmî Gazete.
<b>RGE</b>	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

<b>ROHG</b>	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht.
<b>S.</b>	Recueil général des lois et des arrêts, fondé par Jean - Baptiste Sirey.
<b>Sem. Jud.</b>	La Semaine Judiciaire.
<b>Seuf. Arch.</b>	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.
<b>sh.</b>	Sahife.
<b>TD.</b>	Ticaret Dairesi.
<b>Tem.</b>	Temyiz Mahkemesi.
<b>TK.</b>	Ticaret Kanunu .
<b>vd.</b>	Ve devamı.
<b>Warneyers</b>	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen des
<b>Entscheidungen</b>	Reichsgerichts.
<b>ZADR</b>	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.
<b>ZbJV</b>	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
<b>ZSR</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

## G İ R İ Ő

### Ő 1 — TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNMAĞA SALĀHİYETLİ ŞAHISLARIN TAHDİDİ

Gerek akit dışı mes'uliyet, gerek akdî mes'uliyet hallerinde, mes'uliyeti mucip fiil veya vakiadan dolayı herhangi bir surette menfaatleri haleldar olan, bu fiil veya vakıanın uzak veya yakın tesirleri neticesinde zarar gören bütün ŐahıŐlar tazminat talebinde bulunamazlar. Tazminat talebinde bulunmağa salĀhiyetli ŐahıŐların sahası, mes'uliyete vücut veren vakıanın mahiyeti, mes'uliyetin dayandığı kaidenin koruyucu gayesi (*Schutzzweck*) (1), kimleri hi-maye etmeği istihdaf eylediği nazara alınarak tahdit edilmiştir. Bu tahdit ,akit dışı ve akdî mes'uliyette aşağıdaki Şekillerde olur :

#### I — Akit dışı mes'uliyette tazminat talebinde bulunmağa salĀhi-yetli ŐahıŐların tahdidi.

1. *Dolayisiyle zarar gören Şahıs (mittelbar Geschädigte) mef-humu.*

Ākit dıŐı mes'uliyette, Türk - İsvićre ve Alman hukukunda, kai-deten, yalnız haksız fiilden doğrudan doğruya zarar gören, hukuk kaidesinin ihlĀl edilmesiyle bu kaidenin korumak gayesini istihdaf ettiği varlıkları (*Rechtsgter*) doğrudan doğruya haleldar olan ŐahıŐların tazminat talep edebileceği kabul olunmaktadır; hukuken korunan varlığı haleldar edilen ŐahıŐtan gayrı, ihlĀl neticesinde do-layisiyle, fiilin tesirlerinin in'ikĀsı, tabir caizse sıćraması suretiyle

---

(1) Bk. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, sh. 19-20; s 2, not 28 ve s 14, not 28.

## § 1, I

zarar gören diğer şahıslar (2) varsa, bunların tazminat isteyemeyecekleri beyan edilmektedir (3). Ezcümle mağdurun alacaklıları, haksız fiilin onun mamelekinde veya çalışma kudretinde husule getirdiği eksilme dolayısıyla bir zarara uğramışlarsa bunun tazmini talep edemezler (4). Filhakika, mağdurun mameleki onun bütün alacaklıları için teminat teşkil eder; bu itibarla, borçlularının mamelekine dahil olan bir şeyin haksız fiil neticesinde telef olmasından veya kıymetinin azalmasından alacaklılar da dolayısıyla mütecessir olurlar (5). Gerçi burada, borçlunun haksız fiil failinden olan tazminat alacağının, mamelekindeki eksilme yerine kaim olacağı, bu eksilmeyi telâfi edeceği düşünülebilir; şu kadar ki tazminat her zaman zararın tamamını karşılayamayacağı (6) gibi, tazminat alacağının tahsil edilememesi veya mağdurun tazminat alacağını ileri sürmekten imtina etmesi tehlikesi de mevcuttur. Alacaklılar için yegâne imkân, borçlularının tazminat alacağına haciz koydurmadır. Ancak, borçlunun cismanî tamamîyetinin ihlâli neticesinde çalışma kudretini kaybetmesi halinde bu hacze de cevaz yoktur (7). Halbuki borçlunun çalışma iktidarının azalması veya

- 
- (2) «Dritte welche durch eine Reflexwirkung des Deliktes mittelbar benachteiligt werden», «tiers lésés indirectement et par ricochet, tiers atteints par contre-coup».
- (3) *Oftinger*, Bd. I, sh. 49-50; *von Tuhr - Siegwart*, s 48, I ve not 1 e ait metin; *Oser - Schönerberger*, Art. 41 Nr. 52; Art. 45, Nr. 20; *Becker*, Art. 41, Nr. 115 - 116; *Barth*, sh. 73; Federal Mahkeme : BGE 82 II 38/39; 63 II 21/22; 57 II 181; 52 II 263; Türk hukukunda : *Tandoğan*, Mes'uliyet Hukuku, s 14, II 7 (sh. 259 - 260); *Arsebük*, sh. 5C3-564; Alman hukukunda : *Enneccerus - Lehmann*, s 17, I; s 249, I; *Weimar*: Schadenersatzansprüche mittelbar Geschädigter nach deutschem Recht, Österreichische Juristen-Zeitung, 15 (1960), sh. 512.
- (4) *Von Tuhr - Siegwart*, s 48, not 2-3 ve bunlara ait metin.
- (5) Haksız fiil failinin borçlunun mamelekine kötü tesirine başka bir mîsal olarak, bir dolandırıcının borçluyu dolandırarak iflâsa sürüklemesi gösterilebilir; böyle bir halde iflâs masasının dolandırıcıdan tazminat talebinde bulunabileceği, buna mukabil münferit alacaklıların böyle bir talepte bulunmağa hakları olmadığı fikrinde : *Becker*, Art. 41, 115; *BlZR*, 3, 139 (bu kararda illiyet rabitasının bulunmaması mucip sebebine dayanılmıştır).
- (6) Tazminatın, kusurun ağırlığına göre kademelendirilmesi ve tenkis sebeplerinin bulunması hallerinde olduğu gibi; bk. *Tandoğan*, Mes'uliyet Hukuku, s 20.
- (7) İİK. md. 82 b. 11.

kaybolması sebebiyle mamelekine yeni kıymetler ekleyememesi yüzünden alacaklıları da dolayısıyla müteessir olurlar.

Borçlunun cismanî tamamîyetinin ihlâli veya öldürülmesi (8), çalışmasının mahsulleriyle mamelekinde artma husule getirebilmesi imkânını artık ortadan kaldırmak bakımından umumiyetle onun her çeşit alacaklıları için zararlı neticeler doğurabileceği gibi (9), hususiyle borçlunun iş görmesine müteallik bir edanın alacaklısı olanların menfaatlerini ağır surette sarsabilecektir; bilhassa bu edanın yerine getirilmesinde borçlunun şahsının ehemmiyetli olduğu, onun yerine başkasının konulmasının imkânsız, güç veya zamana mütevakkıf bulunduğu hallerde, haksız fiil faili tarafından borçlunun edasını yerine getiremeyecek vaziyete sokulması, alacaklının mühim zararlarını mucip olabilir. Ezcümle müteahhas bir ustanın veya işçinin haksız fiil neticesinde çalışmamasından, onun hizmetinde bulunduğu teşebbüsün bütün faaliyeti akamete uğrayabilir, istihsaldeki duraklama dolayısıyla müessesese için büyük zararlar doğabilir (10). Dolayısıyla zarara uğrayan şahıslar hakkında sık sık gösterilen klâsik bir misal de (11), başroldeki artistin yaralanması neticesinde bir piyesin artık temsil edilememesi, bir operanın oynanamaması yüzünden tiyatro veya operayı işleten müessesenin zarara maruz kalması halidir; böyle bir halde, sade bu müessesenin değil, meselâ vestiyerde çalışıp da bahşişden mahrum kalanların, o gece salonun aydınlatılmaması yüzünden tiyatroya elektrik veren işletmenin de dolayısıyla zararları bahis mevzuu olabilir. Mağdur, bir şahıs şirketinin sevk ve idaresinde ve şirketin büyük kârlar elde etmesinde birinci derecede rol oynayan bir şerik ise, onun çalışma kudretini kaybetmesinden, şirket ve diğer şerikler zarardide olurlar (12).

(8) Gerçi borçlunun ölümü halinde, kaideten onun borçları mirasçularına intikal eder; ancak, ölüm neticesinde borçlunun mamelekini arttırma imkânı zail olmuştur.

(9) Karş. RGE 97, sh. 89.

(10) Bk. Offinger, Bd. I, sh. 50; Oser-Schönenberger, Art. 45, Nr. 20; Esser, sh. 906. İşverenin, işçisine çalışmadığı halde ücret ödemek yüzünden uğradığı zararın tazminini haksız fiil falinden isteyip is teyemeyeceği hususunda bk. aşağıda s 3, IV, 2.

(11) Bk. Esser, sh. 176, 905. Yahut meşhur piyanist konsere giderken, otomobil kazasında kolu kırılıyor: von Caemmerer, sh. 14.

(12) Offinger Bd. I, sh. 50; Oser-Schönenberger, Art. 45, No. 20; Esser, sh. 178.

## § 1, I

Haksız fiil neticesinde ölen kimsenin müşterisi olduğu şahısların da, meselâ onun terzisinin veya berberinin de, müşterilerini kaybetmek dolayısıyla menfaatleri haleldar olur; aksi takdirde elde etmeleri kuvvetle muhtemel olan bazı kârların artık tahakkukuna imkân kalmaz (13).

Dolayısıyla zarara uğrayan şahıs misallerinin daha başka çeşitlerini de bulmak kabildir : Ezcümle müvekkili adına çok mühim bir akit yapmak için karşı tarafı görmeğe giden mümessil yolda çiğnenir ve bu sebepten akdin in'ikadı imkânı ortadan kalkarsa, müvekkil bu akitle elde edeceği kârdan mahrum kalacaktır (14). - Yahut bir doktor, hastasına giderken merdivende düşüyor; vaktinde müdahale edilememe yüzünden hastanın vaziyeti ağırlaşıyor; hasta bu ağırlaşma yüzünden uğradığı zararın tazminini bina malikinden isteyebilecek midir (15) ? - Hiç mirasçısı ve kâfi malı olmayan bir kimse ancak çalışarak ödeyebileceği bir miktar parayı borç alıyor; bir başka şahıs onu öldürerek karz alacaklısının alacağını tahsil etmesini imkânsızlaştırıyor (16). - Bir kanal, yanlış bir manevra neticesinde iki vapurun çarpışmasından dolayı uzun zaman tıkanca, orada çalışan işçiler kanal tıkalı kaldığı müddetçe gündeliklerini alamayacaklardır (17). - Kanalizasyon borularını yerleştiren müteahhidin adamlarının telefon kablolarını tahrip etmesinden dolayı telefonu çalışmayan bir tellâl, mühim bir işi bu yüzden kaçırdığını isbat edebilir (18). Bu misallerde hukuken korunan bir varlığı (cismanî tamamîyet veya hayat üzerindeki şahsiyet hakkı, yahut mülkiyet hakkı) doğrudan doğruya ihlâl edilen kimse mümessil, doktor, ödünç para alan, kanal veya telefon idaresidir; dolayısıyla zarar görenler ise müvekkil, hasta, karz alacaklısı, kanal işçileri ve tellâldır; bu sonuncuların hukuken himaye edilen bir varlıkları ihlâl edilmemiştir; bilhassa kanal işçileri ve tellâl mi-

(13) Mazeaud - Tunc, t. I, sh. 359; von Caemmerer, sh. 14.

(14) Larenz, Bd. I, sh. 164.

(15) Bk. Esser, sh. 249; Fabry, sh. 10-11.

(16) Reinhardt, sh. 135.

(17) Esser, sh. 178. Sokaktan geçen birisinin attığı sigara yüzünden bir fabrikada yangın çıkması ve bu sebepten bir müddet çalışmayan işçilerin ücretten mahrum kalmaları halinde, işçilerin sigarayı atandan tazminat isteyemeyecekleri fikrinde Reinhardt, sh. 95-96. Bk. aşağıda s 8 not 96 ya ait metin.

(18) Esser, sh. 905-906.

## § 1, I

sallerinde iktisadi şahsiyeti geliştirmek hususunda bir şahsiyet hakkının mevcudiyeti münakaşalı olmakla beraber kabul edilse dahi, bu hak doğrudan doğruya bir tecavüze maruz kalmamıştır (19).

Doktrinde halen hâkim telâkki tarzının, dolayısıyla zarar gören şahsın kaideten tazminat talebinde bulunamayacağı merkezinde olduğuna daha evvel işaret etmiştik (20). Yukarıda verilen misallerin hepsinde bu esas câri olacaktır (21). Bu esasın başlıca istisnası BK. md. 45 f. II de yer almıştır (22); mezkûr hükme göre, «ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lâzım gelir». Müteveffanın yardımından mahrum kalanlar, onun hukuken korunan hayat varlığının ortadan kaldırılması neticesinde dolayısıyla zarar gören kimselerdir; onlara BK. md. 45 f. II de tanınan tazminat talebi, ölümden intikal eden bir hak olmayıp, onların kendi şahıslarında doğar ve mirasçılık sıfatına bağlı değildir (23).

- 
- (19) Bk. Esser, sh. 906, Karş. BGHZ, 7, sh. 34-36; Alman Temyiz Mahkemesi bu kararında, işçinin yaralanmasının, teşebbüsün kazanç elde etmek üzere faaliyette bulunmak hususundaki şahsiyet hakkının ihlâlini teşkil edip etmediği meselesini incelemekte, işçinin yaralanmasıyla teşebbüsün böyle mutlak bir hakkının doğrudan doğruya ihlâl edilmediği neticesine varmaktadır.
- (20) Bk. yukarıda not 3 ve buna ait metin. Doğrudan doğruya - dolayısıyla zarar gören şahıs tefriki aleyhinde ve dolayısıyla zarar gören şahsın da, kendisine karşı haksız fiilin şartları tahakkuk etmek kaydıyla tazminat talebinde bulunabileceği fikrinde: Kluckhohn, Der ausservertragliche Schadenersatzanspruch des sog. «mittelbar Geschädigten», ACP, Bd. 111, sh. 394-406; Fürstenhagen, sh. 23-27. Karş. Oertelt: Der Schadenersatzanspruch des mittelbar Geschädigten, DJZ, 1913, sh. 800 vd.
- (21) Bu misallerden bazılarında İsviçrede Gelpke (sh 58 vd.), Almanya'da Reinhardt (sh. 96-97, bk. aşağıda s 8, not 96 ya ait metin) ve bazı Fransız müellif ve mahkeme kararları (bk. aşağıda not 75-80) tazminat talebinin kabulüne taraftardır.
- (22) BK. md. 45 f. II nin, dolayısıyla zarar gören şahsın tazminat isteyeceği kaidesinin bir istisnasını teşkil ettiği yukarıda not 3 de zikredilen müellifler ve mahkeme kararları tarafından teyid edilmiştir.
- (23) Bu tazminat talebinin mahiyeti ve şartları hakkında tafsilât için bk. aşağıda s 4, I; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 299 vd.



## § 1, I

Kanun vazıı, ölenin yardımından mahrum kalanların, bu yardımın birden kesilmesiyle muztar vaziyete düşmelerini önlemek için, burada, dolayısıyla zarar görenlerin tazminat talep edemeyecekleri kaidesine bir istisna kabul etmiştir.

Buna mukabil, bir kimsenin cismanî tamamîyetinin ihlâli halinde, onun kendilerine yardım ettiği şahısların veya yakınlarının maddî veya manevî tazminat talebinde bulunmalarına cevaz görülmemektedir (24). Meselâ halen hâkim olan görüş mucibince, ana baba, çocuklarının haksız fiil neticesinde sakat kalması halinde, kendileri için maddî veya manevî tazminat isteyemeyeceklerdir. Bu görüşün mucip sebebi olarak, nasıl olsa cismanî tamamîyeti haleldar olanın kendisi için maddî ve icabında manevî tazminat isteyebileceği ve evvelce yardım ettiği kimselere aldığı tazminattan vermek suretiyle yine yardım edebileceği (25) gösterilmektedir. Bundan başka, dolayısıyla zarar görenin tazminat isteyemeyeceği esasına, cismanî tamamîyetin ihlâli halinde, adam ölmesi halinde olduğu gibi, kanunen sarîh bir istisna tanınmadığı, bu itibarla cismanî tamamîyeti ihlâl edilenin yakınlarının tazminat talebi için kanunî bir mesned bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüş tarzına, aşağıdaki sebeplere mebni, tamamıyla iştirak etmemiz kabil değildir.

2. Aynı fiil neticesinde birden ziyade şahsın doğrudan doğruya zarar görmesi.

Kanaatimizce, eğer bir kimsenin cismanî tamamîyetinin ihlâli neticesinde, onun yakınlarından birinin de hukuken korunan varlıkları doğrudan doğruya haleldar olmuşsa, bu sonuncu şahsın da tazminat talebini kabul etmek yerinde olur. Meselâ çocuğunun bacaklarının tramvay tarafından kesildiğini gören bir anne, asabî bir buhran, bir sarsıntı (*mental shock cases, Nervenschockfälle*) geçirebilir (26); BK. md. 46 daki cismanî zarar mefhumuna ruhî ta-

---

(24) Cismanî tamamîyeti ihlâl edilenin yakınlarının maddî tazminat isteyemeyeceği hususunda bk. Oftinger, Bd. I, sh. 163-164; Oser-Schönenberger, Art. 46, Nr. 4; Tem. 4. H. D. 21.2.1955, E. 1109/K. 793, İçt. Kül. 10, no. 238; manevî tazminat isteyemeyeceği hususunda: Des Gouttes, FJS, no. 1141, IV; Oser-Schönenberger, Art. 47, Nr. 6; Oftinger, Bd. I, sh. 259.

(25) Çocuğun aldığı tazminat üzerinde ana babanın istifade hakkı vardır: von Tuhr-Sieglwart, § 48, not. 2.

(26) Bk. von Caemmerer, sh. 15.

mamiyetin ihlâli, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin de girdiği umumiyetle kabul edilmektedir (27); binaenaleyh, verdiğimiz misalde anne, dolayısıyla değil, kendi ruhî tamamiyetinin ihlâli neticesinde doğrudan doğruya zarar gören bir kimse vaziyetindedir; bu itibarla, BK. md. 46 ya müsteniden tedavi masraflarının ve hatta gerekiyorsa çalışma iktidarının eksilmesinden doğan zararının tazminini isteyebilmelidir. Bu gibi hallerde doğrudan doğruya zarar gören şahısların bahis mevzuu olduğu, binaenaleyh tazminat talebinde bulunulabileceği Alman Temyiz Mahkemesince ve müelliflerince de kabul edilmektedir (28); hatta Alman Temyiz Mahkemesi, mağdurun yakınının hâdiseye şahit olmasa dahi, sonradan kendisi haberdar edildiğinde geçirdiği buhran dolayısıyla de tazminat isteyebileceği içtihadında bulunmuştur.

Temyiz Mahkememiz bir kararında (29) aksi içtihadı izhar etmiştir; bu kararın mevzuumuzla alâkalı kısmı şöyledir : «Dâvacının tramvay kazasından mütevellid malûliyete duçar olmayıp bu hâdisede ağır surette yaralanan anasını bu halde görmesinden müteessir olarak asabî ve ruhî hastalığa müptelâ olduğu anlaşılmış

(27) Oftinger, Bd. I, sh. 165 ve not 68; BGE 46 II 51; 51 II 80.

(28) RGZ 133, 272; 162, 322; bundan başka bk. gözünün önünde babası öldürülen çocuğun geçirdiği asabî şok sebebiyle doğrudan doğruya maddî tazminat talebinde bulunabilmesi hakkında OLG München NJW 59, 819; Larenz, Bd. I, sh. 163, not 5; Nipperdey ZADR, 5 (1938), sh. 262; Weimar, Österreichische Juristen - Zeitung 1960, sh. 512. İngiliz hukukunda böyle bir zarar too remote sayılıp tazmini reddedilmiş (King v. Phillips); Amerika Birleşik Devletlerinde Wisconsin Mahkemesinin bir kararında, (Waube v. Warrington), burada illiyet rabtasıyla değil, kimlerin korunması gerektiğiyle alâkalı normatif bir mesele, «a question of policy» karşısında bulunulduğu beyan edilerek tazminat talebi kabul olunmuştur (bk. von Caemmerer, sh. 15). Fransa'da Cour d'Assises de la Dordogne (24 mayıs 1930), D. 1930. 2. 133 ve Lalou'nun notu) nişanlısının ölümü dolayısıyla duyduğu teessürden ağır uzvî rahatsızlıklar geçiren ve yaptığı hazırlıkların masrafları boşa giden nişanlının maddî tazminat talebini nazara almıştır. Mazeaud. Tunc (t. 1, no. 277, not 2) böyle bir dâvanın, zararın dolayısıyla (indirect) olduğu söylenilerek reddedilemeyeceği fikrindedir. Bu kararlarda gözden kaçırılmaması lâzım gelen husus, yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla uğranılan zararın değil, ölüm dolayısıyla uğranılan sair zararların (bilhassa ölenin yakınlarının cismanî zararının) tazmininin bahis mevzuu olmasıdır.

(29) 4. H. D. 17.7.1942, E. 1890/K. 2049, Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 70, not 22 ve buna ait metin.

## § 1, I

ve zararın tazmin edilebilmesi için mes'uliyeti doğuran fiil ile tazmini lâzım gelen zarar arasında illiyet rabitası bulunmak şart olup, tramvay hâdisesiyle dâvacının müptelâ olduğu hastalık arasında doğrudan doğruya bir illiyet rabitası mevcut bulunmamış iken ihlâfına mütalâa beyanı ile şirketin tazminatla ilzam edilmesi yol-suz olmakla hükmün bozulmasına ...». Bu karar, muhtelif bakımlardan tenkid edilebilir : Bir kere, hukukumuzda, kaideten, doğrudan doğruya - dolayısıyla illiyet rabitası (zarar) tefriki terkedilmiş olup, fiile uygun *illiyet rabitasıyla* bağlı dolayısıyla zararın da tazmin olunacağı kabul edilmektedir; hâdisede ise dâvacının maruz kaldığı asabî ve ruhî hastalığın tramvay kazasının uygun neticesi olduğu aşikârdır; filhakika, böyle bir kaza, hayat tecrübelerine ve hâdiselerin mutad cereyan tarzına göre, kazaya uğrayanın yakınlarının gözleri önünde de vukua gelebilir ve onların asabî bir rahatsızlık geçirmelerini mucip olabilir. Temyiz Mahkemesi, hâdisede doğrudan doğruya illiyet bulunmadığını beyan etmekle, dâvacının hukuken korunan bir varlığının doğrudan doğruya ihlâl edilmediğini ve onun sadece annesinin maruz kaldığı böyle bir ihlâlden dolayısıyla müteessir olduğunu ifade etmek istiyorsa, bu fikri de tasvip etmek güçtür; zira kaza neticesinde, annesininki yanında dâvacının da hukuken korunan ruhî tamamıyeti ve sağlığı doğrudan doğruya haleldar olmuştur. Bu itibarla dâvacının tazminat talebinin terviç edilmesi gerekirdi.

Cismanî tamamıyeti ihlâl edilenin yakınlarının manevî tazminat talepleri de, eğer hakikaten şahsî menfaatleri doğrudan doğruya ağır surette haleldar olmuş, bu yüzden büyük üzüntüye uğramışlar ise kabul edilmelidir (30). BK. md. 47 de yalnız *adam ölmesi* halinde ailesinin tazminat isteyebileceğinden bahsedilmiş olması, cismanî tamamıyeti ihlâl edilenin yakınlarının da, BK. md. 49 un şartları mevcutsa, manevî tazminat isteyebilmelerine engel olmamalıdır; zira artık burada onların dolayısıyla değil, doğrudan doğruya kendi hukukî varlıklarının ihlâli neticesinde uğradıkları bir manevî zarar bahis mevzuudur.

Cismanî tamamıyeti ihlâl edilenin yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramaları halinde tazminat istemelerine cevaz verilirse, mes'ul olan şahsın hudutsuz veya ağır bir tazminat yükü

---

(30) Fransız hukukunda aynı fikirde Mazeaud - Tunc, t. I, no. 296 ve 273.

altında kalabileceği ileri sürülebilirse de, hâkimin bu gibi hallerde «yakın» mefhumunu geniş tutmaması ve ancak gerçek sinir hastalığı veya çok ağır ve aşıkâr bir üzüntü halinde tazminata hükmetmesi kabildir. Kaldı ki, sinir hastalığında, hâkim, bünyevî istidadı da tazminatı tenkis sebebi olarak nazara alabilir (31).

Cismanî tamamıyeti ihlâl edilenin yakınlarının tazminat talebi hakkında tesbit ettiğimiz esasları daha umumileştirmek kabildir. Başka bir deyimle, mes'uliyeti mucip fiil veya vakia aynı zamanda *muhtelif şahısların* hukuken korunan muhtelif varlıklarını *doğrudan doğruya* ihlâl etmişse, bu şahıslardan bir kısmını dolayısıyla zarar gören şahıs olarak telâkki etmek isabetli olmaz. Meselâ bir alacak hakkına binaen bir kimsenin zilyed olduğu bir şeyin hasara uğratılması halinde, hem alacaklının, hem de şeyin malikinin hukuken himaye edilen menfaatleri ihlâl edilmiş olur; yahut bir şey üzerinde muhtelif aynî haklar (mülkiyet, intifa, rehin) varsa, bu şeyin tahribi, aynı zamanda bu muhtelif haklara doğrudan doğruya bir tecavüz teşkil eder (32).

3. *Dolayısıyla zarar gören şahıs mefhumununun dolayısıyla zarar mefhumuyla münasebeti.*

Dolayısıyla zarar gören şahıs (*mittelbar Geschädigte*) ve dolayısıyla zarar (*mittelbarer Schaden*) mefhumları birbirinden farklı maksatlar için ortaya atılmış, mahiyet itibariyle de birbirinden farklı mefhumlardır (33).

Dolayısıyla zarar adı altında, haksız fiilin ilk ve doğrudan doğruya neticesi olan zarardan doğan ve doğrudan doğruya zarardan daha uzak olan neticeler anlaşılmaktadır (34); bu uzaklık, zaman

---

(31) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 327.

(32) Bir şeyin malikinden maada bir alacak hakkına veya aynî hakka istinat eden başka zilyedleri de varsa, bunların her birinin ayrı ayrı tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı mes'elesi hakkında bk. Otfinger, Bd. I, sh. 229 - 231; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 260 - 261.

(33) Otfinger, sh. 49 not 37; sh. 45 not 21; Mazeaud - Tunc, t. I, no. 273; Esser, s 48, 6; Fabry, sh. 16 - 17. Bu mefhumlar BGE 63 II 21 ve Temyiz 4. H. D. 17.7.1942, E. 1890/K. 2049 da birbiriyle karıştırılmaktadır.

(34) Bk. Otfinger, Bd. I, sh. 45 - 46, 88 - 90; von Tuhr - Siegart, s 13, I, 2; Saymen - Elbir, sh. 463; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 70.

## § 1, I

itibariyle veya illiyet zincirinde araya başka hâdiselerin girmesi suretiyle kendini göstermektedir. Dolayısıyla zarar mefhumuna, mes'ul olan şahsı fiilinin bütün neticelerinden mes'ul tutmanın ağır olacağı düşüncesiyle, tazmini gereken zarar miktarını tahdit etmek maksadiyle başvurulmuştur; mes'ul olan şahsın mes'uliyetinin dolayısıyla zarara da şâmil olmayacağı ifade edilmek istenilmiştir. Bununla beraber, artık Türk - İsviçre ve Alman hukukunda dolayısıyla - doğrudan doğruya zarar tefriki esas itibariyle ve bilhassa haksız fiiller bahsinde terkedilmiş bulunmaktadır (35); halen yaygın olan telâkkiye nazaran, fiile uygun illiyet rabitasıyla bağlı her türlü zarar, bu arada dolayısıyla zarar da tazmin olunmalıdır (36).

Dolayısıyla zarar gören şahıs mefhumu, tazminat mükellefiyetinin muhteva itibariyle tahdidi meselesiyle değil, tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların sahasının tahdidi meselesiyle alâkalıdır. Hukuken himaye edilen bir varlığı haksız fiille, doğrudan doğruya ihlâl edilen tek ve aynı şahsın (*unmittelbar Verletzung*) zararının doğrudan doğruya ve dolayısıyla olan kısımları olabilir (37); halbuki dolayısıyla zarar gören şahıs mefhumu, daima aynı fiilden zarar gören birden fazla şahsın mevcudiyetini, hakkı ihlâl edilenin yanında başkasının veya başkalarının da zarara uğramasını tazammun etmektedir; şu kadar ki, dolayısıyla zarar gören şahsın bu zararı, hakkı doğrudan doğruya ihlâl edilen şahıs hareket noktası olarak alınırsa, mes'uliyeti mucip vakıa veya fiilin dolayısıyla bir neticesi vasfını taşımaktadır.

Dolayısıyla - doğrudan doğruya zarar tasnifi, illiyet rabitası mefhumuyla alâkalıdır. Halbuki dolayısıyla zarar gören şahısların tesbitinde, ihlâl edilen hukuk kaidesinin kimleri himayeyi istihdaf eylediği gözönünde tutulur; yani bu sonuncu mesele daha ziyade hukuka aykırılık mefhumuyla alâkalıdır (38). Yukarıda 1 de

---

(35) Bk. yukarıda not 34 deki müellifler ve Esser, § 48, 6; Larenz, § 69, II; Ennecerus - Lehmann, § 15, III, 3.

(36) Ezcümle kâr mahrumiyeti, umumiyetle dolayısıyla zarar mahiyetini taşımakla beraber tazmin edilir.

(37) Karş. Otfinger, Bd. I, sh. 49, not 37.

(38) Esser, § 48, 6; von Caemmerer, sh. 12, 14.

zikrettiğimiz misallerde umumiyetle (39), dolayısıyla zarar gören şahsın bu zararı haksız fiile uygun illiyet rabitasıyla bağlıdır; fakat bu şahıs yine de tazminat talebinde bulunamamaktadır; zira o, ihlâl edilen hukuk kaidesinin himaye etmek istediği şahıslar kategorisine girmemektedir. Bir kimsenin mülkiyet hakkını veya hayatı ve cismanî tamamıyeti üzerindeki şahsiyet hakkını başkalarının tecavüzünden koruyan normlar, yalnız o kimsenin bu varlıklarını himaye için konulmuşlardır; yoksa onun bu varlıklarının ihlâlinden zarar gören, menfaatleri haleldar olan başka şahısları, ez-cümle onun alacaklılarını veya kendilerine kâr temin etmesi muhtemel olan kimseleri korumak gayesini gütmemektedirler.

#### 4. Hukuka aykırılık rabitası mefhumu.

Alman hukukçuları, son zamanlarda, mes'uliyeti mucip fiilin ihlâl ettiği kaidenin koruyucu gayesini (*Schutzzweck*) gözönünde tutarak, tazminatın şümülünü ve tazminat talebine salâhiyetli şahısların sahasını tahdit etmek maksadıyla, uygun illiyet rabitasından farklı yeni bir mefhumu, hukuka aykırılık rabitası (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) mefhumunu ortaya atmışlardır (40); ihlâl edilen kaidenin korumayı hedef tuttuğu şahıslardan başka kimselerin zarar görmesi (41) veya bu kaidenin himayesini derpiş ettiği hukukî varlıklardan başka varlıkların haleldar olması (42) veyahut ihlâl tarzının kaidenin menetmek istediği ihlâl tarzlarından olmaması (43) halinde, hukuka aykırılık rabitasının bulunmadığı, binaenaleyh tazminat mükellefiyetinin doğmayacağı söylenmektedir; hatta, tazmin edilecek zararın şümülünü tâyin etmek

(39) Belki akit yapmağa giden mümessil, hastasını ziyarete giden doktor ve müsterisini kaybeden terzi misalleri müstesna.

(40) Tafsilât için bk. Esser, s 61, sh. 245 - 251; von Caemmerer, sh. 12 vd.; aynı müellif, NJW, 1956, sh. 571., Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, sh. 244 vd.; Fabry: Der Rechtswidrigkeitszusammenhang, Diss Köln 1955; Enneccerus - Lehmann, s 15, III, 4 a, sh. 70; s 235, IV, sh. 953 - 954; Lehmann, in Festschrift Hedemann, sh. 179 vd. Alman Temyiz Mahkemesi de hukuka aykırılık rabitası mefhumunu tanımıştır: BGHZ, 27, sh. 137. İsviçre hukukunda bk. Hans Merz: Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, ZbJV, Bd. 19 bis, sh. 319 vd.; Otfinger, Bd. I, s 4, not 19.

(41) Bk. Fabry, sh. 16 - 19.

(42) Fabry, sh. 20 - 23.

## § 1, I

için de hukuka aykırılık rabitası mefhumuna başvurulmakta ve ihlâl edilen kaidenin gayesinden onun ne şümulde bir zarara karşı mağduru korumak istediği çıkarılmağa çalışılmaktadır (44).

İhlâl edilen kaidenin korumayı istihdaf ettiği şahıslardan başkasının zarar görmesine, yukarıda 1 de zikrettiğimiz, dolayısıyla zarar gören şahıs misallerini verebiliriz.

Kaidenin himayesini derpiş ettiği varlıklardan gayrisının haleldar olmasının Alman hukukundaki belli başlı misallerinden biri, kocanın, karısıyla bir üçüncü şahsın münasebette bulunması yüzünden boşanma dâvası açmak ve bu münasebet neticesinde yakalandığı hastalığı tedavi ettirmek mecburiyetinde kalması ve dâva ve tedavi masrafları şeklinde tezahür eden mamelekî bir zarara duçar olmasıdır. Alman Temyiz Mahkemesine göre, zinayı cezalandıran Alman CK § 172 ve kocanın evlilik münasebetinin sadakatle devamına müteallik hakkı, kocanın mamelekî varlıklarını koruma gayesini gütmemektedirler; binaenaleyh, koca, evlilik münasebetini ihlâl eden üçüncü şahıstan tazminat isteyemez (45). Buna mukabil İsviçre müellifleri ve Federal Mahkeme, bu gibi hallerde, kocanın evlilik hayatının sükûn içinde cereyanına dair şahsiyet hakkının ihlâl edildiğini ve onun maddî ve manevî tazminat taleplerinde bulunabileceğini kabul etmektedirler( 46).

- 
- (43) **Fabry**, sh. 23 - 26. **Fabry**, kaidenin önlemek istediği tehlikeler dışında bir tehlikeden zararın doğmasından bahsetmektedir.
- (44) **Esser**, § 61, 2, sh. 247; **von Caemmerer**, sh. 15 vd. - **Fabry**, zararın şümulünü tâyin için hukuka aykırılık rabitası mefhumuna yalnız akdî mes'uliyette başvurulabileceği fikrindedir.
- (45) **NJW**, 1956, sh. 1149 - 1150; aynı fikirde **Esser**, sh. 246 - 247; **Fabry**, sh. 21. Aksi fikirde **Karl Heinz Schwab**, **NJW**, 1956, sh. 1150; **Boehmer**, **ACP**, 155, sh. 181.
- (46) **BGE** 35 II 575; 43 II 323/327 (Federal Mahkeme, bu kararında kocanın boşanma yüzünden kayınpederiyle ve onun ahbabı olan bir firma ile iş münasebetlerinin bozulması dolayısıyla, karısıyla münasebette bulunan şahısdan maddî tazminat isteyebilmesini kabul etmiş, alt derece mahkemenin illiyet rabitasının bulunmadığı mülâhazasını kabule şayan görmemiştir); **Egger**, Art. 28, Nr. 27. Fransız ve İngiliz hukukunda da bu mevzuda maddî tazminat talebi tanınmaktadır: **Planiol - Ripert - Rouast**, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, not. 346; **Demogue**, t. IV, no. 51, 63; **Curti SJZ**, 23, 240; **Wieder**, sh. 137.

## § 1, I

İsviçre Federal Mahkemesinin eski bir kararına (47) mevzu teşkil eden bir hâdise de, hukuken himaye edilmek istenilen varlıktan başkasının ihlâlinin klâsik bir misali olarak müelliflerin çoğu tarafından zikredilmektedir : Bu hâdisede, bir Komün, orman zabıtasıyla alâkalı bir hüküm mucibince bizzat kesmesi lâzımgelen ağaçları, keresteyi satın alacak müteahhide kestirmiş ve kesim esnasında bir işçi yaralanmıştı. Federal Mahkeme, Komünün ihlâl ettiği kaidenin ormanları korumak için konulmuş olup, fertlerin hayat ve sıhhatini korumakla alâkalı olmadığını ileri sürerek Komüne karşı olan tazminat dâvasını reddetmişti (48).

Esser tarafından (49) gösterilen şu misal de mevzuu aydınlatıcı mahiyettedir : İnsan taşınması caiz olmayan bir yük kamyonu ile bir müteahhit amelelerini taşıtsa ve bunlar ellerindeki boş bira şişelerini yola atarak başka otomobillerin lâstiklerinin patlamasına sebebiyet verseler, müteahhit bundan mes'ul olmaz; zira ihlâl ettiği trafik kaidesi, kamyonu binenlerin hayatını ve cismanî tamamîyetini korumak için konulmuştur, yoksa başka şahısların lâstiklerini korumak maksadıyla değil; buna mukabil, amelelerden biri bir dönemeçte bahis mevzuu kamyonu düşse ve bacağı kırılrsa, müteahhit bundan mes'ul tutulur.

Temyiz Mahkememiz de müterafık kusurla alâkalı dikkate şayan bir kararında (50), uygun illiyet rabıtası adı altında, hukuka aykırılık rabıtasını, belki daha doğru bir deyimle ihlâl edilen kaidenin koruyucu gayesini nazara almış bulunmaktadır (51). Mez-

(47) BGE 30 II 571/72.

(48) Federal Mahkemeye göre, Komünün ormanların korunmasını istihdaf eden hükümlere aykırı hareketiyle, fertlerin hayat ve sıhhatinin korunması arasında hiç bir hukukî rabıta (... rechtlichen Zusammenhang...) yoktur. von Tuhr - Siegwart (§ 46, not 59) ve Oftinger (§ 4, Nr. 18), bu hâdisede, hukuka aykırı fiil veya kusur ile zarar arasında bir uygun illiyet rabıtası bulunmadığı fikrindedirler. Halbuki Merz (sh. 318 - 320), haklı olarak burada bir kusur rabıtasının Verschuldenszusammenhang), kusurun objektif cephesiyle, ihlâl edilen ihtimam vazifesinin koruyucu gayesiyle bir rabıtanın bulunduğu işaret etmektedir; Becker de (Art. 41, Nr. 40), bu meselenin hukuka aykırılıkla alâkalı olduğu kanaatindedir.

(49) Sh. 245.

(50) 4. HD. 31.3.1959, E 5331/K. 2812, AD. 1960, sh. 1086 - 1087.

(50 a) 3. HD. 8.1.1957, E. 154/K. 137, İçt. Kül. 13, no. 274.

(51) Filhakika müterafık kusurda hukuka aykırılık unsurunun bulunup bulunmadığı münakaşalıdır; hâkim olan telâkkiye göre böyle bir unsur bulunmamaktadır. Bk. Tandoğan, Mes uliyet Hukuku, s 20, not 11.



## § 1, I

kûr karara göre, «trafik kazası neticesinde ölenin içinde bulunduğu vasıtanın binilmesi yasak olan resmî bir vasıta olmasıyla ölüm hâdisesi arasında bir uygun illiyet rabıtası olmadığı cihetle, müte-rafık kusur ve tazminatın tenkisi bahis mevzuu olmaz; buna mu-kabil, belli vasıfta olmayan kimseler için binilmesi tehlikeli olan bir vasıtaya, bu vasfı haiz olmayan kimsenin binmesi müte-rafık kusur sayılabilir; resmî vasıtalara binmenin yasak edilmesi teh-likeyi önlemek değil, bunların yıpranmasına mani olmak içindir». Hatta Temyiz Mahkememizin diğer bir kararında (50 a) hukuka aykırılık rabıtasını sarahaten nazara aldığı söylenebilir. Bu karar- da, «kazayı yapan askerî vasıtanın tatbikat komutanını almaya gi-derken dâvacının tayına çarpmasının âdi bir trafik kazası olduğu, manevralar ile *hukukî bir illiyet rabıtasının* bulunmaması karşısın- da, hâdisenin Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu ile ilgisi bulun- madığı» beyan edilmektedir; böylece Temyiz Mahkemesi, 3634 sa- yılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu md. 62 f. I deki, «manev- ralar dolayısıyla husule gelen zarar ve hasarların Devlet tarafın- dan tazmin olunacağı» hükmünün bahsi geçen neviden zararlara uğrayanları himaye gâyesini gütmediğini ifade eylemek istemek- tedir.

Fiilin, kaidenin önlemek istediği hareket tarzlarından olup ol- maması, bilhassa boykot, haksız rekabet ve şahsiyet haklarının ih- lâlî bahislerinde kendini gösterir ve ehemmiyet arzeder (52).

İhlâl edilen kaidenin gayesinden, onun ne şümulde bir zarara karşı mağduru korumağı derpiş ettiğinin istihraç edilmesine, yani hukuka aykırılık rabıtası mefhumu vasıtasıyla zararın şümülünün tahdidine de şu misalleri vermek kabildir : Bir banka müşterisi olan kocaya ait hesap hulâsasını, zarfların karıştırılması neticesin- de, onun boşamış olduğu karısına gönderiyor; bu suretle kadın kocasının kendisinden saklamış olduğu gelir kaynaklarını öğreni- yor ve kendisine bağlanmış olan iradın arttırılmasını istiyor; ko- ca bu yüzden uğradığı zararın tazminini yanlışlığı yapan banka- dan talep edemez; zira banka sırrının muhafazasına dair kaidenin gayesi bankanın müşterilerini bu şümulde bir zarara, müşterinin karısına bağlanan iradın arttırılması şeklinde tezahür eden bir

---

(52) Bk. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s 2, not 37, 38, 55, 55 a ya ait me- tin.

zarara karşı da korumak değildir (53). Diğer taraftan, akit dışı ve akdî mes'uliyette, kâr mahrumiyeti hesaplanırken, umumiyetle, gayrimeşru kârların, kara borsa kazançlarının nazara alınmayacağı, zira bu gibi hallerde uygun illiyet rabitasının bulunmadığı söylenir (54); gerçekte burada uygun illiyet değil, fakat hukuka aykırılık rabitası bulunmamaktadır (55).

Müşahede olunduğu üzere doktrinde ve tatbikatta, ekseriya hukuka aykırılık rabitasıyla uygun illiyet rabitası birbiriyle karıştırılmaktadır. Bu karışıklık, uygun illiyet rabitasının mevcut olup olmadığı araştırılırken, faili fiilin neticelerinden ne nisbette mes'ul etmenin hakkaniyete uygun olacağı hususunda bir kıymet hükmü verilmesinden ve sadece hâdiselerin mutad cereyanı ve hayat tecrübelerine göre fiilin neticeyi tevlide salih olup olmadığına bakmakla iktifa olunmamasından ileri gelmektedir (56). Bundan başka, hukuka aykırılık rabitasında da, kaidenin ne neviden neticelere karşı mağduru korumak istediğinin nazara alınması bahis mevzuu karışıklığın husule gelmesinde âmil olmaktadır (57). Bununla beraber, her iki mefhumu birbirinden iyice tefrik etmek lâzımdır : uygun illiyet rabitasında husule gelen zararlar fiil arasındaki, hukuka aykırılık rabitasında ise husule gelen zararlar mes'uliyeti tesis eden kaide arasındaki bir münasebet bahis mevzuudur (58). Umumiyetle hukuka aykırılık rabitası bulunmadığı takdirde uygun illiyet rabitası da bulunmaz; fakat bu kaziyenin aksi doğru değildir (59).

Hukuka aykırılık rabitası mefhumunun esaslarını ilk defa ortaya atan hukukçulardan Rabel (60), artık akdî mes'uliyet sahasında tazmin edilecek zararın tahdidi maksadıyla uygun illiyet na-

---

(53) Bk. von Caemmerer, sh. 16. Aksi fikirde Esser, s 61, 3 c.

(54) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 66; von Tuhr.-Siegwart, s 13, not 70 ve buna ait metin.

(55) Karş. von Caemmerer, sh. 16 .

(56) Karş. Esser, s 61, 5, b.

(57) Karş. Fabry, sh. 40 - 41.

(58) Fabry, sh. 34.

(59) Karş. Fabry, sh. 41.

(60) Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Sonderschrift der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 9. Jahrgang 1936, sh. 474 vd.

## § 1, I

zariyesine başvurulmaktan vazgeçilmesi ve zararın âkitler arasında akdin gayesine göre paylaşılması fikrindedir (61). Von Caemmerer de (62) hukuka aykırılık rabıtası yanında ayrıca uygun illiyet rabıtasının araştırılmasına, ayrı bir hukukî illiyet mefhumuna başvurulmasına lüzum olmadığı (63), mantıkî illiyetin (şart nazariyesinin) tazminat hukuku sahasında da tatbikinin kâfi olduğu kanaatini müdafaa etmektedir. Buna mukabil hâkim olan görüş (64), hukuka aykırılık rabıtası mefhumunun uygun illiyet mefhumunu bertaraf etmediği ve her iki mefhumun mes'uliyetin şümulünü başka başka yönlerden tahdide hizmet ettiği merkezindedir.

Tehlike mes'uliyeti (*Gefährdungshaftung*) hallerinde hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti kabul edilmese dahi (65), hukuka aykırılık rabıtası mefhumuna esas teşkil eden, mes'uliyet tesis edici kaidenin koruyucu gayesinin nazara alınması fikri, bahis mevzuu mes'uliyet hallerinde de tatbik olunmalıdır (66). Zaten zararın, tehlike mes'uliyetini vazedenden kaidenin derpiş ettiği neviden bir tehlikenin tezahürü neticesinde meydana gelmemesi takdirinde mes'uliyetin bahis mevzuu olmayacağı, İsviçre hukukunda halen de beyan olunmaktadır (67). Sigorta hukukunda da sigortacının mes'uliyetini, bu mes'uliyete vücut veren sigorta şartlarının gayesi nazara alınarak tahdit etmek kabildir. Böylece, belki hu-

---

(61) Bununla beraber, **Rabel** de (sh. 508), akit dışı mes'uliyette illiyet rabıtasına yer verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

(62) Sh. 15 vd.

(63) Aynı fikirde **Wilburg**, *Die Elemente des Schadensrechts*, sh. 244.

(64) **Esser**, s 61, 4; **Fabry**, sh. 39; **Lehmann**, in *Festschrift für Hedemann*, sh. 183 - 184; *Arbeitsbericht des Deutsche Akademieausschuss über die Neuordnung des Schadensersatzrechtes*, sh. 14; **Larenz**, Bd. I, sh. 152; **Staudinger - Werner**, Vorbem. 30 bis 35 vor s 249.

(65) Bu husustaki münakaşalar için bk. **Oftinger**, Bd. I, sh. 117 - 119. **Oftinger**'in haklı olarak belirttiği gibi (sh. 119), hukuka aykırılıkla (*Widerrechtlichkeit*), fiile müsaade olunmamasını (*Unerlaubtheit*) karıştırmamak lâzımdır; müsaade edilen, caiz olan bir fiil veya faaliyet neticesinde de hukuka aykırı surette başkasına zarar verilebilir; meselâ otomobil kullanmak caizdir; fakat otomobilin kullanılması neticesinde bir kimse ölürse, bu ölüme sebebiyet verme hukuka aykırıdır.

(66) **Fabry**, sh. 84 - 86; **Esser**, s 61, 3, b.

(67) **Bk. Oftinger**, Bd. I, sh. 69. \*

## § 1, I

kuka aykırılık rabıtası mefhumundan daha geniş mânada olmak üzere, «koruyucu gaye rabıtasından» bahsedilebilir.

Hukuka aykırılık rabıtası mefhumu, mevzuumuzu sadece tazminat talebinde bulunabilecek şahısların sahasını tahdit bakımından alâkalandırmaktadır. Ancak, tazminat hukukumuz için bir yenilik arzettiği cihetle, bu mefhum üzerinde mevzuumuzun gerektirdiğinden fazla durmak lüzumunu hissettik.

*5. Tazminat talebine salâhiyetli şahısların sahasını tahdit etmenin mucip sebebi.*

Tazminat talebine salâhiyetli şahısların sahasını ister dolayısıyla zarar gören şahıs mefhumuna başvurarak, isterse hukuka aykırılık rabıtası mefhumuna istinad ederek tahdit etme gayretleri şu mülâhazaya dayanmaktadır : Bir haksız fiil veya mes'uliyeti mucip sair bir vakıa, hukukî varlıklarını doğrudan doğruya haleldar ettiği şahıslardan başka pek çok şahısların da zarar uğramasına yol açabilir; Türk - İsviçre ve Alman hukukuna göre, haksız fiil faili veya objektif surette mes'ul olan şahıs, fiilinin veya mes'uliyeti mucip vakıanın önceden derpişi kabil olmayan neticelerinden de mes'uldür; başka bir deyimle, kusurlu haksız fiillerde dahi, kusur, sadece mes'uliyetin doğması için lâzım ve kâfidir; bir kere mes'uliyet doğdu mu, fail artık fiilinin önceden göremeyeceği neticelerinden dahi mes'ul olur. İşte bu esasın fail veya objektif surette mes'ul olan şahıs için çok ağır olabilecek neticelerini hafifletmek üzere, bir yandan uygun illiyet rabıtası mefhumuna, diğeryandan hukuka aykırılık rabıtası mefhumuna başvurulmakta ve dolayısıyla zarar gören şahısların kaideten tazminat isteyemeyecekleri kabul edilmektedir (68). Bununla beraber bu kaideye hakkaniyet icabı bazı istisnalar tanınmaktadır. Akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın (69) zararının tazmini meselesi, böylece, dolayısıyla zarar gören şahıslardan bazılarında da tazminat talebinde bulunmak imkânının bahşedilmesinin yerinde olup olmadığı, dolayısıyla zarar gören şahsın tazminat isteyemeyeceği kaidesine ne gibi istisnalar tanımak gerektiği meselesi olarak ortaya çıkmaktadır.

(68) Bk. Esser, s 50, Nr. 2; Ostinger s 4, not 19; s 2, not 38; Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, sh. 240 vd.

(69) Burada kullanılan «üçüncü şahıs» tabirinin isabetli olup olmadığı hususunda bk. aşağıda s 2, I.

## § 1, I

### 6. Fransız hukukunda tazminat talebinde bulunabilecek şahısların tahdidi için başvurulmuş bazı kıstaslar.

Fransız MK. md. 1382, haksız fiilden dolayısıyla zarar gören şahısların tazminat taleplerini, Türk - İsviçre ve Alman hukukuna nisbetle daha geniş ölçüde tanımağa imkân verecek bir surette kalemeye alınmıştır (70); mezkûr hükme göre, «bir kimsenin başkasına zarar ıka eden herhangi bir fiili, kusurundan ileri geldiği şahsı bu zararı tazminle mükellef kılar» (71); müşahede olunduğu üzere bu hükmün metni, hakkı ihlâl edilenin değil, zarara uğrayanın tazminat talebinde bulunmasını mümkün kılacak şekildedir; bu itibarla ihlâl edilen hakkın sahibi olma sıfatıyla mutazarır sıfatının ayrılığından doğan güçlükler burada ortaya çıkmaz.

Bununla beraber, Fransız hukukunda da tazminat talebinde bulunabilecek şahısların sahasını tahdit etmek zarureti hissedilmiş ve bunun için zararın kat'i ve muayyen olması (*dommage certain*), müktesep bir hakkın veya hukuken korunan bir menfaatin ihlâl edilmesi (72) gibi kıstaslara başvurulmuştur (73).

Zararın kat'i ve muayyen olması ve müktesep bir hakkın ihlâl edilmesi kıstaslarına müsteniden, asıl mağdura karşı ıka edilen haksız fiilin muntazar menfaatlerini ihlâl ettiği şahısların, hususiyle mağdurun müşterisi olduğu ve onun ilerideki siparişlerinden mahrum kalan kimselerin tazminat taleplerine set çekilmektedir; filhakika Mazeaud - Tunc'un haklı olarak ifade ettiği gibi (74), eğer bu gibi talepler kabul edilirse, mağdurun ölümünden mes'ul olan şahıs bir çıkış halini alacak taleplerin yükü altında ezilecek, gittikçe daha farazî bir mahiyet arzeden ve her teşebbüse bağlı rizikolara dahil olan zararların nazara alınması gerekecektir. Meselâ mağdurun ileride de aynı tarzda elbise yaptırmağa devam edeceği muhakkak değildir; her teşebbüs müşterilerinin kendi hizmetinden vazgeçmesi ihtimalini, onların devamlı olarak değişebileceğini hesaba katmalıdır. Eğer müşteri muayyen bir müddet zarfında

(70) Bu fikirde Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, sh. 246 - 247; Fürstenhagen, sh. 54.

(71) «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.»

(72) Le préjudice doit porter atteinte à un droit acquis; lésion certaine d'un intérêt juridiquement protégé.

(73) Bk. Mazeaud - Tunc, t. I, no. 273, 275 vd.

(74) T. I. no. 277 - 6 in fine, sh. 359.

## § 1, I

devamlı olarak muayyen bazı ihtiyaçlarını o teşebbüs vasıtasıyla karşılamak taahhüdü altına girmiş bulunuyorsa, artık teşebbüsün muntazar bir menfaati değil, bir alacak hakkı bahis mevzuudur; bu alacak hakkını müşterinin ölümü halinde, umumiyetle onun mirasçılara karşı da ileri sürmek kabildir.

Fransız hukukunda, borçlunun çalışma iktidarını kaybetmesi veya ölümü dolayısıyla zarara uğrayan alacaklıların tazminat talepleri, Türk - İsviçre ve Alman hukukundan farklı olarak, Fransız MK. md. 1382 nin bu hususta daha müsait olan metnine dayanarak, muayyen hudutlar dahilinde nazara alınmaktadır (75). Fransız mahkemeleri bu hükme müsteniden, bir müstahdeminin hizmetinden mahrum kalan işverenin (76), bir operet yıldızının yaralanması dolayısıyla tiyatro direktörünün (77), bir futbolcunun ölümü dolayısıyla mensup olduğu kulübün (78) tazminat taleplerini kabul eden kararlar vermişlerdir. Bir hususî teşebbüsün idaresinde mühim rol oynayan, yerine başkası konulamayan bir şahsın ölümünden mes'ul olan şahıstan, bu teşebbüsün tazminat isteyebilmesine de cevaz tanınmaktadır (79). Ancak Mazeaud - Tunc (80),

(75) Tafsilât için bk. Mazeaud - Tunc, t. I, no. 277 - 6.

(76) Mazeaud - Tunc, t. II, no. 1875, not 6 - 7; Demogue, t. VI, no. 530 ve not 3. İngiliz hukukunda turneye çıkan bir tiyatro trupunun aktörlerinden birinin kazaya uğraması dolayısıyla onu istihdam edenin tazminat talebini tanıyan bir karar hakkında bk. «Mankin v. Scala Theodrome Co. Ltd. (1947). I. K. B. 257», Mazeaud - Tunc, t. I, sh. 357, not I, ter; Kanada Yüksek Mahkemesi de bir kongregasyonun, profesörlerinden birinin kazaya uğraması yüzünden duçar olduğu zararın tazmini talebini kabul etmiştir: bk. «Regent Taxi and Transport Co. c. La Congrégation des Frères Maristes» 1929, S. C. R. 650, Mazeaud - Tunc, t. I, sh. 357 not I, ter.

(77) Lyon, 26 Ocak 1956, Gaz. Pal. 1956. 1.362; aksi fikirde Bruxelles, 22 Ocak 1955, Rev. crit. jur. belge 1955. 190, H. De Page'in notu.

(78) Colmar 20 Nisan 1955, D. 1956. 723 ve Savatier'nin notu JCP 1955. II. 8741.

(79) Mazeaud - Tunc, t. I, sh. 357. Aksi fikirde Savatier, t. II, no. 552. Colmar Mahkemesi de (20 nisan 1956, JCP 1956. IV. 128), müdürü yaralanan ve bir müddet iş göremeyen şirketin tazminat talebini reddetmiştir. Keza Brive mahkemesi (8 temmuz 1931, Gaz. Pal. 1931. 2. 817), şeriklerin tazminat talebini, esas mukavelede şeriklerden birinin ölümü halinde şirketin devamı derpiş edildiği ve ölümün işlerin iyi yürütmesine mani olmadığı mülâhazasıyla reddeylemiştir.

(80) T. I, sh. 357 - 358.

## § 1, I, II

bu gibi vaziyetlerde alacaklıların veya şeriklerin tazminat taleplerinin, ancak ölenin yapacağı edada onun şahsının ehemmiyetli olması (*intuitus personae*) ve yerine başkasının ikame edilememesi gibi şartların aranması ve her teşebbüsün idarecilerinden birinden mahrum kalmasının o teşebbüse has rizikolardan olduğunun hesabına katılması suretiyle, istisnaen terviç edilmesi gerektiği fikrinde dir.

Ölenin yardımından mahrum kalanların tazminat talepleri hususunda Fransız MK. da, Türk BK. md. 45 f. II, İsviçre BK. md. 45 f. III ve Alman MK. § 844 f. II de olduğu gibi sarîh bir hüküm bulunmamakla beraber, Fransız Mahkemeleri bu gibi talepleri geniş ölçüde kabul etmektedirler (81); tazminat talebi yalnız hukuken nafaka talebinde bulunmağa salâhiyetli kimselere ve hısımlara hasredilmeyip, ölenin devamlı surette uzun zamandan beri baktığı kimseler de tazminat isteyebilmektedirler (82); son zamanlarda nişanlıya da böyle bir hak tanınmağa başlanmıştır (83). Yalnız metresin yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebi hukuken himaye edilen meşru bir menfaatin ihlâli bahis mevzuu olmadığı mülâhazasıyla reddedilmektedir (84). Burada, Alman ve İsviçre hukukunda ihlâl edilen kaidenin koruyucu gayesinin nazara alınmasına benzer bir vaziyet müşahede edilebilir.

Fransız hukukunda, borçluya ait bir şeyin tahribi dolayısıyla zarar gören alacaklının tazminat talebinde bulunabilmesine de cevaz tanınmaktadır (85).

## II — Akdi mes'uliyette tazminat talebinde bulunmağa selâhiyetli şahısların tahdidî.

### 1. Akitlerin (*borç münasebetinin*) nisbîliği prensibi.

Akitlerin nisbîliği prensibi mucibince ,akitler, kaideten, yalnız taraflar ve miras yoluyla intikali mümkün olan hak ve borçlar bahis mevzuu olduğu nisbette, tarafların mirasçıları hakkında hüküm

(81) Mazeaud - Tunc, t. I, no. 277 - I bis 5.

(82) Mazeaud - Tunc, t. I, no. 277 - 5; Savatier, t. II, no. 550.

(83) Mazeaud - Tunc, t. I, no. 277 - 5;

(84) Mazeaud - Tunc, t. I, no. 278 - 284; Savatier, t. II, no. 551.

(85) Mazeaud - Tunc, t. II, no. 1875, not 11 ve buna ait metin.

## § 1, II

husule getirirler (86). Bu prensip ,akitten doğsun veya doğmasın bütün borç münasebetleri için de varittir; yani her borç münasebeti, ancak bu münasebette taraf olanlar için hak ve mükellefiyetler doğurur. Akitlerin, borç münasebetinin nisbîliği prensibinden başlıca iki netice çıkarmak kabildir (87) :

a) Akitten, borç münasebetinden doğan mükellefiyetin, dar mânada borcun ifası yalnız borçludan talep edilebilir ve bu mükellefiyeti yalnız borçlu ihlâl edebilir. Başka bir deyimle, alacak hakları sadece borçlunun hareket tarzı üzerinde bir hâkimiyet bahşederler; alacaklı, üçüncü şahıslardan borcun mevzuunu teşkil eden edanın yerine getirilmesini veya bu edaya mani olunmamasını talep edemez. Meselâ B, A ya porselen bir vazo satmış ve henüz teslim etmeden Ü bunu çalmışsa, A, Ü ye karşı vazonun teslimi için dâva açamaz; yahut Ü vazoyu kırmışsa, A, ondan tazminat talebinde bulunamaz. Bu itibarla, bir alacak hakkının ihlâli halinde nisbî haksızlıktan (*relatives Unrecht*) bahseden müellifler mevcuttur (88).

Alacak haklarının yalnız borçluya karşı ileri sürülebilmesi ve yalnız borçlu tarafından ihlâlinin mümkün olması kaidesi, akdî mes'uliyette olduğu kadar, hatta daha ziyade akit dışı mes'uliyette tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların sahasının tahdidini bakımından ehemmiyet arzedebilir. Filhakika, bir haksız fiil neticesinde borçlunun mamelekinde veya çalışma iktidarında

(86) Akitlerin nisbîliği prensibi, Fransız MK. md. 1165 de sarahaten ifade edilmiştir; mezkûr hükme göre : «mukaveleler sadece âkit taraflar için hüküm husule getirirler; üçüncü şahıslar için zararlı bir netice doğuramazlar ve onlara ancak md. 1121 de derpiş edilen halde faydalı olabilirler.» Bu prensip, Türk - İsviçre ve Alman hukukunda kanunda sarahaten ifade edilmiş olmamakla beraber, borçlar hukukunun sistemi bu prensibe dayanmaktadır. Mezkûr prensibi, Türk - İsviçre BK. da, borçların üçüncü şahıs hakkındaki tesirine dair fasıldan istihrac etmek kabildir.

(87) Bk. Friedrich, sh. 73 - 74; A. B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I, İstanbul 1948, sh. 67 - 70; Wagner, sh. 5; Simone Calastreng : La relativité des conventions, thèse Toulouse, 1939; Alex Weill : Le principe de la relativité des conventions, thèse Strasbourg 1938; Mircea Popesco : La règle «Res inter alios acta» et ses limites en droit moderne, thèse Paris 1934.

(88) Von Tuhr - Siegwart, s 46, I, 1; Friedrich, sh. 76.



## § 1, II

bir eksilme husule gelmesi yahut borçlunun öldürülmesi hallerinde, onun bu yüzden zarar gören alacaklılarının tazminat talebinde bulunamamalarını ,dolayısıyla zarar gören şahsın tazminat isteyemeyeceği prensibi yerine, borç münasebetinin nisbîliği prensibine de istinad ettirmek kabildir; haksız fiil faili, alacaklının alacağına müsteniden kendisine karşı bir talepte bulunamayacağını iddia edebilir. Ancak akit dışı mes'uliyette, dolayısıyla zarar gören şahıslar daima mağdurun alacaklısı vaziyetinde olmadıkları için (89), borç münasebetinin nisbîliği prensibi, yalnız başına, tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların sahasını tahdit için kâfi değildir.

Akdî mes'uliyette de, borçlunun akdin hükümlerini yerine getirememesi kendi borçlusunun ademi ifasından ileri geliyorsa, alacaklının borçlusunun borçlusundan tazminat isteyememesini borç münasebetinin nisbîliği prensibinin birinci neticesine istinad ettirmek kabildir. Meselâ, B, A ya bir şeyin teslimini taahhüt ediyor ve bu şeyi tedarik için Ü ile mukavele yapıyor; B, A ya karşı olan taahhüdünü Ü nün şeyi teslim etmemesi yüzünden yerine getiremiyor; kaideten, A, Ü ye karşı ifa veya tazminat talebinde bulunamaz; zira A, B ile arasındaki akitten doğan alacak hakkını sadece B ye karşı ileri sürebilir ve bu hak ancak B tarafından ihlâl edilebilir.

b) Borç münasebetinin nisbîliği prensibinin ikinci neticesi, bu münasebete müsteniden yalnız alacaklının borcun yerine getirilmesini isteyebileceği, üçüncü şahısların bahis mevzuu münasebetten herhangi bir hak istihraç etmelerinin kabil olmayacağı hususudur. Başka bir deyimle, borçlu borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde, bir üçüncü şahıs bundan zarar görmüş olsa dahi ,borç münasebetine müstenid bir tazminat talebinde bulunamayacaktır. Meselâ bir semtte Ü ve B diye iki bakkal bulunmaktadır; B sonradan dükkânını A ya devrediyor; devir mukavelesinde o semtte artık yeniden dükkân açmayacağı hususunda bir rekabet memnuiyeti şartını da kabul ediyor; bu şarta rağmen B, bir müddet sonra aynı mahallede yeni bir dükkân açsa ve Ü bundan mutazarrır olsa, Ü, B den, B ile A arasındaki re-

---

(89) Meselâ müteveffanın nafaka ile mükellef olmaksızın kendilerine baktığı şahıslar veya muntazar menfaatleri haleldar olan kimseler mağdurun alacaklısı vaziyetinde değildirler.

kabet memnuiyeti mukavelesinin ihlâline binaen tazminat isteye-  
mez; zira bu mukavele B yi yalnız A ya karşı bağlamaktadır.

Hulâsa akitlerin nisbîliği prensibinin, mes'uliyet hukuku ba-  
kımından birinci neticesi, akdin ihlâli dolayısıyla üçüncü şahıslar-  
dan tazminat istenemeyeceği, ikinci neticesi de, akdin ihlâlinden  
zarar gören üçüncü şahısların tazminat isteyemeyeceği şeklinde ifa-  
de olunabilir.

*2. Borç münasebetinin nisbîliği prensibinin hukuka aykırılık  
rabıtası mefhumuyla münasebeti.*

Müelliflerin ekserisinin fikrince (90), hukuka aykırılık rabı-  
tası, yalnız akit dışı mes'uliyette değil akdî mes'uliyette de araştırıl-  
malıdır; akdî mes'uliyetin mevcut olup olmadığı veya şümulü tes-  
bit edilirken akdin gayesine bakılmalı, akitle tarafların hangi şa-  
hısları, hangi varlıkları, hangi tehlikelere, ihlâl tarzlarına karşı,  
hangi şümulde zararlar için himaye etmek istedikleri gözönünde  
tutulmalıdır.

Kaideten, akitler ancak tarafların menfaatlerini korumak için  
yapılırlar; üçüncü şahısların menfaatleri bunlar lehine bir şart  
olmadıkça (BK. md. 111) nazara alınmaz. Akitlerin nisbîliği pren-  
sibinden, akitlerin kaideten, üçüncü şahısları himaye gayesini ta-  
şımadıkları, binaenaleyh akdin ihlâlinden üçüncü şahısların zarar  
görmesi halinde, hukuka aykırılık rabıtasının bulunmaması dolay-  
ısıyla bu şahısların tazminat isteyemeyecekleri neticesi çıkarıla-  
bilir (91).

### *3. Üçüncü şahıs mefhumu.*

Akdî mes'uliyette üçüncü şahıslar kaideten tazminat talebinde  
bulunamayacağına göre, üçüncü şahıs mefhumunun iyice tesbit  
edilmesi gerekmektedir.

---

(90) Fabry, sh. 75 - 79; Esser, s 61, 3, c, d; Wilburg, Die Elemente des  
Schadensrechts, sh. 244-245. Hattâ Rabel (sh. 474 vd.) hukuka aykırılık  
rabıtasının nazara alınmasını bilhassa akdî mes'uliyetin tahdidi  
bakımından teklif etmiştir.

(91) Bk. Esser, s 50, 1 ve 3; Fabry, sh. 75. Akdî mes'uliyet sahasında tazmi-  
nat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahıslar zaten akitlerin nisbîli-  
ği prensibi dolayısıyla tahdide uğradıkları cihetle, hukuka aykırılık

## § 1, II

Üçüncü şahıs mefhumunun tesbiti Fransız hukukunda üzerinde çok durulan, münakaşalı bir mesele olduğu halde (92), Türk-İsviçre ve Alman hukukunda bu mefhum umumiyetle malûm farzedilmekte, ayrıca tâyini cihetine gidilmemektedir (93. İsviçre'li şarihlerden Becker (94), üçüncü şahıs lehine şart bahsinde, üçüncü şahıs akde iştirâk etmeyen, akitte taraf olmayan şahıs (95) olarak tarif etmektedir (95 a). Müşahede olunduğu üzere bu tarifte üçüncü şahıs mefhumu menfi surette, taraf mefhumunun aksi olarak tâyin edilmekte ve taraf mefhumu malûm farzedilmektedir. Bu itibarla, üçüncü şahıs mefhumunu tesbit için, aşağıdaki açıklamaları yapmak lüzumunu hissediyoruz :

Akde vücut veren irade beyanlarından birinde bulunan veya kendi adına bir mümessil veya uzuv vasıtasıyla böyle bir irade beyanında bulunulan şahıs, akitte taraftır (96).

Doğrudan doğruya temsilde, mümessil, akdin hükümleri bakımından bir üçüncü şahıs sayılabilir; mümessil temsil olunan adına irade beyanında bulunmakla beraber, akdin hükümleri mümessilin hukukî sahasında tesirini göstermez (97). Başka bir deyimle, temsil olunan adına akdettiği akitten doğan borçlar mümessili ilzam etmez, alacakları da bu hususta ayrıca salâhiyeti ol-

---

rabitası mefhumu, bilhassa ne gibi ihlâl tarzlarının akdi mükellefiyetlere aykırı olduğunu tesbit ve tazmin edilecek zararın şümulünü tahdit bakımından ehemmiyet arzeder.

- (92) Ek. **Planiol - Ripert - Esmein** : *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2 e éd. Paris 1952, nos. 328 - 332; **Wagner**, sh. 13 - 19.
- (93) İngiliz hukukunda «third party» mefhumu için bk. **Wieder**, sh. 22 vd.; **Cheshire - Fifoot**, sh. 322.
- (94) Art. 112, Nr. 9.
- (95) «Dritter ist jede am Vertrag nicht beteiligte Person».
- (95 a) **Saymen - Elbir**'e göre (sh. 315), «üçüncü şahıs akte yabancı kalan kimsedir; yani yapılan akit dolayısıyla ne bir alacak iktisap eden, ne de borç altına giren kimsedir». Bu tarif kabul edilecek olursa, tam üçüncü şahıs lehine şart mefhumu ortadan kalkar; zira bu gibi şartlarda üçüncü şahıs, akit dolayısıyla bir alacak iktisap etmektedir; bu itibarla, **Saymen - Elbir**'in tarifi mucibince üçüncü şahıs olarak tavsif edilemez.
- (96) Karş. **Wagner**, sh. 13; **Saymen - Elbir**, sh. 314 - 315. Taraf iradesi mefhumu hakkında bk. **Schwarz**, sh. 145.
- (97) **Von Tuhr - Siegwart**, s 44, III ve s 82 not 24 e ait metin; **Wagner**, sh. 13.

## § 1, II

madıkça mümessil talep edemez. Buna mukabil, mümessilin irade izharına taallük eden noksanlar, irade fesatları, taraf iradesindeki bozukluklar gibi nazara alınır (98); bu bakımdan mümessil bir üçüncü şahıs vaziyetinde değildir (99; fakat incelemekte olduğumuz mevzu için mühim olan cihet, mümessilin akitten doğan borç münasebetinde taraf olmaması, üçüncü şahıs vaziyetinde bulunmasıdır; bu borç münasebetinin ihlâli halinde, mümessil, bu hususta salâhiyeti varsa, ancak alacaklı adına tazminat talebinde bulunabilir ve onun ifaya olan menfaatinin tazminini isteyebilir. Akitten doğan borcun ifası hususu borçlu tarafından mümessiline tevdi edilmişse, ademi ifadan borçlu, yani temsil olunan mes'ul olur (100); fakat bizzat mümessilin, alacaklıya karşı akdî mes'uliyeti bahis mevzuu olmaz; borçlunun borcunu ifa için kullandığı şahıslar, bu arada mümessili, alacaklıya karşı bu ifa yönünden üçüncü şahıs vaziyetindedirler (101).

Dolayısıyla temsilde, mümessil, kendi adına temsil olunan hesabına akdettiği akitte taraftır; buna mukabil, temsil olunan bu akit bakımından üçüncü şahıs sıfatını taşır; yani karşı âkitle arasında bir akdî münasebet yoktur (102).

Umumiyetle tarafların külli haleflerinin, hususiyle mirasçılarının üçüncü şahıs addolunamayacağı beyan edilmektedir (103); bu beyan, ancak alacak ve borçların mirasçılara intikali halinde ve bu intikal anından itibaren isabetli sayılabilir; zaten alacak veya borcun intikali ile mirasçılar bizzat alacaklı veya borçlu vaziyetine girmektedirler (104). Keza bir ticarî işletmenin bütün alacak ve

---

(98) Von Tuhr - Siegwart, § 44, II.

(99) Mümessil BK. md. 28 f. II anlamında da üçüncü şahıs değildir: von Tuhr - Siegwart, § 44, II, 5.

(100) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, § 28, not 19 ve buna ait metin.

(101) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, § 28, not 74 ve buna ait metin.

(102) Bk. Droin, sh. 115 vd.

(103) Bk. Planiol - Ripert - Esmein, t. 6, no. 329; Wagner, sh. 13. Saymen - Elbir (sh. 315). «halefleri» de taraf olarak addetmektedirler; kanaatimizce, bunları ne taraf, ne de üçüncü şahıs olarak tavsif etmek kabildir.

(104) Borç münasebeti bakımından üçüncü şahıs, bu münasebetin süjelerinden olmayan şahıs suretinde tarif edilebilir; bu münasebetin süjeleri alacaklı ve borçludur.

## § 1, II

borçlarıyla devri halinde de, devralan, bu alacak ve borçların süjesi vaziyetine girecektir (105).

Münferit alacakların temlik veya kanunî halefiyet yoluyla yahut hâkim hükmüyle intikali veya münferit borçların nakli hallerinde de borç münasebetinin süjesinde değişiklik olmakta ve yeni süjelerin bu münasebet bakımından üçüncü şahıs vaziyetinde olmadıkları bedihî bulunmaktadır. Yalnız burada, mevzuumuz bakımından ehemmiyet arzeden bir hususa işaret etmeden geçemeyeceğiz: Borcun yerine getirilmemesi halinde, tazminatın hesabında kaideten alacaklının menfaati nazara alınır; eğer alacak, akdî, kanunî veya kazaî temlik yollarından biriyle başkasına intikal ettikten sonra, borcun ifa edilmemesi durumu ortaya çıkmışsa, tazminat, ilk alacaklının değil, temellük edenin ifaya olan menfaatine göre hesaplanmalıdır (106); bu menfaat, kaideten müşahhas surette hesaplandığından (107), ilk alacaklı ile sonraki alacaklının ifaya olan menfaatleri şümul itibariyle birbirinden farklı olabilir. Eğer alacak intikal etmezden önce, borcun yerine getirilmemesi vaziyeti hâdis olmuş ve ifaya müteallik alacak tazminat alacağına inkılâp etmişse, tazminatın şümulünün ilk alacaklının ifaya olan menfaatine göre hesaplanması gerekir; zira tazminat alacağının şümulü intikalden önce belli olmuştur ve kimse sahip olduğundan daha şümulü bir alacağı başkasına devredemez (*nemo plus iuris transfert quam habet ipse*) (108).

Alacaklının karısı, çocukları, yakınları, borç münasebetinden doğan hakkı, hususiyle borç mevzuunu kendilerine kullandığı şahıslar (*Ausübungsgelhilfen yahut Nutzungsgelhilfen*)(109) da üçüncü şahıs vaziyetindedirler; alacaklının yakınları, borcun gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden onun ölmesi halinde yardımcıdan mahrum kalmak suretiyle zarara uğrayabilirler. Alacaklının gerek yakınları, gerek borç münasebetinden doğan hakkı kendisine kullandırdığı şahıslar, hatta onun yakın çevresinde bulunan sair kimse-ler borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden edaya yakınlıkları dolayısıyla zarar görebilirler.

(105) Bk. aşağıda not 124 ve buna ait metin.

(106) Bk. Reinhardt, sh. 87. Karş. § 7, not 103 ve buna ait metin.

(107) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, § 16, 1, 2.

(108) Von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 558 - 559.

(109) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, § 28, 1, 2, b.

## § 1, II

Bir şeyin mahdut bir aynı hak veya bir alacak hakkı dolayısıyla, hatta hiç hakkı olmaksızın zilyedi olan şahsın bu şeyle alâkalı bir akit yapması halinde malik, bu akde nazaran üçüncü şahıs vaziyetindedir. Böylece malik, meselâ şeyin kiracı tarafından alt kiraya verilmesine veya mürtehin tarafından muhafaza için birisine tevdi edilmesine, âriyet alan tarafından tamire verilmesine, hırsız tarafından âriyet verilmesine müteallik *akitelere müsteniden* kaideten bir hak iddia edemeyecektir (110).

Vekâlet akdinde vekilin yerine başkasını ikame etmesi takdirinde, vekil yerine kaim olan şahısla müvekkil arasında da bir akdi münasebet yoktur; müvekkil, vekille onun yerine kaim olan şahıs arasındaki münasebet bakımından üçüncü şahıs vaziyetindedir (111).

Borçlunun ve alacaklının alacaklıları da, daha evvel de temas ettiğimiz veçhile, borçlu ile alacaklı arasındaki akde nisbetle (112) üçüncü şahıs sıfatını taşımaktadırlar (113).

Bir şeyi iktisab eden şahıs da, o şeyi kendisine devredenin şeyle alâkalı olarak yaptığı akitler bakımından üçüncü şahıs vaziyetindedir (114). Meselâ bir gayrimenkulü satın alan kimse, komşulardan birinin satıcıya karşı daha önceden tekabbül etmiş olduğu muayyen haddeden yüksek bina yapmama taahhüdünden faydalanamaz (115). Yahut bir şeyin alıcısı, o şeye satımdan önce ika

---

(110) Bk. aşağıda § 6, III.

(111) Gautschî, Art. 399, Nr. 10 a.

(112) Bittabi borçlunun o akitte taraf olan alacaklısından gayri alacaklıları.

(113) Fransız hukukunda alacaklıların (*créanciers chirographaires*), borçlularının akdettiği akitler bakımından külli halef mi, cüz'i halef mi, yoksa üçüncü şahıs mı addedilmeleri gerektiği münakaşalıdır. Bk. *Planiol - Ripert - Esmein*, t. 6, no. 330; *Wagner*, sh. 14 - 17.

(114) Bu esasın TK. md. 1303 f. I de bir istisnası bulunmaktadır; mezkûr hükme göre, «mukavele müddeti içinde sigorta edilen malın sahibi herhangi bir surette değişmişse, mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortadan doğan hak ve borçlar o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni sahibine intikal eder».

(115) Fransız Temyiz Mahkemesi, Civ. 29 mart 1933, D. H. 1933, 282 (*Planiol - Ripert - Esmein* t. 6, sh. 421. not 4). Bittabi burada sadece alacak hakkı doğuran bir akit bahis mevzuudur; satın alınan gay-

## § 1, II

edilmiş zarara müteallik tazminat alacağını, ayrıca kendisine temlik edilmiş olmadıkça ileri süremez (116).

Fransız hukukunda, bir şeyi iktisab edenin, şeyi devreden tarafından yapılmış olan akitlere, bu akitler yalnız o şeyden faydalanan için menfaat arzeden haklara vücut verdikleri nisbette istinad edebilmesine cevaz verme temayülü görülmektedir (117); sadece, şeyle alâkalı akitten doğan taahhütlere şeyi devreden şahsı nazara alınarak girişilmiş bulunulduğu takdirde, iktisab edenin bu taahhütlerden faydalanamayacağı kabul edilmektedir. İktisab edenin, temlik eden tarafından şeyle alâkalı olarak akdedilen akitlerden doğan hakları ileri sürebilmesi, bazan bu hakların devredilen şeyin teferruatı vasfını taşıdığı mülâhazasıyla haklı gösterilmekte (118), bazan da, devredilen şeye müteallik taahhütlere onun bütün müstakbel malikleri lehine girişildiği beyan olunarak üçüncü şahıs lehine şart müessesesi ile (119) izaha çalışılmaktadır. Zimnî üçüncü şahıs lehine şart yerine, şeyle alâkalı alacağın şeyle birlikte, onu iktisab edene zimnen devrolunduğu fikrini müdafaa edenler de vardır (120). Bir kısım müellifler de (121), şeyi iktisab edenin Fransız MK. md. 1122 anlamında bir halef olduğu kanaatindedirler; mezkûr hükme göre, «akit, âkidin kendisi, mirasçıları ve halefleri için akdedilmiş addolunur» (122); bahsi geçen müellifler, buradaki «halef» tabirine, şeyi iktisab eden cüz'i halefleri de (successeurs à titre particulier) dahil etmektedirler.

Fransız hukukunda bir ticarî işletmeyi satın alan şahıs, bir şeyi satın alan şahıs gibi cüz'i halef olarak telâkki edilmekte ve onun, işletmeyi devreden şahıs lehine akdedilmiş bulunan reka-

---

rımenkul lehine bir irtifak hakkı tesis edilmişse, bu aynı haktan gayrımenkulü iktisab eden de faydalanır.

(116) Civ. 3 mayıs 1917, S. 1921. 1. 25 (Planiol - Ripert - Esmein, t. 6, sh. 422, not 3).

(117) Bk. Planiol - Ripert - Esmein, t. 6, sh. 422 vd.

(118) Aubry et Rau, II, § 176; Baudry - Lacantinerie - Barde, I, no. 225. Tafsilât için bk. Wagner, sh. 41 - 58.

(119) Bk. Wagner, sh. 59 - 73.

(120) Wagner, sh. 78 - 79.

(121) Planiol - Ripert - Esmein, t. 6, sh. 423.

(122) «On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention».

## § 1, II

bet memnuiyeti mukavelelerinden, yukarıda arzedilen mucip sebeplerden birine müsteniden faydalanabileceği kabul edilmektedir (123). Halbuki Türk - İsviçre ve Alman Hukukunda bir ticarî işletmenin devrinde bir nevi külli halefiyetin mevcudiyeti kabul edildiğinden, Fransız hukukundakine benzer mucip sebepler araştırmağa lüzum kalmaksızın, işletmenin diğer alacakları meyanında rekabet memnuiyetinden doğan alacaklar da işletmeyi devralana intikal eder (124; meğer ki rekabet memnuiyetine müteallik alacak, işletmeyi devredenin şahsına bağlı bir mahiyet taşıyın, meselâ devralanın şahsı mükellefiyetin ehemmiyetli surette ağırlaşmasını mucip olsun, yahut alacağın temlikinin kabil olmadığı mukavele edilmiş bulunsun.

Bir şeyin satın alan tarafından tekrar satılması halinde ikinci alıcının, birinci alıcıyla birinci satıcı arasındaki akde müsteniden birinci satıcıya karşı ayıba karşı tekeffülden dolayı dâva açıp açamayacağı mes'elesi de, Fransız hukukunda cüz'i halefiyete dair esaslara göre halledilmekte ve ikinci alıcıya böyle bir dâva hakkı tanınmaktadır (125).

Üçüncü şahıs sıfatını tesbit ederken, üçüncü şahsın mevcudiyetinin zarurî olduğu bir hale, üçüncü şahıs lehine şarta da, işaretle edelim; burada lehine bir eda şart edilen kimse (*bénéficiaire*), akde iştirak etmediği cihetle üçüncü şahıs sıfatını taşıdığında şüphe yoktur; lehine eda şart edilenin borçluya karşı doğrudan doğruya dâva hakkını haiz olduğu hallerde de bu sıfatı değişmez. Üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahsın mevcudiyetinin zaruriliği bizzat müessesenin tarifinden neşet etmektedir. Keza gayrın fiilini taahütte veya gayrın fiilini taahhüdü tazammun eden bir ga-

(123) Bk. *Planioi - Ripert - Esmein*, t. 6, not I; *Wagner*, sh. 51 - 53, 72 - 73.

(124) Bk. *BK. md. 179*; *HGB*, § 25, I, *BGE* 56, II, 462/463; *RGE* 72 (NF. 22), sh. 434 vd.; buna mukabil işletmeyi hasılat icarına alan kimse işletme sahibi lehine bu işletmeyi satanın takabbül ettiği rekabet memnuiyeti şartından faydalanamaz; zira hasılat icarında bir temlik bahis mevzuu değildir: *Becker*, Art. 97, Nr. 3; *BIZR*, 1, sh. 20, Nr. 16. Yine *Becker* (Art. 112, Nr. 19) işletmeyi satın alanın da mevcut rekabet memnuiyetinden faydalanamayacağı mânası çıkarılabilecek beyanlarda bulunmakta, burada alelâde bir şeyin satışı değil, külli bir halefiyet bulunduğunu gözden kaçırmaktadır.

(125) Bk. *Wagner*, sh. 45 - 48, 68 - 69. *Civ* 12 kasım 1884, S. 86, 1, 149, D. 85, 1, 357 (*Planioi - Ripert - Esmein*, t. 6, sh. 422 not 5).



## § 2, 1

ranti mukavelesinde de fiili taahhiit edilen şahıs, bu taahhüde göre üçüncü şahıs vaziyetindedir.

## § 2 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİ İLE ALÂKALI MESELELERİN UMUMİ OLARAK VAZ'I

### I — Akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi.

Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların tahdidi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bundan evvelki paragrafta belirttiğimiz veçhile, akit dışı mes'uliyette, dolayısıyla zarar gören şahıslar, başka bir deyimle, ihlâl edilen hukuk kaidesinin doğrudan doğruya himayeyi istihdaf etmediği şahıslar, kaideten tazminat talebinde bulunamazlar. Ancak bizzat kanun vazı, adam ölmesi halinde yardımcıdan mahrum kalanlar lehine, bu kaideye bir istisna tanımak lüzumunu hissetmiştir (1). Bundan başka, hukuken korunan şahsî veya mamelekî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen şahsın, bu varlığından bir akit mucibince faydalanacak olan üçüncü şahısların, yani mağdurun bazı alacaklılarının da muayyen hudutlar dahilinde, haksız fiil failinden tazminat isteyebilmesi yolunda görüşler ortaya atılmakta (2), hatta bu görüşler Fransız hukukunda bir kısım mahkeme içtihatlarınca da teyid edilmiş bulunmaktadır (3). Bu gibi vaziyetlerde üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi nisbî hakların ihlâlinin BK. md. 41 e müstenid bir tazminat talebine yol açabilip açamayacağı meselesi ile tedahül etmektedir. Akit dışı mes'uliyette, üçüncü şahsın nisbî hakkının ihlâlinin hususî bir şekli, bu hak dolayısıyla teslimi gereken şeyin, bir haksız fiil neticesinde hasara uğratılması veya yok edilmesi ve şeyin maliki olan borçlunun, haksız fiilden doğan tazminat alacağına nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan teslim alacaklısına hasarın intikal etmiş olması dolayısıyla, tazmin edilecek menfaatinin bulunmamasıdır;

(1) Bk. aşağıda § 4, I.

(2) Bk. aşağıda § 8, not 96-101 ve 299 a ait metin; Reinhardt sh. 96 ve 128.

(3) Bk. yukarıda § 1, I, 6.

## § 2, I

bu takdirde, bizzat teslim hususundaki alacaklının da hakkının nisbî mahiyet taşıması yüzünden, haksız fiil failinden tazminat isteyememesi gibi hakkaniyete aykırı bir netice ortaya çıkmaktadır (4).

Hulâsa, akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ,dolayısıyla zarar gören şahısların tazminat talebinde bulunmalarının caiz olmadığı kaidesine ne gibi istisnalar tanımak gerektiği ve bu istisnaların hududunun nasıl tâyin edileceği suretinde kendini göstermektedir. Burada kullanılan «üçüncü şahıs» tabirinin yerinde olup olmadığı münakaşa edilebilir. Filhakika akit dışı mes'uliyette, hukukî varlıkları doğrudan doğruya ihlâl edilen şahıs da, mes'ul olan şahsa nisbetle üçüncü şahıs vaziyetindedir; aralarında önceden mevcut bir münasebetin ihlâli bahis mevzuu değildir (5). Şu kadar ki, mağdur, hukukî varlığı ihlâl edilip zarara uğrayınca tazminat alacaklısı vaziyetine girer; işte dolayısıyla zarar gören şahıs, bu *tazminat alacağına vücut veren borç münasebeti bakımından*, üçüncü şahıs sıfatını taşımaktadır; zira o, bu borç münasebetinde taraf değildir ve bu borç münasebetine müsteniden kaideten bir hak iddia edemez. Binaenaleyh üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin yalnız akdî mes'uliyete has olmayıp akit dışı mes'uliyette de bahis mevzuu olduğu umumiyetle kabul edilmektedir (6).

Doktrinde hâkim olan kanaatin aksini müdafaa eden Staudinger - Werner'e göre (7), haksız fiillerde, dolayısıyla zarar gören şahsın zararının tazminine cevaz olmadığı kaidesine, BGB § 844 f. II ve § 845 de (8) kanunen tanınmış istisnalardan başka istisna kabul

(4) Bk. aşağıda s 6, II.

(5) Tandoğan. Mes'uliyet Hukuku, sh. 5 - 7.

(6) Reinhardt, sh. 6, 128 - 129; Esser, sh. 179 - 180; Tägert, sh. 2; Weimar, Juristische Rundschau. 1950, sh. 374 - 375; Enneccerus - Lehmann, § 17, I, 2 e; H. Fischer, sh. 81; Burkhardt, sh. 36 vd.; Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 270 ve 275; Wilburg, Jher. Jb. 82, sh. 112 vd. Kunze, sh. 1; Naumburg, JW, 1927, sh. 1144. İsviçre hukukunda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, şimdiye kadar sadece akdî mes'uliyet bakımından mütalâa edilmiştir; yalnız Justin Thorens «Le dommage causé à un tiers» adlı doktora tezinde (sh. 101 - 102) mezkûr meseleyi akit dışı mes'uliyet bakımından da ele almaktadır.

(7) Vorbem. zu s 249 - 255, Nr. 99.

(8) Bu hükümler için bk. aşağıda s 4, I, ve 4.

## § 2, I

edilemez; binaenaleyh, akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi bahis mevzuu olamaz (9). Bu müellif, görüşüne mesnet olarak Alman Temyiz Mahkemesinin yeni bir kararını (10) zikretmekte ise de, Yüksek Mahkeme bu kararında (11), haksız fiillerde üçüncü şahsın zararının tazmini bahis mevzuu olup olmayacağı meselesini, hâdiseye başka yoldan hal çaresi bulunduğu için, münakaşa etmeksizin vazetmekle iktifa eylemiştir.

Bazı müellifler de (12) üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin haksız fiiller sahasında da ortaya çıkabileceğini kabul etmekle beraber, bu sahada mezkûr zararın tazminine cevaz olmadığını beyan eylemektedirler. Bu, mezkûr müelliflerin üçüncü şahsın zararının tazminini akdin tamamlayıcı tefsirine istinad ettiren nazariyelerinin tabii neticesidir (13).

## II — Akdi mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi.

Akdi mes'uliyet sahasında da, tazminat talebine salâhiyetli şahıslar akitlerin nisbiliği prensibi mucibince tahdit edilmiş bulunmakta, akdin ihlâlinden zarar gören üçüncü şahıslar tazminat isteyememektedirler. Ancak, bu sahada da, üçüncü şahsın tazminat isteyememesi kaidesine, kanun tarafından bazı istisnalar getirilmiştir (14). Bundan başka, bazan borçlunun akde muhalif hareketi, aynı zamanda onun üçüncü şahsa karşı da akit dışı mes'uliyetini mucip bir hal teşkil edebilir (15). Diğer taraftan, borçlunun akde muhalif hareketi dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıs, bir takım hallerde, kendisine karşı mes'ul olan alacaklıdan tazminat isteyebilir (16). Bazan da, üçüncü şahsın zararını, BK. md. 51 mucibince borçluya karşı haiz olduğu bir rücu alacağıyla karşılması veya alacaklıya kanunen halef olması da mümkündür (17). Üçüncü şahsın,

(9) Benzer fikirde Kluckhohn, ACP 111 (1913), sh. 406, 419 - 438.

(10) BGHZ, 7, sh. 30 vd.

(11) BGHZ, 7, sh. 57.

(12) Rodig, sh. 2 ve 49 - 50; Schott, sh. 61 - 63; Nebelsieck, sh. 75 vd.; Kunze, sh. 1 ve 128.

(13) Bk. aşağıda § 8, not 202 - 205 ve bunlara ait metin.

(14) Bk. aşağıda § 4.

(15) Bk. aşağıda s. 3, II.

(16) Bk. aşağıda s. 3, I.

(17) Bk. aşağıda § 3, III.

## § 2, II, III

borçlunun akde muhalif hareketinden dolayı uğradığı zararı bir kanun hükmüne müsteniden tazmin ettirebilmesinin münakaşalı olduğu bir kısım hallerde de (18), bu zararın tazmini imkânının kabul edilmesi hakkaniyete uygun görülmektedir (19).

Böylece ,akdî mes'uliyette de üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, akde taraf olmayanların tazminat talebinde bulunamayacakları kaidesine ait istisnaların hudutlarını tesbitle alâkalı bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

### III — Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin geniş ve dar mânaları.

Gerek akit dışı, gerek akdî mes'uliyette, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, geniş mânasında, üçüncü şahısların tazminat talebinde bulunamamalarının kanunda derpiş edilmiş olan ve olmayan bütün istisnalarını içine alır. Buna mukabil ,dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, üçüncü şahsın zararının mevcut kanunî hükümlere ve kanunda ifadesini bulan umumî esaslara müracaat ederek tazmini imkânı bulunmayan hallerde bir çare bulmak meselesi şeklinde tezahür eder (20); başka bir deyimle, bu mesele, dar ve hakikî mânasında, üçüncü şahsın zararının kanunda derpiş edilmeyen bazı hallerde de tazmini için, mevcut müesseselere kıyasen veya onlardan müstakil olarak, umumî bir nazariye, umumî bir hal tarzı bulunup bulunamayacağı (21) ve böyle bir hal tarzına lüzum olup olmadığı (22) meselesi olarak tecessül eder. Hattâ bazı müelliflerde (23), üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini, yalnız tazminat talebine salâhiyetli olan alacaklının tazmin edilecek bir menfaatinin bulunmadığı, buna mukabil, zarara uğrayan üçüncü şahsın da tazminat talebine salâhiyet-

---

(18) Bk. aşağıda § 6.

(19) Bk. aşağıda § 7 ve 8 deki nazariyeler.

(20) Esser, s 50, 6: «engerer Problem des Drittschadens». Karş. Thorens, sh. 31 - 32.

(21) Bu mevzudaki nazariyeler için bk. aşağıda § 7 ve 8.

(22) Bu hususta aşağıda Netice kısmına bk. Friedrich (sh. 86 - 89), iş-çiye hukukunda böyle umumî bir hal tarzına lüzum olmadığı neticesine varmaktadır.

(23) Bu cümleden olarak bk. Esser, s 50, 7.

## § 2, III, IV

li olmadığı, fakat üçüncü şahsın bu zararının tazmin edilmesinin hakkaniyet icabı olduğu hallerin incelenmesine (24) hasretmek temayülü görülmektedir.

### IV — Zarar ve tazminatın muhteva ve şümulünün tâyininde alacaklının veya üçüncü şahsın menfaatinin nazara alınması.

Umumiyetle zarar, mağdurun mamelekinin zarar verici vakianın husule gelmesinden sonraki vaziyetiyle, bu vakia ortaya çıkmasaydı arzedeceği vaziyet arasındaki fark, tazminat da bu farkı ortadan kaldırmağa, mutazarrırın iktisadî vaziyetini kıymet itibarıyla mümkün mertebe eski haline irca etmeğe yarayan bir vasıta olarak tarif edilmektedir (25). Zararın, mutazarrırın zarar verici hâdisenin husule gelmemesine müteallik menfaati suretinde ifade edildiği de vakidir (26); bu takdirde, tazminatın da bahis mevzuu menfaatin karşılanmasından ibaret olduğu söylenebilir. Akdî mes'uliyette, alacaklının zararını, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmesinde mamelekinin arzettiği vaziyetle, borç gereği gibi ifa edilseydi arzedeceği vaziyet arasındaki fark teşkil eder; böylece akdî mes'uliyette tazminat, alacaklının gereği gibi ifaya olan menfaatini karşılamaktadır (27).

Tazminat, mutazarrırın zarar verici hâdisenin husule gelmemesine olan menfaatini karşıladığı cihetle, tazmin edilecek zararın şümulü, kaideten, mutazarrırın sübjektif münasebetleri nazara alınarak, yani müşahhas usule göre hesaplanır (28). Başka bir deyimle, akit dışı mes'uliyette şeye müteallik zarar halinde veya akdî mes'uliyette bir edanın yerine getirilmemesi takdirinde, kaideten, sadece şeyin veya edanın objektif, mücerret değeri, piyasa değeri değil, bu şey veya edanın mutazarrırın mamelekinin diğer unsurlarıyla münasebettar olarak arzettiği kıymet, mutazarrırın o şey

(24) Bu gibi haller için bk. aşağıda s 6.

(25) Bk. Oftinger, sh. 41 - 42, 48; Barth, sh. 82 - 83; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 252 - 253, 64.

(26) Von Tuhr - Siegwart, § 12, III; Oftinger, Bd. I, sh. 44 ve 48; Oser - Schönenberger, Art. 43, Nr. 14; Barth, sh. 83; Esser, § 48, 4.

(27) Oser - Schönenberger, Art. 97, Nr. 10; Comment, sh. 111 - 112.

(28) Oftinger, Bd. I, sh. 44; Oser - Schönenberger, Art. 43, Nr. 15; von Tuhr - Siegwart, Bd. I, sh. 107 vd.; Esser, § 48, 5.

## § 2, IV

veya edaya müteallik olmak üzere başkalarıyla akdettiği mukavelelerden elde edeceği, fakat mahrum kaldığı kâr, yahut şeyi kullanamaması dolayısıyla yaptığı masraflar gibi hususlar da gözönünde tutulur.

Alman hukukunda hâkim olan görüş, tazminatın şümulünün tazminat alacaklısının menfaatine göre hesaplanması gerektiği merkezindedir (29). Bu esasın kabulü, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin hallini güçleştirmekte, hatta bu meselenin ortaya çıkmasının başlıca âmillerinden birini teşkil etmektedir. Zira bu esastan hareket edilince, hukuken korunan varlığı ihlâl edilen şahıs, alacaklı, hukuka aykırı fiilden, akde muhalefetten bizzat bir zarar görmemişse, zarara uğrayan üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek bir tazminat talebinde bulunamaz (30); üçüncü şahsa da, dolayısıyla zarar görenlerin tazminat isteyemeyecekleri ve akitlerin nisbîliği prensiplerine müsteniden, doğrudan doğruya haksız fiil failine, borçluya müracaat imkânı tanınmazsa, üçüncü şahsın zararının tazmin edilmeden kalması, onun zararına kendisinin katlanması gerekir. Böylece, tazminatın ihlâl edilen hakkın sahibinin, alacaklının menfaatine göre hesaplanması gerektiği ve üçüncü şahsın tazminat talebinde bulunamayacağı hususundaki dogmalar, alacaklılık ve zarara uğrayan şahıs olma sıfatlarının ayrıldığı hallerde, haksız fiil failinin veya akdî mükellefiyetini yerine getirmeyen borçlunun, hakkaniyete aykırı olarak tazminat ödemekten kurtulmasına yol açabilecektir (31). Bu itibarla, üçüncü şahsın zararının tazminine bir hal çaresi bulmak isteyen Alman hukukçularının büyük bir kısmı, kanunda sarıh bir hüküm olmayınca üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanıyamadıklarından, ya üçüncü şahsın menfaatini alacaklının menfaati gibi göstermeğe gayret eden nazariyeler ortaya atmakta (32), yahut da tazminatın alacaklının men-

---

(29) Tafsîlât için bk. Reinhardt, sh. 9 vd.; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 533-534; Enneccerus - Lehmann, s 17, I.

(30) Tazminat talebinde bulunabilmesi için alacaklının mamelekî bir menfaatinin mevcudiyeti şart olduğu halde, akdın muteber olarak in'ikad etmesi için alacaklının akit mevzuunu teşkil eden edada böyle bir menfaatinin bulunması zarurî değildir; keza ifaya taallük eden dâvada da ayrıca böyle bir menfaatin mevcudiyeti şartı aranmaz: bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 520-533.

(31) Bk. Reinhardt, sh. 9; Rodig, sh. 1.2.

(32) Bk. aşağıda s 7.

## § 2, IV, V

faatine göre hesaplanması dogmasından vazgeçilmesini ve alacaklının üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek de tazminat isteyebilmesini teklif etmektedirler (33).

### V — Üçüncü şahsın zararının tazminini kimin ne suretle talep edebileceği ile alâkalı meseleler.

Üçüncü şahsın zararının tazmini gerektiği esas itibariyle kabul edildi mi, ortaya yeni meseleler çıkar. Bunlardan bir kısmı, tazminat talebinde bulunmak salâhiyetinin kime bahşedileceği ve onun tarafından ne suretle ileri sürüleceği hususuyla alâkalıdır. Bu mevzuda başlıca şu hal tarzları hatıra gelebilir :

1. Mes'ul olan şahsa karşı normal olarak tazminat talebinde bulunabilecek kimseye, yani akit dışı mes'uliyette doğrudan doğruya himaye edilen hukukî varlığı ihlâl olunan kimseye ve akdi mes'uliyette alacaklıya, üçüncü şahsın zararının ödenmesi için bir tazminat talebinde bulunmak salâhiyeti bahşedilebilir (34). Bu takdirde, üçüncü şahsın tazminat talebinde bulunamayacağı kaidesi hiç olmazsa şeklen mahfuz tutulmakta, yalnız, alacaklıya, kendi menfaati kisvesi altında veya kendi menfaati yerine, üçüncü şahsın menfaatini ileri sürmek imkânı tanınmaktadır. Alacaklıya böyle bir imkânın tanındığı hallerde, Alman hukukunda bazan üçüncü şahsın zararının tazmini yerine, «üçüncü şahıs menfaatine zararın tasfiyesinden» (*Schadensliquidation im Drittinteresse yahut Schadensliquidation aus fremdem Interesse*) bahsedilmektedir (35).

Üçüncü şahsın menfaatini tasfiye için alacaklının aracılığı kabul edilince, tazminatın tam olarak üçüncü şahsın eline geçmesini sağlayacak ve alacaklının üçüncü şahıs aleyhine haksız olarak zenginleşmesini önleyecek tedbirler bulunması icap etmektedir. Bu suretle, tazminatı alacaklının kendisine mi, yoksa yalnız üçüncü şahsa ödenmek üzere mi isteyebileceği; alacaklının tazminat alacağını üçüncü şahsa temlikten imtinai halinde onu temlike icbar im-

(33) Bk. aşağıda s 8.

(34) Bk. aşağıda s 10, I.

(35) Bk. Krükmann, Kluckhohn, Möhring, Schott ve Wienke'nin Bibliyografyada zikredilen yazı veya tezleri.

kâni olup olmadığı; üçüncü şahsın alacaklıya kanunî halefiyeti hallerinin teşmilinin mümkün bulunup bulunmadığı; üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesine dair alacağın, alacaklının iflâsı halinde onun masasına dahil olup olmayacağı gibi meselelerin halli gerekmektedir (36). !

2. Alacaklının aracılığına hacet olmaksızın, bizzat üçüncü şahsa da, mes'ul olan şahsa karşı doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunmak salâhiyeti (*action directe*) tanınabilir (37). Bu takdirde, borç münasebetinin nisbîliği prensibine önemli bir istisna getirilmiş olur.

Üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanınması halinde de, alacaklının ona karşı olan hapis hakkına müteallik menfaatinin nasıl korunacağı, borçlunun alacaklı muvacehesinde haiz olduğu itiraz ve defileri üçüncü şahsa da dermeyan edip edemeyeceği gibi meseleler kendilerini gösterir.

3. Alacaklının tazminat talebini ileri sürmekten veya üçüncü şahsa temlikten imtinayı veya iflâsı gibi hallere münhasır olmak üzere üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak suretinde ortalama bir hal tarzı da bahis mevzuu olabilir (38). Ancak böyle bir hal tarzına mer'î hukuk sisteminde mesnet bulunup bulunamayacağı meselesi münakaşalıdır.

#### VI — Üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutlarına müteallik meseleler.

Üçüncü şahsın zararının tazmini esas itibariyle kabul edildikten sonra ortaya çıkan bir başka meseleler grubu da, karşılanacak zararın şümulünün ve zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların şahsının tahdidine taallük eder.

Hukuken korunan varlığı ihlâl edilmeyen ve alacaklı durumunda olmayan üçüncü şahsın zarar verici vakıanın husule gelmesine olan menfaati, hakkı ihlâl edilen kimsenin, alacaklının normal

---

(36) Bk. aşağıda § 10, I, 2.5.

(37) Bk. aşağıda § 10, II.

(38) Bk. aşağıda § 10, II, 2.



## § 2, VI, VII

olarak aynı hususta sahip olabileceği menfaatten daha şümillü olabilir; tazminat borçlusu üçüncü şahsın daha şümillü olan bu menfaatini de karşılamağa mecbur mudur (39) ? Tazminat, zarar verilen şeyin veya yerine getirilmeyen edanın objektif kıymetiyle yahut alacaklının normal olarak bu şey veya edaya taallük edecek menfaati miktarıyla tahdit edilmeli midir ? Borçlu, şeyde veya edada üçüncü şahsın menfaatinin bulunduğunu bilmeseyse veya bilemeyecek vaziyette olsa dahi, bu menfaatin ihlâlinden doğan zararı telâfi ile mükellef tutulmalı mıdır (40) ?

Diğer taraftan, bazan hukukî varlığı ihlâl edilen şahsın bu varlığıyla, alacaklıya yapılacak eda ile, bu varlık veya edaya taallük eden zincirleme akitlerin (41) mevcudiyeti dolayısıyla müteaddit üçüncü şahıslar alâkalı olabilir ve hatta bunların ayrı ayrı zarara uğramış olmaları ihtimali tahakkuk edebilir. Bu takdirde, yalnız tazminat alacaklısına doğrudan doğruya bağlı olan üçüncü şahsın zararının mı, yoksa bu üçüncü şahısla münasebettar olan diğer üçüncü şahısların zararlarının da mı tazmini gerektiği meselesi meydana çıkar (42).

Bazan da, ilk alacaklıya zincirleme akitlerle bağlı olmamakla beraber, ona yapılan edayla herhangi bir surette temasa girmeleri dolayısıyla bu edanın gereği gibi yerine getirilmemesinden çeşitli üçüncü şahıslar zarar görebilir; edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören bu üçüncü şahısların (43) hepsinin mi, bir kısmının mı, bir kısmınınsa hangilerinin zararının tazmini gerektiği meselesi (44) de, tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli üçüncü şahısların sahasını tahdit ile alâkalıdır.

## VII — Meselelerin hallinde takip edilecek usul ve sıra.

Üçüncü şahsın zararının tazmini ile alâkalı meselelerin meydana çıkmasına sebep olan prensiplerin izahına ve bahsi geçen mese-

---

(39) Bk. aşağıda s 9, I, 1-2.

(40) Bk. aşağıda s 9, I, 3-4.

(41) Bu akitler hususunda bk. aşağıda s 6, V.

(42) Bk. aşağıda s 9, II, 3.

(43) Bk. aşağıda s 6, IV.

(44) Bk. aşağıda s 9, II, 2.

lelerin umumî olarak vaz'ına tahsis ettiğimiz Giriş kısmından sonra, kitabımızın Birinci Kısımında üçüncü şahsın zararının tazmini için mevcut kanunî hüküm ve müesseselerden faydalanmak imkânları araştırılmaktadır. Evvelâ, üçüncü şahsın zararını tazmin için umumî mahiyetteki esaslara ve kanunî hükümlere ne nisbette istinad edilebileceği hususu, bunu takiben, böyle bir zararın tazminini bilhassa derpiş eden hususî mahiyetteki hükümler incelenmekte, nihayet üçüncü şahsın zararının mevcut kanun hükümlerine müsteniden tazmini imkânının şüpheli olduğu haller, yani dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin (45) kendisini gösterdiği haller üzerinde durulmakta, bu haller bir takım kategoriler içinde toplanarak sistematize edilmeğe çalışılmaktadır. Kanunî imkânların araştırılmasında, bilhassa Türk - İsviçre ve üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunun en çok işlendiği Alman hukuku üzerinde durulmuştur. Kanuna dayanma imkânının şüpheli olduğu, hatta bulunmadığı hallerde Fransız ve Anglo - Sakson hukuk sistemlerindeki farklı ve çoğu defa Türk - İsviçre ve Alman Hukukundaki müşküllerin ortaya çıkmasını önleyici hal tarzlarına da işaret olunmuş ve bunlardan ne nisbette ilham alınabileceği münakaşa edilmiştir.

Kitabımızın İkinci Kısımında, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli hususunda bilhassa Alman hukukçuları tarafından ileri sürülen, kısmen İsviçre müellifleri tarafından da iktibas edilen nazariyeler tasnif, izah ve tenkid edilmektedir. Bu nazariyelerin büyük bir kısmı Türk - İsviçre hukuku için de tatbik kabiliyetini haizdir.

Üçüncü Kısım, üçüncü şahsın zararının tazmini esas itibariyle kabul edilince, tazminat talebinin ne suretle gerçekleştirileceği hususuyla alâkalı meselelerin halline tahsis edilmiştir. Bu kısımda tazminatın muhteva ve zararı tazmin edilecek şahısların sahası bakımlarından tahdidi, tazminat talebinin kim tarafından ne suretle ileri sürüleceği incelenmektedir.

Kitabın sonunda yer alan Netice Kısımında, üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda umumî bir hal tarzı konulup konulmayacağı, bu mevzu ile alâkalı meselelerin başka yollardan halledilip edilemeyeceği, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini

---

(45) Bk. yukarıda III.

## § 2, VII

meselesinin kendisini gösterdiği hallerin başlıca kategorileri için nasıl çareler bulunması gerektiği hususundaki fikirlerimiz belirtilmektedir.

Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, daima en az üç şahsın mevcudiyetini tazammun etmektedir :

1. Akit dışı mes'uliyette hukuken korunan varlığı ihlâl edilen şahıs veya akdî mes'uliyette alacaklı. Gerek akit dışı, gerek akdî mes'uliyette bu şahıs, normal olarak tazminat istemeğe *salâhiyetli* olan kimsedir; bu itibarla, onu bundan sonraki incelemelerimizde kısaca ifade etmek istediğimiz zaman «S» harfiyle göstereceğiz.

2. Akit dışı ve akdî mes'uliyette mes'ul olan şahıs. Bu şahıs haksız fiil faili, objektif olarak mes'ul olan şahıs yahut akdî borcunu yerine getirmeyen kimsedir, kısaca tazminat borçlusudur. Bu şahıs da «T» harfiyle ifade edeceğiz (46).

3. Bir kimsenin hukuken korunan varlığının ihlâlinden veya bir borcun yerine getirilmemesinden dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıs. Bu *üçüncü* şahıs için de «Ü» harfi kullanılacaktır. Zincirleme akitlerde olduğu gibi birden fazla üçüncü şahsın bulunduğu hallerde bunlar, Ü<sub>1</sub>, Ü<sub>2</sub>, Ü<sub>3</sub>... şeklinde gösterilecektir.

---

(46) Mutad olduğu şekilde tazminat alacaklısını «A» ve tazminat borçlusunu da «B» harfiyle göstermek düşünülebilirse de, tazminat alacaklısı çoğu defa aynı zamanda üçüncü şahsın borçlusu ve üçüncü şahıs da onun alacaklısı vaziyetindedir; bu itibarla A ve B harfleri karışıklığa yol açabilir. «T» harfi hem S ve Ü ye yakınlığı, hem de akit dışı mes'uliyette *tecavüzde* bulunana fade ettiği için kullanılmıştır; gerçi mes'ul olan şahıs «M» harfiyle de ifade edilebilirdi; ancak umumiyetle «M» harfi mağdur veya mutazarrır karşılığı olarak kullanılmaktadır.

## KISIM I.

### ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİ İÇİN MEVCUT KANUN HÜKÜMLERİNE İSTİNAD ETME İMKÂNLARI

#### § 3 — UMUMİ MAHİYETTEKİ ESASLARA VE HÜKÜMLERE İSTİNAD ETME İMKÂNLARI

##### I — Alacaklının üçüncü şahsa karşı mes'ul olduğu haller (Haftungsinteresse).

###### 1. Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat ve buna dair misaller.

Bazı hallerde üçüncü şahsın zararı, alacaklı ona karşı bu zararı tazminle mükellef olduğu cihetle ,aynı zamanda alacaklı için de bir zarar teşkil eder; bu takdirde, alacaklı, üçüncü şahsın menfaatini, kendisinin mes'uliyetten kurtulmasına müteallik menfaati (*Haftungsinteresse*) olarak ileri sürebilir (1). Bu gibi hallerin neler olduğunu misallerle izaha çalışalım.

Evvelâ, akdî mes'uliyetle alâkalı bir kaç misal alalım :

S, T ile nev'an muayyen bazı malları kendisine satması hususunda bir mukavele yapıyor ve daha sonra da aynı malları Ü ye satmağı taahhüt ediyor. T malları vaktinde S ye teslim etmiyor ve S nin de Ü ye karşı mütemerrid duruma düşmesine sebebiyet veri-

---

(1) Alacaklının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati hakkında bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 537-538, 541-544; von Tuhr - Siegwart 2. Halbband, sh. 551; Friedrich, sh. 76; Barth, sh. 85; Becker Art. 97, Nr. 47; Rodig. sh. 4-5; Schott, sh. 9-10; Reinhardt, sh. 14 vd.; Esser § 50, 5; Enneccerus - Lehmann, II, § 17, I, 2, a (sog koinzidierendes Haftungsinteresse); Kunze, sh. 9-12.

### § 3, I

yor. Mallar vaktinde teslim edilseydi Ü nün mamelekinin aktifinde bir çoğalma husule gelecekti; bu çoğalmanın vuku bulmaması dolayısıyla Ü zarara uğramaktadır; S de temerrüdü dolayısıyla Ü ye tazminat vermekle mükellef olduğundan, bu tazminat borcu onun mamelekinin pasifinde bir çoğalma husule getirerek zararını mucip olmaktadır. Ü ile T arasında bir münasebet bulunmadığı için Ü, T den tazminat isteyemez; ancak kendisine borçlu ve T nin de alacaklısı olan S den tazminat talebinde bulunabilir; S de bu yüzden uğradığı zararın tazminini kendi borçlusu olan T den talep edebilir. Böylece S nin talebinde, Ü nün ifaya olan menfaati ile S nin mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaati bir araya gelmekte, birbirine tetabuk etmektedir (2).

Diğer bir misal : S, Ü ile yaptığı mukaveleden doğan borcun ifasını bir yardımcı şahsa, meselâ yanında çalışan usta T ye tevdi ediyor. T borcu gereği gibi ifa etmiyor ve Ü bu yüzden zarara uğruyor. Ü, BK. md. 100 mucibince S den tazminat isteyebilir; fakat aralarında akdi bir münasebet mevcut olmadığı için yardımcı şahıs T ye karşı akde müstenid bir tazminat talebi dermeyan edemez; fakat S, kendisine hizmet akdiyle bağlı bulunan T den bu akde binaen tazminat talep edebilir; S nin bu tazminat talebinde, Ü nün gereği gibi ifaya olan menfaatini, S nin Ü ye karşı olan mes'uliyetten kurtulmak hususundaki menfaati karşılamaktadır.

Alman hukukunda, üçüncü şahsın zararının tazmininin kolaylaştırılması için yardımcı şahıs mefhumunun geniş tutulması temayülü görülmektedir (3). Ezcümle hazır şeylerin imalâtçıları, bu şeylerin tehlikeden arı olduğunu kontrol mükellefiyeti bakımından, bunları satan tüccarın yardımcı şahsı olarak addolunmaktadır; meselâ bir elektrik yastığı veya elektrikle işleyen tedavi aleti, imalâtçı tarafından satıcıya garantili ve kapalı olarak, ambalaj içinde teslim edilmiş olsa ve satıcının bu aletleri kontrol imkânı, binaenaleyh kusuru bulunmasa dahi, satıcı, müşterinin zararından

---

(2) Ü nün ifaya olan menfaati, S ile T nin akit yaptıkları anda mevcut olabileceği gibi, sonradan da ortaya çıkabilir (Von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), s. 539). Ezcümle S, Ü ye sattığı malları tedarik için T ile mukavele yapabileceği gibi T ile bazı malları kendisine satması hususunda anlaştıktan sonra, bu malları Ü ye satmak hususunda Ü ile mutabık kalabilir.

(3) Esser, s 50, 5, b; BGH, NJW, 1955, 257; RGZ, 170, 246.

(meselâ voltajın yanlış gösterilmiş olması yüzünden uğradığı zarardan) mes'ul tutulmaktadır; zira satıcı, şeyi kontrol mükellefiyeti bakımından kendisinin yardımcısı vaziyetinde olan imalâtçının fiilinden BGB § 278 (BK. md. 100) mucibince mes'uldür denilmektedir; bittabi satıcının da mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatini imalâtçıya karşı ileri sürmesi mümkündür.

Umumiyetle iş görmeyi mutazammın akitlerde iş görme borçlusu (S), akit buna cevaz vermediği halde, yerine başkasını (T) yi ikame ederse, işin kaim olan şahıs (T) tarafından iyi görülmemesinden, iş sahibine (Ü) ye karşı mes'ul olur. S nin T den, kendisinin Ü ye karşı mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatini tazmin etmesini istemeğe hakkı vardır (4).

Bir başka misal: S, Ü ye ait bir şeyin bir alacak hakkına müsteniden ziyedir; meselâ bu şeyi kiralamış, âriyet almış veya şey muhafaza etmesi için kendisine tevdi edilmiştir. S, Ü ile arasındaki akde muhalif olarak bu şeyin kullanılmasını veya muhafazasını T ye bırakıyor; T de S ile yaptığı mukavelede kendisine yüklediği mükellefiyetlerden birine aykırı hareket ederek şeyi hasara uğrattıyor; Ü, T nin fiili aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmedikçe ondan doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunamaz; fakat şeyi aralarındaki mukaveleye aykırı olarak T ye verdiği için S den tazminat isteyebilir; S de bu tazminat mükellefiyeti kendisi için bir zarar teşkil ettiğinden, kendi borçlusu olan T den akde muhalif hareketi dolayısıyla sebebiyet verdiği bu zararının tazminini talep edebilir; S nin bu talebinde, Ü nün şeyin hasara uğramasına olan menfaati ile S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati telâhuk etmektedir (5).

(4) Vekâlet akdiyle alâkalı BK. md. 399 f. III, tevziz edilmeyen ikame halinde dahi müvekkile, kaim olan şahsa karşı doğrudan doğruya dâva açmak imkânını bahşetmektedir. Bk. aşağıda s 4, II, 2.

(5) Federal Mahkeme tarafından karara bağlanan bir dâvada (BGE 81 II 129 yahut JdT, 1955, sh. 525 vd., «Magazzini generali SA et CFF c. Casteletti SA et dame Erker»), bir şahıs (S) (Casteletti SA) kendisine muhafaza için bırakılan emtiayı, Umumî Mağazalar A. Ş. nin (T<sub>1</sub> in) İsviçre Demiryolları İdaresinden (T<sub>2</sub>) kiraladığı bir antrepoya koymuş, antreponun bakımsızlığı yüzünden sızan sular emtianın bozulmasını mucip olmuştu; Federal Mahkeme bu hâdisede Casteletti SA nın (S nin) emtianın malikine karşı (dame Erker) (Ü) mes'ul olduğunu beyan etmekte, ancak bu mes'uliyetin mucip sebebi,

### § 3, I

Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat bir garanti mukavesesine de dayanabilir; meselâ, S, kendisine borçlu olan T nin akde uygun hareket edeceğini bu akdin icrasında menfaati olan Ü ye garanti etmişse, T nin akde muhalefetinden dolayı Ü nün zarara uğraması halinde, S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati ortaya çıkar; zira S, fiilini garanti ettiği T nin bu fiili yapmamasından dolayı Ü ye karşı tazminatla mükellef olur.

Tazminat talebinin akit dışı mes'uliyetten doğduğu bazı hallerde de mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat kendini gösterebilir; ancak bu gibi hallerde, mezkûr menfaat akdî mes'uliyette olduğu kadar ehemmiyet arzetmez. Ezcümle bir şahsın (S) bir alacak hakkına binaen zilyedi olduğu ve malike (Ü ye) iade ile mükellef bulunduğu şeyi, başka bir şahsın (T nin) haksız fiiliyle telef etmesi halinde, S şeyi Ü ye, yani malike iade edememesi dolayısıyla mes'ul olacak ise, zilyedliğinin ihlâline binaen, mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek T den tazminat isteyebilir; şu kadar ki, malik Ü de mülkiyet hakkına müsteniden T ye karşı tazminat dâvası açmış bulunuyorsa, artık S nin dâvasının pratik bir faydası yoktur; zira, S, tazminatın Ü ye ödenmesini veya Ü ye verilmek üzere kendisine ödenmesini isteyecektir; Ü nün açtığı dâva ise doğrudan doğruya bu maksadın, yani tazminatın Ü ye ödenmesinin gerçekleşmesini sağlar. Bu itibarla, malik de dâva açtığı takdirde, Federal Mahkeme'ye göre (6), alacak hakkına binaen zilyed olanın tazminat dâvası reddolunmalıdır. Verdiğimiz misalde, gerek S nin, gerek Ü nün dâvası akit dışı mes'uliyete dayanmaktadır. Halbuki T nin S ye karşı akdî mükellefi-

---

yani S nin akdî bir kusurunun olup olmadığı ve varsa ne olduğu karardan anlaşılammaktadır. (Bu hususta tafsilât ve kararın tenkidi için bk. Thorens, sh. 40-41); Federal Mahkeme bu kararında S nin mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatini ileri sürerek T, e (Umumî Mağazalar A. Ş.) ne karşı tazminat dâvası açabileceğini ve tazminatın, emtianın malikine (Ü ye) ödenmesini isteyebileceğini kabul etmiştir.

- (6) Yukarıda not 5 de zikredilen hâdisede Casteletti S.A. (S) ve emtianın maliki (Ü), İsviçre Demiryolları İdaresine (T<sub>2</sub> ye) karşı da bina maliki olması hasebiyle BK. md. 58 e müstenid tazminat dâvası açmışlardı; her iki dâva da böylece akit dışı mes'uliyete dayanmakta idi. Federal Mahkeme, metinde zikrettiğimiz mülâhaza ile Casteletti S. A. nın (S nin) dâvasını reddetmiştir.

### § 3, I

yetini yerine getirmeyerek şeye zarar verdiği hallerde S nin dâvası, bahsi geçen akde muhalefetin aynı zamanda Ü ye karşı bir haksız fiil teşkil etmesi takdirinde pratik kıymet arzeder (7). Bundan başka, malik Ü nün de haksız fiile müstenid dâva açmak imkânı olsa bile, S nin akde müstenid dâvası, müruruzaman vesair bakımlardan pratik kıymet taşıyabilir.

#### 2. Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatin neveleri.

Von Tuhr (8), mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati, bunu ileri sürenin, yani S nin, mes'uliyetinin derecesine göre ikiye ayırmaktadır (9) :

a) Eğer S, borçlusu T nin fiillerinden Ü ye karşı mutlak surette mes'ul ise, başka bir deyimle kurtuluş beyyinesi getirmeğe hakkı yoksa, onun mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati mutlaktır. Yukarıda verdiğimiz misallerin ilkinde, T den alacağı malları Ü ye satan S, T nin gecikmesinde kendisinin bir kusuru olmadığını isbat etse dahi yine mes'ul olacaktır (10); yardımcı şahsın veya caiz olmayan surette kendi yerine ikame edilen kimse- nin fiillerinden mes'uliyet hallerinde de S nin yardımcı şahsı veya kaim olan şahsı seçmekte, ona talimat vermekte veya nezaret etmekte kusuru olmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulması kabil değildir (10 a).

---

(7) Ek. aşağıda s 6, III, 1.

(8) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 538.

(9) Alman hukukunda Kunze (sh. 10) ve İsviçre hukukunda Pestalozzi (sh. 172 not 170) aynı tasnife iltihak etmektedirler.

(10) Bu bilhassa nev'an muayyen şeylerin satışında böyle olacaktır. Eğer S, T den ferdin muayyen bir şey satın alıp teslimden önce bunu Ü ye satmışsa, şey T nin kusuruyla telef olur ve eda imkânsız hale gelirse, S bu imkânsızlıktan Ü ye karşı mes'ul olmaz; binaenaleyh, bu takdirde S nin mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaati ortaya çıkmaz. (von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 538, not 27). Hasar da Ü ye intikal etmiş bulunduğundan Ü nün ne S den, ve T nin kusuru sadece akdî mahiyet taşıyorsa, ne de T den tazminat talep edemesi gibi bir vaziyet ortaya çıkabilir. Bu sonuncu mesele hakkında bk. aşağıda s 6, II.

(10 a) Bununla beraber, yardımcı şahsın fiilinden dolayı mes'uliyetten kurtulma hakkında bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 444-445.



### § 3, I

b) Buna mukabil S, T nin fiilinden, yalnız kendisinin müstereken âmîl olan kusuru halinde mes'ul ise, mes'uliyeti nisbîdir. Ezcümle vekâlet akdinde, S, yerine caiz olan surette başkasını ikame etmiş ise, kaim olan şahsın (T nin), müvekkile (Ü ye) ika ettiği zarardan, ancak bu şahsı (T yi) seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru olmadığını isbat edemezse mes'ul olur. Keza bir şeyi iade ile mükellef borçlu (S), bu şeyin kendisi ile münasebeti olmayan bir başkası (T) tarafından tahrip edilmesi halinde, malik Ü ye karşı, aralarındaki akdin gerektirdiği ihtimamı göstermesine rağmen şeyin T tarafından tahrip edildiğini isbat ederek mes'uliyetten kurtulabilir; yani S nin Ü ye karşı olan mes'uliyeti kendisinin akdî kusurunun bulunmadığını isbat edip edememesine bağlıdır.

#### 3. Tazminatın tarzı.

S nin T ye karşı mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatini ileri sürerek açtığı tazminat dâvasında hükmedilecek tazminatın tarzının ne olacağı tereddütlere yol açabilir : S nin Ü ye ödemesi lâzım gelen tazminat miktarı kadar bir meblâğı T nin S ye yahut Ü ye ödemesine mi hükmolunmalı mıdır; yoksa T nin S yi Ü ye karşı olan tazminat borcundan kurtarmasına mı hükmolunmalıdır ? Alman Mahkemelerinin bazı kararlarında (11) birinci, bazılarında da (12) ikinci hal tarzı kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de (13) muayyen meblâğın Ü ye ödenmesi şeklindeki hal tarzına taraftar görünmektedir. Von Tuhr (14), burada en uygun tazmin tarzının, T nin S yi Ü ye karşı olan tazminat borcundan kurtarması şeklinde olduğu fikrini müdafaa etmektedir. Bu hal tarzı, S ye sonradan Ü ye verilmek üzere muayyen bir meblâğ ödenmesinde baş gösterebilecek olan S nin bu meblâğı Ü ye vermemesi tehlikesini bertaraf ettiği gibi, S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatinin nisbî bulunduğu hallerde (15), borçtan

(11) ROHG, Entscheidungen, Bd. I, Nr. 6; Bd. III, Nr. 45; Bd. XII, Nr. 88; Bd. XIII, Nr. 3; Bd. XV, Nr. 19; Bd. XVIII, Nr. 22 (von Tuhr, Grünhuts Z 25 (1898), sh. 542 not 31).

(12) ROHG, Bd. XVII, Nr. 83.

(13) BGE 81 II 132 yahut Jd T. 1955, sh. 528.

(14) Grünhuts Z., 25 (1898), sh. 541-544; von Tuhr - Siegwart, s 15, not 4. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s 14, not 9 a ait metne de bk.

(15) Bk. yukarıda 2, b.

### § 3, I, II

kurtarma yerine muayyen meblâğ tediyesine hükmedilmesinin doğurabileceği bazı mahzurları önlemektedir. Filhakika, S nin mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatinin nisbî olduğu hallerde, S için kurtuluş beyyinesi getirmek imkânı mevcuttur. Eğer Ü henüz S ye karşı dâva açmadan veya ona karşı açtığı dâva neticelenmeden, S, T ye karşı dâva ikame edecek olursa, hem T nin Ü ye bir zarar ika ettiğini, hem de kendisinin bu zarardan mes'ul olacağını isbat etmesi gerekir. Böylece S nin kendisinin Ü ye karşı kurtuluş beyyinesi getiremeyeceğini, yani kendi kusurunu, isbat etmesi gibi (16) garip bir vaziyet ortaya çıkacak, yahut Ü nün S ye karşı dâva açmasını ve bu dâvanın neticelenmesini beklemek icap edecektir. Halbuki S nin T ye karşı açtığı dâvada, tazminat olarak, T nin S yi Ü ye karşı doğabilecek tazminat borcundan kurtarmasına hükmolunursa, Ü nün dâvasını ve bu dâvanın neticesini beklemeye hacet kalmaz; kendisine karşı tazminat borcundan kurtarmağa dair hüküm alınan T, ileride S nin kurtuluş beyyinesini getiremeyip Ü ye tazminat ödemeğe mahkûm olması halinde, bu tazminat borcunu üzerine almağa veya tediye mecbur edilebilir (17). Eğer hem Ü, S ye, hem de S, T ye karşı dâva açmışsa, bu dâvaların birleştirilmesi yoluna gidilebilir.

#### II — Akde aykırı hareket eden borçlunun bu yüzden zarar gören üçüncü şahsa karşı akit dışı mes'uliyetinin bahis mevzuu olduğu haller.

##### 1. Umumiyetle.

Bazan akdî mükellefiyetlerine aykırı hareket eden borçlunun bu hareket tarzı, aynı zamanda, üçüncü şahsa karşı BK. md. 41 anlamında bir haksız fiil teşkil edebilir; yahut bu hareket tarzı

---

(16) Meselâ vekilin caiz surette yerine başkasını ikamesi ve kaim olan şahsın müvekkile zarar vermesi halinde, müvekkil vekile karşı dâva açmadan, vekilin kaim olan şahsa karşı dâva açması halinde, vekilin hem müvekkilin zararını, hem de kendisinin kaim olan şahsi seçmekte veya ona talimat vermekte kusurlu olduğunu isbat etmesi gibi.

(17) Bittabi Ü, T nin borcu üzerine almasına rıza göstermezse, T bunu nakden ödemelidir; bu takdirde T borcu ödemedikçe S borçtan kurtulmaz. Karş. Kunze, sh. 9 not 3-4 ve bunlara ait metin

### § 3, II

neticesinde üçüncü şahsın zarar görmesinde, borçlunun akit dışı mes'uliyetini mucip olacak şartlar gerçekleşebilir (18). Bu takdirde, üçüncü şahıs, borçludan akit dışı mes'uliyete dair hükümlere tevfikân tazminat isteyebilir. Meselâ Ü ye ait bir şeyin zilyedi olan S, bu şeyi bir akit mucibince kullanılmak veya muhafaza edilmek üzere T ye verse ve T, şeyi kasden hasara uğratsa, malik Ü, T den BK. md. 41 mucibince tazminat talebinde bulunabilir. Yahut S, T nin evini kiralsasa ve S nin misafiri Ü, evin bakımsızlığı yüzünden çöken duvarın altında kalarak yaralansa, Ü, T den BK. md. 58 e binaen zararının tazminini isteyebilir (19).

Müşahede olunduğu üzere, bu gibi hallerde, umumiyetle, üçüncü şahsın akde muhalif hareket eden borçludan akit dışı mes'uliyet hükümlerine tevfikân doğrudan doğruya tazminat istemesine imkân olduğundan, üçüncü şahsın akdin hükümlerinden faydalandırılmasına cevaz olup olmadığı, onun menfaatini alacaklının ileri sürmesine imkân bulunup bulunmadığı meselelerinin incelenmesine mahal kalmaz. Fakat akdî mes'uliyete dair hükümler akit dışı mes'uliyete nisbetle ekseriya daha elverişli olduğundan (20), üçüncü şahsın akit dışı tazminat talebinin bazı sebepler (meselâ müruruzaman, borçlunun kusurunu isbat etmenin güçlüğü, yahut borçlunun istihdam eden sıfatıyla kurtuluş beyinesi getirmek imkanına sahip olması gibi haller) yüzünden akamete uğraması ihtimali mevcutsa (21) bahis mevzuu meseleler yine ortaya çıkar.

Diğer taraftan, borçlunun akde muhalif hareketi, daima aynı zamanda herkese vazife yükleyen bir hareket tarzı kaidesinin ihlâ-

- 
- (18) Karş. Friedrich, sh. 77-78; Esser, s 50, 5 a; Tägert, sh. 13-14; von Tuhr - Siegwart, 2. Halbband, sh. 552. Umumiyetle akit dışı mes'uliyetle akdî mes'uliyetin telâhuku meselesi için bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s 33; Le concours des responsabilités concontratuelle et délictuelle en droit turc, comparé avec le droit suisse, Ankara 1962.
- (19) Yukarıda not 5-6 da zikredilen Federal Mahkeme kararına mevzu teşkil eden hâdisede de, İsviçre Demiryolları İdaresinin, deposunun bakımsızlığı yüzünden, hem kira akdi, hem de BK. md. 58 mucibince mes'uliyeti bahis mevzuu idi.
- (20) Tafsilât için bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku. sh. 532-535; Concours des responsabilités, sh. 9.18.
- (21) Yahut akit dışı mes'uliyete müstenid talebi hudutlandırılmış olabilir; meselâ 6035 sayılı Trafik K. md. 50 ye müstenid tazminat talepleri sigorta hadleriyle mahduttur. Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 224-225, s 12 not 15 ve buna ait metin.

### § 3, II

lini tazammun etmeyebilir (22); meselâ T, S nin kendisine muhafaza için bıraktığı Ü ye ait şeyin hasara uğramasına, sırf akitle yüklendiği hususî bir ihtimam mükellefiyetini yerine getirmemesi yüzünden sebebiyet vermiş olabilir. Bu takdirde, üçüncü şahsın zararının tazmini için bir çare bulmak lüzumu ve alacaklının onun menfaatini ileri sürebilip süremeyeceği yahut üçüncü şahsa akde müsteniden doğrudan doğruya dâva hakkı tanımağa cevaz olup olmadığı meseleleri yine kendilerini gösterirler.

*2. Başkalarını tehlikeye maruz bırakacak bir faaliyette bulunan veya piyasaya üçüncü şahıslar için tehlikeli ayıpları havi mallar çıkaran kimsenin mes'uliyeti.*

Türk - İsviçre hukukunda, başkalarını tehlikeye maruz bırakacak surette faaliyette bulunan şahısların, bu faaliyetten bir zarar husule gelmemesi için gerekli tedbirleri almadıkları takdirde mes'ul olacakları; lüzum olmaksızın tehlikeli bir vaziyet yaratan kimsenin bu vaziyetten başkaları için doğan zararı tazmin etmesi gerektiği hususlarında yazılı olmayan hukuk kaidelerinin mevcudiyetinin mahkeme içtihadlarınca tanınması (23), akde muhalif hareket eden borçludan üçüncü şahsın akit dışı tazminat talebinde bulunabilmesi imkânlarını oldukça genişletmiştir. Filhakika, borçlunun akde muhalif hareketi üçüncü şahıslar için de bir tehlike yaratıyorsa, onların bu hareket yüzünden uğradıkları zararın tazminini BK. md. 41 e müsteniden isteyebilmeleri kabildir.

Bugün, piyasaya üçüncü şahıslar için tehlikeli ayıpları bulunan bir mal çıkaran kimsenin, üçüncü şahısların bu mal yüzünden uğrayacakları zararı tazminle mükellef olduğu gerek Alman (24), İs-

---

(22) Wahl'in fikrinde (sh. 209), akdî bir borç yüklenen kimse, işlerde câri telâkkilere göre, aynı zamanda sosyal bir görev ifa ediyorsa, onun için üçüncü şahıslara karşı da bir ihtimam mükellefiyeti doğar.

(23) Bk. BGE 82 II 28; 79 II 69; 71 II 113; 66 II 117; 64 II 260; 60 II 40; 57 II 167; 51 II 78, 520; 45 II 647 ve Oftinger, Bd. I, s 3 not 42 de zikredilen sair kararlar ve bu nota ait metin; Tem. 4 HD. 10.7.1958, E. 6571/K. 4745, Emsal, sh. 23; 4 HD. 9.1.1957, E. 4590/ K. 112, Emsal, sh. 49-50; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s 2. not 12-13, 47 ve bunlara ait metin.

(24) Esser, s 50, 5 a; Wieder, sh. 157.165; RGE 127, 18.

### § 3, II

viçre (25) ve Fransız (26) hukukunda, gerekse anglo - sakson hukuk sistemlerinde (27) kabul edilmektedir. Bahsi geçen mes'uliyet, bu malla alâkalı zincirleme akitlerin yapılması ve hatta aradaki şahısların tamamen kusursuz olması takdirinde dahi ortadan kalkmamaktadır. Meselâ zehirli bir ilâca yanlış etiket koyan fabrikanın mes'uliyeti, bunu eczacıya satan toptancı ve hastaya satan eczacı kusursuz olsun veya olmasın, vaki yanlışlığı farkedebilecek vaziyette bulunsun veya bulunmasın bakidir. Tedavüle arz edilen her malın imalâtçısı, onun tahsis cihazına uygun olarak kullanılmasını üçüncü şahıslar için tehlikeli kılan ayıplarından mes'ul olur; malın mahsus surette tehlikeli bir şey olmasına lüzum yoktur (28); meselâ bir asansör, bir tartı aleti, taşınabilir bir merdiven (29), bir dişçi koltuğu, hatta bir bekleme salonundaki kanape (30), direğe tırmanmağa yarayan bir kayış (31) ayıpları dolayısıy-

(25) BGE 64 II 260/261.

(26) Mazeaud - Tunc, t. I, no. 181, not 2 bis ve ter ve bunlara ait metin; Planiol - Ripert - Esmein, t. 6, no. 495, not 2-3 ve bunlara ait metin; Andre Brun : Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Paris 1931, sh. 255 vd.; Van Ryn : Responsabilité aquilienne et contrats, Paris 1933, sh. 210 vd. ; Ficker sh. 138-144.

(27) Anglo - sakson hukukunda bu hususta «products liability» veya «duty to take care» den bahsedilmektedir. Tafsilât için bk. Esser, s 50, 5 a; Tägert sh. 21-24; Wieder, sh. 143-157; Brake : Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und Herstellers einer mangelhaften Sache im nordamerikanischen Recht, Diss. Freiburg 1958; Bolek: Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und des Herstellers mangelhafter Waren nach englischem Recht, Diss. Freiburg 1962.

(28) İngiliz - Amerikan hukukunda önceleri «dangerous things in themselves» (bizatihi tehlikeli olan şeyler : tüfek, patlayıcı maddeler, zehirli ilâçlar gibi) ile «dangerous things in the particular case» (müshahas hâdisede tehlike arzemiş olan şeyler) arasında tefrik yapılmakta ve ikinci kategori için satıcının yalnız bunları doğrudan doğruya satın alana karşı mes'uliyeti tanınıp, üçüncü şahıslara karşı mes'uliyeti kabul edilmemekte idi. Sonradan içtihadlar, ikinci kategori şeyler için de üçüncü şahıslara karşı da mes'ul olunacağı şeklinde değişti. Bu hususta tafsilât için bk. Wieder, sh. 144-157; 166-177; Kessler, sh. 96 vd.

(29) RG in Gruch. Beitr. 60, 1011.

(30) RG in Warneyers Entscheidungen 1915, Nr. 124.

(31) BGE 64 II 254. Bu karara mevzu teşkil eden hâdisede bir elektrik tesisatçısı, direğe tırmanmağa yarayan kayışı tamire vermiş, tamirin iyi yapılmaması yüzünden, direğe çıktığı sırada kayış kopmuş ve elektrikçi yaralanmıştı. Federal Mahkeme hâdisede, montöre kar-

le bunlardan faydalanan şahıslar için zararı mucip olmuşlarsa, bunları imal eden şahıs, bu zararı haksız fiiller hakkındaki esaslara, hukukumuzda BK. md. 41 e tevfikân tazmin ile mükelleftir.

**III — Alacak haklarının ihlâlini de bir haksız fiil telâkki etmek hususundaki imkânlar.**

1. *Alacak haklarının ihlâlini BK. md. 41 f. I (BGB § 823 f. I) anlamında bir haksız fiil saymak fikri.*

Gerek Türk - İsviçre, gerek Alman hukukunda hâkim olan görüş mucibince, sübjektif haklardan sadece mutlak mahiyet taşıyanların ihlâli BK. md. 41 f. I veya BGB § 823 anlamında bir hukuka aykırılığa ve haksız fiile vücut verir (32). Buna mukabil nisbî hakların, alacak haklarının ihlâli, aynı zamanda herkese karşı vazife yükleyen bir hareket tarzı kaidelerini haleldar etmedikçe haksız fiil teşkil etmez.

Alman hukukçularından Larenz (33), dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin sadece görünüşte mevcut olan bir mesele (*Scheinproblem*) olduğunu ve BGB § 823 f. I de zikri geçen «diğer bir hak» (*sonstiges Recht*) mefhumuna alacak haklarını da ithal etmek suretiyle bu meselenin hallinin mümkün olduğunu beyan eylemiştir; filhakika mezkûr hükme göre, «başkasının hayatını, cismanî tamamîyetini, sıhhatini, hürriyetini, mülkiyetini veya *diğer bir hakkını* hukuka aykırı surette kasden veya ihmal ile ihlâl eden kimse, ona, bu yüzden doğan zararı tazmin ile mükelleftir».

---

şısı hem akit dışı hem de akdi mes'uliyetin şartlarının gerçekleştiğini kabul etmiştir; dâvada, tamir parasını elektrikçinin nezdinde çalıştığı firma ödediği cihetle, elektrikçinin istisna akdinde taraf olup olmadığı münakaşalı idi; fakat kayış elektrikçinin mülkiyetinde olduğu ve onu tamire kendisi getirdiği için, Federal Mahkeme, elektrikçiyi akitte taraf olarak kabul etmiştir; zaten elektrikçi akitte taraf olarak kabul edilmese de tamiri yapanın, başkalarının hayatını tehlikeye düşürecek surette sağlam olmayan kayış kullandığı için, elektrikçiye karşı akit dışı mes'uliyeti bahis mevzuu idi.

(32) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 21-23.

(33) Vertrag und Unrecht, Bd. II, Hamburg 1937, sh. 92.

### § 3, III

Ancak bu görüş (34), borç münasebetinin nisbîliği prensibine aykırı olduğu gibi, üçüncü şahsa akdi mes'uliyetin akit dışı mes'uliyete nisbetle daha elverişli hükümlerinden istifade etmek imkânını bahşeyememektedir. Zaten bizzat Larenz de (35), sonradan nisbî hakların ihlâlinin BGB § 823 anlamında hukuka aykırılığa meydan vereceği görüşünden esas itibariyle vazgeçmiştir.

İsviçre hukukunda da Gelpke (36), nisbî hakların ihlâlinin bazı hallerde BK. md. 41 anlamında bir haksız fiil teşkil edeceği fikrini müdafaa etmiştir. Bu fikir üzerinde daha ileride tafsilâtlı surette duracağız (37).

#### 2. BK. md. 41 f. II ye istinad etmek imkânı.

Bir haksız fiil neticesinde dolayısıyla zarar gören üçüncü şahsın bazan BK. md. 41 f. II (BGB § 826) ye istinad etmek imkânı da mevcuttur (38). Mezkûr hükümler mucibince ahlâka aykırı bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, bu zararı tazmine mecburdur. Ezcümle bir piyesin oynanmasına mani olmak ve bu suretle tiyatro idaresine zarar vermek için baş roldeki artistlerden birini yaralayan veya zorla alıkoymayan şahıstan, tiyatro idaresi zararının tazminini mezkûr hükümlere müsteniden talep edebilir (39). Yahut ta antika eşyaya meraklı bir şahsa zarar vermek kasdiyle, onun satın aldığı, fakat henüz tesellüm etmediği kıymetli vazoyu parçalayan kimseye karşı yine mezkûr hükümlere binaen vazonun alıcısı tarafından dâva açılabilir (40).

Yalnız, fiilin üçüncü şahıs muvacehesinde ahlâka aykırılığını ve failin zarar verme kasdını isbat etmek her zaman kolay olmaz.

---

(34) Larenz'in bu görüşünün tenkidi için bk. Tägert, sh. 12-13; Reinhardt, ZADR, 5 (1938), sh. 716.

(35) Lehrbuch des Schuldrechts. Ed. I, sh. 165; Bd. II, sh. 360-361.

(36) Sh. 59 vd.

(37) BK. aşağıda § 8, V, 4.

(38) Bk. Josef, ACP 113 (1915), sh. 105-113 (hayat sigortası yaptıran şahsı lehdarın öldürmesi halinde sigortacının ondan BGB § 826 ya göre tazminat isteyebileceği fikrinde).

(39) Ek. Weimar, ÖJZ, 1960, sh. 514.

(40) Karş. Tägert, sh. 43.

## 3. Zilyedliğin himayesine ve iadesine dair hükümler.

a) Alacak haklarının üçüncü şahıslara karşı dermeyeran edilemeyeceği kaidesinin bir neticesi olarak, bir şeye taallük eden alacak hakkının sahibi, o şeyin, borçlunun fiillerinden mes'ul olmadığı bir şahıs tarafından hasara uğratılması halinde, esas itibariyle, bu şahıstan tazminat isteyemeyecektir (41). Meselâ, satılan ferdan muayyen bir şeyin teslimden önce bir üçüncü şahıs tarafından tahribi halinde, hasar kendisine intikal eden alıcının ne satıcıdan, ne de üçüncü şahıstan tazminat talebinde bulunamayacağını, henüz malik vaziyetinde olan satıcının da hasar alıcıya geçtiği için bir zararının olmadığını iddia edilmesi kabildir (42).

Bununla beraber, alacak hakkı sahibinin alacağının taallük ettiği şeye zilyed olduğu hallerde, zilyedliğin himayesine dair hükümler (MK. md. 895 cümle 3, md. 896), onun şeye hasar ika eden veya şeyi alkoymak suretiyle kendisinin zararını mucip olan üçüncü şahıstan tazminat isteyebilmesine imkân bahşetmektedir (43). Ez-cümle kiracı veya âriyet alan, alacak haklarına mevzu teşkil eden şey üzerindeki zilyedliklerinin ihlâlinden dolayı üçüncü şahıstan tazminat isteyebilirler. Zilyedliğe tecavüzde bulunan şahıs, yalnız şeyin malikinin dâva açabileceği iddiasında bulunamaz; meselâ, hasılat kirasında tamiri kiracıya ait olan veya telefî halinde onun tarafından tazmini gereken (BK. md. 279 f. II) bir şeye zarar ika eden şahıs, malikin bir zararı olmadığını, hasılat kiracısının ise sadece alacaklı vaziyetinde bulunduğunu (44) ileri sürerek tazminat ödemekten kurtulamaz; hasılat kiracısı zilyedliğinin ihlâlüne müsteniden ona karşı tazminat talebinde bulunabilir (45).

b) Şeyi iade ile mükellef olan zilyedin mes'uliyetine dair hükümlere de (MK. md. 906, 908), aşağıda teferruatıyla izah edeceği-

(41) Malike karşı haksız fiil teşkil eden bu hareketten doğacak tazminat borcu münasebeti bakımından, alacaklı, üçüncü şahıs, yani dolayısıyla zarar gören şahıs vaziyetindedir.

(42) Bk. aşağıda s 6, II, 1.

(43) Bk. von Tuhr - Siegart, Erster Halbband, sh. 350; Tandoğan. Mes'uliyet Hukuku, sh. 22.

(44) Binaenaleyh haksız fiilden doğan borç münasebeti bakımından üçüncü şahıs vaziyetinde olduğunu.

(45) Karş. Tägert, sh. 11.12.



### § 3, III, IV

miz veçhile (46), bazan üçüncü şahsın zararının tazmini için istinad etmek imkânı mevcuttur.

#### IV — Üçüncü şahsın zararının tazmini için bir rücu alacağına sahip olması veya kanunî halefiyetten faydalanması.

Bazan bir kimseye ika edilen zararı tazmin etmek mecburiyetinde kalması yüzünden kendisi de zarara uğrayan üçüncü şahıs, zarara akit dışı veya akdî kusuruyla sebebiyet veren kimseye karşı rücu hakkına sahiptir; bu gibi hallerde üçüncü şahsın zararı rücu hakkı vasıtasıyla telâfi olunur. Bu rücu hakkı, umumiyetle, BK. md. 51 e istinad eder; bundan başka, muhtelif sigorta çeşitlerinde sigortacının mutazarrıra halefiyetini tanzim eden kanunî hükümler mevcuttur.

Üçüncü şahsın rücu hakkı veya halefiyet vasıtasıyla zararının karşılanmasının misallerini başlıca üç grupta toplamak kabildir :

##### 1. Umumiyetle BK. md. 51 e müstenid rücu hakkı.

Üçüncü şahsın başkasının kusurlu fiilinden objektif olarak, yani kendi kusuru bulunmaksızın mes'ul olduğu hallerde kusurlu faile karşı BK. md. 51 mucibince rücu hakkı mevcuttur (47). Üçüncü şahsın başkasının fiilinden kendi kusuru olmaksızın mes'ul olması, esas itibariyle BK. md. 55 de (BGB § 831 de) derpiş edilmekle beraber, diğer objektif mes'uliyet hallerinde de bu hal ortaya çıkabilir : ezcümle BK. md. 58 e müsteniden bina maliki binayı inşa eden müteahhit veya mimarın, veya BK. md. 56 ya binaen hayvan vazüüyedi hayvanları güden çobanın kusurlu fiillerinden mes'ul olabilir. Kusuru olmaksızın mes'ul olan şahıs için, kendisine terettüp eden tazminat borcu, iradesi hilâfına vücut bulduğundan, bir zarar teşkil eder; böylece kusurlu fiilden doğrudan doğruya zarar gören şahıs yanında, kusuru olmaksızın mes'ul olan şahıs da dolayısıyla zarar görür.

Kusuru olmaksızın mes'ul olanın akdî veya akit dışı kusuru olana rücuu BK. md. 51 de sarahaten derpiş edilmiş olduğu ve ay-

---

(46) Bk. aşağıda § 6, III, 2.

(47) BK. md. 55 f. II de de istinad edenin müstahdeme rücuu hususî olarak tanzim edilmiştir.

### § 3, IV

rı bir problem mahiyetini taşıdığı cihetle üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuu bakımından büyük ehemmiyet arzetmez. Buna mukabil, aşağıdaki diğer iki grupta kendini gösteren haller, incelediğimiz mevzu bakımından daha ziyade ehemmiyeti haizdir.

#### 2. İşçisinin cismanî tamamıyeti ihlâl edilen işverenin rücu hakkı.

Bir işçinin bir haksız fiil veya akde muhalif bir hareket neticesinde cismanî tamamıyetinin ihlâli (48) ve bir müddet çalışmaması halinde, işveren akdî ve kanunî (BK. md. 328 ve 337 f. II) (49) bir mükellefiyeti mucibince, bu müddet zarfında onun ücretini vermeğe devam etmiş veya ona bakmış veya tedavi masraflarını ödemiş olabilir. Burada doğrudan doğruya zarar gören, çalışma iktidarını bir müddet için kaybeden ve tedavisi gereken işçidir; fakat işveren de çalışmadığı halde ona ücret ödemek mecburiyetinde kaldığından veya onun bakım ve tedavi masraflarını ödemek zorunda olduğundan, dolayısıyla zarar gören şahıs vaziyetinde bulunmaktadır; böylece, işverenin işçiye karşı akit dışı veya akdî kusuru olan şahıstan bahis mevzuu zararının tazminini isteyip isteyemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır.

İsviçre hukukunda (50) bu gibi hallerde, işçinin işverenden ücret ve masraflarını aldığı nisbette kusurlu şahıstan tazminat isteyemeyeceği kabul edilmekte, işçiyi himaye eden hükümlerle istihdaf edilen maksadın onu zenginleştirmek olmadığı ileri sürülmektedir; ancak bu mülâhazalar kusurlu şahsın tazminat mükellefiyetinden muayyen nisbetler dahilinde kurtulmasını da mucip olmalıdır; işveren işçiye ödediği ücret ve tedavi ve bakım masrafları miktarınca kusurlu şahsa rücu edebilmelidir. Bu rücu mesnet olarak BK. md. 51 in doğrudan doğruya veya kıyasen tatbiki gösterilmektedir; filhakika, işverenin mükellefiyetlerinin kanuna da-

(48) Akde muhalif hareket neticesinde cismanî tamamıyetin ihlâline, bir yolcu taşıma veya vekâlet akdinin tahmil ettiği ihtimam mükellefiyetlerine riayet etmeyen taşıyıcının veya işçiyi tedavi eden doktorun işçinin kazaya uğramasına veya yanlış tedavi neticesinde yatakta yatmağa mecbur kalmasına sebebiyet vermesi misal gösterilebilir.

(49) 4598 sayılı Kanun md. 9 mucibince de Devlet memurlarınının tedavi masraflarınının Dairelerince ödenmesi gerekir.

(50) Bk. *Oftinger*, Bd. I, sh. 325 - 326, sh. 161 - 162.

### § 3, IV

yandığı hallerde BK. md. 51 e doğrudan doğruya istinad edilebilir; bu mükellefiyetlerin akdî olduğu hallerde, işverenin bir kusuru olmadığı gibi, zararın husule gelmesinde herhangi bir suretle âmil de olmadığı cihetle BK. md. 51 kıyasen tatbik edilmeli ve işveren kusurlu şahsa rücu edebilmelidir. Bu mülâhazalar Türk hukuku için de varittir (51).

Alman hukukunda da Nipperdey (52), cismanî tamamıyeti ihlâl edilen ve bir müddet çalışmayan işçiye BGB § 616 mucibince ücretini ödemeğe devam mecburiyetinde olan işverenin, bu mükellefiyeti dolayısıyla, işçinin çalışma iktidarından mahrumiyeti yüzünden tazminat ödemesi gereken kusurlu faille aynı zarardan müteselsilen mes'ul olduğu ve iç münasebette kusurlu faile rücu edebileceği fikrini müdafaa etmektedir. Ancak, Alman hukukunda Türk - İsviçre BK. md. 51 de olduğu gibi aynı zarardan muhtelif sebeplerle mes'ul olanların birbirlerine rücuunu tanzim eden umumî bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, Nipperdey, bazı objektif mes'uliyet hallerinde rücuu tanzim eden BGB § 840 ın kıyasen tatbikini veya § 255 deki esasdan ilham alınmasını teklif etmektedir. BGB § 255 e göre, bir şeyin veya hakkın kaybı yüzünden tazminat ödemek mükellefiyetinde bulunan kimse (53), bu mükellefiyetini ancak, tazminat talebine salâhiyetli şahsın şey üzerindeki mülkiyetine veya üçüncü şahsa karşı haiz olduğu hakka müsteniden sahip bulunduğu taleplerini kendisine temlikî mukabilinde yerine getirmeğe mecburdur (54).

Alman mahkemeleri, işverenin, müteselsil mes'uliyet hakkındaki hükümlere binaen kusurlu faile rücu edebileceğini kabul etmemektedirler (55). Buna mukabil, işçinin faile karşı olan tazminat talebini, ücretini kendisine ödemeğe devam etmesi şartıyla, işverene muteber olarak devredebileceği ve işverenin bu temlike

(51) Fransız hukuku için bk. s 1, not 76 ve buna ait metin.

(52) ZADR, 5 (1938), sh. 263-264.

(53) Gerçi işveren, işçiye çalışmadığı günler için tazminat değil sadece ücret ödemektedir; fakat işverenin vaziyeti tazminat ödemek mecburiyetinde olaninkine kıyaslanabilir.

(54) BGB § 255 in, üçüncü şahsın zararının tazmini gereken başka hallerde tatbiki hususunda bk. Reinhardt, sh. 138-139.

(55) BGH, in NJW, 1954. sh. 1154. Karş. Enneccerus - Nipperdey, s 90, II, 3.

### § 3, IV

müsteniden faile karşı dâva açabileceği içtihadında bulunmaktadırlar (56). BGB § 281 mucibince, borçlu borcunu imkânsız kılan hal neticesinde bir tazminat alacağına sahip olmuşsa, alacaklı, bu tazminat alacağının kendisine temlikini talep edebilir. İşçi işverene tazminat alacağını rızasıyla temlik etmediği takdirde, işverenin bu hükme istinad edip edemeyeceği meselesi Alman mahkemele-rince vaz'olunmuş, fakat henüz kat'i karara bağlanmamıştır (57).

3. Sigortacının mes'ul olan şahsa rücuu veya mutazarrıra ka-nunî halefiyeti.

Umumiyetle, zarar sigortalarında (mal sigortalarında) (*Scha-densversicherungen*) rizikonun tahakkuku halinde, sigorta tazmi-natını ödeyen sigortacının, bu zarardan mes'ul olan başka bir şahıs varsa ona rücu edip edemeyeceği, mutazarrırın bu şahsa karşı olan talebinde mutazarrıra halef olup olmayacağı meselesi ortaya çı-kar (58). Burada sigortacı (Ü), mutazarrır (S) ile zarardan mes'ul olan şahıs (T) arasındaki tazminat alacağına vücut veren müna-

(56) BGH, in NJW, 1952, sh. 1249 vd. ; BGHZ, 7, sh. 30 vd. hususiyile sh. 50; NJW, 1954, sh. 1154-1155; OLG Bremen, NJW, 1955, sh. 264 vd.; OLG Hamburg, NJW, 1956, sh. 224-225; Palandt, s 616, Nr. 4; G. und. D. *Reinicke* : Zur Frage des Überganges von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Versicherungsträger, NJW, 1953, sh. 1243-1244. Aksi fikirde olan Schmalzl (NJW, 1953, sh. 445), Werner Taube (NJW, 1954, sh. 881-883) ve OLG Koblenz e (NJW, 1955, sh. 794-795) göre, burada işveren dolayısıyla zarara uğrayan vaziyetinde olduğu, işçi de ücretini aldığı için bir zarar görmediği cihetle, işçinin zarar gördüğü hususunda bir fiksiyona dayanıp ona bir tazminat alacağı tanımak ve bu alacağı işverene temlik etmesine cevaz vermek hatalıdır. Buna mukabil, mahkemeler haklı olarak, işverenin ücret vermeğe mecbur olmasından işçinin cismanî tamamîyetini ihlâl edenin faydalanma-sının ve böylece tazminat mükellefiyetinden kurtulmasının hakka-niyete aykırı olduğunu ileri sürmektedirler; burada istifadenin mah-subuna işin mahiyeti manidir. Nitekim Nipperdey (ZADR, 5-1938, sh. 263) bu gibi hallerde BGB s 843 f. IV ün kıyasen tatbik edilebi-leceğini de beyan eylemektedir; (aynî fikirde *Reinicke*, NJW, 1953, sh. 1243 - 1244); mezkûr hükme göre, cismanî tamamîyeti ihlâl edile-nin infakını başkasından talep edebilecek vaziyette olması, onun tazminat talebine hâlel getirmez.

(57) Bk. OLG Bremen, NJW, 1955, sh. 265. s 281 in tatbiki lehinde *Reinicke*, NJW, 1953, sh. 1244.

(58) Can sigortalarında (meblağ sigortalarında) halefiyet bahis mevzuu olup olamayacağı hususunda bk. aşağıda not 82-83 ve bunlara ait metin.

### § 3, IV

sebet ve bu alacağa nisbetle üçüncü şahıs vaziyetindedir. Gerçi sigortacının, sigorta tazminatını ödemekle hukukî anlamında bir zarara uğrayıp uğramadığı münakaşa edilebilir. Sigortacı ile sigortalı arasındaki münferit münasebet nazara alınacak olursa, sigorta tazminatını ödemekle sigortacının mamelekinde bir eksilme husule gelir ve sigortacıyı bu ödemeye mecbur kılan riziko onun iradesi hilâfına tahakkuk etmiştir; bu itibarla, münferit hâdise bakımından, rizikonun tahakkuku sigortacı için bir zarar teşkil eder denilebilir (59). Buna mukabil, sigortacının bütün sigortalıların verdikleri primlerle bütün rizikoları karşıladıktan maada ayrıca kâr da ettiği söylenebilir. Ancak, münferit hâdiselerdeki zararın büyük sayılar kanunu mucibince karşılanmasının, onun yalnız o hâdise bakımından zarar vasfını değiştirmeyeceği de iddia olunabilir. Diğer taraftan, zararın bahis mevzuu olmadığını müdafaa zımında, sigortacının rizikonun tahakkuku ihtimalini göze aldığı, binaenaleyh, mamelekindeki eksilmenin iradesi hilâfına olmadığı da ileri sürülebilir. Sigortacının ödediği tazminatın onun için gerçek anlamında bir zarar teşkil etmediği kabul edilse dahi (60), sigortacının zarardan mes'ul olan şahsa rücu edip edemeyeceği, mutazarrırın bu şahsa karşı olan tazminat talebinde mutazarrıra halef olup olmayacağı meselesinin, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesiyle yakınlığı inkâr edilemez (61); zira burada sigortacının taraf olmadığı akit dışı veya akdî bir münasebete binaen bir tazminat talebi ileri sürmesi bahis mevzuudur.

İsviçre hukukunda Sigorta Mukavelesi hakkındaki 2 nisan 1908 tarihli Federal Kanun md. 72 f. I mucibince, zarar sigortalarında (*Schadensversicherungen*), «sigorta tazminatını istemeğe haklı olan kimsenin, üçüncü şahıslara karşı haksız fiillerinden dolayı hâiz olduğu talep hakları, ödenen sigorta tazminatı nisbetinde sigor-

---

(59) Bu fikir için bk. **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VI, no. 695, not 4 ve buna ait metin. Sigortacının zararının mevcut olduğu fikrinde: **Gelpke**, sh. 47; **P. Hiestand**: *Der Schadenersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tötung des Versicherten*, sh. 2.

(60) Bu fikirde **W. Yung**: *Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat*, Genève 1952, sh. 249 not 1 ve onun zikrettiği müellifler.

(61) Aynı fikirde **Friedrich**, sh. 83-84.

tacıya intikal eder». Doktrinde (62) ve mahkeme içtihadlarında (63), sigortacının, bu hükme müsteniden, sadece sigortalının kusurlu haksız fiil faillerine karşı ileri sürebileceği tazminat taleplerine halef olabileceği kanaatı hâkimdir; binaenaleyh, sigortacı mezkûr hükme istinad ederek, sigortalının akit dışı kusursuz mes'uliyetten veya akitten doğan (64) tazminat taleplerinin kendisine intikal etmesi gerektiğini iddia edemez.

Hatta İsviçre müellifleri (65) ve mahkeme içtihatları (66), kusursuz olarak kanunen objektif surette mes'ul olan kimsenin, tazminat ödemesi halinde, BK. md. 51 deki sıra nazara alınarak akden mes'ul olan sigortacıya rücu edebilmesi esasını kabul etmektedirler (67). Bu hususta mucip sebep olarak, bir taraftan, BK. md. 51 metninin Eugen Huber tarafından bilhassa kusursuz mes'ul olanın sigortacıya rücuu ihtimali gözönünde tutularak teklif edildiği belirtilmektedir (68). Diğer taraftan, sigortacının aldığı primlerle maruz olduğu rizikoları karşıladığı, bu itibarla kusursuz mes'ul olan yerine nihaî olarak zarara onun katlanmasının hakkaniyete daha uygun olduğu dermeyeran edilmektedir. Yalnız von Tuhr eski bir etüdünde (69), İBK. md. 55, 56 ve 58 deki mes'uliyet halleri

- 
- (62) Yung, sh. 224.225; Oftinger, Bd. I sh. 342 vd.; von Tuhr - Siegwart, § 51, not 24; Jäger: Kommentar zum schweiz. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2 April 1908, Bd. II, Bern 1932, Art. 72, Nr. 16; Alfred Hartmann: Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen. Diss. Bern 1942, sh. 114.
- (63) BGE 74 II 88/89; 76 II 393; 77 II 248/49; 80 II 251/52, 254 vd.; Sem. Jud. 1953, sh. 83/84.
- (64) Bittabi burada sadece akde muhalefetin bahis mevzuu olduğu, bu muhalefetin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmediği haller kasdedilmektedir. Meselâ sigortalı şey nakliyecinin veya onu tamir eden ustanın sırf akdi kusuru yüzünden hasara uğramıştır.
- (65) Yung, sh. 226.227; Oftinger, Bd. I, sh. 343; Hartmann, sh. 107 vd.; Jäger, Art. 72, Nr. 5, 17. Oser - Schönenberger, Art. 51, Nr. 12; J. Favre: Du recours de l'assureur contre le transporteur, ZSR, 1946, sh. 278.
- (66) BGE 45 II 638; 47 II 408; 49 II 89; 50 II 186; 62 II 181; 76 II 387; 77 II 247; 80 II 251/52, 255.
- (67) Bittabi objektif olarak mes'ul olanın aynı zamanda munzam kusuru varsa, sigortacı, 2 nisan 1908 tarihli Kanun, md. 72 f. I e tevfikan ona rücu edebilir.
- (68) Tafsilât için bk. Yung, sh. 220 not 1.
- (69) Rückgriff des Versicherers nach OR. Art. 51 und VVG Art. 72, SJZ. 18, sh. 233.

### § 3, IV

de haksız fiillerden doğan borçlara müteallik fasılda tanzim edildiği cihetle, sigortacının, mezkûr hükümlere binaen mes'ul olan şahıslara karşı da, Sigorta Mukavelesi Hakkındaki Kanun md. 72 f. I mucibince, mutazarrırın haklarına halef olacağı görüşünü müdafaa etmişti; fakat sonradan doktrinde ve mahkeme içtihadlarında aksi görüş hâkim olunca von Tuhr da buna iltihak eylemiştir (70).

İsviçre hukukunda sigortalının kendisine karşı akden mes'ul olan şahsa karşı haiz olduğu tazminat taleplerinin, Sigorta Mukavelesi Hakkındaki Kanun md. 72 f. I e müsteniden, Sigortacıya intikali kabul edilmemekle beraber, sigortacının akden mes'ul olan şahsa karşı BK. md. 51 in kıyasen tatbiki suretiyle rücu edip edemeyeceği münakaşalı bulunmaktadır. Bazı müelliflere göre (71), zarara sebebiyet veren hâdiselerle bir alâkası bulunmadığı için, sigortacı akden mes'ul olan şahsa rücu edebilmelidir; hat-ta akden mes'ul olan şahsın bir kusuru bulunmasa dahi, sigortacıya ona karşı rücu hakkı tanınmalıdır. Diğer bazı müellifler ise (72), sigortacının akden mes'ul olan şahsa rücu edemeyeceği fikrindedirler; bunlar, bu neticeyi sigortacının halefiyetini yalnız haksız fiile müstenid tazminat talepleri için kabul eden, Sigorta Mukavelesi Hakkında Federal Kanun md. 72 f. I in mefhumu muhalifinden çıkartmaktadırlar. Üçüncü bir grubu teşkil eden müelliflere (73) ve Federal Mahkeme'ye (74) nazaran, ise, burada İBK. md. 50 ye atıfta bulunan İBK. md. 51 f. I kıyasen tatbik edilmeli ve hâkim, takdir hakkını kullanarak, ancak akden mes'ul olanın

---

(70) Von Tuhr - Siegwart, s 51, not 25-27 ye ait metin.

(71) Ezcümle Oftinger, Bd. I, s 10, not 140 ve buna ait metin; Becker, Art. 51, Nr. 13 (Becker, sigortanın akden mes'ul olan şahıs lehine akte edilmediği, binaenaleyh onun mesuliyeti nihaî olarak taşımaktan sıyrılmasına hizmet etmemesi gerektiği mülâhazasını da ileri sürmektedir); von Tuhr - Siegwart, s 51, not 24 e ait metin. Favre da (sh. 282), akden mes'ul olan kusuru olmadığını isbat etmedikçe, sigortacının ona rücu edebileceği fikrindedir.

(72) Ezcümle Oster - Schönenberger, Art. 51, Nr. 20; Rud. Lanz : Les rapports entre la responsabilité et l'assurance dans le transport des marchandises par voie ferrée, thèse Genève 1938, no. 83 vd.

(73) Yung, sh. 262.

(74) BGE 80 II 254.

### § 3, IV

ağır kusuru halinde ve hakkaniyet iktiza ettiriyorsa sigortacının akden mes'ul olana rücuunu kabul etmeli, hatta bazı müelliflerin kanaatine (75) zararı sigortacı ile akden mes'ul olan şahıs arasında hakkaniyete uygun surette paylaşılmalıdır.

İsviçre hukukundan gayrı hukuk sistemlerinin hemen hepsinde, sigortacının sigortalıya halefiyetini tanzim eden hükümlerde, mutazarrırın tazminat talebinin, kusurlu haksız fiile mi, akde mi, kanuna mı dayandığına bakılmaksızın, sigorta bedelini ödediği nisbette sigortacıya intikali kabul edilmiştir (76). Biz burada bilhassa Alman ve Türk hukuku üzerinde duracağız.

Sigorta Mukavelesi Hakkındaki 30 Mayıs 1908 tarihli Alman Kanunu § 67 nin ilk cümlesi mucibince, «sigortalının bir üçüncü şahsa karşı zararın tazminine müteallik bir talep hakkı mevcut ise, sigortacı sigortalının zararını tazmin eylediği nisbette bu talep hakkı ona intikal eder». Aynı esas HGB § 804 ve 822 (Türk TK. md. 1381) ve Deniz Sigortası Umumî Şartları § 45 de de tekrarlanmıştır. Bu hükümlerin şârihleri (77), burada sigortacıya intikali derpiş olunan talep hakkının akitten veya kanundan doğma bir talep hakkı olabileceğini, sigortacının objektif olarak mes'ul olan şahıslara karşı olan tazminat taleplerine de halef olacağını açıkça ifade etmektedirler.

Türk hukukunda da TK. md. 1301 f. I e tevfiakan : «Sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukukan sigorta ettiren kimse yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı

---

(75) Ezcümle Jaeger, Art. 72, Nr. 7; Art. 103, Nr. 8.

(76) Ezcümle Kara sigortalıları hakkındaki 13 Temmuz 1930 tarihli Fransız Kanunu, md. 36 (bk. Mazeaud - Tunc, t. III, no 2732); İtalyan Medenî Kanunu md. 1916, bu mealdedir. Sigortacının halef olacağı tazminat taleplerinin muhakkak kusurlu haksız fiile istinad etmesi gerekmediği, kusursuz akit dışı mes'uliyet ve akdi mes'uliyetten mütevellit taleplerde de halefiyetin carî olacağı İngiliz hukukunda da kabul edilmiştir : «Castellain v. Preston 1883» bei Arnould 1476 s. 1225 (Carl Ritter : Das Recht der Seeversicherung, Hamburg 1953, s 45, Nr. 6).

(77) Ritter, s 45, Nr. 6; Ernst Bruck : Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, 7. Aufl. Berlin 1932, s 67, Nr. 6; Erich R. Prölss : Versicherungsvertragsgesetz, 11. Aufl. München und Berlin 1958, s 67, Nr. 1.



### §3, IV

üçüncü şahıslara karşı dâva hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nisbetinde sigortacıya intikal eder». Keza HGB den alınmış olan denizcilik rizikolarına karşı sigorta ile alâkalı TK. md. 1361 f. I. mucibince de «borçlarını yerine getiren sigortacı, sigortalının üçüncü şahsa tazmin ettirebileceği bir zararı tazmin ettiği takdirde, 1256 ve 1258 inci maddelerin 2 nci fıkralarının hükümlerine hâlel gelmeksizin (78), üçüncü şahsa karşı sigortalının haklarına halef olur». Müşahede olduğu üzere bu hükümlerde, Sigorta Mukavelesi hakkındaki İsviçre Kanunu md. 72 f. I de olduğu gibi, halefiyet yalnız haksız fiilden mütevellid tazminat taleplerine hasredilmemektedir. Bu itibarla, Alman hukukundaki gibi, hukukumuzda da, sigortacının, sigortalıya akit dışı kusursuz mes'uliyetten ve akdî mes'uliyetten doğan tazminat taleplerinde de halef olacağı kabulü yerinde olur; bu hal tarzı, İsviçre'deki karışık ve münakaşalara yol açan sisteme nisbetle tercihe şayandır. Yalnız hukukumuzda, bilhassa sigortacı ile kusursuz olarak mes'ul olan şahıs arasındaki münasebet bakımından, TK. md. 1301 ve 1361 ile BK. md. 51 in nasıl telif edilebileceği meselesi ortaya çıkar. Filhalka daha yukarıda da işaret ettiğimiz gibi (79), İsviçre'de md. 51 deki kanun, -akit- haksız fiil sırası bilhassa kusursuz mes'ul olanın sigortacıya rücuunu temin mülâhazasıyla vazolunmuştur. Ancak TK., BK na nisbetle daha yeni tarihli bir kanun olduğu ve sigortacının halefiyetini sarahaten tanzim ettiği cihetle, sigortacının, BK. md. 51 deki sıraya rağmen, kusursuz olarak mes'ul olan şahsa rücu edebileceği müdafaa edilebilir (80). Böylece, kusursuz olarak mes'ul şahsın mutazarrırın sigorta yaptırmış olmasından faydalanması önleneyeceği gibi, sigortacının halefiyet imkânı primlerin hesabında nazara alınarak primler daha düşük tesbit edilirse, bu hal tarzı sigortalının menfaatine de uygun olur. Kaldı ki, bir zarardan sigortadan gayri akitlere binaen mes'ul olanlar da bulunabilir (81); BK. md. 51, kanunen mes'ul olanın bu akitlere binaen mes'ul olanlara rücu bakımından hikmeti vücudunu muhafaza eder.

---

(78) Bu hükümlerin mevzuumuza müessir olan bir ciheti yoktur.

(79) Bk. Yukarıda not 68 ve buna ait metin.

(80) Türk Mes'uliyet Hukuku adlı kitabımızda (sh. 389) İsviçre hukukundan mülhem olarak müdafaa ettiğimiz fikri, burada zikrolunan mülâhazalarla değiştirmiş bulunuyoruz.

(81) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet hukuku, sh. 388.

### § 3, IV, V

Hususî mahiyetteki şahıs sigortaları (82) meblağ sigortası (*Summenversicherung*) vasfını taşıdıklarından, bu sigortalarda sigortalı hem sigortacıdan sigorta bedelini, hem de kendisine karşı başka sebepten dolayı mes'ul olan kimseden tazminat alabilir ve sigortacının sigortalıya halefiyeti bahis mevzuu olmaz (83). Türk hukukunda, bu esas, kaza sigortaları için, TK. md. 1338 de sarahaten ifade edilmiştir.

Buna mukabil ,hususî mahiyette olmayan, âmme hukukuna giren mecburî şahıs sigortaları da yine daha ziyade hakiki zararı karşılamağı istihdaf ettiklerinden, bunlarda Sigorta Kurumunun bazı şartlar altında, sigortalının uğradığı zarardan mes'ul olan kimseye rücuu derpiş edilmiştir; Türk hukukunda bu husustaki başlıca misali, İşçi Sigortaları Kurumunun iş kazası halinde 4772 sayılı Kanununun 6917 sayılı Kanunla muaddel 37 nci maddesi mucibince işverene veya zarardan mes'ul olan üçüncü şahsa rücuu teşkil eder.

Cismanî tamamıyeti ihlâl edilen veya öldürülen kimsenin Emekli Sandığının iştirâkçilerinden olması halinde de 5716 sayılı K. md. 129 mucibince Emekli Sandığı mutazarrırın açtığı dâvaya müdahale eder veya onun adına dâva açar ve hükmolunan tazmi nattan bir kısmı Sandıkça alıkonulur.

#### V — Üçüncü şahsın zararının telâfisi için aynı ikameden faydalanması imkânı.

##### 1. Alman hukukunda.

BGB § 281 f. I mucibince, «borçlu, edasını imkânsız kılan bir hal neticesinde, borç mevzuu için onun yerine kaim olan bir şey

(82) TK. da bu sigortalar can sigortası başlığı altında tanzim edilmiştir; hayat ve kaza sigortaları bu kategoriye girer. Mal sigortaları ise zarar sigortası mahiyetini taşır. Zarar sigortası meblağ-sigortası tefriki için bk. *Oftinger*, Bd. I, sh. 339 vd.

(83) Tafsilât için bk. *Tandoğan*, Mes uliyet Hukuku, sh. 260, 270-271; *Oftinger*, Bd. I, sh. 354 vd.

### § 3, V

veya ikameye müteallik bir talep hakkı (84) elde eder ise, alacaklı kaim olan şeyin kendisine verilmesini veya ikameye müteallik talep hakkının kendisine devrini talep edebilir». Bu hüküm, aynı ikame prensibinin (*Surrogationsprinzip, stellvertretendes commodum*), edanın sonradan imkânsız hale gelmesiyle alâkalı bir tatbik şeklidir (85). Muhtelif alman müellifleri (86), üçüncü şahsın zararının tazmini için bu hükümden faydalanmayı düşünmüşlerdir. Filhakika alacaklı (Ü), alacak hakkını yalnız kendi borçlusuna (S ye) karşı ileri sürebilir; fakat borcun ifasını imkânsız hale getiren ve fiilinden borçlunun mes'ul olduğu şahsa (T ye) karşı bir tazminat talebinde bulunamaz. Borçlu S ile alacaklı Ü arasındaki borç münasebeti bakımından T üçüncü şahıs vaziyetindedir; buna mukabil, bizim için asıl mühim olan ve T nin haksız fiili üzerine T ile S arasında doğan tazminat borcuna müteallik münasebette de S nin alacaklısı Ü, üçüncü şahıs sıfatını haizdir. Binaenaleyh S nin mülkiyet hakkının ihlâli dolayısıyla bu hakkın mevzuu olan şey üzerinde alacak hakkı bulunan Ü, T den tazminat isteyemez; fakat borçlusu S nin malik sıfatıyla sahip olduğu tazminat alacağını BGB § 281 f. I e binaen kendisine devretmesini talep edebilir.

Böylece ilk bakışta aynı ikame esası, borçlunun fiillerinden mes'ul olmadığı bir şahıs tarafından edanın imkânsız hale getirildiği hallerde, bu haksız fiilden doğan tazminat münasebeti bakımından üçüncü şahıs vaziyetinde olan alacaklının zararını tazmine imkân bahşedecek gibi görünmektedir. Şu kadar ki, alacaklının zararının tazmini, bilhassa hasarın ona intikali dolayısıyla, borçlunun telef edilen şeyde bir menfaati olmadığı takdirde ehemmiyet

---

(84) BGB s 281 f. I de kullanılan «Ersatz oder Ersatzanspruch» tabirlerini kaim olan şey veya ikameye müteallik talep hakkı olarak tercüme ettik; zira burada zararın tazmini talebi mânasına gelen Schadensersatzanspruch'dan, hattâ sadece tazminatdan daha şümulü bir mefhum bahis mevzuudur.

(85) Esser, s 30, 4; Enneccerus - Lehmann, s 46, II; Palandt, s 281, Nr. 1, a; von Tuhr - Siegart, sh. 572.

(86) Enneccerus - Lehmann, s 17, I, 2, b; Oertmann, 5. Aufl. 1928, sh. 45; von Tuhr. KrVJSchr. 47, sh. 91 vd.; H. A. Fischer: Der Schaden nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1903, sh. 99 vd.; Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, Freiburg 1897, sh. 305 vd.; Burkhardt, sh. 42.

### § 3, V

arzeder; bu gibi hallerde ise, borçlunun bir zararı ve tazminat alacağı yoktur ki, BGB § 281 f. I mucibince alacaklıya devredebilsin; binaenaleyh, Alman müelliflerinin büyük bir kısmı (87), burada bir fâsit dairenin (*Zirkelschluss*) bahis mevzuu olduğunu ve hasar kendisine intikal etmiş olan alacaklının zararının tazmini için BGB § 281 f. I e istinad edemeyeceğini beyan eylemektedirler. Buna mukabil, mezkûr hükmün tatbiki taraftarlarından bazıları (88), bu hükmü vazederken kanun vazının, borçlunun şahsî menfaati olmasa dahi tazminat alacağına sahip olacağı fikrinden hareket ettiği, aksi takdirde hükmün vaz'ında bir mâna kalmayacağı şeklinde (89), kendi görüş tarzlarını müdafaaya çalışmaktadırlar; hatta bu müelliflere göre, BGB § 281 f. I, hukukî varlığı ihlâl edilen şahsın, kendisinin bu varlıkta bir menfaati olmasa ve vaki ihlâl yüzünden sadece bir üçüncü şahıs zarar görse dahi, tazminat isteyebileceği esasının bir ifadesini teşkil etmektedir; binaenaleyh, bu hüküm, sade edanın imkânsız hale geldiği ve hasarın üçüncü şahsa ait olduğu hallerde değil, üçüncü şahsın zararının tazmini gereken bütün hallerde kanunî bir mesnet olarak kabul edilmelidir.

Üçüncü şahsın zararının tazmini için BGB § 281 f. I e müracaat fikrini destekleyenlerden bir kısmı da (90), edası imkân-

---

(87) Ezcümle Reinhardt, sh. 37; Esser, s 50, 7, b, aa; Krückmann, sh. 265-266; Schmidt - Rimpler, sh. 900; Planck - Siber, s 249, Nr. 6, b; Blomeyer, Allg. Schuldrecht, 1957, sh. 224; Standinger - Werner, Vorbem zu § 249-255, Nr. 97; Rabel, sh. 21; Rodig, sh. 7.8; Nebelsieck, sh. 9 vd.; Kunze, sh. 80-81.

(88) Ezcümle Enneccerus - Lehmann, s 17, I, 2, b.

(89) Kanaatimizce, ikame yalnız tazminat alacağı dolayısıyla bahis mevzuu olmayacağı gibi, borçlunun tazminat istemekte şahsî menfaati de olabilir; BGB § 281 f. I, bu gibi haller için hikmeti vücudunu muhafaza eder. Kaldı ki, tazminat alacaklısının üçüncü şahsın menfaatini ileri sürebileceği, bu hususta BGB § 281 e de istinad edilmeksizin, umumî olarak kabul edilirse, tazminat alacaklısını (burada imkânsızlaşan edanın borçlusu) tazminat alacağını üçüncü şahsa (burada imkânsızlaşan edanın alacaklısı) devretmeğe mecbur etmek bakımından mezkûr hükmün faydası olabilir. Böylece § 281 f. I in faydası, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin esasını halletmek bakımından değil, sadece üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek tazminat talep eden alacaklının bunu kendi nezdinde alkoymasını ve üçüncü şahsa vermekten imtina etmesini önlemek bakımından kendisini gösterir.

(90) Ezcümle H. Fischer, sh. 99 vd.

### § 3, V

sız hale getirilen borçlu lehine, haksız fiil failine karşı, muhtevadan mahrum bir tazminat alacağına doğduğunu, fakat bu tazminat alacağına imkânsızlaşan edanın alacaklısına devredilmekle muhteva kazandığını, temlikten sonra alacaklının temellük ettiği tazminat alacağına binaen kendi menfaatini, yani kendi zararını ileri sürebileceğini beyan etmektedirler. Ancak muhtevadan mahrum tazminat alacağına, imkânsızlaşan edanın alacaklısı Ü ye devredilince, onun menfaatiyle muhteva kazanması sun'î bir izah tarzıdır. Kaldı ki bu izah tarzı, kimsenin sahip olduğundan daha şümüllü bir hak devredemeyeceği kaidesine de aykırıdır .

#### 2. Türk - İsviçre hukukunda.

Türk - İsviçre Borçlar Kanunlarının edanın sonradan kusur olmaksızın imkânsız hale gelmesiyle alâkalı hükümlerinde aynı ikameye dair bir sarahat yoktur (91). Bununla beraber, bu hükümlerin gayesinden, aynı ikamenin Türk - İsviçre hukukunda da kabulünün yerinde olacağı istihraç olunmaktadır (92); filhakika mezkûr hükümlerde, kusursuz borçlunun, yalnız alacağın bekası kendisi için zararlı olduğu nisbette, borcundan kurtulması istihdaf edilmektedir; binaenaleyh, borçlunun mamelekine ortadan kalkan eda mevzuu yerine başka kıymetler girdiği nisbette, alacak baki kalmalıdır. Başka bir deyimle, borçlu, edasının imkânsız hale gelmesi halinde hem borcundan kurtulup, hem de ayrıca eda mevzuu yerine kaim olan şeylerden istifade sağlamamalıdır.

Von Tuhr - Siegwart (93), imkânsızlaşan eda yerine kaim olan kıymetler arasında, edayı imkânsız hale getiren şahsa karşı olan

---

(91) Fr. MK. md. 1303 e göre «şey, borçlunun kusuru olmaksızın, telef veya zayi olduğu yahut ticaret dışı bırakıldığı takdirde, borçlu, bu şeyle alâkalı bazı haklar veya tazminat dâvaları mevcut ise, bunları alacaklısına temlik etmeğe mecburdur». Ancak, bu hükümde kabul edilen aynı ikame esası, Fransız hukukunda mülkiyet mukavele ile intikal ettiğinden, eheramiyetinden oldukça kaybetmiştir; yalnız mülkiyetin intikalinin akitle tehir edildiği hallerde tatbiki kıymetini muhafaza etmektedir : Planiol - Ripert - Esmein, t. VII, 2e ed. no. 1319. İtalyan MK. md. 1259 da da aynı ikame esası sarahaten ifade edilmiştir.

(92) Von Tuhr - Siegwart, s 71, I, 2; Oser - Schönerberger, Art. 119, Nr. 14; Becker. Art. 99, Nr. 26 ve Art. 119, Nr. 1; Barth, sh. 203 vd.; BGE 43 II 234; 46 II 436; 51 II 175.

(93) s 71, I, 2, c.

### §3, V, VI

tazminat alacaklarını da zikretmekte ve hatta hasar alacaklıya intikal etmiş olsa ve borçlunun eda mevzuuunda bir menfaati bulunmasa dahi borçlunun tazminat alacağına sahip olacağını beyan etmektedirler. Bu müelliflere göre, borçlu alacaklının kendisinden yüksek olan menfaatinin tazminini de isteyebilmelidir.

Türk - İsviçre hukukunda da, edanın borçluya isnadı kabil olmayan sebepler yüzünden sonradan imkânsızlaşması halinde, aynı ikame prensibinin tatbikine esas itibariyle bir itirazımız olmamakla beraber, bu prensibin üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli için bir mesnet olarak kabul edilmesini yukarıda 1 de arzettiğimiz mülâhazalarla uygun bulmamaktayız (93 a).

#### VI — Üçüncü şahıs lehine şart.

Borçlunun akde muhalif hareketinden zarar gören üçüncü şahsın zararının, bazı hallerde, üçüncü şahıs lehine şart müessesesine başvurularak tazmin edilmesi imkânı mevcuttur.

Üçüncü şahıs lehine yapılan akit, üçüncü şahsa, ya sadece borçlunun edasını kabul salâhiyeti (*bloss ermächtiger Vertrag*), yahut da borçludan edayı talep salâhiyeti, yani borçluya karşı bir alacak hakkı bahşeder (*berechtiger Vertrag*) (94). Üçüncü şahıs lehine şartın birinci nev'ine «nakıs üçüncü şahıs lehine akit» (*unechter Vertrag zugunsten Dritter*), ikinci nev'ine de «tam üçüncü şahıs lehine akit» (*echter Vertrag zugunsten Dritter*) denilir. Üçüncü şahıs lehine şart tabirinin dar ve teknik mânada, sadece üçüncü şahsın alacak hakkı bulunan hallere hasredilmesinin ve diğer hallerde «üçüncü şahsa edayı tazammun eden akit» (*Vertrag auf Leistung an Dritte*) tabirinin kullanılmasının uygun olacağı da bazı müellifler tarafından ileri sürülmektedir (95).

1. Nakıs üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahsın zararının tazmini.

Nakıs üçüncü şahıs lehine şartta sadece alacaklı, yani üçüncü şahıs lehine edayı taahhüt ettiren âkit, borçlunun üçüncü şahsa ka-

(93a) Karş. Thorens, sh. 116.119.

(94) Becker, Art. 112, Nr. 14; von Tuhr - Siegwart, s 82, I, 1-2.

(95) Von Tuhr - Siegwart, s 82, not 4 e ait metin; not 13-14 ve bunlara ait metin.

### § 3, VI

rarlaştırılan edada bulunmasını talep edebilir; bizzat üçüncü şahsın böyle bir talep hakkı yoktur; o, biraz evvel de beyan ettiğimiz veçhile, yalnız edayı kabule salâhiyetlidir. Borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde tazminat talebinde bulunmak salâhiyeti de yalnız alacaklıya aittir. Alacaklının, edanın üçüncü şahsa gereği gibi yapılmasında dolayısıyla bir mamelekî menfaati, mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati veya sadece manevî sebeplere dayanan bir menfaati (*Affektionsinteresse*) olabilir. Alacaklının mamelekî menfaati üçüncü şahıstan mukabil bir eda beklediği halde kendini gösterebilir (96); meselâ, alacaklı, üçüncü şahsa temin ettiği edanın yerine getirilmesiyle, kendisinin bir şeyi iktisab etmesinin bağlı bulunduğu şartı tahakkuk ettirmiş olabilir. Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat de bir nevi mamelekî menfaattir; meselâ, üçüncü şahsa teslim edilecek şeyi alacaklı ona satmıştır ve teslim edilen şeyin ayıplı olmasından doğan zardan ona karşı mes'ul olacaktır (97). Diğer taraftan, alacaklının, dostlarından veya yakınlarından birine yapılacak edada umumiyetle manevî menfaati vardır.

Nakıs üçüncü şahıs lehine şartta, borçlunun akde muhalefeti ve borcunu yerine getirmemesi halinde, alacaklının, üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek, tazminat talebinde bulunabileceği umumiyetle kabul edilmektedir; alacaklının edada mamelekî bir menfaati bulunmasa veya onun edaya olan mamelekî menfaati üçüncü şahsın bu husustaki menfaatinden daha az olsa dahi, tazminat, üçüncü şahsın menfaatine göre hesaplanmalıdır (98); zira borçlu, üçüncü şahıs lehine edada bulunmayı kabul etmekle, üçüncü şahsın bu edaya olan menfaatini karşılamayı nazara almıştır. Yine müessesenin gayesinden çıkarılan bir husus da, alacaklının, tazminatın ancak üçüncü şahsa ödenmesini isteyebileceğidir (99). Eda mevzuunun veya onun yerini tutan tazminatın bizzat alacaklıya verilmesi bir *datio in solutum*, ifa yerine kaim olan bir eda teşkil eder ve her iki tarafın bu hususta mutabakatını lüzumlu kılar (100).

(96) Von Tuhr - Siegwart, s 82 not 7 ve buna ait metin.

(97) Becker, Art. 112, Nr. 23.

(98) Becker, Art. 112, Nr. 23; von Tuhr - Siegwart s 82, not 10 ve buna ait metin; Oser - Schönenberger, Art. 112, Nr. 6; Wolf, sh. 295; Hellwig, sh. 82 vd. hususiyle sh. 91 - 92; RGE 87, sh. 292 vd.

(99) Von Tuhr - Siegwart, s 82, not 10 a ait metin .

(100) Von Tuhr - Siegwart, s 82, not 6 ya ait metin.

2. *Tam üçüncü şahıs lehine şartta üçüncü şahsın zararının tazmini.*

Tam üçüncü şahıs lehine şartta, tarafların iradesi, âdet veya bir kanun hükmü mucibince, üçüncü şahsın edayı doğrudan doğruya borçludan talep etmek salâhiyeti vardır (101). Hatta üçüncü şahsın bu salâhiyeti akitle güdülen maksattan da çıkarılabilir. Başka bir deyimle, akdin gayesinden, tarafların hukukî vaziyeti etraflı surette düşünselerdi, üçüncü şahsa doğrudan doğruya alacak hakkı tanyacakları anlaşılıyorsa, böyle bir hakkın mevcudiyeti kabul edilebilir (102). Burada tarafların mefruz iradesi yerine, akdin mahiyeti nazara alınarak hüsnüniyet kaidelerine göre tamamlayıcı surette tefsirinden de bahsedilebilir (103).

Tam üçüncü şahıs lehine şartta, üçüncü şahıs, edanın yerine getirilmesini bizzat isteyebileceği gibi, edanın yerine getirilmemesi halinde borçludan doğrudan doğruya tazminat da talep edebilir (104).

Akitte hilâfı kararlaştırılmış olmadıkça, üçüncü şahsın alacak hakkı yanında edayı vaad ettiren âkidin de, edanın üçüncü şahsa yapılmasını talep hakkı mevcuttur (105); böylece üçüncü şahısla bu âkit arasında müteselsil alacaklılığa benzer bir nevi müşterek alacaklılık vaziyeti doğar; bunun müteselsil alacaklılıktan farkı, edayı her iki alacaklının da talep edebilmesi, fakat edanın içlerinden yalnız birine yapılabilmesidir (106). Edayı vaad ettiren âkide de böyle bir talep hakkı tanınması, onun edanın üçüncü şahsa yapılmasında mamelekî veya hissi, manevî bir menfaatinin bulunduğu ve bilhassa üçüncü şahsın bizzat hakkını arayamayacak vaziyette olduğu hallerde kıymet arzeder (107). Edayı vaad ettiren âkit, edayı talep edebileceği gibi, edanın yerine getirilmemesi halinde

---

(101) Tafsilât için bk. von Tuhr-Siegwart, s 82, III; Becker, Art. 112, Nr. 15-20.

(102) Von Tuhr-Siegwart, s 82, not 31 ve buna ait metin.

(103) Karş. W. Yung; L'interprétation supplétive des contrats, Berne 1961 sh. 50-54.

(104) Becker, Art. 97, Nr. 3.

(105) Von Tuhr-Siegwart, s 83, VI.

(106) Von Tuhr-Siegwart, s 83, not 26 ya ait metin; s 91 not 25 e ait metin.

(107) Von Tuhr-Siegwart, s 83, not 27-28 ve bunlara ait metin.



### § 3, VI

üçüncü şahsa tazminat ödenmesini de isteyebilir. Bittabi bu tazminatın şümülünün de üçüncü şahsın gereği gibi ifaya olan menfaatine göre hesaplanması gerekir (108).

#### 3. Üçüncü şahıs lehine şartın tatbik sahasının teşmili imkânı.

Üçüncü şahıs lehine akit yapılırken, üçüncü şahsın muayyen olması zarurî değildir (109); onun kabili tâyin olması kâfidir. Ez-cümle ileride, şahsında akitte derpiş edilen bir hâdise tahakkuk edecek veya muayyen bir hakkın veya ticarî işletmenin sahibi olacak olan, önceden kim olduğu belli bulunmayan şahıslar lehine bir akit yapılabilir (110).

Diğer taraftan, bir akdin üçüncü şahıs lehine bir edayı tazammun ettiğinin zimnen kabulü (111), tefsir, hatta akdin tamamlanması suretiyle de üçüncü şahıs lehine şartın istihraç edilmesi kabildir.

Lehine şart edilen üçüncü şahsın gayrimuayyen, fakat kabili tâyin olmasının caiz bulunması ve üçüncü şahıs lehine şartın zimnen veya akdin tefsiri yahut tamamlanması yoluyla mevcudiyetinin tanınmasının mümkün bulunması, mahkemeleri ve müellifleri, üçüncü şahsın zararının tazminini başka bir kanunî hükme dayandırmamanın müşkül olduğu hallerde, üçüncü şahıs lehine şart müessesesine müracaata sevketmektedir (112). Hatta bu arada, üçüncü şahıs lehine şart ve akdin tamamlayıcı tefsiri mefhumları zorlanmakta, bu mefhumlar kisvesi altında kanunun boşlukları doldurulmağa çalışılmaktadır (113).

Üçüncü şahıs lehine şart mefhumu zorlanırken, Alman hukukunda yeni bir mefhum üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümleri ihtiva eden akitler (*Verträge mit Schutzwirkungen für Dritte*) mef-

---

(108) Barth, sh 75; Lemp. sh. 213-214; Enneccerus - Lehmann, s 17, I. 2, d.

(109) Tafsilât için bk. von Tuhr - Siegart, s 83, not 4-8 c ve bunlara ait metin; Becker, Art. 112, Nr. 9.

(110) Meselâ bir evin ilerideki bütün malikleri lehine bir şufa hakkının, yahut bir ticarethanenin müstakbel bütün sahipleri lehine rekabet memnuiyeti şartının kabulü gibi.

(111) Karş. E. Wolf, sh. 296.

(112) Bu mevzuda bk. Gernhuber, sh. 261 vd.

(113) Bk. aşağıda s 6, IV, 2, not 34 e ait metin.

humu ortaya çıkmıştır. Bu mefhum üzerinde ileride etraflı surette duracağız (114).

BK. md. 111 de (BGB § 328 de) üçüncü şahıs lehine şart müessesesinin tanzim edilmiş olmasından, akdin ihlâlinden zarar gören üçüncü şahsın, ancak lehine şart olduğu takdirde tazminat isteyebileceği, başka bir deyimle, üçüncü şahsın akdi tazminat talebinde bulunmasının yalnız üçüncü şahıs lehine şart mevcut olan hallere hasredilmesi gerektiği neticesi çıkarılmamalıdır (115). Bilâkis bu hüküm, üçüncü şahsın umumiyetle akde müstenid tazminat talebinde bulunabilmesi imkânının kanunen kabul edildiğini gösteren bir delil, bu husustaki umumî bir esasın kanundaki tezahür ve tatbik şekillerinden biri olarak addolunmalıdır (116).

Bazı müellifler (117), üçüncü şahıs menfaatine akit yapıldığının karşı tarafça anlaşılabilirliği vaziyetlerde akdin yerine getirilmemesi takdirinde bundan zarar gören üçüncü şahsın, hüsnüniyet kaideleri ve işlerde carî teamüller icabı, bu akde müstenid bir tazminat talebinde bulunabileceğini umumî olarak kabul etmekte, böylece akdi BGB § 157 ye göre tefsir ve tamamlamak suretiyle bir nevi üçüncü şahıs lehine şart tanımakta ve bunu yalnız üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallere hasretmemektedirler. Bu görüş tarzının bir mahzuru, daha aşağıda (118) üzerinde etraflıca duracağımız veçhile, akdin üçüncü şahıs menfaatine yapıldığının bilinmediği hallerde üçüncü şahsın zararının tazminine imkân bahşetmemesi; diğer bir mahzuru, tarafların hatırlarından dahi geçirmemiş oldukları bir neticeyi, tefsir veya ta-

---

(114) Bk. aşağıda s 6, IV, 3.

(115) Elias Wolf, sh. 296.

(116) Alman hukukunda aynı fikirde : von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 583-584; Josef, ACP. Bd. 113, sh. 122; Moses : Rechtsfolgen fälscher Ablieferung von Frachtgut durch den Frachtführer, Diss. Breslau, sh. 39; aksi fikirde Staudinger - Werner, Vorbem. 89 vor § 249; bu sonuncu müellife göre üçüncü şahıs lehine edanın BGB de derpiş edilmiş olmasından üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda umumî bir prensip istihraç edilemez. Reinhardt'a göre ise (sh. 62), üçüncü şahsın zararının tazmini için üçüncü şahıs lehine şart müessesesinden ancak mahdut ölçüde faydalanılabilir.

(117) Hellwig, sh. 88 vd.; Kunze, sh. 128. Bk. aşağıda s 8, IV te tamamlayıcı tefsir nazariyesi.

(118) Bk. aşağıda s 8, IV, 2.

### § 3, VI, VII

mamlama suretiyle onların iradesine izafe etmesidir; nihayet üçüncü bir mahzur da, bu görüş tarzının, akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazminini temin hususunda tatbik olunamamasıdır.

#### VII — Vekâletsiz iş görme.

1. *Umumiyetle vekâletsiz iş görme hükümlerine istinad etmek imkânının ne nisbette bulunduğu.*

Üçüncü şahsın zararının bahis mevzuu olduğu hallerde üçüncü şahıs (Ü) ile münasebeti olmayan borçlu (T), umumiyetle üçüncü şahsın menfaatlerini haleldar etmektedir. Eğer başkasına ait iş görmenin kıstası olarak başkasının menfaatlerine müdahale etmek kâfi sayılırsa (119), Ü nün T den kendisine ait olan işi iyi görmemesi, yani S ye karşı olan borcunu yerine getirmemesi dolayısıyla vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen tazminat istemesi düşünülebilir; S ile T arasındaki akdin T ye yüklediği mükellefiyetin, T nin vekâletsiz sayılmasına mani olmayacağı (120), zira T nin Ü nün vekâletini haiz olmadığı ve mükellefiyetin Ü ye karşı olmadığı söylenebilir. Ancak, başkasının işini görmenin kıstası olarak onun menfaatleri sahasına müdahalenin kabulünün, vekâletsiz iş görmenin sınırlarını haddinden fazla genişleteceğini, binaenaleyh bu kıstasın isabetli olmadığını başka bir kitabımızda belirtmiş bulunmaktayız (121). Bununla beraber, T nin aynı zamanda Ü nün S ye karşı olan bir alacak hakkını ihlâl ettiği veya T nin S yanında Ü nün de hakkını korumakla mükellef olduğu bazı hallerde (122), Ü nün vekâletsiz iş görmeye müsteniden T den tazminat isteyebilmesi, mefhumların zorlanması pahasına da olsa hatıra gelebilir.

Reinhardt da (123), S nin başkasına (Ü ye) ait bir şeyi muhafaza için T ye tevdi etmesi ve T nin bunu iyi muhafaza etmeyerek

---

(119) Bk. Halûk Tandoğan : Mukayeseli hukuk ve hususiyle Türk - İsviçre hukuku bakımından vekâletsiz iş görme, Ankara 1957, sh. 107-111.

(120) Aynı fikirde Reinhardt, sh. 60, not 190 ve buna ait metin. Karş. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 132 vd. 149 vd.

(121) Vekâletsiz iş görme, sh. 110-111.

(122) Ezcümle üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitlerin bahis mevzuu olduğu hallerde. Bk. aşağıda s 6, IV, 1 ve 3.

(123) Sh .60.

hasara uğratması halinde, T nin vekâletsiz iş gören sıfatıyla Ü ye karşı mes'ul edilebileceğini kabul etmektedir. Şu kadar ki, Reinhardt'a göre (124), vekâletsiz iş görmenin tahakkuku için başkasının menfaatine hareket iradesi şart olduğu (125) ve üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda hal çaresi bulunması iktiza eden hallerin bir kısmında ise T, Ü nün mevcudiyetinden dahi haberdar olmadığı cihetle, vekâletsiz iş görme müessesesinden, üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda ancak mahdut ölçüde faydalanılabilir. Kaldı ki, T nin S ile arasındaki akitte derpiş edilen hususî mükellefiyetlere riayetsizliği, bu akitte şart kılınan yüksek derecede ihtimamı göstermemesi, onun vekâletsiz iş gören sıfatıyla Ü ye karşı mes'uliyetini mucip olmaz; zira bu hususî mükellefiyetler ve yüksek ihtimam vekâletsiz iş görme bakımından ileri sürülemez. Bahis mevzuu hallerde, Ü nün T ile S arasındaki akde müsteniden tazminat talebinde bulunabilmesi veya hiç olmazsa S tarafından Ü nün menfaatinin ileri sürülebilmesi imkânının bulunması vekâletsiz iş görme müessesesine müracaat suretiyle halledilebilecek hususlar değildir (126).

2. *Vekâletsiz iş görenin işi kendi menfaatine yapması halinde iş sahibinin kârı temellük talebi.*

Üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda İsviçre'de ilk defa mufassal bir etüd hazırlayan, fakat bu etüdü ile mevzuun aydınlanmasından ziyade karışmasına yol açan Elias Wolf (127), üçüncü şahsın zararı dolayısıyla borçlunun mes'ul edilebileceği ve üçüncü şahsın doğrudan doğruya borçludan zararının tazminini isteyebileceği halleri sayarken, BK. md. 414 (İBK. md. 423) e de bu hususta istinad edilebileceği kanaatini izhar eylemiştir. Mezkûr hükme göre, vekâletsiz iş görme kendi menfaati için yapılmamış olsa bile, iş sahibi işden hasıl olan faydaları temellük hakkını haizdir. Wolf, bu hükümde ifade olunan esastan mülhem olarak, eğer S ile T arasında yapılan akit, Ü nün hukukî sahasına hukuka aykırı bir tecavüzü tazammun ediyorsa, Ü, borçlu T den tazminat isteyebilir

(124) Sh. 61.

(125) Böyle bir iradenin vekâletsiz iş görmenin zarurî bir unsuru olup olmadığı hususunda bk. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 157-175.

(126) Aynı fikirde Reinhardt, sh. 61; Zimmermann, sh. 61.

(127) Sh. 311 vd., hususiyile sh. 326-327.

### § 3, VII

demektedir. Wolf'un verdiği misaller arasında, S nin Ü ye ait ihtira beratının mevzuunu teşkil eden bir buluşun işletilmesi için T ile bir ruhsat (lisans) mukavelesi yapması; S nin Ü tarafından yalnız kendisi için imalât yapılmak üzere tevdi edilen modellerden faydalanarak yaptığı makineleri T ye satması; antikacı S nin Ü ye sattığı bir şeyi teslim etmezden önce daha yüksek fiat veren T ye satıp teslim etmesi gibi haller vardır. Bu hallerin hiçbirinde T nin akde muhalif hareketi yüzünden Ü nün zarara uğraması bahis mevzuu değildir (128). Bunlar, daha ziyade, S nin T ile yaptığı bir akit neticesinde Ü ye ait bir hakkı istismar etmesi ile alâkalıdır ve Ü nün bu gibi hallerde zararının tazminini değil, S nin elde ettiği kârı kendisine devretmesini istemesi bahis mevzuudur. BK. md. 414 teki kârı temellük talebi, mahiyet ve şümül itibariyle tazminat talebinden farklıdır (129).

Friedrich'in haklı olarak belirttiği üzere (130), akdın ihlâlinden üçüncü şahsın zarar görmesine dair, BK. md. 414 ün de tatbik edilebileceği bir misal belki şöyle bulunabilir: S nin, Ü ye ait bir ihtira beratını hasılat icarına verdiği T, bu icar mukavelesine aykırı hareket ederek Ü ye zarar ıka eylemiştir. Gerçi burada Ü nün BK. md. 414 e binaen S den kârı temellük talebinde bulunması düşünülebilir; fakat Ü, T nin S ile yaptığı akde muhalefeti dolayısıyla, BK. md. 414 e müstenid bir tazminat talebi dermeyan edemez. T nin akde muhalefeti aynı zamanda Ü nin mutlak hakkının ihlâlini tazammun ediyorsa, Ü nün T ye karşı haksız fiile veya ihtira beratının korunmasına dair hükümlere binaen tazminat dâvası açmak imkânı mevcuttur. Eğer akdî ihlâl aynı zamanda haksız fiil teşkil etmiyorsa, Ü nün S ile T arasındaki akde müsteniden tazminat isteyip isteyemeyeceği meselesi, üçüncü şahsın zararının tazminine dair umumî esaslar dairesinde halledilmelidir.

---

(128) İhtira beratı misalinde akde muhalif bir hareket bahis mevzuu değildir. Diğer misallerde ise S, T ile akit yapıp bunu yerine getirmekle, kendisi ile Ü arasındaki akdi ihlâl etmektedir; bu sonuncu misallerde T nin de Ü ile S arasındaki akde aykırı hareket ettiği söylenebilir ki, bu da, üçüncü şahsın akde aykırı hareketiyle alacaklıya zarar vermesi mânasını tazammun edebilir; yoksa borçlunun akdi ihlâl etmesinden üçüncü şahsın zarar görmesi mânasını ifade etmez.

(129) Bk. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 3, sh. 192 vd.

(130) Sh. 85.

## § 4 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİN KANUNDA Bİ LHASSA ÖNGÖRÜLDÜĞÜ HÜKÜMLER

### I — Yardımcıdan mahrum kalanın zararının tazmini ile alâkalı kanunî hükümler.

Daha yukarıda da belirttiğimiz gibi (1), dolayısıyla zarar gören kimsenin tazminat talebinde bulunamayacağı hakkındaki kaidenin başlıca istisnasını, adam ölmesinden mes'ul olan şahıstan, ölenin yardımından mahrum kalanların tazminat isteyebilmesine cevaz veren kanunî hükümler teşkil etmektedir. Yardımcıdan mahrum kalanların bu tazminat taleplerini akit dışı mes'uliyete istinad ettirebilmeleri Türk - İsviçre ve Alman hukukunda münakaşasız olarak kabul edilen bir husustur; buna mukabil bu gibi tazminat taleplerinin akdî mes'uliyete müsteniden ileri sürülmesine İsviçre ve Alman hukukunda kaideten cevaz tanınmamakta, Türk hukukunda bu hususta farklı bir hal tarzı kabul edilmiş bulunmaktadır.

#### 1. Yardımcıdan mahrum kalanların akit dışı mes'uliyete müstenid tazminat talepleri.

BK. md. 45 f. II ye (İBK. md. 45 f. III e) göre «ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lâzım gelir» (2). Bu hüküm mucibince, bir haksız fiil veya akit dışı objektif mes'u-

(1) Bk. yukarıda § 1, not 22 ve buna ait metin.

(2) BGB § 844 f. II şu mealdedir: «Ölen kimse tecavüz (Verletzung) anında bir üçüncü şahısla, ona kanunen bakma mükellefiyeti tahmil eden veya ileride tahmil edebilecek bir münasebette bulunuyor idiyse ve bu üçüncü şahıs ölüm neticesinde infakını istemek hakkından mahrum kalmış ise, tazminatla mükellef şahıs üçüncü şahsa irat şeklinde bir tazminat ödemeğe mecburdur; bu tazminat ölen kimsenin hayatının muhtemel devamı müddetince ödemekle mükellef olacağı nafaka miktarında olacaktır...». Fransız hukukunda yardımcıdan mahrum kalanların tazminat talebi hususunda kanunda sarahat bulunmamakla beraber, mahkeme içtihatları böyle bir tazminat talebine geniş ölçüde yer vermektedirler: bk. yukarıda § 1. not 81 ve buna ait metin. İngiliz - Amerikan huku-

#### § 4, I

liyeti (3) mucip bir vakıa neticesinde bir adam öldüğü takdirde, onun kendilerine fiilen ve muntazaman bakmakta olduğu veya ileride bakmasının kuvvetle muhtemel olduğu kimseler, ölenin yardımından mahrum kalmaları dolayısıyla uğradıkları zararın tazminini talep edebilirler (4). Bu talep hakkı ölenin intikal eden bir hak olmayıp doğrudan doğruya yardımcıdan mahrum kalanın şahsında doğar; mirasçılık sıfatına bağlı değildir (5) ve hatta mirası reddetmiş olan da böyle bir talepte bulunabilir. Yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebi, yardımdan mahrum kalanın şahsına ait bir hak olduğu cihetle, müteveffa, ölmezden önce bu talep üzerinde tasarruf edemez; meselâ bu tazminat talebinden feragat eyleyemez veya mes'ul olan şahısla bu mevzuda sulh aktedemez (6). Ancak müteveffa ölüme sebebiyet veren fiile rıza göstermiş ve bu rıza muteber bulunuyor ise (meselâ ameliyata rıza göstermede olduğu gibi), fiilin hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkar ve bu takdirde yardımcıdan mahrum kalan da bir tazminat talebinde bulunamaz. Diğer taraftan, mağdurun kendi kusuru da yardımcıdan mahrum kalanların tazminat talebini bertaraf veya tenkis etmek için onlara karşı dermeyan edilebilir (7). Buna mukabil müteveffaya karşı ileri sürülebilecek akdî mes'uliyet tahditlerine yardımcıdan mahrum kalanlara karşı istinad edilemez (8).

Buradaki zarar, maddî bir zarardır (9). Ölenin, kendisine muhtaç olan şahıslar için, tabir caizse, para ile ifade olunan kıymeti

---

kunda, Common Law, hayat ve şahsî emniyete müteallik hakların şahsa bağlı haklar olduğu mülâhazasıyla, ölenin yardımından mahrum kalanlara tazminat istemek hakkını bahşetmezken, sonradan hususî kanunlarla (Statutes) bu hak tanınmıştır. Bk. Wieder, sh. 179; Ficker: Die Ansprüche der Hinterbliebenen aus tödlichen Verkehrsunfällen nach englischem Rechte, Zeitschrift für ausl. und intern. Privatrecht, 1934, sh. 406 vd.

- (3) Bk. Moser, sh. 41; Fehr, sh. 31; Marti, sh. 3, 7-9. Alman hukukunda BGB s 844 f. II nin tehlike mes'uliyeti hallerinde de kabili tat. bik olduğu hususunda bk. Palandt, s 844, 1, b.
- (4) Bu mevzuda tafsilât için bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku s 18, not 12.
- (5) Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku s 18, not 13.
- (6) Fehr, sh. 33-34; Marti, sh. 77-79; Bilge, sh. 684.
- (7) Friedrich, sh. 82; Marti, sh. 84.
- (8) Moser, sh. 97; Tem. 4. H. D. 15.2.1947, E. 93/K. 582, Emsal, Sh. 53.
- (9) Moser, sh. 34; Oftinger, Bd. I. s 6, not 295 e ait metin. BGE 58 II 41 de yanlış olarak aksi kanaat müdafaa edilmektedir.

#### § 4, I

bahis mevzuudur (10). Buna müteallik tazminat alacağı miras yoluyla intikal eder ve temlik edilebilir (11).

Yardımcı (*Versorger*) mefhumu, Türk - İsviçre ve Fransız hukukunda oldukça geniş tutulmakta ve bu mefhumu tesbit için hukukî olmaktan ziyade fiilî bir kıstasa istinad edilmektedir (12). Tazminat talebinde bulunana fiilen ve muntazaman bakan veya ileride ona bakması kuvvetle muhtemel olan kimse yardımcı addolunmaktadır. Bu bakıp gözetmenin, alman hukukunda olduğu gibi, kanunî bir mükellefiyete dayanması şart değildir; fiilî bakma kâfidir. Bu itibarla yardımcı sıfatı hısımlığa, kanunî veya akdî bir nafaka mükellefiyetine tabi değildir. Bittabi böyle bir mükellefiyet varsa, nafaka ile mükellef olan evleviyetle yardımcı sayılır; fakat böyle bir mükellefiyet olmaksızın da yardımcı vasfını taşımak mümkündür. Herhalde yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat isteyebilmek için halen veya ileride malî bakımdan takviyeye muhtaç olunması, hiç olmazsa ölenin yardımının ortadan kalkması yüzünden içtimaî seviyeye uygun olarak yaşamının güçleşmiş bulunması şarttır (13).

Burada kimlerin yardımcı sayılabileceği (14) ve yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla uğranılan zararın miktarının ne suretle tayin edileceği (15) meseleleri üzerinde fazla durmayacağız. Tatbikatta bilhassa ana baba çocuklarının, çocuklar ana babalarının, eşler ve kardeşler birbirlerinin yardımcısı olarak ortaya çıkabilmekte, nişanlının da müstakbel yardımcı vasfını taşıyabileceği kabul edilmektedir. Buna mukabil, ölenin metresinin yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat isteyip isteyemeyeceği münakaşalıdır (16).

---

(10) Oftinger, Bd. I, sh. 206.

(11) Marti, sh. 80-81; Moser, sh. 37-38.

(12) Tafsilât için bk. Fehr, sh. 113-135; Marti, sh. 14-24; Moser, sh. 72-95; Oftinger, Bd. I, sh. 206-209; Bilge, sh. 689-692; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 300-304; Mazeaud - Tunc, t. I, no. 277-284.

(13) Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 304-305; Moser, sh. 32-33; Oftinger, Bd. I, sh. 210-212; BGE 57 II 181; 59 II 463; 64 II 424.

(14) Tafsilât için bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 300-304.

(15) Tafsilât için bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 305-308.

(16) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 302-303.



#### § 4, I

##### 2. Yardımcıdan mahrum kalanların akdi mes'uliyete dayanan tazminat talepleri.

İsviçre (17) ve Alman hukukunda (18), akde muhalif hareket yüzünden adam ölmesi halinde yardımcıdan mahrum kalanların akde müsteniden tazminat isteyemeyecekleri kanaati hâkimdir; bu kanaatin mucip sebebi olarak, akitten ancak taraflar için alacak ve borçlar doğacağı prensibi gösterilmektedir. Haksız fiillerden mütevellit mes'uliyete müteallik hükümlerin kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunacağını belirten İBK md. 99 f. II hükmünün bu mevzuda tatbik edilemeyeceği, İBK md. 45 f. III de yardımcıdan mahrum kalanlara tanınmış olan tazminat talebi kanuna dayandığı cihetle bu talebin akdi mes'uliyet hakkındaki hükümlere tabi tutulmasının doğru olmayacağı ifade edilmektedir. Binaenaleyh, eğer adam ölmesine sebebiyet veren akde muhalif hareket aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa, yardımcıdan mahrum kalanlar İBK. md. 45 f. III e binaen tazminat talebinde bulunabilecekler, fakat akdi mes'uliyetin müruruzaman, yardımcı şahısların fiilinden mes'uliyet hususundaki ve sair hususlardaki elverişli hükümlerinden faydalanamayacaklardır.

İsviçre (19) ve Alman hukukunda (20) yalnız hizmet akdinde iş sahibinin gerekli emniyet tedbirlerini almaması yüzünden (İBK. md. 339; BGB § 618; HGB § 62 f. III ve § 76, I) işçinin ölmesi halinde işçinin yardımından mahrum kalanların akde müsteniden tazminat talebinde bulunabilmesine istisnaen cevaz tanımak temayülü görülmektedir. Şu kadar ki, Oser - Schönerberger'e göre (21), ölen işçinin yardımından mahrum kalanlar haksız fiillerde olduğu gibi iş sahibinin kusurunu isbatla mükelleftirler. Becker'in fikrinde (22), yardımcıdan mahrum kalanlar beyyine külfetinin akdi mes'uliyette ters çevrilmiş olmasından ancak ölenin mirasçısı ise-

(17) Becker, Art. 45, Nr. 3; von Tuhr - Siegwart, s 68, not 59 a ait metin; Marti, sh. 83-84; Fehr, sh. 34-36; Friedrich, sh. 81; BGE 64 II 202. Yalnız Moser (sh. 41) aksi fikirde görünmektedir.

(18) Palandt, s 844, I, a; Enneccerus - Lehmann, s 249, II, 2 f; Esser s 208, 4 a RGE 112, 296.

(19) Oser - Schönerberger, Art. 339, Nr. 18; Becker, Art. 339, Nr. 11; Fehr, sh. 35-36; BGE 35 II 426; 36 II 220; 56 II 167/168, 170.

(20) Bk. yukarıda not 18 de zikredilenler; RGE 111, 22.

(21) Art. 339, Nr. 18.

(22) Art. 339, Nr. 11.

#### § 4, I

ler faydalanabilmelidirler. Friedrich'e göre (23), mahkeme içtihadlarının şimdiye kadar iş akdinden başka akitlerde de yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebi tanımamış olmasının sebebi, şahsa müteallik zarar hallerinin en mühim ve sık rastlanmakta olanlarının objektif mes'uliyete dair hususî kanunlarla (Karayolları Trafik Kanunu, Demiryolları İşletmesinin Mes'uliyeti hakkındaki Kanun gibi) karşılanması ve zaten kusurun isbatına hacet kalmamasıdır.

Türk hukukunda da akde muhalif hareket yüzünden adam ölmesi halinde yardımcıdan mahrum kalanların akde müsteniden tazminat isteyemeyecekleri görüşü, yeni TK. nun mer'iyete girmesinden önce kuvvetle müdafaa edilebilirdi. Nitekim Temyiz Mahkememiz bir kararında (24), akdin, hususiyle yolcu taşıma akdinin ihlâlüne müsteniden, yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebinde bulunulamayacağı ve böyle bir talebin haksız fiil hükümlerine istinad ettirilmesi gerektiği içtihadını izhar eylemişti. Fakat yeni TK. md. 806 f. II de bu içtihadın aksini kabul eden şu hükme yer verilmiştir : «Yolcuların kazaya uğramaları halinde bundan doğacak zararları taşıyıcı tazmin eder. Yolcunun kaza neticesinde ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalan kimseler dahi uğradıkları zararlara karşılık taşıyıcıdan tazminat isteyebilirler. Şu kadar ki; taşıyıcı kazanı kendisine veya yardımcılara yükletilmesi mümkün olan bir kusurdan doğmadığını isbat ettiği takdirde bu iki haldeki tazminattan kurtulur.» Burada akdi mes'uliyetin bahis mevzuu olduğu, kusuru isbat bakımından beyyine külfetinin ters çevrilmiş olmasından anlaşıldığı gibi, Adliye Encümeni Mazbatasında da sarahaten şöylece ifade edilmiş bulunmaktadır : (25) «Burada halledilmesi lâzım gelen mühim bir mesele daha vardır; o da yolcunun kaza neticesinde ölmesi sebebiyle onun yardımından mahrum kalan kimselerin Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünce istiyebilecekleri tazminatın akdi tazminat hükümlerine tâbi olmamasından doğan adaletsizliktir. Gerçekten yolcunun kaza sırasında ölmesiyle taraflar arasındaki akit sona ermekte ve yardımdan mahrum kalanlar ancak haksız fiil hü-

(23) Sh. 81.

(24) TD. 17.10.1953, E. 53-3066/K.5328, İçt. Kıl. 9, No. 257.

(25) Halid Kemal Elbir, Gerekçeli - Notlu - Sistematik Türk Ticaret Kanunu, 2. Bası, İstanbul 1958, sh. 171-172.

#### § 4, I

kümlerine göre hak isteme durumuna girmektedirler. Ekseriya ufak çocuklar veya kimsesiz kalan yaşlı insanların maruz kaldıkları felâketin neticelerini hafifletebilmek için ellerinde bulunan mahdut imkânlar onları dâvalının kusurunu isbat etmeğe muktedir kılmamakta ve böylece mağdur duruma düşmektedirler. Çünkü, ölüm dolayısıyla kendilerine akidden doğan herhangi bir tazminat hakkı geçmiş olmadığı cihetle zararlarını akdi tazminatların tâbi olduğu prensiplere dayanarak karşılamamaktadırlar. Bu adaletsizliği ancak tesis yoluyla önlemek mümkündür. Bu itibarla maddeye yardımdan mahrum kalanların dahi akit hükümlerince tazminat isteyebilecekleri ve bu tazminatı istemeleri için taşıyıcının kusurunu ispata muhtaç olmadıkları esaslarını tesbit eden bir şekil verilmiştir.»

Türk hukukunda, denizde yolcu taşıma mukavelesinde de, TK. md. 806 daki esas aynen kabul edilmiştir; filhakika TK. md. 1130 f. I e göre «Taşıyanın yolcuları sağ ve salim olarak ulaştırma mükellefiyeti ve bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi neticesinde yolcular ve ölümleri halinde yardımlarından mahrum kalanlar lehine doğan tazminat hakları 806 ncı madde hükümlerine tabidir. Şu kadar ki; donatanın gemi ve navlunla mahdut olarak mes'ul tutulmasına ait hükümler mahfuzdur». Yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebinin akde istinad edebileceği hususu, BK. md. 332 ye, Türk Ticaret Kanununun mer'iyet ve tatbik şekli hakkındaki 6763 sayılı Kanun md. 41, II, f bendiyle eklenen ikinci fıkrada en sarih ifadesini bulmuştur; mezkûr hükme tevfikân, «iş sahibinin yukarıki fıkra (26) hükümlerine aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat dâvaları hakkındaki hükümlere tâbi olur.» Bu hükmün konulmasının mucip sebepleri de Adliye Encümeni Mazbatasında şöylece ifade edilmektedir (27) : «Büyük bir kısmı itibariyle ticarî mahiyette bulunan İş Kanununa

---

(26) BK. md. 332 f. I e göre, «iş sahibi akdin hususî halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi ile birlikte ikamet etmekte ise sıhhi bir yatacak yer tedarikine mecburdur.

(27) Elbir, Gerekçeli TK., sh. 248.

#### § 4, I

tâbi iş akitlerinde işverene düşen, işçinin sıhhi şekilde çalışmasına ihtimam borcunun yerine getirilmemesi halinde işçinin uğradığı cismanî zararların tazmini için İş Kanununda başka bir hüküm bulunmadığı cihetle bu kabil iş akitlerinde de tatbik yeri bulan Borçlar Kanununun 332 nci maddesindeki bir eksiğin tamamlanması zarurî görülmüştür; o da, işverenin 332 inci maddeye uyarınca kendisine düşen ihtimam borcunu yerine getirmemesi neticesinde işçinin ölümü halinde onun yardımından mahrum kalanların ancak haksız fiil esaslarına göre, yani Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin son fıkrası hükmünce tazminat isteyebilmeleri cihetidir. Bu kabil tazminatlara hükmolunabilmek için işverenin kusurlu olduğunun ispat edilmesi lâzımdır ve bu tazminatlar Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesi hükmünce bir senelik müruruzamana dahi tâbidirler. Halbuki ölüme sebebiyet veren kusur, akdî bir kusur olması itibariyle bu tazminat dâvalarının bilhassa kusurun ispatı ve müruruzaman bakımından akit hükümlerine tâbi tutulması adalet ve hakkaniyete uygun düşer. Bu ihtiyacı karşılamak üzere Borçlar Kanununun 332 nci maddesine bu kabil tazminatların akde aykırı hareketten doğan tazminatlar hakkındaki bütün hükümlere tâbi olduğu yollu bir fıkra eklenmesi lüzumlu görülmüştür.»

Burada şu sual hatıra gelebilir : Acaba akde muhalif hareket neticesinde ölenin yardımından mahrum kalanların akde müstenid tazminat talepleri, yalnız hizmet ve karada ve denizde yolcu taşıma akitlerine mi münhasırdır, yoksa diğer bütün akdî mes'uliyet hallerine de teşmil edilebilir mi ? Kanaatimizce, TK. md. 806 f. II nin vaz'ı ve BK. md. 332 ye bir fıkra eklenmesi hususunda ileri sürülen mucip sebepler akdî mes'uliyeti gerektiren bütün adam ölmesi halleri için varittir; bu itibarla yardımcıdan mahrum kalanların akde müstenid tazminat talepleri, yalnız bahsi geçen akitlere hasredilmemeli, bütün akitlere teşmil olunmalıdır. Böylece Türk hukukunda İsviçre ve Alman hukukuna nisbetle daha ileri bir adım atılmış olmakta ve akde muhalefetten zarar gören üçüncü şahısların akde müstenid tazminat talebinde bulunamayacakları kaidesine mühim bir istisna getirilmiş olmaktadır.

Fransız hukukunda da Fransız Temyiz Mahkemesi (28), yolcu taşıma akdinde yolcunun, taşıyıcının akdî mes'uliyetini mucip bir

---

(28) Civ. 6 déc. 1932, D.1933.1.137, Note Josserand.

#### § 4, I

sebeup yüzünden ölmesi halinde, ölen yolcunun kanunî bir infak mükellefiyetine binaen bakmak mecburiyetinde olduğu kimselerin akde müstenid tazminat dâvası açabilmeleri esasını kabul etmektedir; bu içtihadın mucip sebebi olarak, yolcunun nakliye mukavelesini, ölmesi hali için, aynı zamanda yakınları (bilhassa eş, ana baba ve çocuklar) lehine akdettiği, yani burada bir nevi üçüncü şahıs lehine şart bulunduğu ileri sürülmektedir. Ancak bu içtihad, doktrinde (29) ağır tenkidlere maruz kalmış, yolcunun taşıma mukavelesini yaparken umumiyetle böyle bir şartı hatırına bile getirmediği, böyle vaziyetlerde üçüncü şahıs lehine şartın kabulünün bir faraziyeden ibaret olduğu, yolcunun yakınlarının sadece haksız fiile müstenid bir tazminat talebinde bulunabilecekleri, hısımlar arasında bir tefrik yapmanın manevî zarar halinde bir mesnedi bulunmadığı beyan edilmiştir (30). Hattâ tatbikatta bazı nakliyeciler, mukaveleye böyle bir üçüncü şahıs lehine şartı sarahaten bertaraf eden hükümler koymuşlardır. Fransız Temyiz Mahkemesi, korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu menfaatleri korumak için kanunda tanzim edilmiş bir müesseseye, üçüncü şahıs lehine şarta başvurmak zorunda kalmış, onun mevcudiyeti faraziyesini kabul etmiştir. Türk hukukunda ise, ölenin yardımından mahrum kalanların akde müstenid tazminat talepleri sarahaten derpiş edildiği cihetle, böyle faraziyelere gitmeğe lüzum kalmamıştır.

#### 3. BK. md. 45 f. II de kabul edilen esasın teşmili imkânı.

Doktrinde ve mahkeme içtihadlarında hâkim olan kanaate göre (31) İBK. md. 45 f. III (BK. md. 45 f. II) deki hüküm istisnâî bir mahiyet taşımaktadır; zira bu hükümle, doğrudan doğruya korunan bir hukukî varlığı ihlâl edilmeyip dolayısıyla zarar gören şahıslardan bazılarına, adam ölmesi dolayısıyla yardımcıdan mahrum

(29) Bk. *Mazcaud - Tunc*, t. I, no. 141; *Josserand*, D.1933,1.137; *Demogue*, t. V, no. 1247; *Ripert*: *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, no. 2454. Buna mukabil *Savatier* (t. II, no. 542) bu içtihadı tasvip etmektedir.

(30) *Planiol - Ripert - Estmein* (t.6 no.495), Fransız Temyiz mahkemesinin içtihadını netice itibariyle tasvip etmektedirler; mucip sebep olarak CC fr. md. 1122 mucibince bir kimsenin kendisi, mirasçıları ve halefleri için mukavele yaptığını ileri sürmektedirler.

(31) Bk. yukarıda s 1, not 3 te zikredilen müellifler ve mahkeme kararları; *Thorens*, sh. 127.

#### § 4, I

kalanlara, tazminat talebinde bulunmak imkânı bahşedilmektedir (32).

Gelpke (33), mezkûr hükmün bir istisna teşkil etmediği, bilâkis dolayısıyla zarar gören şahısların da hakkaniyet iktiza ettiriyorsa bu zararlarının tazmin edilebileceğini gösterdiği fikrindedir; Gelpke'ye nazaran, İBK. md. 45 f. III hükmünün vaz'edilmesiyle, dolayısıyla zarar gören şahıslardan bir kısmının menfaatleri kanunen, yazılı hukuk tarafından himaye edilmeğe başlamıştır; fakat bundan başka hallerde de, menfaatleri korunmaya lâyık, dolayısıyla zarar gören şahıslar bulunmaktadır; hâkim, bu hallerin hangileri olduğunu, zarara uğrayanın ve zarar verenin menfaatlerini adalet hissine göre tartarak, yazılı olmayan hukuktan çıkarmalıdır.

Gelpke'nin fikri kısmen isabetlidir; filhakika dolayısıyla zarar gören şahısların menfaatlerinin himayeye şayan olduğu haller, yalnız adam ölmesi dolayısıyla yardımcıdan mahrum kalmadan ibaret değildir. Daha ileride etraflı surette izah edeceğimiz veçhile, mahkeme içtihadları, yazılı olmayan hukuka müsteniden, başka bazı hallerde de dolayısıyla zarar gören şahısların tazminat talebinde bulunabilmelerini kabul etmişlerdir. Yalnız, dolayısıyla zarar gören şahsın zararının tazmini imkânı çeşitli hallerde tanınsa dahi, bu hallerin hepsi birer istisna teşkil ederler ;yani dolayısıyla zarar görenin, bu zararının tazmin edilemeyeceği kaidesi daima mahfuzdur. Mesele, bu kaidenin istisnalarının neler olabileceğini tesbit etmektedir. Bu bakımdan İBK. md. 45 f III de istisnaî mahiyette bir hükümdür; ancak bundan, dolayısıyla zarar görenin tazminat istemesi hususunda kanunda derpiş edilmemiş bulunan başka istisnaların olamayacağı neticesi çıkarılmamalıdır (34).

4. *Bir kimsenin hizmetinden mahrum kalma dolayısıyla tazminat talebi (BGB § 845).*

---

(32) Alman hukukunda BGB s 844 f. II ve s 845 in istisnaî hükümler olduğu ve teşmîlî surette tatbik edilemeyeceği hususunda bk. Esser, s 208, 2 a; Palandt, s 844, 1 a; s 845, 1; Reinhardt, sh. 135; Staudinger-Werner, Vorbem, vor s 249, Nr. 89; BGHZ, 7, sh. 30, 33-34. Mahdut bir sahada kıyasen tatbik lehinde: Weimar, Österreichische Juristen-Zeitung 1960, sh. 515.

(33) Sh. 48 - 49.

(34) Benzer fikirde Fürstehagen, sh. 48-49.

#### § 4, I

BGB § 845 e göre, «ölüme sebebiyet verme, cismanî tamamiyetin veya sıhhatin haleldar edilmesi ve hürriyetin selbedilmesi hallerinde, mağdur kanunen bir üçüncü şahsa karşı onun ev işlerinde veya ticarî işletmesinde bazı hizmetler edasına borçlu ise, tazminatla mükellef olan kimse üçüncü şahsın mahrum kaldığı hizmetler için ona irat şeklinde bir tazminat ödemeğe mecburdur».

Bu hüküm, eşlerin birbirlerinin veya çocukların ana babalarının evinde veya ticarî işletmesinde çalışması ve haksız fiil neticesinde bunların hizmetinden mahrum kalınması hallerinde tatbik olunur (35). Eşler ve çocuklar gibi hizmet edası hususunda kanunî bir mükellefiyeti olmayan, fakat sadece bir akit mucibince hizmet edasında bulunma borcu altına girmiş olan yahut borcu olmaksızın fiilen hizmet eden şahısların hizmetinden mahrum kalındığı takdirde bu hükme başvurulamaz (36).

Türk - İsviçre BK. da buna benzer bir hüküm yoktur. Bu itibarla ev işlerinde veya ticarî işletmede çalışan eş veya çocuğun cismanî tamamiyetinin haleldar edilmesi veya hürriyetinin selbedilmesi hallerinde, kaideten sadece mağdurun kendisi tazminat isteyebilir, dolayısıyla zarar gören şahıs vaziyetindeki eşi veya ana veya babası tazminat talebinde bulunamaz (37). Buna mukabil, karının ölümü halinde onun hizmetinden mahrum kalmanın yardımcıdan mahrumiyete müstenid tazminat talebine yol açabileceği İsviçre müellif (38) ve mahkemelerince (39) kabul edilmektedir: meselâ ev işlerini gören ve küçük çocuklarına bakan karının ölümü üzerine bir hizmetçi veya dadı tutmak mecburiyetinde kalınması neticesinde yapılan masrafların tazmininin istenebileceği, ancak karının ölümü dolayısıyla onu infak için yapılan masraflardan tasarrufun bir istifade sayılarak uğranılan zarardan mahsubu gerektiği beyan olunmaktadır (40).

(35) Palandt, § 845, 2; Esser, § 203, 3 c; Enneccerus - Lehmann, § 249, II, 3 a; Weimar, ÖJZ, 1960, sh. 514.

(36) Palandt, § 845, 2; Weimar, ÖJZ, 1960, sh. 514. Aksi fikirde Reinhardt, sh. 133.

(37) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, § 14, II, 7 c; yukarıda § 1, not 24 ve buna ait metin.

(38) Oftinger, Bd. I, § 6, not 303; Moser, sh. 73.74; Fehr, sh. 124.

(39) BGE 82 II 39 vd.; 57 II 183; BIZR 41, Nr. 63, sh. 161.

(40) Buna mukabil Aargau Kanton Mahkemesi (V. Aarg. R. 1934, sh. 121 - 122) kızının ev işlerine yardım eden ve onun hizmetçiden tasar-

**II — Vekilin vekilinin akde muhalefeti yüzünden müvekkilin ona karşı doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunması imkânı (BK. md. 391 f. III).**

*1. Vekâlet akdinde vekilin yerine başkasını ikame etmesi mefhumu ve neveleri.*

BK. md. 390 f. III (İBK. md. 398 f. III), muayyen şartlar altında, vekâletin ifası için vekilin başkasını tevkil etmesine, yerine başkasını ikame eylemesine cevaz vermektedir. Mezkûr hükme göre, «vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya âdet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur». Bu hükmün mefhumu muhalifinden, vekilin müvekkil tarafından mezun kılındığı veya âdetin cevaz verdiği yahut hal icaplarının mecbur bıraktığı hallerde (41) yerine başkasını ikame edebileceği (*Substitution*) neticesi çıkmaktadır.

İkamenin muhtelif neveleri mevcuttur :

a) Vekilin yerine başkasını ikame etmesinin, BK. md. 390 f. III ve aşağıda daha yakından inceleyeceğimiz BK. md. 391 (İBK. md. 399) da bilhassa derpiş edilen şekli, alt vekâlet (*Unterauftrag*) (42), yani vekilin vekâletten doğan borçlarının ifası için kendi adına yaptığı bir akitle başkasını tevkil etmesi halidir (43). Alt vekâletin mevcudiyeti halinde vekil ile müvekkil arasındaki vekâ-

---

ruf etmesini sağlayan annenin ölümü halinde, kızın malî bakımdan desteklenmeğe muhtaç olmadığı mülâhazasıyla, yardımcıdan mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebini reddetmiştir.

(41) Bu haller hakkında tafsilât için bk. Georg Gautschi : Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilband : Der Auftrag, Bern 1959, Art. 398, Nr. 41-43; Nelli Jaussi : Die Auftragssubstitution nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1925, sh. 11-19. Oser - Schönberger, Art. 398, Nr. 6-10.

(42) Hukukumuzda alt vekâlet, alt kira (Untermiete) gibi tâbirler henüz vekâlet akdini ifade etmek müşküldür; bu hususta da belki «vekil vekâlet» tabiri kullanılabilir. «Alt» yerine «talî» kelimesi de hatıra gelebilir (talî komisyon = sous - commission da olduğu gibi); fakat alt vekilin rolü hiç de talî değildir. Aşağıda § 5, not 1 e de bk.

(43) Oser - Schönberger, Art. 399, Nr. 5; Gautschi, Art. 398, Nr. 40, c, 3; Becker, Art. 399, Nr. 1.



#### § 4, II

let akdi devam eder; buna mukabil, vekilin vekiliyle (alt vekille) müvekkil arasında akdi bir münasebet yoktur. Vekilin vekili (alt vekil), vekâlet akdinden doğan borcun ifası kendisine tevdi edildiği için bir nevi yardımcı şahıstır (44); onu diğer yardımcı şahıslardan ayıran husus, müelliflerin ekseriyetine göre (45), vekilin vekâlet akdinin kendisine yüklediği edaların tamamının veya bir bütün teşkil eden bir kısmının, kendi idaresi ve nezareti altında olmaksızın, müstakil surette yerine getirilmesini ona bırakmış olmasıdır; bu suretle, vekil kendisine terettüp eden eda mükellefiyetinden fiilen kurtulmaya çalışır (46). Buna mukabil, Gautschi'nin fikrine (47), ifasında bunu yapanın şahsının ehemmiyeti bulunan işlerin başkasına tevdi halinde alelâde yardımcı şahıs kullanmadan farklı bir alt vekâlet münasebeti ortaya çıkar; yoksa vekâletten doğan borçlarının ifasının tamamen başkasına tevdi kistası vekilin vekilini (alt vekili) diğer yardımcı şahıslardan tefrik hususunda isabetli bir kıstas değildir; zira vekilin vekiline de yalnız bir kısım işlerin tevdi kabil olduğu gibi (48), vekil kendisine terettüp eden mükellefiyetlerin tamamının ifasını kendi vekiline (yani alt vekile) tevdi etse dahi, yine kendisi ifadan mes'ul kalır; ancak, başkasını tevkilin caiz olduğu hallerde bu mes'uliyet daha hafifletilmiştir (BK. md. 391 f. II). Diğer taraftan, yardımcı şahısların mutlaka borçluya tabi durumda olması gerekmediği cihetle (49), vekâletin yüklediği edanın müstakil surette yerine getirilmesinin başkasına bırakılması kistası da vekilin vekilini alelâde yardımcı şahıslardan ayırdetmek için kâfi görünmemektedir; müstakil surette ifa, ikamenin mevcudiyeti hususunda sadece bir ema-

---

(44) Gautschi, Art. 398, 40, b (mevsuf bir yardımcı şahıs); Jaussi, sh. 3 ve 5.

(45) Von Tuhr - Siegwart, § 70, not 14 e ait metin; Jaussi, sh. 3 - 7; Peter Portmann; Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1958, sh. 48; Jacob Tschudi : Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (Art. 101 OR), Diss. Bern 1949, sh. 34 - 35; Andrea Giacomo Bezzola; La responsabilité du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation (Art. 101 CO), thèse Genève 1937, sh. 42 - 47. Oser - Schönenberger, Art. 398. Nr. 7.

(46) Jaussi, sh. 6. Portmann, sh. 48 e de bk.

(47) Art. 398, Nr. 40 c, 1 - 2, e.

(48) Gautschi, Art. 398, Nr. 40, c, 2; Oser - Schönenberger, Art. 399, Nr. 3.

(49) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, § 28, not 8 ve buna ait metin.

re teşkil edebilir. Netice itibariyle, BK. md. 391 bakımından, vekilin yerine kaim olan şahıs olarak, bilhassa (50), vekilin kendi adına yaptığı bir mukaveleyle, vekâlet akdinin kendisine yüklediği ve şahsan yerine getirilmesi mühim olan edaların tamamının veya bir kısmının yapılması için tevkil ettiği kimse anlaşılmalıdır.

b) Vekilin yerine başkasını ikame etmesinin diğer bir şekli, onun kendi adına değil, müvekkil adına yaptığı bir mukaveleyle vekâletten doğan borçların ifasını başkasına tevdi etmesi suretinde kendini gösterir. Bu takdirde, vekil ile yerine kaim olan şahıs arasında bir vekâlet münasebeti doğmaz; bu münasebet doğrudan doğruya müvekkil ile vekil yerine kaim olan şahıs arasında vücut bulur; bittabi bu neticenin husule gelmesi, vekilin müvekkil adına bir mukavele yaparak yerine başkasını ikame etmek hususunda salâhiyeti bulunmasına bağlıdır. Bu gibi ikame halleri için İsviçre hukukçuları (51), alt vekâletten farklı olarak ikame vekâleti (*Ersatzauftrag*) tabirini kullanmaktadırlar. İkamenin bu dar mânasını, alt vekâleti de içine alan geniş mânasıyla (*Substitution*) karıştırmamak lâzımdır (52). Alt vekâlet mi, yoksa dar mânada ikame vekâleti mi karşısında bulunduğu hususunda tereddüt edilirse alt vekâletin mevcudiyeti karine olarak kabul edilmelidir (53). Eğer vekilin müvekkili adına akdettiği mukaveleyle başkasını kendi yerine ikameye salâhiyeti yoksa, müvekkil böyle bir mukaveleyle icazet vermedikçe, vekilin yerine ikame etmek istediği üçüncü şahısla müvekkil arasında akdi bir münasebet vücut bulmaz; bu üçüncü şahıs, kendisine tevdi edilen işi yaparsa, vekâletsiz iş gören sıfatını taşır (54).

İkame vekâletinde de müvekkille ilk vekil arasında hilâfı kararlaştırılmadıkça, ikameye rağmen ilk vekilin mes'uliyeti devam

---

(50) Gautschi (Art. 398, Nr. 40, e) Substitut tabirini münhasıran bu tarifteki şahıslar hakkında kullanmaktadır.

(51) Oser - Schöenberger, Art. 399, Nr. 17; Friedrich, sh. 80; Jaussi, sh. 20. Von Tuhr - Siegwart, sh. 325 e de bk.

(52) Hatta Gautschi'ye göre, Substitution tabiri yalnız alt vekâlete hasredilmelidir. Bk. yukarıda not 11.

(53) Oser - Schöenberger, Art. 399, Nr. 18.

(54) Oser - Schöenberger, Art. 399, Nr. 21. Jaussi'nin haklı olarak belirttiği veçhile (sh. 26), vekilin bu hususta salâhiyeti ve müvekkilin icazeti yoksa ikame vekâletinin vücut bulması kabil değildir.

## § 4, II

eder; yalnız, caiz olan ikame vekâletinde bu mes'uliyet hafifletmiştir (BK. md. 391 f. II).

c) Gautschi (55) ikame vekâletine (*Ersatzauftrag*), bir Federal Mahkeme kararına (56) istinad ederek daha da dar bir mânâ izafe eylemektedir. Bu müellife göre ikame vekâleti, ilk vekilin muayyen bir vekâleti kabul etmemesi veya muayyen bir müddet zarfında ifa etmemesi şartına bağlı olarak başkasına verilmiş olan vekâlettir (57). Bu anlamında ikame vekâletinde de, kaim olan şahıs doğrudan doğruya müvekkille bir vekâlet münasebetine girer; ilk vekille arasında akdî bir münasebet yoktur; hatta ilk vekil onu seçmeğe ve ona talimat vermeğe salâhiyetli de değildir.

Burada kaim olan şahıs, bir nevi yardımcı şahıs vaziyetinde de değildir; zira borcun ifasını ona ilk vekil tevdi etmiş değildir. Böylece, bu dar mânâda ikame vekâletinde kaim olan şahıs yanında ilk vekilin ne BK. md. 391 f. II ye, ne de BK. md. 100 e göre mes'uliyeti bahis mevzuu olur; zaten bu mânâda ikame vekâleti ya ilk verilen vekâletin kabul edilmemesi, binaenaleyh teşekkül etmemesi dolayısıyla ortaya çıkacak, yahut da ifa edilmeyen ilk vekâletin yerini tamamen alacaktır.

Kanaatimizce vekâlette ikame bahsinde, bir terminoloji karışıklığı hüküm sürmektedir. İsviçre hukukçuları her ikisi de ikameyi ifade eden *Substitution* ve *Ersatzauftrag* kelimelerini ayrı ayrı mânâlarda kullanmaktadırlar. Biz İsviçre hukukçularının ekseriyetine uyarak «ikame» (*Substitution*) tabirini, hem alt vekâlet (vekile vekâlet), hem de ikame vekâletini içine alan geniş bir mef-

---

(55) Art. 398, Nr. 40 c.

(56) BGE 78 II 452.

(57) Gautschi, ikame vekâleti asıl müvekkil tarafından şarta veya ecele bağlı olarak verilmiş bir vekâlettir demekte ise de, kanaatimizce ilk vekilin muayyen müddet zarfında vekâleti kabul veya ifa etmemesi halinde yine ecel değil, şart bahis mevzuudur; binaenaleyh burada ecelden bahsetmek isabetli değildir; meğer ki ilk vekil vekâleti icra etsin etmesin, muayyen bir müddet sonra onun yerine başkasının kaim olacağı kararlaştırılmış olsun. Nitekim Gautschi'nin istinad ettiği Federal Mahkeme kararında da (bk. yukarıda not 56), ecelden hiç bahs olunmamakta, sadece talikî şarta bağlı bir vekâletin zikri geçmektedir.

## § 4, II

humu ifade için kullanmaktayız (58); alt vekâlet mahiyetini taşımayan ikame hali için «ikame vekâleti» tabirine başvurmaktayız; bu sonuncu tabir dil bakımından pek güzel olmamakla beraber almanca Ersatzauftrag kelimesinin tam karşılığıdır; zaten mühim olan cihet, tabirlerle ne ifade edilmek istenildiğinin, bunların muhtevalarının iyice bilinmesidir.

### 2. BK. md. 391.

Şimdi artık mevzuumuz bakımından mühim olan BK. md. 391 ve bilhassa bu hükmün üçüncü fıkrası üzerinde durabiliriz. BK. md. 391 in metni şöyledir :

«Vekil, salâhiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendi yapmış gibi mes'uldür.

Vekil, başkasını tevkile salâhiyettar olduğu takdirde, yalnız salâhiyetini kullanırken ve talimat verirken takayyüd ve ihtimam göstermekle mükelleftir.

Her iki surette vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları *müvekkil doğrudan doğruya o şahsa karşı* dermeyeran edebilir».

BK. md. 391 f. I bütün caiz olmayan ikame hallerinde tatbik edilebilir; ister alt vekâlet, ister ikame vekâleti bahis mevzuu olsun; başka bir deyimle vekil, buna salâhiyeti olmadığı halde, ister kendi adına, ister müvekkil adına yaptığı bir mukaveleyle vekâletten doğan borçlarının ifası için başkasını tevkil etsin, ifa için yerine başkasını ikame etmekle müvekkille arasındaki vekâlet akdine muhalefet etmiş olur ve bunun bütün neticelerinden, bu arada kaim olan şahsın fiillerinden doğan zarardan, hatta bu şahsın kusuru olmasa dahi mes'ul olur (59). Bu husus BK. md. 391 f. I de ifade edilmiş olmasaydı dahi, bunu akde muhalefet hakkındaki umumî esaslardan istihraç etmek kabildi (60).

---

(58) Gautschi ikame (Substitution) tabirini yalnız alt vekâlet haline hasretmektedir, bk. yukarıda not 11 ve 13. Jaussi de (sh. 20, not 62), bu bahisdeki terminoloji karşılığına ve alt vekâlet ve ikame vekâleti tabirlerinin birbiri yerine kullanılabilmesine işaret etmektedir.

(59) Jaussi, sh. 29 - 31; Oser - Schönerberger, Art. 399, Nr. 8 ve 21; Becker, Art. 399, Nr. 9.

(60) Von Tuhr - Siegart, § 70, not 15 e ait metin.

## § 4, II

BK. md. 391 f. II nin de caiz olan bütün ikame hallerinde, yani mezuniyete müstenid olmak kaydıyla gerek alt vekâlette, gerek ikame vekâletinde tatbiki kabil olduğu umumiyetle kabul edilmektedir (61). Müşahede olunduğu üzere, bu gibi hallerde vekilin yerine kaim olan şahsın fiillerinden mes'uliyeti, yine vekilin BK. md. 100 mucibince alelâde-yardımcı şahıslarının fiilinden mes'uliyetine nisbetle hafifletilmiştir. BK. md. 391 f. II ye göre vekil, yerine kaim olan şahsı seçmekte ve ona talimat vermekte kusurlu olmadığı isbat ederek mes'uliyetten kurtulabilir (62); halbuki BK. md. 100 böyle bir kurtuluş beyyinesi getirmek imkânını tanıtmaktadır.

Diğer iş görme akitlerinden farklı olarak, vekâlette vekilin, yerine kaim olan şahsın fiillerinden mes'uliyetinin hafif tutulmasını izah için muhtelif mülâhazalar ileri sürülmüştür. Von Tuhr - Siegart'ın fikrinde (63), vekil her zaman vekâletten istifa edebileceği cihetle, yerine başkasını tevkil etmekle müvekkile hizmette bulunmuş olacaktır; bu itibarla başkasını tevkil eden vekilin mes'uliyeti hafif tutulmalıdır. Jaussi'ye göre (64), hizmet akdinde işçinin işverene iktisaden ve şahsen fazla tabi durumda bulunması, istisna akdinde neticenin, eserin vücuda gelmesinin mühim olması dolayısıyla, bu akitlerde, işçi veya müteahhit yerlerine kaim olacak şahsın fiillerinden olan mes'uliyetlerinin hafifletilmesini şart ettirecek durumda değildirler; buna mukabil, vekil, hukuken ve iktisaden daha müstakil durumdadır ve yerine kaim olan şahsın fiillerinden mes'uliyeti kanunen hafifletilmiş olmasaydı bile, akitte böyle hafifletici bir kaydı umumiyetle kabul ettirecek durumdadır. Kaldı ki, vekâletin tahmil ettiği edanın muhtevasında bunu yapanın şahsının rolü büyüktür; bu itibarla kaim olan şahsın fiilinden vekil ağır bir surette mes'ul tutulmamalıdır; vekilin mes'uliyetinin hafifletilmesini telâfi için, BK. md. 391 f. III de, müvekkile, doğrudan doğruya kaim olan şahsa karşı, vekille bu şahıs ara-

(61) Jaussi, sh. 31 - 32, hususiyle sh. 32 not 95.

(62) İkame vekâleti, Gautschi'nin izafe eylediği en dar mânada kabul edilirse, kaim olan şahsı asıl müvekkil seçtiği için, ilk vekilin, bu şahsın fiilinden BK. md. 391 f. II deki hafifletilmiş şekilde dahi mes'uliyeti bahis mevzuu olmaz : bk. Gautschi, Art. 398, Nr. 44, c.

(63) § 70 not 16 ya ait metin.

(64) Sh. 8 - 11.

## § 4, II

sındaki akde müstenid talep haklarında bulunmak imkâm bahşedilmiştir. Bütün bu mülâhazalara müsteniden, BK. md. 391 f. II deki caiz olan ikame halinde vekilin mes'uliyetini tahfif eden hükmün istisnâî bir mahiyet taşıdığı ve diğer akitlerde borçlunun yerine başkasını ikame etmesi halinde kıyasen tatbik edilemeyeceği ileri sürülmektedir (65); böylece diğer akitlerde borçlu, ifa için yerine ikame ettiği şahsın fiillerinden BK. md. 100 e göre mes'ul olacak ve BK. md. 391 f. II deki kurtuluş beyyinesini getiremeyecektir (66).

BK. md. 391 f. III e göre, müvekkil vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyeran edebilir. Bu hüküm yalnız alt vekâlet şeklindeki ikame hallerinde tatbik edilebilir; ikame vekâletinde bu hükmün tatbik yeri yoktur (67); zira vekilin haiz olduğu salâhiyete müsteniden müvekkil adına yaptığı bir akitle vekâletin ifası için başkasını tevkil etmesi halinde, zaten müvekkille vekil yerine kaim olan şahıs arasında doğrudan doğruya bir vekâlet akdi mevcut ve müvekkilin bu akde istinad etmesi kabil ve kâfidir; kaldı ki, vekille kaim olan şahıs arasında akdi bir münasebet mevcut olmadığı için, vekilin bu şahsa karşı herhangi bir talep hakkı da yoktur ki, müvekkil BK. 391 f. III mucibince bu hakkı dermeyeran edebilsin. Eğer vekil, salâhiyeti olmadığı halde müvekkil adına yaptığı bir mukaveleyle yerine başkasını ikame etmişse, müvekkil icazet vermediği takdirde kaim olan şahısla ne müvekkil, ne de vekil ara-

---

(65) Von Tuhr - Siegwart, s 70, not 16 ya ait metin; Bezzola, sh. 65; Jaussi, sh. 10 - 11. Yalnız müstevda, müddetsiz vedia da veya vedia müddetinin sona ermesinden evvel BK. md. 476 cümle 2 mucibince şeyi mudie iade edebileceği hallerde, vediayı kendi yerine kaim olan başka bir şahsa tevdi ederse BK. md. 391 f. II kıyasen tatbik edilebilmelidir ;zira vekâlette ikame için bahis mevzuu olan mülâhazalar burada da varittir. Nitekim BGB s 691 de de bu esas kabul edilmiştir : von Tuhr - Siegwart, s 70, not 16.

(66) Nitekim bu esas TK. md. 784 de sarahaten ifade edilmiştir; mezkûr hükme göre, «taşiyıcı, taşınan eşyanın gönderilene teslimine kadar kendi yerine geçen bütün taşıyıcıların ve eşyanın taşınmasını kendilerine bıraktığı kimselerin fil ve kusurlarından kendi kusuru gibi mes'uldür»; binaenaleyh taşıyıcı sadece ara taşıyıcıları seçmekte ve onlara talimat vermekte kusuru olmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulamaz. Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 448.

(67) Aynı fikirde Jaussi, sh. 32, not 95.

#### § 4, II

sında bir akdî münasebet doğar; binaenaleyh yine BK. md. 391 in tatbiki bahis mevzuu olamaz; müvekkil, üçüncü şahsın fiilinden doğan zarardan dolayı ,onu akde muhalif olarak yerine ikame eden vekilden tazminat isteyebileceği gibi, üçüncü şahsa karşı da vekâletsiz iş görme hükümlerine binaen tazminat talebinde bulunabilir.

Buna mukabil, BK. md. 391 f. III ün, alt vekâlet halindeki pratik faydası şöylece izah edilebilir : Alt vekâlet halinde vekille (S) onun vekili (T) arasında akdî bir münasebet vardır; zira vekil onu kendi adına yaptığı bir mukaveleyle tevkil etmiştir; buna mukabil, müvekkil (Ü) bu mukavelede taraf değildir. Eğer vekilin vekili (T), vekille arasındaki akde muhalefet eder ve müvekkil (Ü) bundan bir zarar görürse, BK. md. 391 f. III vazedilmiş olmasaydı, müvekkil (Ü), vekilin vekiline karşı akdî bir tazminat davası açamazdı; müvekkilin (Ü nün) ancak kendi vekiline (S ye) karşı tazminat davası açması kabildi; fakat caiz olan bir ikame karşısında bulunuluyorsa vekil, alt vekili seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru olmadığını isbat ederek tazminat ödemekten kurtulabilirdi; böylece müvekkilin (Ü nün) zararı tazmin edilmemiş olarak kalırdı; BK. md. 391 f. III, müvekkile, vekille vekilin vekili arasındaki akitten doğan talep haklarını ileri sürmek imkânını bahsetmekle, bu gibi vaziyetlerde müvekkilin zararını vekilin vekiline tazmin ettirebilmesini mümkün kılmaktadır (68). Caiz olmayan alt vekâlet halinde ise, vekil alt vekilin fiillerinden doğan zarardan müvekkile karşı mes'ul olacağı ve BK. md. 391 f. II deki kurtuluş beyyinesini getiremeyeceği cihetle, müvekkilin alt ve-

---

(68) Fransız MK. md. 1994 f. II ve İtalyan MK. md. 1717 f. IV de de, müvekkile, kaim olan şahsa (vekilin vekiline) karşı doğrudan doğruya dâva açmak imkânı tanınmıştır. BGB s 664 te vekâlette ikame kabul edilmekle ve caiz olan ikamede vekilin yalnız ifayı kaim olan şahsa tevdi edilecek kusurundan mes'ul olacağı belirtilmekle beraber, müvekkile kaim olan şahsa karşı doğrudan doğruya dâva açma hakkı tanınmadığından, vekilin ifayı başkasına tevdi etmede kusuru olmadığını isbat etmesi halinde, müvekkilin tazminat elde edememesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır; bu tehlikeyi bertaraf etmek için Alman hukukunda üçüncü şahsın zararının tazmini hususundaki umumî nazariyelere başvurulmakta ve vekilin müvekkilin menfaatini ileri sürerek ona tazminat ödenmesini talep etmesi şeklinde bir hal tarzı bulunmağa çalışılmaktadır. Bk .Palandt, s 664, I; Enneccerus - Lehmann, s 161, I, 1 in fine; Wahl, sh. 74. Hölder'in fikrinde (Recht 1908, sh. 469), vekilin yerine başkasını ikame hususundaki salâhiyeti, daima,

## § 4, II

kile karşı haiz olduğu doğrudan doğruya dâva hakkının pratik ehemmiyeti o kadar büyük değildir; fakat bu dâva hakkı tamamen de lüzumsuz sayılamaz; vekilin borç ödemekten aczi halinde, müvekkilin alt vekile karşı doğrudan doğruya dâva açabilmesi faydalı olabilir (69). Vekil de müvekkile karşı olan mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek alt vekilden tazminat talebinde bulunabilir; mes'uliyetten kurtulmaya müteallik olan bu menfaat caiz olan ikame halinde nisbîdir (70).

Böylece müvekkil BK. md. 399 f. I e binaen kendi zararının, vekil ise alt vekille aralarındaki akde binaen, müvekkile karşı mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatinin tazminini isteyebilecektir. Her halükârda tazminat nihaî olarak müvekkile ödenecektir; alt vekil bunu vekile ödese dahi, bu, vekilin müvekkile karşı olan borcunun bir karşılığı (*Deckung*) mahiyetindedir ve vekilin bu karşılığı müvekkilin zararının tazmini için kullanması gerekir; vekilin açtığı dâvada onun tazminat borcunu alt vekilin üzerine almasına hükmolunmasının, bu borcun karşılığının ona verilmesinden daha uygun bir yol olduğuna daha yukarıda işaret etmiştik (71). Burada müvekkilin ve vekilin tazminat talepleri başka başka sebeplere dayandığı ve tazminatın sadece müvekkile ödenmesi gerekti-

---

vekile kaim olan şahısla müvekkil arasında yeni bir vekâlet münasebeti kurmak ve kendisi aradan çekilmek salâhiyetini bahşeder; bu görüşün tenkidi için bk. Jaussi, sh. 38 not 112. Wah'fe göre (sh. 73 - 74), BGB nin hazırlanması esnasında Fransız MK. md. 1194 e benzer bir hükmün konulması bahis mevzuu olmuş, fakat Fransız mahkemelerinin bu hükmü yalnız vekilin kaim olan şahısla müvekkil adına mukavele yaptığı hallerde tatbik ettikleri, bu gibi hallerde zaten müvekkilin kaim olan şahısla doğrudan doğruya akdi münasebete girdiği mülâhazasıyla böyle bir hükme lüzum bulunmadığı fikri hâkim olmuştur.

(69) Gerçi bu takdirde BK. md. 393 f. I de derpiş edilen kanunî halefiyet müessesesine istinad etmek de düşünülebilir. Jaussi (sh. 36) BK. md. 391 f. III ün BK. md. 393 f. I in bir tatbik şekli olduğu fikrindeyse de, üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâva hakkı, kanunî halefiyetten daha ileri giden bir hal tarzıdır. Becker'e göre (Art. 399, Nr. 6), BK. md. 391 f. III, BK. md. 393 ün bir tamamlayıcısıdır; müvekkil, BK. md. 393 e kıyasen, vekile karşı borçlarını yerine getirmediğçe alt vekile karşı BK. md. 391 f. III deki doğrudan doğruya dâva hakkını da kullanamamalıdır.

(70) Bk. yukarıda § 3, I, 2, b.

(71) Bk. yukarıda § 3, not 14 e ait metin.



## § 4, II

ği cihetle, müteselsil alacaklılık değil, fakat müteselsil alacaklılığa benzer bir vaziyet mevcuttur (72). Binaenaleyh, alacaklılar arasında teselsül halinde BK. md. 148 f. III ün borçluya, alacaklılardan dilediğine ödeme hususunda bahsettiği hıyar hakkı burada kullanılamaz. Alt vekil, vekile müvekkile karşı olan borcu için bir karşılık ödese dahi, bu ödemeye müvekkilin tazminat alacağı sukut etmez (73); ancak vekil karşılık olarak aldığı parayı müvekkile verdiği anda, bahis mevzuu tazminat alacağı ortadan kalkar; binaenaleyh, BK. md. 148 f. II de bu gibi hallerde tam mânasıyla kabili tatbik değildir.

Vekille alt vekil aynı zarardan muhtelif sebeplere binaen mes'ul oldukları cihetle müşterek kusura müstenid bir haksız fiilleri bulunmadıkça müvekkile karşı aralarında nakıs teselsül bulunan borçlu vaziyetindedirler (74).

3. *BK. md. 391 f. III de müvekkile tanınan hakkın mahiyeti ve bu hükmün teşmili imkânı.*

BK. md. 391 f. III, akitte taraf olmayan bir şahsın akdin ihlâli yüzünden uğradığı zararın tazminini bu akde müsteniden istemeyeceği kaidesinin gerçek bir istisnasını teşkil etmektedir. Kanun vazı, daha yukarıda da izah ettiğimiz veçhile (75), caiz olan ikamede vekilin mes'uliyetini hafifletirken, vekilin kurtuluş beyinesi getirebildiği hallerde alt vekilin müvekkile ika ettiği zararın tazmin edilmeksizin kalmasını hakkaniyete aykırı bulmuş ve müvekkile aralarında akdî münasebet bulunmadığı halde alt vekile karşı onun vekille akdetmiş olduğu mukaveleye müstenid tazminat dâvası açmak imkânını bahşeylemiştir.

Gautschi (76), müvekkilin alt vekile karşı haiz olduğu bu doğrudan doğruya dâva hakkını, bazı Roma hukuku metinlerini de ileri sürerek, üçüncü şahıs lehine şart müessesesiyle izaha çalışmak-

---

(72) Von Tuhr - Siegart, s 91 not 26 ya ait metin; Jaussi, sh. 58 - 59 : Gautschi (Art. 399, Nr. 10 c) gerçek anlamında bir müteselsil alacaklılık mevcut olduğunu beyan etmekle beraber, BK. md. 148 f. III ün kabili tatbik olmadığını da ilâve eylemektedir.

(73) Jaussi, sh. 58.

(74) Gautschi, Art. 399, Nr. 8, b; Jaussi, sh. 50 vd. Karş. Friedrich, sh. 80.

(75) Bk. yukarıda not 68 e ait metin.

(76) Art. 399, Nr. 10 a.

#### § 4, II

tadır (77). Gautschi'ye göre, vekilin yerine başkasını ikame etmesi halinde, onun alt vekille yaptığı vekâlet akdi, müvekkil lehine akdedilmiştir; müvekkil, bu akde ve BK. md. 111 f. II ye müsteniden alt vekile karşı doğrudan doğruya ifayı ve ademi ifa halinde tazminat talep etmek hakkını haizdir. Kanaatimizce, bu izah tarzı, bilhassa kaim olan şahsın esas müvekkilin mevcudiyetinden haberdar olmadığı haller için (78) isabetli değildir; bu gibi hallerde üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyetinden bahsedilemez (79).

Jaussi (80) de, BK. md. 391 f. III ün BK. md. 393 f. I in bir tatbik şekli olduğunu, burada da vekilin alt vekille akdettiği mukavelede müvekkilin dolayısıyla mümessili sıfatıyla hareket etmesine rağmen, alt vekille müvekkil arasında doğrudan doğruya bazı neticeler husule geldiğini beyan etmektedir.

Filhakika BK. md. 393 f. I mucibince, vekilin müvekkil hesabına kendi namına üçüncü şahısla akdettiği mukaveleden doğan haklar, müvekkil vekile karşı olan borçlarını yerine getirince kanunen müvekkile intikal eder ve bu suretle müvekkil üçüncü şahısla doğrudan doğruya münasebete girer; ancak kanunî halefiyette, vekile ait hakların müvekkile intikalinden sonra vekil artık karşı âkiten herhangi bir talepte bulunamaz; halbuki BK. md. 391 f. III e göre, hem müvekkil, hem de vekil alt vekilden müvekkile tazminat ödemesini isteyebilecek durumdadırlar (81); yani daha yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile, burada alacaklılar arasında teselsüle benzer bir münasebet karşısında bulunmaktadır. Bundan başka Jaussi (82), kanunî halefiyet halinde vekilin artık müvekkile karşı mes'uliyetinin bahis mevzuu olmayacağını, halbuki caiz ikamede hem vekilin hem de alt vekilin müvekkile karşı mes'ul olduklarını beyan eylemekte ise de, kanaatimizce müvekkilin BK. md.

(77) Fransız hukukunda aynı fikre dayanan mahkeme kararları için bk. Flattet, sh. 186 not 3.

(78) Filhakika kaim olan şahsın, esas müvekkilin ve ikame münasebetinin mevcudiyetini bilmesi şart değildir : Becker, Art. 399, Nr. 2. Fransız hukukunda aksi fikrin hâkim olduğu hususunda bk. Wahl, sh. 70.

(79) Aynı fikirde Jaussi, sh. 38.

(80) Sh. 36.

(81) Von Tuhr - Siegwart, s 63, not 122.

(82) Sh. 36 not 105.

#### § 4, II

393 f. I mucibince vekile halef olduğu hallerde de vekil, vekâletin gereği gibi ifa edilmemiş olmasından dolayı müvekkile karşı mes'ul kalmakta devam eder. Binaenaleyh, BK. 391 f. III de de müvekkile doğrudan doğruya alt vekile karşı dâva hakkı yerine, vekile halef olma imkânı tanınmış olsaydı, vekilin BK. md. 391 f. I veya II mucibince olan mes'uliyeti baki kalırdı.

Oser - Schönerberger (83)'e ve Jaussi'ye (84) göre BK. md. 391 f. III de, bir kanunî borç (*Legalobligation*), tek tarafa hak bahşeden bir borç münasebeti karşısında bulunmaktadır; bu münasebetten doğan alacak haklarının (vekâletin icrasına, hesap istemeye, iadeye, tazminata müteallik alacak hakları gibi) muhteva ve şümulü ,vekil ile alt vekil arasındaki borç münasebetinin şümulüne tabidir; müvekkil, alt vekile karşı vekilin haiz olduğu hakların aynı haizdir; alt vekâletin lehe ve aleyhe olan bütün hükümleri, hususiyle alt vekâletle alâkalı defiler, alt vekilin hapis hakkı esas müvekkile karşı da ileri sürülebilir (85).

Asıl müvekkilin haklarının muhteva ve şümulünün vekilin haklarının muhteva ve şümulüne tabi olduğu görüşüne esas itibariyle iştirak etmekle beraber, bir noktada bu hususa bir istisna kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer alt vekile karşı olan ifa alacağı tazminata münkalip olmuşsa, esas müvekkil, bu tazminatın hesaplanmasında vekilin değil, kendi menfaatinin nazara alınmasını isteyebilmelidir (86); zira vekilin kurtuluş beyyinesi getirebildiği hallerde mes'uliyetten kurtulmaya müteallik bir menfaati ve binaenaleyh bir zararı yoktur; eğer tazminatın hesabında vekilin menfaati nazara alınırsa, bu gibi hallerde, asıl müvekkil de tazminat isteyemeyecektir; halbuki daha yukarıda da belirttiğimiz veçhile (87), BK. md. 391 f. III, bilhassa bu gibi hallerde asıl müvekkilin zararının tazmin edilmeden kalmasını önlemek maksadıyla vazedilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla BK. md. 391 f. III ün

(83) Art. 399, Nr. 11.

(84) Sh. 36 ve 42

(85) Oser - Schönerberger, Art. 399, Nr. 11; Jaussi, sh. 42 vd.

(86) Aynı fikirde olan Jaussi, (sh. 42), müvekkilin hakları muhteva ve şümul itibariyle vekile alt vekil arasındaki borç münasebetine tabi olmakla beraber, mevcudiyetleri bakımından bu münasebete tabi değildirler demektedir.

(87) Bk. yukarıda not 68 ve 75 e ait metin.

#### § 4, II

kaleme alınış tarzı tenkid edilebilir; filhakika bu hükümde müvekkilin «vekilin ... haiz olduğu bütün hakları ... dermeyan edebileceğinden» bahs olunmaktadır. Halbuki, vekil kurtuluş beyyinesi getirebildiği hallerde tazminat talep etme hakkına sahip değildir. Bu bakımdan Fr. MK. md. 1994 f. II nin şu mealdeki metni bize daha uygun görünmektedir: «Her halükârda, müvekkil, vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı doğrudan doğruya hareket edebilir (88)». Bu hükümde müvekkilin vekilinkinden müstakil bir dâva hakkı olduğu daha iyi belirtilmiştir (89).

BK. md. 391 f. III, üçüncü şahsın zararının tazmininin hakka niyete uygun olduğu hallerde, üçüncü şahsa, akde aykırı hareket eden veya başkasının hukukî varlığını haleldar eden kimseye karşı doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak hususundaki umumî esasın bir ifadesi olarak kabul edilebilir ve bahis mevzuu hallerde de bu hükmün kıyasen tatbiki düşünülebilir (90).

BK. md. 391 f. III ün üçüncü şahsın zararının tazmini gereken bütün hallerde değil, fakat yalnız vekâletten gayri akitlerde borçlunun kendi yerine başkasını ikame etmesi halinde kıyasen tatbiki de hatıra gelebilir. Ancak vekâletten gayri akitlerde borçlu, yerine başkasını ikame ettiği takdirde onun fiillerinden daima alacaklıya karşı mes'ul olacaktır; eğer ikame caiz değilse, borçlu kendi akdi kusurunun neticesi olarak kaim olan şahsın ika ettiği zarardan da

---

(88) «Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué». İtalyan MK. md. 1717 f. IV ün metni de tamamen aynıdır.

(89) Bu müstakillik mevzuunda bk. **Planiol - Ripert - Savatier**, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 2 e éd. Paris 1954, no. 1470. Fransız hukukunda bu doğrudan doğruya dâva hakkını, kaim olan şahsın müvekkil namına hareket etmesiyle, yani doğrudan doğruya temsil esaslarıyla izaha çalışan müellifler mevcuttur: bk. **Wahl**, sh. 69; **Flattet**, sh. 185 - 186. Fakat caiz olmayan ikamede müvekkil icazet vermese dahi alt vekile karşı bu dâva hakkını haizdir ki, burada müvekkille alt vekil arasında temsile müstenid doğrudan doğruya bir münasebet bahis mevzuu olamaz (aynı fikirde **Becker**, Art. 399, Nr. 1); kaldı ki alt vekil müvekkile karşı doğrudan doğruya vekâlete müstenid bir dâva hakkına da sahip değildir; o ancak vekâletsiz iş gören sıfatıyla müvekkilden talepte bulunabilir (**Gautschi**, Art. 399, Nr. 11).

(90) Bu fikirde **von Tuhr - Siegart**, s 68, not 123 ve buna ait metin. Aksi fikirde **Friedrich**, sh. 87.

#### § 4, II, III

mes'ul tutulabilir; ikame caiz ise, kaim olan şahıs vekâletten gayrı akitlerde borçlunun yardımcı şahsı sayılacak ve borçlu BK. md. 100 mucibince onun fiillerinden mes'ul kılınabilecektir; filhakika BK. md. 100 de, yardımcı şahıs mefhumu, kaim olan şahıs mefhumunu da içine alacak surette geniş tutulmuştur (91); yalnız alt vekâlet halinde yerine başkasını ikame eden vekilin mes'uliyeti daha hafif tutulmuş ve vekile alt vekili seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru olmadığını isbat suretiyle kurtuluş beyyinesi getirmek imkânı tanınmıştır. Bu itibarla, vekâletten gayrı akitlerde, caiz olan ikame halinde dahi, borçlunun mutlak surette mes'uliyetten kurtulmaya müteallik bir menfaati mevcut bulunmaktadır ve kaim olan şahsın alacaklıya ika ettiği zararın, borçlunun mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatinin nisbî olması dolayısıyla (92), tazmin edilmeden kalması tehlikesi yoktur. Bununla beraber, BK. md. 391 f. III ün kıyasen tatbikinin, borçlunun alacaklının menfaatinin ileri sürmekten imtina etmesi veya borç ödemekten aczi halinde pratik faydası olabilir; zira bu hüküm, alacaklıya borçlu yerine kaim olan şahsa karşı doğrudan doğruya dâva hakkı bahşetmektedir. Herhalde BK. md. 391. f. II kıyasen tatbik edilerek, borçlunun, yerine kaim olan şahsın fiilinden olan mes'uliyetinin hafifletildiği hallerde (93), BK. md. 391 f. III ün de kıyasen tatbiki ve alacaklıya doğrudan doğruya dâva hakkı bahşedilmesi zarurîdir.

**III — Anonim şirket kurucularının, idare meclisi âzalarının, müdürlerinin, murakıplarının ve tasfiye memurlarının pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına ika ettikleri zararın tazmini.**

##### *1. Umumiyetle.*

Gerek Türk hukukunda, gerek İsviçre hukukunda anonim şirket kurucularının, idare meclisi âzalarının, murakıplarının ve müdürlerinin pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına ika ettikleri zararın tazminine müteallik bazı hususî hükümler mevcuttur; bu hükümler mevzuumuzu yakından ilgilendirmektedir. Filhakika, bu hükümlerde dolayısıyla zarar gören şahısların tazminat talebinde bulunamayacağı kaidesine bazı istisnalar kabul edilmiştir. Kuru-

(91) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 448.

(92) Bk. yukarıda s 3, 1, 2, b.

(93) Bk. yukarıda not 65.

#### § 4. III

cuların, idare meclisi âzalarının ve müdürlerin şirket mamelekine zarar verici fiillerinden umumiyetle pay sahipleri ve şirket alacaklıları da dolayısıyla zarar görürler. İşte pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının şirket mamelekinin eksilmemesine olan bu menfaatleri kanunen nazara alınmış ve onlara şirketin doğrudan doğruya, kendilerinin dolayısıyla uğradıkları zararın tazmini için dâva açmak ve tazminatın şirkete ödenmesini istemek hakkı tanınmıştır. Böylece tazminat dâvasında dâvacının bir başkası lehine tazminat ödenmesini istemesine imkân bulunduğu kabul edilmiştir ki, bu husus da incelemekte olduğumuz mevzu bakımından büyük ehemmiyet taşımaktadır. Diğer taraftan, pay sahipleri ve şirket alacaklıları, idare meclisi âzaları veya müdürler ile şirket arasındaki akdi münasebette taraf olmadıkları halde, bu akdi münasebetin ihlâli yüzünden doğrudan doğruya uğradıkları zararın tazminini de isteyebileceklerdir ki, bu da akitte, veya umumî bir ifade ile bir borç münasebetinde taraf olmayan kimsenin, o akde veya borç münasebetine müsteniden tazminat dâvası açamayacağı kaidesine istisna teşkil eder. Buna mukabil, idare meclisi âzalarının mes'uliyetinin akit dışı mes'uliyet mahiyetini taşıdığı hallerde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının doğrudan doğruya uğradıkları zarar için açacakları tazminat dâvaları mevzuumuz bakımından bir hususiyet arz etmezler. Bu itibarla idare meclisi âzalarının ve müdürlerin, hatta teşekkül halindeki şirketin uzvu vasfını taşıyan kurucuların mes'uliyetlerinin akdi mahiyet taşıyıp taşımadığı, hangi hallerde akdi mes'uliyetin bahis mevzuu olabileceği meselesi üzerinde de kısaca durmamız icap edecektir.

Anonim şirketlerde mes'uliyet bahsinde, dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslardan yalnız pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına tazminat dâvası açmak salâhiyeti bahşedilmiştir; diğer üçüncü şahısların böyle bir salâhiyeti olmadığı gibi, şirketle idare meclisi âzaları veya müdürler arasındaki münasebete istinad etmeleri de kabil değildir. Gerçi TK. md. 339 da idare meclisi âzalarının pay sahipleri ve şirket alacaklılarına münhasır olmaksızın bütün üçüncü şahıslara karşı mes'uliyeti derpiş edilmekte ise de, bu hükümde idare meclisi âzalarının haksız fiil mahiyetindeki (94) bazı hareketleri yüzünden üçüncü şahısların doğrudan doğruya zarar görmesi bahis mevzuudur; filhakika mezkûr hükme tevfikân, «şir-

(94) Aynı fikirde Halil Arslanlı : Anonim Şirketler, II, İstanbul 1959, sh. 159, not 194 e ait metin.

#### § 4, III

ketin halihazırdaki durumu hakkında, her ne şekilde olursa olsun, yanlış zehap uyandıracak desiseler kullanmak veya hakikate aykırı beyanda bulunmak suretiyle üçüncü şahısları aldatan idare meclisi âzası sebebiyet verdiği zarardan şahsen mes'ul olur».

Aşağıda kurucuların, idare meclisi âzalarının, murakıpların ve müdürlerin mes'uliyeti üzerinde, mevzuumuzla alâkalı oldukları nisbette, ayrı ayrı duracağız. Bundan başka, kollektif şirkette tasfiye memurlarının mes'uliyetiyle alâkalı TK. md. 224 de de tasfiye memuru ile şirket arasındaki münasebette taraf olmamalarına rağmen ortaklara ve üçüncü şahıslara, tasfiye memuruna karşı, bu münasebete müstenid bir tazminat dâvası hakkı tanınmıştır; anonim şirketlerde ve diğer ticaret şirketlerinde de tatbik edilen bu hükmün mevzuumuzla münasebettar olup olmadığı hususuna da bir nebze temas edeceğiz.

#### 2. Kurucuların mes'uliyeti.

TK. md. 309 f. I ve II mucibince :

«Şirketin 305, 306, 307 ve 308 inci maddelerde yazılı fiillerle ızzar edilmesi halinde, bundan, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dâva hakları vardır. Ancak, hükmolunacak tazminat şirkete verilir.

Şirketin iflâsı halinde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının haiz oldukları haklar iflâs idaresine ait olur. Bu hususta İcra ve İflâs Kanununun 245 inci maddesi hükmü carîdir».

TK. md. 309 f. I de atıf yapılan maddelerde kurucular ve onların fiillerine iştirâk edenler tarafından kuruluşa müteallik vesikaların vesair evrakın hakikat hilâfı tanzim edilmiş olması, esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunulması, ayın nev'inden sermayeye değer biçilmesinde hile yapılmış olması, ilk idare meclisi âzalarıyla murakıpların şirketin kurulmasında yolsuzluk vâki olup olmadığını incelemekte ihmâl göstermesi bahis mevzuudur.

Anonim şirketlerde mes'uliyet mevzuunu daha vazih ve derli toplu bir şekilde tanzim etmiş bulunan İBK. da (95) kuruluştaki mes'uliyetle alâkalı iki hüküm (96) ihtiva etmektedir :

(95) İBK. da anonim şirketlerde mes'uliyete dair hükümler toplu bir şekilde ayrı bir fasılda tanzim edilmiştir. Bizde, evvelâ kurucuların mes'uliyetinin teferruatlı şekilde tanzim edilip, sonra idare meclisi

İzahnameden dolayı mes'uliyete müteallik İBK. md. 752 ye göre, «bir anonim şirketin kuruluşu yahut hisse senetlerinin veya tahvillerin çıkarılması esnasında, izahnamelerde veya sirkülerlerde veyahut benzer bildirilerde doğru olmayan veya kanunen aranan şartlara uygun bulunmayan beyanlar yapıldığı veya yayıldığı takdirde, bu fiillere kasden veya ihmâl ile iştirak eden her şahıs, münferit pay ve tahvil sahiplerine bu yüzden ika ettiği zarardan mes'uldür». Bu hükümde, yalnız pay sahipleriyle tahvil alacaklılarının doğrudan doğruya olan zararı için (97) haksız fiile müstenid bir mes'uliyet (98) bahis mevzuudur; bunun incelemekte olduğumuz mesele ile bir alâkası yoktur.

Kurucuların mes'uliyeti matlabını taşıyan İBK. md. 753 mucibince :

«Bir anonim şirketin kuruluşunda faaliyet gösteren kimse, gerek şirketin, gerek münferit pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zararından aşağıdaki hallerde mes'uldür :

1. Eğer bu kimse, kasden veya ihmâl ile, ayın olarak sermaye konulması, mamelekî kıymetlerin devir alınması veya pay sahiplerine veya diğer şahıslara hususî menfaatler tanınması hakkında, esas mukavelede veya kuruluşu mütedair raporda yanlış veya noksan beyanlarda bulunulmasına, bazı hususların meskût geçilmesine veya gizlenmesine iştirâk etmiş, veya böyle bir tedbirin tasdikinde sair surette kanuna aykırı hareket eylemiş ise;

2. Eğer o, kasden veya ihmâl ile, doğru olmayan beyanları muhtevi bir vesika veya senede müsteniden şirketin ticaret siciline tescilinde âmil olmuş ise;

---

âzalarının ve müdürlerin mes'uliyeti hususunda kurucularinkine dair hükümlere atıfta bulunulması bazı bakımlardan tereddütlere yol açmakta ve tefsirlere lüzum göstermektedir. Karş. Arslanlı, II, 168 vd.

(96) Bu hükümler sermaye arttırılmasında da tatbik olunur: bk. E. Schucany : Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1960, Art. 753, Nr. 1.

(97) Schucany, Art. 752, Nr. 9.

(98) Schucany, Art. 752, Nr. 1; Glasson, sh. 90-91; Guhl, ZbJV, 62, sh. 121; Kurt Locher : Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht. Diss. Bern 1941, sh. 92.



#### § 4, III

3. Ödeme kabiliyetini haiz olmayan şahısların iştirak taahhütlerini kabule bilerek katılmışsa.»

İBK. md. 753 de, dolayısıyla -doğrudan doğruya zarar tefriki yapılmamaktadır; bu itibarla, İsviçre hukukunda, bu hükme müsteniden, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının gerek hükümde sayılan fiillerden doğrudan doğruya uğradıkları zararın, gerek bu fiiller yüzünden şirket mamelekinin eksilmesi neticesinde dolayısıyla uğradıkları zararın tazmini için kuruculara karşı dâva açabilecekleri kabul edilmektedir (99). İBK. md. 755'e göre, şirket iflâs etmedikçe, dolayısıyla uğranılan zarara müteallik tazminatın yalnız şirkete ödenmesi talep edilebilir.

Diğer taraftan, İBK. md. 758 mucibince, alacaklılar, dolayısıyla uğradıkları zarara müteallik tazminat dâvası açmak hakkını ancak şirketin iflâsı halinde kullanabilirler. Şirket iflâs ettiği takdirde, gerek pay sahiplerinin gerek şirket alacaklılarının dolayısıyla zarar hakkındaki tazminat taleplerini dermeyeran salâhiyeti, İBK. md. 756 f. I e tevfikân iflâs idaresine ait olur; iflâs idaresi bu salâhiyetini kullanmaktan sarfınazar ederse pay sahiplerinden veya alacaklılardan her biri bu talep hakkının kendisine temlikini talep edebilir (İBK. md. 756 f. II). Devralınan alacağın takibi neticesinde tahsil edilebilen miktar, İBK. md. 756 f. II de atıfta bulunan İsviçre İİK. md. 260 (100) mucibince, evvelâ takip masraflarına, sonra da kendilerine temlik yapılan alacaklıların aralarındaki sıraya göre bunların alacaklarının karşılanmasına tahsis edilir; artan olursa masaya yatırılır. Eğer hem şirket alacaklılarından, hem de pay sahiplerinden bazıları temliki istemişlerse, şirket alacaklılarının alacakları karşılanmadıkça pay sahipleri bir şey alamazlar (101).

TK. md. 309 un kaleme alınmasında İBK. hükümlerinden mülahem olunmakla beraber, her iki kanunun kurucuların mes'uliyeti hakkında kabul ettiği esaslar arasında bazı farklar mevcuttur :

a) İBK. md. 753 e müsteniden pay sahipleri ve alacaklılar gerek doğrudan doğruya, gerek dolayısıyla zararlarının tazminini is-

---

(99) Schucany, Art. 753, Nr. 2.

(100) Türk İİK. md. 245, İsviçre İİK. md. 260 a tekabül etmektedir.

(101) Schucany, Art. 756, sh. 207; Fehr, sh. 154.

#### § 4, III

teyebilirler. Halbuki TK. md. 309 da yalnız dolayısıyla uğranılan zararın tazmini derpiş olunup, doğrudan doğruya uğranılan zararın tazmini umumî hükümlere bırakılmıştır. Bu husus, hiç olmazsa şirket alacaklılarının tazminat dâvası için Adliye Encümeni Mazbatasında (102) şu cümlelerle sarahaten ifade olunmuştur : «(Fıkra 3) 309 uncu madde, daha önceki maddelerle, yani 306/308 inci maddelerde şirket lehine derpiş edilen tazminat dâvalarının pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılacağı prensibini tesbit etmiş bulunmaktadır. Halbuki bu maddenin 3 üncü fıkrasındaki zarar gören şirket alacaklılarının haiz oldukları dâva haklarına ait hüküm, kurucuların mevzuata aykırı hareketlerinden dolayı alacaklıların doğrudan doğruya uğramış oldukları zararları hedef tutmaktadır ve bu zararlar ancak iflâs garamesinde alacaklıya kuruluş muamelelerinin mevzuata uygun şekilde yapılmış olması halinde kine nazaran daha az bir pay düşmüş olması şeklinde tecelli edeceğinden böyle bir hüküm tasarıya konulmuştur. Bu şekildeki zarardan doğan mes'uliyet umumî hükümlere tâbi bulunduğundan bu kaidenin bu maddeye konulması kanun tatbikatını zorlaştıracak mahiyet arzettiği cihetle bu fıkranın çıkarılması uygun görülmüştür. Şurasını belirtmek lâzımdır ki; doğrudan doğruya alacaklıların uğrayacakları zararların tazmininin mümkün olup olmadığı meselesi bu maddeler hükümlerine değil, tazminata ait umumî hükümlere tâbidir».

b) İBK. md. 758 mucibince, şirket alacaklıları, şirket iflâs etmedikçe dolayısıyla zararın tazmini hususunda dâva açamazlar (103); Türk TK. da böyle bir tahdide rastlanmamaktadır (104). Fehr'in de belirttiği gibi (105), İsviçre hukukunda, şirket alacak-

---

(102) Elbir, sh. 142 - 143.

(103) Konrad Fehr'e göre (Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen Aktienrecht, Recueil de travaux suisses présentés au IV. Congrès international de droit comparé, Genève 1954, sh. 151) alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararın da şirket iflâs etmedikçe tesbiti umumiyetle mümkün olmadığından, buna müteallik tazminat dâvasının da şirketin iflâsı dışında açılması imkânı şüphelidir.

(104) İdare meclisi âzalarının mes'uliyetinde, Arslanlı (II, sh. 174), alacaklıların dolayısıyla zararın tazminine dair dâva haklarının tahdidini hususunda bazı esaslar teklif etmektedir.

(105) Sh. 155 - 156.

#### § 4, III

lıları, dolayısıyla zarara müteallik tazminat dâvasını, şirket iflâs etmedikçe açamadıkları, şirket iflâs edince de bu dâvayı açmak hakkı iflâs idaresine intikal ettiği cihetle, alacaklılara böyle bir dâva hakkı tanınmasaydı da olurdu (106). Türk hukukunda alacaklıların şirketin iflâsından önce dolayısıyla zararın tazmini için dâva açmalarına kanunî bir mani olmamakla beraber, şirket borçlarını ödeyemeyecek vaziyete gelmedikçe alacaklıların dolayısıyla zararı bahis mevzuu olamayacağına ve bu ödememe vaziyeti de iflâsla sabit olacağına göre, bahis mevzuu dâvanın büyük pratik ehemmiyeti bulunmamaktadır (106 a).

c) İBK. md. 756 f. II ye göre, iflâs idaresi, dolayısıyla zarara mütedair tazminat dâvasını açmaktan vazgeçerse, pay sahiplerinden ve alacaklılardan her biri bu tazminat talebinin kendisine temlikini talep edebilir; takip neticesinde tahsil edilen miktarın tahsis ciheti Federal İİK. hükümlerine (md. 260) göre tâyin edilir. Müşahede olduğu üzere, burada sadece tahsil edilen miktarın tahsis cihati bakımından İİK. na atıfta bulunmaktadır. Halbuki, hukukumuzda TK. md. 309 f. II de, iflâs idaresinin dâvayı intaca lüzum görmemesi halinde pay sahiplerine ve alacaklılara temlikten bahs olunmayıp, sadece İİK. md. 245 e atıfta olunmaktadır; bu sonuncu hükmün ilk fıkrasına göre de masa tarafından intacına lüzum görülmeyen alacaklar talip olan alacaklıya devrolunur; ancak pay sahiplerinin alacakları masaya dahil olmadığı cihetle Türk hukukunda onların şirket alacaklıları gibi temlik talebinde bulunabilmeleri şüphelidir; bununla beraber, zaten İBK. md. 756 f. II de pay sahiplerine temlik talebinde bulunmak salâhiyetinin tanınmış olması tenkid edilen bir husus olduğu cihetle (107), TK. md. 309 f. II nin kaleme alınış tarzının bir bakıma isabetli olduğu söylenebilir.

İncelemekte olduğumuz mevzu bakımından mühim olan cihet, her iki sistem arasındaki bazı farklara rağmen, gerek İsviçre ge-

---

(106 a) Alacaklıların dolayısıyla zararın tazminine müteallik dâvası yalnız şirketle konkordato yapılması halinde pratik fayda arz edebilir: bk. Fehr, sh. 155 - 156; BGE 49 II 244; 62 II 189.

(106) Gerçekte, pay sahibinin iflâs idaresine intikal eden hakkı, iflâs idaresinin bu hakkı kullanmaktan sarfınazar etmesi halinde tekrar pay sahibine avdet etmektedir: Fehr, sh. 153.

(107) Fehr, sh. 153 - 154.

rek Türk hukukunda, kurucuların şirkete zarar vermeleri dolayısıyla zarar gören pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının, zararlarının tazmini için, kuruculara karşı dâva açabilmeleri ve tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilmeleridir. Böylece bir taraftan, dolayısıyla zarar gören şahsın tazminat talebinde bulunamayacağı kaidesine (108), diğer taraftan da, usul hukukunda dâvada taraf olmayan lehine tazminat istenemeyeceği kaidesine (109) birer istisna tanınmakta, bu kaidelerin istisnalarının bulunabileceği teyid edilmektedir.

Yalnız burada üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda kabul edilen hal tarzı bazı hususiyetler arz etmektedir :

a) Üçüncü şahsın zararının tazmini bahis mevzuu olan başka hallerde, hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen kimseye (S), dolayısıyla zarar gören şahıs (Ü) lehine tazminat talebi bahşedilmesi düşünüldüğü halde, burada Ü ye S lehine tazminat talebinde bulunmak imkânı tanınmaktadır; bunun sebebi, S nin de (burada anonim şirketin de) bir hukukî varlığının ihlâlinden doğrudan doğruya zarar görmesi ve bu zararın aynı zamanda Ü (pay sahipleri ve şirket alacakları) için dolayısıyla bir zarar teşkil etmesidir; böylece S nin (şirketin) zararı karşılanınca, Ü nün (pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının) da zararı karşılanmış olacaktır (110). Her halde bizim için mühim olan husus, dâvacının dâvada taraf olmayan bir şahıs lehine, onun mümessili olmadığı halde tazminat isteyebilmesidir.

b) Üçüncü şahsın zararının tazmini bahis mevzuu olan diğer durumlarda hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen şahıs hiç zarar görmediği veya onun zararı sadece mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatine tekabül ettiği halde, burada şirket mamelekinin eksilmesi yüzünden dolayısıyla zarar gören pay sahiplerinden

(108) Bk. Fehr, sh. 151; Friedrich, sh. 84; BGE 63 II 21.

(109) Bk. Pierre Glasson : La responsabilité civile des administrateurs de la société anonyme envers les créanciers sociaux en droit suisse, thèse Lausanne 1937, sh. 244 vd.

(110) Eğer sadece şirkete tazminat talebinde bulunmak hakkı tanınsaydı, büyük pay sahiplerinin tazyiki altında veya başka sebeplerle, şirketin kurucular veya idare meclisi âzalarıyla anlaşarak dâvadan vazgeçmesi ihtimali, alacaklıların ve azlığı teşkil eden pay sahiplerinin haklarını tehlikeye düşürebilirdi : bk. Glasson, sh. 84 - 85.

#### § 4, III

ve şirket alacaklılarından her biri sadece kendi hissesine düşen zarar miktarı için değil, fakat şirketin zararının tamamı için, yani kendi şahsî menfaatinden fazlası için tazminat davası açabilecektir. Gerçi Türk hukukunda Halil Arslanlı aksi fikri müdafaa etmektedir; Arslanlı'ya göre (111), «dâvada müddeabih şirketin duçar olduğu zarara nisbetle dâvacının dolayısıyla gördüğü zarardır; zira dâva hakkı, dolayısıyla görülen zarar sebebiyle tanınmış olduğundan tazminat talebi bilvasıta görülen zararın miktarını aşamaz». Bu fikre iştirâk etmek muhtelif sebeplerden dolayı mümkün değildir (112). Bir kere, Adliye Encümeni Mazbatasında (113), «309 uncu maddenin şirket alacaklılarına ve ortaklarına tanıdığı dâva hakkı -nın- bunların şahıslarında uğrdıkları zararlara karşılık olan tazminatı isteme hakkı değil, ancak şirketin uğradığı zararların karşılığı olan tazminat istemek hakkı olduğu» sarahaten belirtilmiştir. Bundan başka, pay sahiplerinden ve alacaklılardan herbirinin dolayısıyla uğradığı zararın miktarını şirketin tasfiyesi sona ermedikçe tesbit çok müşkül, hatta imkânsız olduğu gibi bu miktar tesbit edilebilse bile, pay sahiplerinin ve alacaklıların hepsi ayrı ayrı hissesine düşen miktar için dâva açmadıkça şirket mamelekindeki eksilmenin tamamının telâfisi de mümkün değildir; tazminat şirkete ödeneceğine göre pay sahiplerinden veya alacaklılardan bir kaç tanesi dâva açmayınca şirket mamelekindeki eksilme tamamen bertaraf edilmiş olmayacak ve diğer pay sahipleri ve alacaklılar dava açmış olmalarına rağmen bundan müteessir olacaklardır; bu itibarla dolayısıyla zarar gören pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının, şirketin zararının tamamının tazmini için dâva açabileceklerini kabul etmek yerinde olur. Bu hal tarzı, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının şirket mamelekinin eksilmemesine olan menfaatlerinin kabili taksim olmaması esasına ve TK. md.309 un kaleme alınmasında kendilerinden mülhem olunan İBK. hükümlerinin kabulünde âmil olan düşüncelere (114) de uygundur. Dolayı-

(111) Anonim Şirketler, 1, 2. bası, İstanbul 1959, sh. 76.

(112) Hayri Domanıç de (Türk Ticaret Kanununa göre anonim şirketlerin kuruluşundan doğan hukukî mesuliyet, Doçentlik tezi, İstanbul 1959, Arslanlı, I, - sh. 76 not 151 c de zikredilmektedir - pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının şirketin zararının tamamını isteyebilecekleri kanaatindedir.

(113) Elbir, sh. 142 - 143.

(114) Tafsilât için bk. Glasson, sh. 246 vd.; Alfred Wieland: Die Haftbarkeit des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft gegenüber dem

siyle zarar gören pay sahibi veya şirket alacaklılarının şirketin zararının tamamı için, yani kendi menfaatlerini aşan bir miktar için dâva açabilmeleri imkânının tanınmış olması, dolayısıyla hiç zarar görmeyen, yani hiçbir menfaati bulunmayan pay sahibi ve alacaklının da bu tazminat dâvasını açabileceği mânasını tazammun etmez (115); ezcümle, pay sahibi, mes'ul olan şahıstan hisse senetlerini kendi bakımından bahis mevzuu zararı önleyecek şartlarla satın almışsa, dolayısıyla zarara müteallik bir talep ileri süremez (116).

c) Pay sahipleriyle şirket alacaklılarının dolayısıyla zararlarının tazmini için haiz oldukları dâva hakkıyla, bu dolayısıyla zararı mücip olan şirket mamelekindeki eksilme için şirketin haiz olduğu dâva hakkı aynı zararın telâfisine taallük etmekte olduğu cihetle, burada bazı müellifler, şirketle, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının müteselsil alacaklı vaziyetinde buldukları kanaatindedirler (117). Halbuki diğer bazı üçüncü şahsın zararının tazmini hallerinde olduğu gibi, burada da S (şirket) ile Ü nün (pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının) talep hakları telâhuk etmekle beraber, Ü tazminatın kendi lehine değil, ancak S lehine ödenmesini isteyebilmektedir (118). Bu itibarla, burada müteselsil alacaklılığa dair hükümlerin, hususiyile BK. md. 148 f. II ve III ün tatbiki isabetli olmaz; aleyhinde dâva açılan kurucu veya idare meclisi âzası dâva açan pay sahibine veya şirket alacaklısına tazminat ödemekle borcundan kurtulmaz (119); bundan başka, pay sahiplerinden veya

---

Aktionar und dem Gläubiger nach OR 674, ZSR. N. F. 23 (1904), sh. 260 vd. hususiyile sh. 269 vd.

- (115) Aynı fikirde Arslanlı, II, sh. 169-170 ve I, sh. 77, not 153 e ait metin.
- (116) Schucany, Art. 754, Nr. 2 b; Tribunal Cantonal de Neuchâtel, SJZ, 22, sh. 283.
- (117) Ezcümle Arslanlı, II, sh. 170-171; Karl Wieland: Handelsrecht, Bd. II, München und Leipzig 1931, sh. 138; Alfred Wieland'a göre de (ZSR, 1904, sh. 269 vd.), bir taraftan şirket, diğer taraftan, alacaklılarla pay sahiplerinin heyeti umumiyesi, iki müteselsil alacaklı vaziyetindedirler.
- (118) Üçüncü şahıs lehine şartta, alt vekâlette (BK. md. 391 f. III); alt kirada (BK. md. 259 f. III), hem S, hem de Ü, sadece Ü lehine tazminat isteyebilirler. Burada Ü ve S sadece S lehine tazminat isteyebilmektedirler.
- (119) Aynı fikirde Fehr, Recueil, sh. 152. Aksi fikirde Arslanlı, II, sh. 170.

#### § 4, III

alacaklılardan birinin dâva açması, dâvalı kurucu veya idare meclisi âzasının şirkete ödemede bulunmasına mani değildir. Burada da sadece müstesilsil alacaklılığa ve birden fazla alacaklısı bulunan taksimi kabil olmayan bir borca (120) benzer bir vaziyet mevcuttur; tazminatın tamamının alacaklılardan yalnız birisine (burada şirkete) ödenmesini alacaklıların her biri isteyebilir.

Şimdi mevzuumuzla alakalı diğer mühim bir nokta, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının kuruculara karşı akdî mes'uliyete müstenid bir dâva hakkına sahip olup olmadıkları noktası üzerinde duracağız. Pay sahipleri ve alacaklıların dolayısıyla zarara müteallik tazminat taleplerini ancak şirket lehine ileri sürebileceklerine ve Türk hukukunda kuruculara karşı doğrudan doğruya zarara mütedair taleplerin umumî hükümlere tâbi olduğuna daha yukarıda işaret etmiştik. Bu itibarla, incelememizi, sadece İsviçre hukukunda İBK. md. 753 mucibince doğrudan doğruya zarardan da mes'ul olan kuruculara karşı pay sahiplerinin ve alacaklıların tazminat taleplerini kurulmakta olan şirketle kurucular arasındaki akdî bir münasebetin ihlâline istinad ettirmenin kabil olup olmadığı meselesine hasretmemiz icap etmektedir.

İsviçre hukukunda, kurucuların İBK. md. 753 e müstenid mes'uliyetinin haksız fiilden mes'uliyet mahiyetini taşıdığı kanaati hâkimdir (121). Bu kanaatin mucip sebebi olarak, kurulmakta olan şirketin henüz bir hükmî şahsiyeti bulunmadığı, bu itibarla kurucularla kurulmakta olan şirket arasında bir akdin bahis mevzuu olamayacağı, diğer taraftan kurucularla pay sahipleri ve şirket alacaklıları arasında hiç bir akdî münasebetin mevcut olmadığının aşikâr olduğu ileri sürülmektedir. Yalnız Siegwart'a göre (122), dar mânada kurucular (123), teşekkül halindeki şirketin uzuvları va-

(120) Aynı fikirde Fehr, Recueil, sh. 152; Glasson, sh. 250 vd.

(121) Schucany, Art. 753, Nr. 1; Eugen Wildi: Die Gründerverantwortlichkeit nach schweizerischem Aktiengesellschaftsrecht, Diss. Bern 1909, sh. 38 - 44; Albert Morant: Die Gründung der Aktiengesellschaft nach neuem Recht, insbesondere Gründerverantwortlichkeit und Auflösungsklage, Diss. Bern 1939, sh. 47 - 48; BGE 32 II 276 - 277; 33 II 257; 59 II 443; 34 II 28; 45 II 532.

(122) Kommentar zum schw. ZGB, Bd. V: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945, Vorbem. zu Art. 629 - 639, Nr. 15.

(123) Dar mânada kurucular, şirketi kurma teşebbüsünü ele alan ve ku-

## § 4, III

ziyetindedirler; kuruluş faaliyetini ihtiyarlarıyla üzerlerine almak suretiyle, bunun icrasında ihtimam göstermek mükellefiyetini de yüklenirler; bu itibarla, bunların mes'uliyeti, sonraki idare uzuvlarının mes'uliyeti gibi akit benzeri bir mahiyet taşır (124); buna mukabil, geniş mânada kurucuların (125) mes'uliyeti BK. md. 41 vd. nın hususî bir tatbik şekli olarak kendini gösterir. Siegwart'ın görüş tarzı kabul edilecek olursa, pay sahipleri ve alacaklılar, dar mânada kuruculara karşı, bunlarla kurulmakta olan şirket arasındaki münasebetin ihlâline müstenid bir talep hakkına sahip olacaklardır; pay sahipleri ve alacaklılar bu münasebette taraf olmadıkları cihetle BK. md. 753, bir borç münasebetinde taraf olmayan üçüncü şahısların bu münasebetin ihlâline müsteniden tazminat isteyemeyecekleri kaidesinin bir istisnasını teşkil edecektir.

### 3. İdare meclisi âzalarının mes'uliyeti.

TK. md. 336 mucibince: «İdare meclisi âzaları şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden dolayı şahsan mes'ul olamazlar. Ancak aşağıda yazılı hallerde gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mes'uldürler :

1. Hisse senetleri bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından vukubulan ödemelerin doğru olmaması;
2. Dağıtılan ve ödenen kâr paylarının hakiki olmaması;
3. Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız bir surette tutulması;
4. Umumî heyetten çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi;

---

ruluş için gerekli fiilleri icra veya idare eden kimselerdir; esas mukavele tasarısını, kuruluş raporunu, izahnameyi hazırlayıp imza edenler, iştirâk taahhütlerini hazırlayıp kabul edenler, tediyeleri kabul edenler gibi: Siegwart, Vorbem. zu Art. 629 - 639, Nr. 9.

- (124) Bu itibarla Arslanlı'nın (I, sh. 152), Siegwart'ı, kuruculara karşı dâvanın hukukî mesnedini haksız fiil olarak kabul edenler arasında sayması isabetli değildir.
- (125) Geniş mânada kurucular, herhangi bir şekilde kuruluş faaliyetine yaratıcı olarak iştirak eden kimselerdir: Siegwart, Vorbem. zu Art. 629 - 639, Nr. 11.



#### § 4, III

5. Gerek Kanunun gerek esas mukavelelerinin kendilerine yüklediği sair vazifelerin kasden veya ihmâl neticesi olarak yapılması.

Beş numaralı bentte yazılı vazifelerden birisi 319 uncu madde gereğince idare meclisi âzalarından birine bırakılmışsa, mes'uliyetin ancak ilgili âzaya yükletilmesi lâzımgelip o muameleden dolayı müteselsilen mes'uliyet cari olmaz.»

TK. md. 337 ye göre : «Yeni seçilen veya tâyin olunan idare meclisi âzaları, seleflerinin belli olan yolsuz muamelelerini mura-kıplara bildirmeğe mecburdurlar. Aksi halde seleflerinin mes'uliyetlerine iştirak ederler.»

TK. md. 340 a tevfikân, «336 ve 337 nci maddelerin hükümleri gereğince idare meclisi âzalarına yükletilen mes'uliyet hakkında 309 uncu madde hükmü de tatbik olunur» (126).

Müşahede olunduğu üzere TK. md. 336 f. I in ikinci cümlesinde idare meclisi âzalarının muayyen hallerde, gerek şirkete, gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı mes'ul olmaları sarahaten ifade olunmuş bulunmaktadır. TK. md. 340 da md. 309 a yapılan atfa müsteniden idare meclisi âzalarının şirketi zarara uğratmaları neticesinde, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklıları, şirketin ve dolayısıyla kendi zararlarının tazmini için idare meclisi âzaların karşı tazminat dâvası açabilecekler ve bu dâvada şirketin zararının tamamını karşılayacak bir tazminatın şirkete ödenmesine hükmolunabilecektir (127). Kurucuların mes'uliyeti bahsinde, dolayısıyla zarar gören pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının tazminat dâvasının ortaya çıkardığı problemler, bunların hal tarzları (128) ve bu dâvanın mevzuu-

---

(126) Bu hükümler sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları (TK. md. 481) ve kooperatif şirketlerin meclisi idare âzaları (TK. md. 489 f. I) hakkında da kabili tatbiktir.

(127) Karş. Arslanlı, II, sh. 168 - 170.

(128) Dolayısıyla zarar gören şirket alacaklılarının dâva haklarının tahdit edilmesi taraftarı olan Arslanlı'ya göre (II, sh. 174 - 175). «336 nci madde gereğince şirketi izrar eden muamele sırf iç münasebet bakımından ehemmiyet taşıyor ve zarar yalnız şirketlere in'ikas etmiş bulunuyorsa, şirket dâva hakkını haiz olmamak lâzımdır, meselâ idare meclisi âzası gereken defteri tutmamış ve bundan şirket zarar görmüşse, yalnız şirket veya pay sahipleri dâva hakkını haiz olabi-

#### § 4, III

muz bakımından ehemmiyeti hakkındaki açıklamalarımız idare meclisi azalarının mes'uliyeti için de varittir. Bu itibarla, burada yeniden bu hususlar üzerinde durmayacağız.

İBK. md. 754 f. I e göre, şirketin idaresi ve işlerinin görülmesi (*Geschäftsführung*) (129) kendilerine tevdi edilmiş olan bütün şahıslar kendilerine terettüp eden mükellefiyetleri kasden veya ihmal ile ihlâl etmeleri yüzünden sebebiyet verdikleri zarardan gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı mes'uldürler. Bu hükümde derpiş edilen mes'uliyetin de hem dolayısıyla, hem de doğrudan doğruya uğranılan zarar için bahis mevzuu olduğu umumiyetle kabul edilmektedir (130). Dolayısıyla uğranılan zarar hakkında kurucuların mes'uliyeti bahsindeki izahlarımıza atıfta bulunmakla iktifa edeceğiz.

Doğrudan doğruya uğranılan zarara gelince, İBK. md. 754 f. I e müsteniden olduğu gibi, TK. md. 336 ya binaen de (131) pay

---

lır. Lâkin zarar alacaklının mamelekine dolayısıyla in'ikâs etmiş olsa dahi, bu zararı şirketin telâfi etmesi mümkünse, alacaklıya idare meclisine karşı dâva hakkı tanınmamalıdır... Haksız fiil vasfını taşıyan muhalefet hallerinde de (TK. md. 336. 1, 2, 3) aynı neticeye varılabilir». Kanaatimizce, zaten Arslanlı tarafından sayılan hallerde şirket alacaklılarının dolayısıyla zarar görmesi bahis mevzuu olmaz; bu hallerin bir kısmında şirket alacaklılarının hiç zararı yoktur, bir kısmında da (şirketin mes'uliyetini mucip haksız fiil hallerinde olduğu gibi) bu alacaklıların doğrudan doğruya zarar görmesi bahis mevzuudur. Kaldı ki, şirket iflâs etmedikçe şirket alacaklılarının dolayısıyla zararının tesbiti ve bunun tazmini için dâva açmaları pratik bakımdan müşküldür; bu itibarla fiiliyatta Türk hukukunda da alacaklıların dolayısıyla zararın tazminine müteallik dâvası daha ziyade şirketin iflâsı halinde ortaya çıkabilecektir. Yukarıda not 103 - 106 a ya da bk.

- (129) Şirketin idaresi ile meşgul olan şahıslardan idare meclisi azaları, işlerin görülmesi kendilerine tevdi edilmiş olan şahıslardan da şirket muamelelerinin icra safhası kendilerine bırakılmış murahhas aza, müdür, ticarî mümessil, ticarî vekil ve idare meclisinin nezareti altında müstakil karar salâhiyetini haiz memurlar kastedilmektedir (Schucany, Art. 754, Nr. 1).
- (130) Bk. Schucany, Art. 754, Nr. 2, b; Glasson, sh. 233 - 266; Kurt Locher : Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 1941, sh. 99 - 102.
- (131) Bk. Arslanlı, II, sh. 168 not 214 e ait metin, sh. 174.

#### § 4, III

sahiplerinin ve şirket alacaklılarının bu çeşit zararları (132) için idare meclisi âzalarına karşı dâva açmaları kabildir (133). Ancak pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının doğrudan doğruya zarara uğramaları halinde şirketin bir zararı bahis mevzuu olmadığı cihetle, bunlar açacakları dâvada tazminatın şirkete değil, kendilerine ödenmesini isteyebileceklerdir (134). İdare meclisi âzalarının mes'uliyeti mucip hareket tarzlarının, şirketle bunlar arasında mevcut akde muhalefet şeklinde tavsifi kabil olursa, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının doğrudan doğruya zararları için açacakları tazminat dâvası, üçüncü şahısların bir akdin ihlâli dolayısıyla tazminat isteyemeyecekleri kaidesine bir istisna teşkil edecektir (135).

- (132) Pay sahiplerinin doğrudan doğruya zarara uğramaları hususunda, onların sermaye arttırılması halinde yeni pay alma hakkının (TTK. md. 394; İBK. md. 652) ihlâli; bilançonun tahrifinin pay sahibine şirketin zararından gayri, munzam bir zarar vermesi, pay sahibinin verdiği rehlin salâhiyetsiz olarak tekrar rehn edilmesi gibi haller (Schucany, Art. 754, 2 b; Arslanlı, II, sh. 169), alacaklıların doğrudan doğruya zarara uğraması için de, şirketin mevcudu borçlarını karşılamayacak vaziyete gelmiş olmasına rağmen idare meclisinin iflâsı talep etmeyip alacaklılardan bir kısmına ödemede bulunmuş olması, idare meclisi âzalarının şirketin malî durumu hakkındaki yanlış beyanları üzerine bir alacaklının şirketle işe girişmiş olması gibi haller (Glasson, sh. 233 - 234) zikredilmektedir.
- (133) Gerçi TK. md. 340 da md. 309 a atıf yapılması ve md. 309 da doğrudan doğruya uğranılan zarar hakkındaki tazminat dâvasının umumî hükümlere bırakılmış olması düşünülerek, BK. md. 336 nın doğrudan doğruya uğranılan zarar hakkında da kabili tatbik olup olmadığı hususunda tereddüde düşülebilir. Ancak kanaatimizce, TK. md. 336 da doğrudan doğruya uğranılan zarar da derpiş edilmiş olup, TK. md. 340 da md. 309 a yapılan atıf sadece dolayısıyla zarara müteallik tazminat dâvasının açılma tarzıyla alâkalı olarak kabul edilmelidir; bundan başka md. 309 da salâhiyet ve müruruzamanla alâkalı hükümler (f. III ve IV) doğrudan doğruya uğranılan zarara müteallik olmak üzere md. 336 ya müsteniden açılan tazminat dâvası hakkında da tatbik olunmalıdır. Arslanlı da (II, sh. 180) aynı fikirde görünmektedir.
- (134) Şirket alacaklılarının dâva hakkını şirketin iflâsı haline hasreden İBK. md. 758 de yalnız dolayısıyla uğranılan zarar hakkındadır; alacaklılar, doğrudan doğruya uğradıkları zararın tazminini, şirket iflâs etmiş olmasa da talep edebilirler. Bk. Locher sh. 102.
- (135) Karş. Glasson, sh. 83 - 84; BGE 14, 693; 24 II 817. Arslanlı, II, sh. 168 ve 174.

#### § 4, III

İsviçre'de İBK. nun 1937 tadilinden önce idare meclisi âzalarının mes'uliyetinin hukukî mesnedi münakaşalı olup (136) pratik bakımdan da büyük ehemmiyet taşımaktaydı; fakat 1937 tadilinde bu mevzudaki tazminat dâvasının müruru zamanı ve dâvaya bakmağa salâhiyetli mahkeme hakkında kanuna hususî hükümler (İBK. md. 760-761) konulduğundan mesele pratik ehemmiyetini oldukça kaybetti (137); bununla beraber, idare meclisi âzalarının kusurunu isbat külfetinin pay sahipleri ve alacaklılara mı ait olacağı, yoksa idare meclisi âzalarının (138) mes'uliyetten kurtulabilmek için kusurları olmadığını isbat etmeleri mi gerektiği bakımından mes'uliyetin mahiyetinin tâyini önemini muhafaza etmektedir (139). Halen İsviçre'de doktrinde (140) ve mahkeme içtihadlarında (141) hâkim olan görüş, idare meclisi âzalarının mes'uliyetinin akdî mahiyet taşıdığıdır. Pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının şirketle idare meclisi arasındaki akitte taraf olmadıkları halde bu akdin ihlâline müsteniden tazminat isteyebilmeleri, üçüncü şahsın zararının tazmini imkânı hususundaki umumî nazariye ile izaha çalışılmaktadır (142).

(136) Bu hususta tafsilât için bk. Glasson, sh. 48 - 77.

(137) Bu fikirde Siegwart, Vorbem. zu Art. 629 - 639, Nr. 15; Guhl, sh. 583.

(138) Türk hukukunda bu mesele kanunen halledilmiş bulunmaktadır. TK. md. 338 e göre «yukarıki maddeler gereğince (md. 336 ve 337) müteselsil mes'uliyeti mucip olan muamelelerde bir kusuru olmadığını isbat eden âza mes'ul olmaz; hususiyle bu muamelelere muhalif rey vermiş olup keyfiyeti müzakere zaptına yazdırmakla beraber murakiplara hemen yazılı olarak bildiren veyahut mazeretine binaen o muamelenin müzakeresinde hazır bulunmayan âza dahi mes'ul değildir». Arslanlı (sh. 157, 160 - 161.), TK. md. 336 b. 1 - 4 deki hallerde idare meclisi âzalarının kusurlu olmasalar dahi mes'ul olacakları, binaenaleyh mezkûr hallerde kusurları bulunmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulamayacakları fikrindedir; kanaatimizce TK. md. 338 de md. 336'nın bütününe atıf yapılmakta olduğu cihetle mezkûr hükmün 1 - 4 üncü bentlerindeki hallerde de idare meclisi âzalarına kusurları bulunmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulma imkânı tanınmalıdır.

(139) Glasson, sh. 88 - 89; Guhl, sh. 583.

(140) Glasson, sh. 67 - 98; Guhl, sh. 583; Schucany, Art. 754, Nr. 1; Siegwart, Vorbem. zu Art. 629 - 639, Nr. 15.

(141) BGE 14, sh. 693; 23 II 1071; 24 II 816; 28 II 100 ve 107; 46 II 455.

(142) Glasson, sh. 77 - 86; von Tuhr - Siegwart, sh. 554; BGE, 14, 693; 24 II 817.

#### § 4, III

Filhakika burada da, hakkaniyetin üçüncü şahsın akdin ihlâ-linden doğan zararının tazminini gerektirdiği diğer hallerde oldu-ğu gibi, S ile T arasındaki akdin yerine getirilmesinde Ü'nün men-faati bulunmaktadır; meclisi idare âzaları ile şirket arasındaki mü-nasebeti tanzim eden hükümlerin yüklediği mükellefiyetler neti-ce itibariyle pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının menfaatine konulmuştur; zira şirket mameleki bunların haklarına karşılık teş-kil etmektedir. Arslanlı (143), pay sahiplerinin ve şirket alacak-lılarının dolayısıyla uğradıkları zarar için şirketle idare meclisi âza-ları arasındaki akdi münasebete istinad edebilmelerini şu mülâha-zalarla haklı göstermeğe çalışmaktadır: «Hakikatı halde hükmî şahıs kisvesi altında toplanan haklar manzumesi bilvasıta pay sa-hiplerinin haklarıdır. Zahiren hükmî şahıs zarar görmüş olmak-la beraber, bu zararın fiilî ve hakikî hamilleri pay sahipleri oldu-ğundan bunlara da dâva hakkının verilmesi yerinde bir tedbirdir».

Pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının idare meclisi âzala-rına karşı olan tazminat dâvasına akdi mes'uliyete dair hükümlerin tatbikini izah için bazı müellifler de, bu hükümlerin üçüncü şahıs-lara, taraf olmadıkları akitten doğan bir hak bahşettiği (144), ya-ni mes'uliyetin akdi mes'uliyet kaidelerine tabi bir kanunî mes'uli-yet olduğu, yahut mes'uliyetin akit benzeri bir münasebete dayan-dığı, kanunun burada üçüncü şahıs lehine şart hususunda bir fik-siyon kabul ettiği şeklinde nazariyeler ileri sürmektedirler (145).

Türk hukukunda Arslanlı (146), TK. md. 336 b. 1-3 deki haller-de, mes'uliyetin hukukî sebebinin haksız fiil olduğu kanaatindedir; buna mukabil aynı müellife göre (147), «TK. nun tanzim ettiği sair mes'uliyet halleri idare haklarına, dolayısıyla şirketle idare mec-lisi arasındaki akde muhalefet vasfını taşır, meğer ki yüklenen vazife veya vazolunan hüküm üçüncü şahısların himayesine matuf olsun, meselâ pay bedelleri tenkis hükümlerine riayet edilmeksizin

---

(143) II, sh. 168.

(144) «... eine gesetzliche Ausdehnung der Wirkungen dieser vertraglichen Stellung gegenüber den einzelnen Aktionären und den Gesellschafts-gläubigern»: BGE 28 II 100.

(145) Bu nazariyeler hakkında tafsilât için bk. Glasson, sh. 61-77.

(146) II, sh. 158.

(147) II, sh. 159.

#### § 4, III

iade edilmişse, idare meclisi âzaları haksız fiil işlemiş olurlar .. Anonim şirketlerin halihazır gelişimi, iktisadî hayattaki rolleri icabı idare meclisine yüklenen vazifelere muhalefet sırf şirketle idare meclisi arasındaki akde muhalefet olarak vasıflandırılmaz. İdare meclisinin umuma karşı da vazifeleri vardır. Bu vazifelerin ihlâli bir memurun vazifesini ihlâl gibi neticeler doğurur». Fikrimizce, TK. md. 336 b. 1-3 deki fiillerin bir haksız fiil olarak da tavsif edilebilmesi bunların aynı zamanda akde muhalefet teşkil etmesine engel olmaz ; başka bir deyimle, idare meclisi âzalarının mes'uliyeti TK. md. 336 daki bütün hallerde akdî mahiyet taşımakta, fakat bu hallerden bazılarında aynı zamanda akit dışı mes'uliyetin unsurları da tahakkuk edebilmektedir (148). Böylece idare meclisi âzalarının mes'uliyeti daha yeknesak bir hal tarzına bağlanmış olur; zaten fikrimizce BK. md. 336'nın bütün bentlerine muzaf olan BK. md. 338 de idare meclisi âzalarına kusurları olmadığını isbat ederek mes'uliyetten kurtulma imkânının tanınmış olması da, burada akdî mes'uliyet esaslarının tatbikinin derpiş edildiğini göstermektedir. Türk hukukunda da, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının şirketle idare meclisi âzaları arasındaki akdî münasebete müsteniden tazminat isteyebilmeleri, üçüncü şahsın bazı hallerde taraf olmadığı akde istinad etmesinin kabil olduğu mülâhazasıyla izah edilebilir.

#### 4. Müdürlerin, murakıpların ve tasfiye memurlarının mes'uliyeti.

a) TK. md. 342 cümle 1 mucibince, «şirket muamelelerinin icra safhasına taallük eden kısmı, esas mukavele veya umumî heyet veya idare meclisi kararıyla idare meclisi âzasından veya ortaklardan olmayan bir müdüre tevdi edildiği takdirde; müdür, kanun veya esas mukavele yahut iş görme şartlarını tesbit eden diğer hükümlerle yükletilen mükellefiyetleri, gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olması halinde idare meclisi âzasının mes'uliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı mes'ul olur». İBK. md. 754 de sade idare meclisi âzalarının değil, şirket işlerini gören, bunların icra safhasına taallük eden kısmını yapan şahısların da derpiş edildiğine daha yukarıda

(148) İsviçre hukuku için aynı fikirde Schucany, Art. 754, Nr. 1; BGE 61 II 233; 23 II 1071; 28 II 107; 46 II 455 - 456.

#### § 4, III

işaret etmiştik (149). Binaenaleyh idare meclisi âzalarının mes'uliyeti hakkındaki esaslara ve bu esasların mevzuumuz bakımından ehemmiyetine dair bütün söylediklerimiz müdürlerin mes'uliyeti için de varittir.

b) Murakıpların mes'uliyeti ile alakalı TK. md. 359 da şu hükümleri ihtiva etmektedir: «Murakıplar, kanun veya esas mukavele ile kendilerine yükletilen vazifelerini hiç veya gereği gibi yapmamalarından doğan zararlardan dolayı kusursuz olduklarını isbat etmedikçe müteselsilen mes'uldürler. Bu mes'uliyet hakkında 309 ve 341 inci maddeler hükümleri tatbik olunur». TK. md. 359 da TK. md. 309 a yapılan atfa müsteniden, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının dolayısıyla zarara uğramaları halinde, murakıplara karşı şirkete ödenmek üzere tazminat dâvası açabileceklerinde şüphe yoktur. Buna mukabil, pay sahiplerinin ve alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zarar için murakıplara karşı akdî mahiyette bir tazminat dâvası açmalarının caiz olup olmadığı, yani pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının, doğrudan doğruya uğradıkları zarar hakkında şirketle murakıp arasındaki akdî münasebete istinad edip edemeyecekleri münakaşa edilebilir. Şu kadar ki, idare meclisi âzalarının mes'uliyeti ile ahenktar olarak, doğrudan doğruya zarar için murakıplara karşı da akdî mahiyette dâva açılabileceği, böylece muhtelif uzuvların mes'uliyetinin yeknesak esaslara bağlanmış olacağı fikri müdafaa edilebilir (150). Nitekim İBK. md. 754 f. I de murakıplarla, idare meclisi âzalarının mes'uliyetleri arasında bir fark gözetilmemiştir.

c) Kollektif şirket tasfiye memurlarının mes'uliyeti hakkında, TK. md. 224 f. II-III ile şu esaslar konulmuş bulunmaktadır:

«Kanun, şirket mukavelesi veya iş görme şartlarını tesbit eden diğer hükümlere aykırı hareket ederek üçüncü şahısları veya ortakları zararlandıran tasfiye memurları kusursuz olduklarını ispat etmedikçe müteselsil olarak mes'ul tutulurlar.

Tasfiye memurları, tâyin ve istihdam ettikleri kimselerin kanun, şirket mukavelesi veya iş görme şartlarını tesbit eden diğer

---

(149) Bk. yukarıda not 129.

(150) Adliye Encümeninin aşağıda not 152 ye ait metinde zikredilen izahlarında aynı fikirden hareket edilmektedir.

#### § 4, III

hükümlere aykırı hareketlerinden dolayı da Borçlar Kanununun 100 üncü maddesi hükmünce gerek üçüncü şahıslara gerekse ortaklara karşı müteselsil olarak mes'uldürler» (151).

Adliye Encümeninin bu madde ile alâkalı izahlarında, mezkûr hükümle, tasfiye memurlarının ortaklara ve alacaklılara karşı olan mes'uliyetinin akdî mes'uliyet esaslarına tâbi tutulmak istenildiği açıkça anlatılmakta, hattâ bu izahların son kısmında anonim şirketlerde idare meclisi âzalarının ve murakıpların mes'uliyetinin mahiyeti hakkında kanun vazının görüşü de belirtilmektedir. Şimdi bu izahları (152) aynen naklediyoruz :

«Tasfiye memurlarının ortaklara karşı akidle bağlı bulunmaları itibariyle mes'uliyetleri akdî mes'uliyet ise de şirket alacaklılarına karşı olan mes'uliyetlerinde böyle bir mahiyet yoktur. Fakat onlara karşı olan mesuliyetleri de hiç değilse vekâletsiz tasarrufa benzeyen, diğer tâbir ile şibih akit mahiyetinde olan bir mes'uliyettir. Esasen tasfiye işlerinin âmiri ve hâkimi durumunda buldukları için herhangi bir alacaklının bunlara karşı açtığı tazminat davasında bunların kusurlu olduklarını isbat etmesinden ziyade bu memurların kendi yaptıkları işlerde kusursuz olduklarını isbat etmeleri fiilen daha kolaydır. Kanun akdî mes'uliyetlerde ve hususiyle Borçlar Kanununun 96 ncı maddesinde akdî tazminatlarda kusuru isbat külfetini borçluya yüklerken aynı düşünceyi yani kusursuzluğu isbatın daha kolay olduğunu gözönünde tutmuş bulunmaktadır ki, bu da alacaklılara karşı olan mes'uliyette de kusursuzluğu isbat külfetinin tasfiye memurlarına yükletilmesini gerektirmektedir. Bundan başka aynı madde hükmünden doğan bir mes'uliyetin ortaklara karşı başka mahiyette ve alacaklılara karşı başka mahiyette olması hakkaniyet hislerine uygun düşmeyen bir durum meydana getirmektedir. Bu itibarla tasfiye memurlarının kusursuz olduklarını isbat etmedikçe gerek ortaklara, gerekse alacaklılara karşı mes'ul oldukları birinci fıkraya yazılmıştır ...

Tasfiye memurlarının gerek alacaklılara, yani üçüncü şahıslara, gerekse ortaklara karşı akdî mes'uliyet esasları uyarınca mes'

---

(151) Bu maddedeki esaslar diğer ticaret şirketlerinin tasfiye memurlarının mes'uliyeti hakkında da caridir (bk. TK. md. 267; 450 f. I; 476 f. II; 489 f. III; 552).

(152) *Emir*, sh. 136 - 137.



#### § 4, III

ul oldukları kabul edildiği takdirde kullandıkları adamların hareketlerinden dolayı da Borçlar Kanununun 100 üncü maddesi hükmünce mes'ul tutulmaları lâzımgeldiğinden ve kanun hükümleri arasındaki ahengi sağlamak bakımından bu cihetin metinde açıklanmasına ihtiyaç görüldüğünden ikinci fıkra bu ihtiyacı karşılayacak şekilde kaleme alınmıştır. Nihayet bunların mes'uliyetlerinin tâbi olduğu müruruzaman hükmü de anonim şirketlerdeki 309 uncu maddenin 4 üncü fıkrasındaki müruruzamanla ahenkli olması için oradaki esaslara uygun bir şekilde derpiş edilmiştir. Zira, bir anonim şirketin kuruluşunda bir çok yolsuzluklar yapmış bulunan kimşelerin hareketleri mahiyetçe daha şümüllü ve ağır neticeler doğurabileceği halde 2 ve 5 yıllık müruruzaman derpiş edilmiş bulunmasına rağmen bunun kadar vahim olması tatbikî bakımdan muhtemel görülmeyen kollektif şirket tasfiye memurlarının hareketlerinden doğan mes'uliyet dâvalarının 10 senelik müruruzamana tâbi tutulması kanun hükümleri bakımından ahenksizlik meydana getirecektir. Bu sebeple son fıkra hükmü 309 uncu madde hükmüne uygun bir şekil verilerek metne ilâve edilmiştir.

Aynı düşünceler anonim şirketlerin idare meclisi âzalarının ve murakıplarının mes'uliyetleri hakkındaki hükümler için de doğru görüldüğünden Tasarının 338 inci maddesinin metnine (bir kusuru olmadığını isbat eden) sözleri ilâve edilerek idare meclisi âzalarının gerek şirkete, gerekse üçüncü şahıslara karşı akdî mes'uliyet esasına tâbi tutulmaları ve keza Tasarının 342 nci maddesi hükmünce anonim şirket müdürlerinin de akdî mes'uliyet esasına göre gerek şirkete, gerek üçüncü şahıslara karşı mes'ul tutulmaları ve anonim şirket murakıplarının 359 uncu madde hükmünce kususuz olduklarını isbat etmedikçe üçüncü şahıslara karşı dahi mes'ul tutulacakları kabul edilmiş ve adı geçen maddeler bu esasa uygun şekilde yazılmıştır».

Adliye Encümeni Mazbatasındaki «tasfiye memurlarının ortaklara karşı akitle bağlı bulunmaları itibariyle mes'uliyetleri akdî mes'uliyet ise de» ibaresinde gösterilen mucip sebebi tasvip eylemek müşküldür; zira tasfiye halinde dahi kollektif şirketin hükmî şahsiyeti devam eylemektedir ve tasfiye memurları, ortaklara değil, fakat tasfiye halindeki şirkete mukavele ile bağlıdır; ortaklar bu mukaveleye nisbetle üçüncü şahıs vaziyetindedirler; binaenaleyh burada da üçüncü şahısların akdin ihlâlinden dolayı tazminat talep etmeleriyle alâkalı bir hal bahis mevzuudur. Adliye

#### § 4, III; § 5, I

Encümeni, tasfiye memurlarının alacaklılara karşı mes'uliyetini de vekâletsiz iş görme yerine, tasfiye memurlarıyla şirket arasındaki akde istinad ettirseydi daha isabetli olurdu. Gerçi başkasının haklarını korumanın da, başkasının işini görmenin kıstaslarından biri olduğu müdafaa edilebilir (153); diğer taraftan, tasfiye memuru tasfiye halindeki şirketle arasında mevcut akitten doğan mükellefiyetlerini yerine getirmek üzere hareket etmekle beraber, onun şirket alacaklılarının vekâletini haiz olmadığı söylenebilir; ancak bu takdirde tasfiye memurlarının, ortaklara karşı da vekâletsiz iş gören mevkiinde olduğunu kabul etmek lâzımdır. Fakat eğer vekâletsiz iş görmenin şartı olarak umumî bir iş görme iradesinin mevcudiyeti (154) kâfi addedilmeyip iş görende iş sahibi menfaatine hareket etmek iradesi de (155) aranacak olursa, burada bu irade alacaklılar ve ortaklardan ziyade şirket lehine mevcuttur.

#### § 5 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİ ÖN GÖRÜP GÖRMEDİKLERİ MÜNAKAŞALI OLAN BAZI HUSUSÎ HÜKÜMLER.

I — Kiralayanın kiracının kiracısından akde muhalefeti dolayısıyla tazminat talep etme imkânı (BK. md. 259 f. III).

##### 1. Alt kirada.

Kiracının kiralananın tamamını veya bir kısmını başkasına kiralaması ,yani alt kira (*Untermiete*) (1) halinde, kiralayanla kiracının kiracısı (alt kiracı) arasında akdî bir münasebet yoktur. BK. md. 259 f. II (İBK. md. 264 f. II) ye göre, «ikinci kiracı (alt kiracı), birinci kiracıya müsaade edilenden başka bir tarzda kullandı-

(153) Bk. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 115 - 116.

(154) Bk. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 169 vd.

(155) Bk. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 157 vd.

(1) Alt kira tabiri için bk. yukarıda s 4 not 42 ve İrfan Yazman, Adi kira ve hasılat kirası münasebetlerinde alt kira ve kiranın devri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması, Ankara 1961, sh. 3-4.

## § 5, I

ğı (2) takdirde, birinci kiracı, bundan dolayı kiralayana karşı mes'ul olur». Eğer alt kiracı (T), kiracıyla (S ile) arasındaki kira akdine muhalif bir hareketiyle, bu akde nazaran üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan kiralayana (Ü ye) bir zarar verecek olursa ve alt kiracının bu hareket tarzı ilk kira akdine de aykırı bulunuyorsa, kiracı bu zarardan dolayı kiralayana karşı mes'ul tutulacaktır. Kiracı bu mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek alt kiracıya karşı tazminat dâvası açabilir. Böylece üçüncü şahıs vaziyetindeki kiralayanın zararı aynı zamanda kiracının zararını teşkil edecek ve alt kiracı bu zararı tazmin eleyecektir.

BK. md. 259 f. III (İBK. md. 264 f. III) de, kiralayana kiracıya karşı doğrudan doğruya bir talep hakkı da tanınmış bulunmaktadır; mezkûr hükme göre «kiralayan ikinci kiracıyı bu hususa riayet ettirmeğe salâhiyettardır»; başka bir deyimle, kiralayan alt kiracıdan, şeyi kiracıya müsaade edilenden başka tarzda kullanmamasını isteyebilecek ve onu bu hususa riayet ettirebilecektir. Doktrinde, alt kiracıya karşı kiralayana bahşedilen bu talep hakkının muhtevası hakkında kâfi derece vuzuh yoktur. Oser - Schönberger'e göre (3), burada kiralayanla kiracının alt kiracıdan akde uygun hareket etmesini istemek hususunda müteselsil alacakları mevcuttur; kiralayan alt kiracıya karşı BK. md. 256 f. II (İBK. md. 261 f. II) deki yola başvurabilir; kira akdinin feshini haklı gösterebilmek için, mezkûr hükümde bahsi geçen ihtarın alt kiracıya da vusulü şarttır. Max Brunner (4) de, alt kiracının açıklan açığa fena kullanarak şeye devamlı zarar ıka etmesi halinde, kiralayanın önceden ihtarla hacet olmaksızın alt kiracının şeyle alâkasını doğrudan doğruya kesebileceği, onu evden çıkarabileceği fikrindedir. Becker'e nazaran (5), burada mülkiyet hakkına değil borçlar hukukuna dayanan bir talep hakkı bahis mevzuudur; kiralayan bu hakkına müsteniden, meselâ alt kiracının tahtakurulu mobilyalarını eve getirmesine mani olabilir (6); buna mukabil, bu yüzden kira akdini feshetmek istiyorsa, bu hususta ilk kiracıya

---

(2) Bu metnin doğru tercümesi «şeyi... başka bir tarzda kullandığı» (die Sache nicht anders gebrauche) şeklinde olmalıydı.

(3) Art. 264, Nr. 12.

(4) Mietrecht, 2. Aufl. Rorschach 1938, sh. 471.

(5) Art. 264, Nr. 9.

(6) Bk. BGE 38 II 580.

## § 5, I

karşı hareket etmelidir. Müşahede olunduğu üzere bu müelliflerin hiçbiri, alt kiracının akde muhalefeti halinde kiralayanın BK. md. 259 f. III e tevfikan doğrudan doğruya alt kiracıdan tazminat isteyemeyeceği mes'elesinden sarahaten bahsetmemektedirler (7). Yalnız Friedrich (8), bu meseleyle meşgul olmuş ve kiralayanın alt kiracıdan kira akdinin ihlâli dolayısıyla BK. md. 259 f. III e müsteniden tazminat isteyemeyeceğini sarahaten beyan eylemiştir. Oser - Schönerberger'in atıf yaptıkları BK. md. 256 f. II de sade akdin feshi değil, aynı zamanda zararın tazmini de bahis mevzuu olduğu cihetle, kiralayanın BK. md. 259 f. III e müsteniden doğrudan doğruya alt kiracıdan tazminat isteyebileceği fikri müdafaa edilebilir; filhakika, kiralayana tanınan alt kiracıyı akde riayet ettirmek hakkının bir müeyyidesi olmazsa, bu hakkın pratik bir faydası kalmaz; bu müeyyide ise BK. md. 256 f. II de sade akdin feshi suretinde değil, aynı zamanda tazminat talebinde bulunabilmek şeklinde tesbit edilmiş bulunmaktadır.

Doktrinde kiralayanın alt kiracıdan doğrudan doğruya tazminat istemesine cevaz olup olmadığı meselesi üzerinde fazla durulmaması, umumiyetle, kiralayanın alt kiracının akde muhalefeti dolayısıyla uğradığı zararı BK. md. 259 f. II mucibince kiracıya tazmin ettirebilmesinin ve bu sonuncunun da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek alt kiracıya rücu edebilmesinin mümkün olmasıyla izah edilebilir. Fakat kiracının borç ödemedi aczi halinde, kiralayanın alt kiracıya karşı doğrudan doğruya bir dâva hakkına sahip olmasının faydası kendisini gösterir. Bundan başka, meselâ, kiralayanla kiracı arasındaki akitte kiracının kendi hafif kusurundan veya alt kiracının her türlü kusurundan mes'ul olmayacağı hususunda mes'uliyeti hafifletici bir şart kabul edilmiş olabilir; bu takdirde, alt kiracı da bu şarttan faydalanabilmeli midir, yoksa sadece kiracının kendi hafif kusurundan mes'ul olmayacağı şart edilmişse alt kiracının hafif kusuru halinde, yahut kiracının alt kiracının her türlü kusurundan mes'ul olmayacağı kararlaştırılmışsa, alt kiracının herhangi bir kusuru

---

(7) Yalnız Becker, alacaklının üçüncü şahsın zararının tazminini isteyip isteyemeyeceği meselesini umumî olarak incelerken (Art. 97, Nr. 3), BK. md. 259 f. III ü, üçüncü şahsın akde müsteniden doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunabileceği haller arasında saymaktadır.

(8) Sh. 83.

## § 5, I

halinde ,kiralayan BK. md. 259 f. III e binaen doğrudan doğruya alt kiracıdan tazminat isteyebilmeli midir ? Kanaatimizce, bu suale müsbet cevap vermek yerinde olur (9); zira mes'uliyetin hafifletilmesine dair mukaveleden, bunda taraf olmayan alt kiracı faydalanamamalıdır; kiralayan, bahsi geçen hallerde kiracıyı BK. md. 259 f. II mucibince mes'ul kılamayacağı cihetle kiracının alt kiracıdan mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek kiralayanın zararını tazmin etmesini istemesi de mümkün değildir; binaenaleyh, bu gibi hallerde de, kiralayanın BK. md. 259 f. III e binaen alt kiracıdan doğrudan doğruya tazminat isteyebilmesinin pratik faydası ortaya çıkar.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, BK. md. 259 f. III ün, kiralayana, alt kiracıdan kiralananı kiracı ile kiralayan arasındaki mukaveleye uygun surette kullanmasını talep imkânını bahşetmesidir. Kiracı ile alt kiracı arasındaki akitte, alt kiracıya daha ağır ihtimam mükellefiyetleri yükletilmiş ise, sadece bu mükellefiyetlerin yerine getirilmemesinden dolayı kiralayanın uğradığı zararı BK. md. 259 f. III e binaen tazmin ettirebilmesi mezkûr hükümde derpiş edilmemiştir (10). Bu gibi haller, üçüncü şahsın zararının tazmininin kanunen derpiş edilmediği vaziyetler kategorisine girerler.

Fransız mahkemeleri de, alt kiranın mevcut olduğu hallerde, kiralayanın kiralanan yerin yanması veya gerekli tamiratın yapılmaması dolayısıyla uğradığı zararın tazmini için alt kiracıya karşı doğrudan doğruya tazminat dâvası açabilmesini kabul etmektedirler (11). Bu hal tarzı kiralayanla alt kiracı arasında doğrudan doğruya münasebet bulunduğu veya kiracının kiralayanın vekili sıfatıyla alt kiracıyla mukavele yaptığı veyahut bir eve taşınan kimseye o evin muhafazası için doğrudan doğruya ihtimam mükellefiyeti terettüp ettiği gibi mülâhazalarla izaha çalışılmaktadır (12).

(9) Benzer bir hal için aynı mealde : Amiens İstinaf Mahkemesi, 4.4.1883, S. 1883.2.178; karşı Wahl, sh. 49.

(10) Binaenaleyh burada akdin ihlâlinden üçüncü şahsın zarar görmesinden ziyade, üçüncü şahsın akdi ihlâl etmesinden bir âkidin zarar görmesi bahis mevzuudur. Fakat ilk kira ile alt kiranın yüklediği mükellefiyetler aynı ise her iki hal birden bulunur.

(11) Tafsîlât için bk. Planiol - Ripert - Givord - Tunc, Traité pratique de droit civil français, t. X, Paris 1956, 2 e éd. sh. 788 vd., hususiyile sh. 789, not 3; Wahl, sh. 48-50.

(12) Wahl, sh. 50-51.

## § 5, I

Fransız hukukunda kiralayana alt kiracıdan doğrudan doğruya kira talep etmek hakkı da tanınmaktadır (13). Bu talep hakkı CC fr. md. 1753 e istinad ettirilmektedir; mezkûr hükme göre «alt kiracı, malike karşı, haciz esnasında borçlu olduğu alt kira bedeli nisbetinde mes'uldür...». Bu hüküm bidayette alt kiracının mobilyalarının kiralayan tarafından haczini tahdit etmek için konulmuş ise de, mahkeme içtihatları bundan kiralayanın, kiracının kendisine karşı olan borcunu karşılamak için, alt kiracıdan kiracıya borçlu olduğu alt kira bedelini doğrudan doğruya talep edebileceği neticesini çıkarmışlardır. Türk - İsviçre hukukunda BK. md 267 f. II (İBK. md. 272 f. II) mucibince «kiralayanın hapis hakkı ikinci kiracının birinci kiracıya karşı borcu olan miktar nisbetinde ikinci kiracı tarafından getirilen eşyaya da şâmilidir». Bu hükme müsteniden kiralayan ilk kiracının kendisine karşı olan borcunu karşılamak için, alt kiracının ona borçlu olduğu nisbette alt kiracıya ait eşyayı sattırabilir ve alacağını bunun bedelinden istifa edebilir; fakat Fransız hukukunda olduğu gibi kiralayan ilk kiracının temerrüdü halinde alt kiracıdan onun ilk kiracıya borçlu olduğu kira bedelini doğrudan doğruya kendisine ödemesini talep edemez (14).

Alman hukukunda, kiralayanın alt kiracının akde muhalif hareketinden dolayı ilk kiracıya müracaat edebilmesi (BGB § 549 f. II), ilk kiracının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati ni alt kiracıya karşı ileri sürebilmesi ve şartları mevcutsa, kiralayanın malik sıfatıyla alt kiracıya karşı haksız fiile müstenid tazminat dâvası açabilmesi kâfi sayılmış, kiralayana alt kiracıya karşı doğrudan doğruya bir talep hakkı tanınmamıştır (15). Alt kiracının akde muhalefeti yüzünden kiralayanın zarara uğradığı ve bu zararın kiracının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatiyle karşılanamadığı veya kiracının borç ödemedi aczi dolayısıy-

(13) Tafsilât için bk. **Planiol - Ripert - Givord - Tunc**, t. X no. 561; **Wahl**, sh. 41-47; **Flattet**, no. 137.

(14) **Oser - Schönenberger**, Art. 264, Nr. 13; **Brunner**, sh. 631; **Friedrich**, sh. 83. Bununla beraber, kiralayan alt kiracıya karşı hapis hakkını kullandığını beyan ettikten sonra, alt kiracı borçlu olduğu kira bedelini ilk kiracıya ödeyerek bu hapis hakkını bertaraf edemez; artık o icra dairesine veya kiralayana ödemedi bulunmalıdır: **Brunner**, sh. 631; **Becker**, Art. 272, Nr. 5.

(15) **Wahl**, sh. 56.

## § 5, I

le bahis mevzuu zararın onun aracılığıyla karşılanmasının tehlikeye düştüğü haller «üçüncü şahsın zararının tazmini» ile alâkalı bir mesele sayılmakta ve bu husustaki umumî hal tarzına tabi kılınmaktadır. Bundan başka, Alman hukukunda kiralayanın ne Türk - İsviçre hukukunda olduğu gibi alt kiracının eşyası üzerinde hapis hakkı (16), ne de Fransız hukukunda olduğu gibi alt kira bedelini doğrudan doğruya alt kiracıdan talep hakkı mevcuttur (17). Kiralayan, yalnız ilk kira akdinin hitamında doğrudan doğruya alt kiracıdan şeyin kendisine iadesini talep edebilir (BGB § 556 f. III) (18). İsviçre hukukunda kiralayanın doğrudan doğruya alt kiracıdan şeyin iadesini talep hususunda bir alacak hakkı olup olmadığı münakaşalıdır (19).

### 2. Kiranın devri.

BK. md. 259 f. I e göre «kiracı, kiralayana zarar verecek bir tebeddülü mucip olmamak şartıyla ... kirayı bir üçüncü şahsa ferağ edebilir». Fransız hukukundan alınma bir müessese olan kiranın devrinin hukukî mahiyeti münakaşalıdır. İsviçre hukukunda hâkim olan fikre göre (20), kiranın devri, kiracının kira mukavelesinden doğan alacaklarını, bilhassa şeyi kullanma hakkını başkasına temlik etmesinden ibarettir; ilk kiracı gene kira akdinden dolayı borçlu kalır; devralan ise, ilk kiracının borcuna iltihak etmedikçe veya devir mukavelesinde kiralayan lehine şart kabul etmedikçe kiralayana karşı aynı zamanda borçlu değil, sadece alacaklı vaziyetindedir. BK. md. 259 f. II ve III (İBK. md. 264 f. II ve III) ün kiranın devri halinde de tatbik edileceği umumiyetle kabul edilmektedir (21); böylece, kirayı devralan, hâkim olan görüşe göre, kaideten kiralayanın borçlusu olmadığı halde kirala-

(16) Palandt, s 559, Nr. 4.

(17) Wahl, sh. 55.

(18) Bu hakkın akdî bir alacak hakkı mahiyetini taşıdığı ve akitten üçüncü şahıslar için alacak hakkı doğmayacağı kaidenin bir istisnasını teşkil ettiği fikrinde: Wahl, sh. 55; Palandt, s 556, Nr. 3.

(19) Böyle bir alacak hakkının tanınması lehinde : von Tuhr - Siegart, s 18, VIII; Glasson, sh. 83. Aksi fikirde Oser - Schönerberger, Art. 264, Nr. 13; Friedrich, sh. 83.

(20) Oser - Schönerberger, Art. 264, Nr. 3; Becker, Art. 264, Nr. 2; Brunner sh. 461 vd. Karş. Yazman, sh. 36.40.

(21) Oser - Schönerberger, Art. 264, Nr. 4; Becker, Art. 264, Nr. 8 ve 10

yan ondan şeyi akde uygun olarak kullanmasını doğrudan doğruya talep edebilecektir (22).

Fransız hukukunda da, alt kirada olduğu gibi kiranın devrinde de kiralayanın kirayı devralana karşı doğrudan doğruya dâva hakkı tanınmaktadır (23).

Alman hukukunda, kiracının kira mukavelesinden doğan alacak hakkını yalnız başına başkasına devretmesi caiz görülmemektedir (24). Buna mukabil, kiralayanla yapılacak yeni bir mukavelelerin mevcut kira mukavelesinin yerini alması veya mevcut mukaveleye alacak ve borçlara şâmil olmak üzere bir başkasının daha ihtihak etmesi kabildir. Fakat bu gibi hallerde, zaten yeni kiracı kiralayanın doğrudan doğruya borçlusu vaziyetindedir ve üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ortaya çıkmaz. Aynı şey Türk - İsviçre hukukunda alacak ve borçlara şâmil olmak suretiyle kira akdinin tamamının, alacağın temlik ve borcun nakli suretiyle devri hali için de söylenebilir.

**II — Vekilin müvekkil hesabına kendi namına akdettiği mukavelelerden doğan alacaklarda müvekkilin vekile kanuni halefiyeti (BK. md. 393 f. I - II).**

Vekil, müvekkil hesabına kendi namına mukaveleler yaptığı takdirde, bu mukavelelerden doğan alacak ve borçlar müvekkile değil, vekile ait olur. Böyle vekilin dolayısıyla mümessil sıfatıyla hareket ettiği hallerde, müvekkilin vekil tarafından aktedilen akiten doğan alacaklara sahip olabilmesi için, bu alacakları vekilin müvekkile temlik etmesi gerekir (BK. md. 32 f III). Dolayısıyla temsilin bahis mevzuu olduğu başlıca mukavele tipi komisyon akidir (25); şu kadar ki komisyon akdinin unsurlarını taşıma-

---

(22) Bittabi üçüncü şahıs (kiralayan) lehine şart ve devralanın borca ihtihakı hallerinde kiralayanın BK. md. 259 f. II ve III e istinad etmesine lüzum kalmaz.

(23) Tafsilât için bk. Plan'ol - Ripert - Givord - Tunc, no. 560; Wahl, sh. 51.54.

(24) Tafsilât için bk. Wahl, sh. 57.

(25) Alım-satım komisyonculuğu (BK. md. 416 vd.), taşıma işleri komisyonculuğu (TK. md. 808 - 815), bundan başka BK. md. 430 a bk.



## § 5, II

makla beraber, vekilin dolayısıyla mümessil sıfatıyla hareket ettiği başka vekâlet akitleri de vardır (26); meselâ vekilin müvekkil hesabına kendi namına bir gayrimenkul satın alması veya karz akdi yapması gibi.

Vekilin (S) müvekkil hesabına kendi namına akdettiği mukavelelerde, müvekkil (Ü) taraf değildir; fakat bu mukavelelerde karşı âkit (T), borcunu gereği gibi yerine getirmezse bundan zarar görecektir olan vekil (S) olmayıp, bu mukaveleye nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan müvekkil (Ü) dür. Burada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin ilk defa meydana çıkmasına sebep olan şu hal kendini gösterebilir (27). Akde muhalif hareket ederek müvekkile (Ü ye) zarar veren borçlu (T), müvekkilin kendisine karşı akde müsteniden tazminat dâvası açamayacağını, zira akitte taraf olmadığını, kendi alacaklısı olan vekilin (S nin) ise akdin yerine getirilmemesinden bir zarar görmediğini, binaenaleyh mevcut olmayan zararının tazminini isteyemeyeceğini ileri sürebilir. Burada vekil S nin kaideten mes'uliyetten kurtulmaya müteallik bir menfaati de bulunmaz, meğer ki T nin borcunu ifa edeceği hususunda Ü ye karşı tekeffülde bulunmuş olsun. Filhakika BK. md. 421 f. I e göre : «Salâhiyeti hilâfına veresiye mal satması müstesna olmak üzere, komisyoncu, muamelede bulunduğu kimselerin tediyelerinden ve diğer borçlarını ifalarından mes'ul olmaz. Şu kadar ki komisyoncu sarahaten kefil veya mes'uliyeti mütearef olunca mes'ul olur». Şu halde vekilin kefaletinin bulunmadığı hallerde, mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek T den kendisini Ü ye (müvekkile) karşı olan tazminat borcundan kurtarmasını istemesi de kabil olmayacak ve T nin akde muhalif hareketi yüzünden müvekkilin (Ü nün) uğradığı zarar tazmin edilmeden kalacaktır; akitlerin nisbîliği ve tazminat taleplerinde sadece alacaklının menfaatinin nazara alınması prensiplerinden (28), mantıkan çıkan bu neticenin hakkaniyete uygun olmadığı aşikârdır.

Bazı müellifler (29), bu gibi hallerde müvekkilin tazminatsız kalmasının BK. md. 393 f. I ve II (İBK. md. 401 f. I ve II) sayesin-

(26) Bk. aşağıda s 6, I, 2.

(27) Bk. aşağıda s 6, I, 1.

(28) Bk. yukarıda s 1, II ve s 2, IV; s 7, VII.

(29) Ezcümle Friedrich, sh. 79; E. Wolf, sh. 304; Oser - Schönerberger, Art. 401, Nr. 4.

## § 5, II

de önlenebileceği kanaatindedirler. Mezkûr hükümler (30) şu mealdedir :

«Müvekkil vekiline karşı olan muhtelif borçlarını ifa edince, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı, müvekkilin olur.

Vekilin iflâsı halinde müvekkil, bu hakkını masaya karşı da iddia edebilir.»

Eğer vekilin (S nin) borçlusu (T) den olan ifaya müteallik alacağı henüz ademi ifadan dolayı bir tazminat alacağına inkılâp etmemişse, BK. md. 393 de derpiş edilen kanunî halefiyetin müvekkil (Ü) bakımından faydası vardır; zira ifaya müteallik olan alacak ona intikal ettikten sonra ademi ifa yüzünden tazminat alacağına münkalip olursa, bu tazminatta alacaklı olan müvekkilin ifaya olan menfaati nazara alınacaktır; fakat ademi ifa ve müvekkilin zararı halefiyet ânından evvel vukua gelmişse, bu anda tazminat alacaklısı olabilecek vaziyette bulunan sadece vekil (S) dir; onun da ademi ifadan dolayı bir zararı bulunmadığından tazminat alacağı doğmaz ki, kanunî halefiyet yoluyla bu alacak müvekkil Ü ye intikal etsin (31). Bu itibarla BK. md. 393 f. I ve II, vekilin dolayısıyla mümessil sıfatiyle hareket ettiği hallerde karşı âkidin akde muhalefetinden, üçüncü şahıs vaziyetindeki müvekkilin uğradığı zararın tazminini her vakit temin edebilecek bir hüküm değildir. Kanunî halefiyetin ademi ifa dolayısıyla zararın husule gelmesinden sonra vukua geldiği hallerde, üçüncü şahıs vaziyetindeki müvekkilin zararının tazmini meselesi kanunen halledilmemiş olarak kalmaktadır (32). BK. md. 393 f. I ve II ye, zararın vukuundan sonraki kanunî halefiyet hallerinde de istinad edebilmek için, alacaklının (burada vekilin) akdin ihlâlinden zarar gören üçüncü şahsın (burada müvekkilin) menfaatini ileri sürerek borçludan tazminat isteyebileceğini kabul etmek lâzımdır (33); bu takdirde, vekil, mü-

---

(30) Bu hükümler BK. md. 416 f. III (İBK. md. 425 f. II) mucibince komisyon akdinde de kabili tatbiktir.

(31) Bk. aşağıda § 6, not 13-14 ve bunlara ait metin. Oser-Schönenberger (Art. 401, Nr. 4) hiç veya gereği gibi ifa etmemeden doğan tazminat alacağının da kanunî halefiyet yoluyla intikal edeceğini beyan ederken bu hususu nazara almamaktadırlar .

(32) Aynı fikirde Droin, sh. 112 vd.

(33) Pestalozzi, sh. 73 vd.; Barth, sh. 87, not 40 a ait metin .

## § 5, II; § 6

vekkilin ifaya olan menfaatini ileri sürerek borçludan tazminat istemek hakkına sahip olduğundan, bu tazminat alacağı kanunî halefiyet yoluyla müvekkile intikal edebilir. Hulâsa BK. md. 393 f. I ve f. II, ancak alacaklının akdin ihlâlinden zarar gören üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek tazminat isteyebilmesine cevaz tanıdığı takdirde, alacaklının bu tazminatı istemekten imtinaı veya iflâsı hallerinde pratik bakımdan faydalı olacak bir hükümdür. Bu hüküm, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin esasını halletmekten ziyade, üçüncü şahsa doğrudan doğruya tazminat hakkı tanınmayıp, onun menfaatinin alacaklı tarafından ileri sürülmesinden doğabilecek mahzurları bertaraf etmeye hizmet etmektedir (34).

## § 6 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ MEVCUT KANUN HÜKÜMLERİNE MÜSTENİDEN TAZMİNİ İMKÂNININ ŞÜPHELİ OLDUĞU HALLER.

Bundan evvelki paragrafta, üçüncü şahsın zararının umumî esaslara veya başka müesseselere müracaat suretiyle tazmini imkânının mevcut olduğu hallerle, bizzat kanun vazının sarahaten üçüncü şahsın zararının tazminini derpiş eylediği halleri incelemiştik. Bu saydığımız haller dışında, bir kimsenin hukuken korunan bir varlığının ihlâli neticesinde bir üçüncü şahsın zarara uğradığı ve bu zararın tazmininin adalete uygun olduğu, fakat bu husustaki tazminat talebini umumî esaslara, başka müesseselere veya mevcut kanun hükümlerine istinad ettirmenin kabil olmadığı durumlar da mevcuttur. İşte gerçek anlamında, dar anlamında üçüncü şahsın zararının

---

(34) HGB de, BK. md. 393 f. I de olduğu gibi komisyon akdinde kanuni halefiyet tanınmamakla beraber, (HGB § 392 f. I e göre komisyoncunun yaptığı muamelelerden doğan alacakları âmir - Kommittent - ancak kendisine temlik edildikten sonra borçluya karşı ileri sürebilir) BK. md. 393 f. II ye benzeyen bir hüküm mevcuttur, HGB § 392 f. II mucibince «Komisyoncunun yaptığı muamelelerden doğan alacaklar temlik edilmemiş olsalar bile, müvekkil ile komisyoncu veya bu sonuncunun alacaklıları arasındaki münasebette müvekkilin alacakları hükmünde sayılırlar».

tazmini meselesi (1), bu gibi durumlarda ortaya çıkar. Bahis mevzuu durumlarda, üçüncü şahsın zararının tazmini, ancak mevcut kanun hükümlerini zorlamak veya kanunda bu hususta boşlukların mevcut olduğu açıkça kabul edilerek yazılı olmayan hukuka başvurmak suretiyle sağlanabilir.

Bu paragrafta, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin kendisini gösterdiği durumların başlıcalarını bir takım kategorilerde tesbite çalışacağız; ancak bu kategorilerin, üçüncü şahsın zararının tazmininin adalete uygun görüldüğü bütün halleri eksiksiz olarak ihtiva ettiğini söyleyemeyiz. Bu itibarla, evvelâ dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin tatbikatta rastlanan belli başlı ve muayyen kategorilerini tesbit ettikten sonra, «sair haller» başlığı altında, bu kategorilere girmeyen diğer bazı hallerden bahsedeceğiz; «sair haller» listesine tatbikatta yeni zuhur edebilecek üçüncü şahsın zararını mucip ve tazminatı gerektiren vakıaları daima eklemek ve belki de ileride yeni kategoriler bulmak mümkündür.

Şimdi ,dar anlamında üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin kendisini gösterdiği başlıca kategorilerin incelenmesine geçebiliriz.

**I — Vasıtalı temsil suretiyle yapılan mukavelelerde, temsil olunanın kendi hesabına aktedilen akitten doğan borcun ifa edilmemesi dolayısıyla zarara uğraması.**

*1. Meselenin vaz'ı ve misaller.*

Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, ilk defa, başkası hesabına aktedilen mukaveleler dolayısıyla ortaya çıkmıştır (2). Bu mesele üzerinde ilk etüdü neşreden Zimmermann'ın (3) mev-

(1) Bk. yukarıda § 2, III.

(2) Reinhardt, sh XIII.

(3) Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Kommissionär, ohne dass dabei des Kommissionsverhältnisses Erwähnung geschah, kontrahiert hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Kommittenten erwachsenden Schadens, Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. I, Hamburg 1858, sh. 48 vd. Bu yazıdan sonra, meselenin, Pandektistlerin kitaplarında muntazaman yer aldığı gö-

## § 6, I

zuu ele almasında, Lübeck Mahkemesince karara bağlanan (4), şu hâdise âmîl olmuştu : Bir miktar keresteyi satın alan bir şahıs (Ü), bir taşıma komisyoncusunu (S yi) bu kerestenin Weser nehrinde naklini temin için tanzif eylemişti; taşıma komisyoncusu (S) da kendi namına Ü hesabına, bu nakil işi hususunda bir gemi sahibiy-le (T) bir taşıma mukavelesi akdetmişti; mukavele şartlarına göre, gemi Cuxhaven'e vardığında yükün orada boşaltılması talep edilebilecekti. Taşıma komisyoncusunun (S nin) mümessilinin böyle bir talebine rağmen, T malları boşaltmaktan imtina etmiş ve vaki gecikmeden dolayı Ü zarara uğramıştı. Komisyoncu S nin gemi sahibi T ye karşı açtığı tazminat dâvasında, T, S nin bu gecikmeden dolayı bir zararı olmadığını ve Ü ile arasında akdî bir münasebet mevcut olmadığı cihetle S nin onun adına da tazminat talebinde bulunamayacağını ileri sürerek dâvanın reddini istiyordu (5).

Yine Lübeck Mahkemesinin rüyet ettiği bir dâvada (6), Ü, bir emlak tellâline (S) ye müracaat ederek kendisine bir ev bulmasını istemişti; S de kendi adına Ü hesabına bir ev sahibiyle (T ile) bir ön mukavele yapmış, fakat T sonradan bu mukaveleye riayet etmeyerek evi başkasına kiralamıştı; alacaklı vaziyetinde olan tellâlin hâdisedeki zararı kaybettiği ücrete inhisar ediyordu; halbuki Ü nün zararı daha büyüktü; fakat T, onunla arasında akdî bir münasebet bulunmadığını ileri sürerek Ü nün zararını tazmin etmeğe yanaşmıyordu.

Aynı durum diğer bütün vasıtalı temsil hallerinde de ortaya çıkabilir. Temsil olunan (Ü) hesabına, mümessil S nin kendi namına T ile akdettiği mukavelenin T ye yüklediği borçları bu sonuncunun gereği gibi veya hiç ifa etmemesinden, umumiyetle mukaveleyi kendi adına akteden S değil, fakat hesabına mukavele akdolan Ü zarar görür. Gerçi vasıtalı mümessilin (S nin) de bazan kar-

---

rülür : bk. Brinz : Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 1, 2. Aufl., Erlangen 1879, s 270 in fine; Windscheid : Lehrbuch des Pandektenrechts, II, 5. Aufl. Düsseldorf 1879, s 258, Nr. 3.

(4) Seuff. Arch. 11, Nr. 36.

(5) Taşıma işleri komisyonculuğunda müvekkilin zarara uğraması ile alakalı başka kararlar için bk. RGE 58, sh. 39 vd; 113, sh. 254; 115 sh. 419; RGE 109, sh. 290.291.

(6) Seuff. Arch. 33, Nr. 19.

## § 6, I

şı âkidin (T nin) mukaveleyi icra etmemesinden zarar gördüğü haller vardır : Ezcümle, vasıtalı mümessil S, munzam bir komisyon (*ducroire*) karşılığında, T tarafından mukavelenin yerine getirilmesini de tekeffül etmiş olabilir (komisyoncunun kefaleti, *del-credere Stehen* - BK. md. 421; İBK. md. 430; HGB § 394); bu takdirde vasıtalı mümessil S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini (*Haftungsinteresse*) (7), T ye karşı ileri sürerek ondan Ü lehine tazminat istemesi kabildir. Yahut vasıtalı mümessil S nin ücreti, karşı âkit T nin borcunu ifası şartına bağlı olabilir; bu takdirde de S, ücrete müteallik menfaatinin (8) tazminini T den talep edebilir. Yahut da S, T ile akdettiği mukavele dolayısıyla bir takım masraflara girişmiş olabilir ve T nin yapacağı edanın mevzuu üzerinde, bu masrafları dolayısıyla müvekkili Ü ye karşı bir hapis hakkı icra edecektir; edanın yapılmaması yüzünden vasıtalı mümessil S, bu hapis hakkından mahrum kalacaktır; bu sonuncu halde de, S nin hapis hakkına müteallik menfaatini (*Retentionsinteresse*) (9) dermeyan ederek T ye karşı tazminat dâvası açması düşünülebilir. Ancak S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatinin bulunduğu hallerden gayrısında, onun kendi menfaati (ücrete veya hapis hakkına olan menfaati), umumiyetle, müvekkili Ü nün akdin yerine getirilmesine olan menfaatinden daha az şümüllüdür. Kaldı ki, S nin ücrete veya hapis hakkına müteallik menfaati dolayısıyla T den aldığı tazminat üzerinde Ü nün bir hak iddia etmesi de mümkün değildir; zira bu tazminat Ü nün zararını telâfi etmek için ödenmemektedir; bundan başka vasıtalı mümessilin ücrete veya hapis hakkına müteallik menfaati de bulunmayabilir. Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaat de ancak vasıtalı mümessilin T nin borcunu ifası hususunda sarahaten tekeffülde bulunması, yahut ademi ifade kendisinin de kusurlu olması halinde bahis mevzuu olacaktır (10). Böylece, T nin kusurlu olarak borcunu yerine getirmemesi halinde, S, ayrıca ifayı tekeffül etmemiş

(7) Bk. yukarıda s 3, I; Pestalozzi, sh. 73, not 169.

(8) Pestalozzi, sh. 73.

(9) Von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 538-539, hususiyle sh. 539 not 28.

(10) Bu esas komisyon akdi hakkında BK. md. 421 f. I (İBK. md. 430 f. I) de açıkça ifade edilmiştir; mezkûr hükme göre : «Salâhiyeti hilâfına veresiye mal satması müstesna olmak üzere, komisyoncu, muamelede bulunduğu kimselerin tediyelerinden ve diğer borçlarını ifadan mes'ul olmaz. Şu kadar ki komisyoncu, sarahaten kefil veya mes'uliyeti mütearef olunca mes'ul olur». HGB s 394 de komisyoncu.

## § 6, I

ve ademi ifada kusurlu bir iştiraki bulunmamış ise (11), Ü ye karşı bir mes'uliyeti ve Ü nün zararına tekabül eden bir zararı olmadığı cihetle, Ü lehine bir tazminat talebinde bulunmayacak, Ü de mukavelede taraf ve T nin alacaklısı olmadığı için T den tazminat isteyemeyecektir; neticede kusurlu olarak borcunu yerine getirmeyen I nin tazminat ödemekten kurtulması gibi hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Vasıtalı mümessilin kendi adına müvekkili hesabına yaptığı akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan müvekkilin, bu akdin hükümlerinin karşı âkit tarafından yerine getirilmemesi dolayısıyla uğradığı zararın tazmini için bir hal çaresi bulmak gerekmektedir (12).

Bazı İsviçreli müelliflerin, böyle bir hal çaresinin İBK. md. 401 f. I-II (BK. md. 393 f. I-II) den çıkarılabileceği kanaatinde bulduklarına, fakat bu kanaatin isabetli olmadığına daha yukarıda işaret etmiştik (13). Filhakika vekilin (S) kendi namına, müvekkili (Ü) hesabına akdettiği mukavelelerden doğan alacaklara, vekile karşı olan borçlarını yerine getirdiği anda müvekkil kanunen halef olursa da, karşı âkit (T) kanunî halefiyetin tahakkukundan önce, müvekkilin zararını mucip olacak surette akde muhalefet etmişse, bu muhalefetten bizzat bir zarar görmeyen vekil lehine bir tazminat alacağı doğmaz ki, müvekkile intikal edebilsin (14).

Vasıtalı temsilin bahis mevzuu olduğu akitlerde hesabına akit yapılan kimsenin akdin ihlâli dolayısıyla uğradığı zararın tazmini, *akdi mes'uliyette* üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin tezahür şekillerinden birini teşkil etmektedir. Bir komisyoncunun müvekkili hesabına satın aldığı, fakat henüz tesellüm etme-

---

nun ifayı tekeffül etmesinden başka, ticarî adet mucibince de ifadan mes'ul olabileceği belirtilmektedir.

- (11) Komisyoncu kusuruyla karşı âkidin ifasını imkânsız hale getirmiş veya ihmali neticesinde ifaya muktedir olmadığı önceden belli bir kimseyle akit yapmış olabilir. Bk. Schmidt - Rimpler, sh. 897.
- (12) Bu mesele hakkında bk. Reinhardt, sh. 2-3; Tägert, sh. 2; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1893), sh. 549 vd.; Droin, sh. 112 vd.; Pestalozzi, sh. 72 vd.; Enneccerus - Lehmann, II, s 17, I, 2, b; Staudinger - Werner, Vorbem. zu. s 249, Nr. 92; Schmidt - Rimpler, sh. 896 vd.
- (13) Bk. yukarıda § 5, not 31.
- (14) Aşağıda muhtevadan mahrum bir tazminat alacağının temliki nazariyesine karşı ileri sürülen mülâhazalar (bk. aşağıda s 7, VII, 2) BK. md. 393 f. I deki kanunî halefiyet için de varittir.

## § 6, I

diği ferden muayyen şeyin bir başka üçüncü şahsın (X in) haksız fiiliyle hasara uğratılması veya yok edilmesi halinde, X e karşı açılacak tazminat dâvasında *akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini* meselesi ortaya çıkabilir; fakat bu mesele daha ziyade aşağıda hasarın intikali başlığı altında inceleyeceğimiz kategoriye (15) girer. Komisyoncunun müvekkili hesabına satın aldığı şey ona teslim edildikten sonra, bu teslimle şeyin mülkiyetinin müvekkile intikal etmediği kabul edilirse (16), şeyin komisyoncu nezdinde X tarafından tahribi halinde, komisyoncunun X e karşı açtığı tazminat dâvasında müvekkilinin menfaatini ileri sürebilip süremeyeceği meselesi kendisini gösterir.

### 2. Vasıtalı temsilin bahis mevzuu olduğu akitler ve hesabına akit yapılanın doğrudan doğruya karşı âkide dâva açabileceği istisnâî haller.

Vasıtalı temsil suretiyle aktedilen mukavelelerin kanunda tanzım edilmiş başlıca tipleri, komisyon (BK. md. 416-429), taşıma işleri komisyonculuğu (TK. md. 808-815) ve başkası hesabına sigorta (TK. md. 1270 ve md. 1342) akitleri olmakla beraber, diğer akitlerin de bir mümessil tarafından kendi namına başkası hesabına yapılması mümkündür.

BK. md. 416 vd. da derpiş olunan komisyon akdi, menkul şeyler (17) ve kıymetli evrak alım satımına taallük etmektedir. Halbuki tatbikatta başkası hesabına yapılan gayrimenkul alımı akitlerine de sık sık rastlanmaktadır. Bundan başka, kira (18), karz

---

(15) Bk. aşağıda II.

(16) Vasıtalı temsil suretiyle mülkiyetin naklinin mümkün olup olmaya cağı hususunda bk. Schmidt - Rimpler, sh. 922-942; Tägert, sk. 42.

(17) Komisyoncu vasıtasıyla satın alınan menkul eşyanın tesliminde satıcının temerrüdü dolayısıyla müvekkilin uğradığı zararın tazminini komisyoncunun talep edebilmesi, yani müvekkilinin menfaatini ileri sürebilmesi ile alakalı kararlar için bk. RGE 40, Nr. 46, sh. 172 vd.; 40, Nr. 50, sh. 187 vd.

(18) Başkası hesabına aktedilen kira akdine aykırı hareket dolayısıyla müvekkilin zarar görmesiyle alakalı bir misal için bk. yukarıda not 5. Hamburg Yüksek Mahkemesi tarafından hükme bağlanan bir dâvada da (Seuff. Arch. 46, Nr. 10), S, Ü ile müştereken bir avlama hakkını hasılat icarına almak istemekteydi; bu hak, müzayede ile



## § 6. I

gibi kullandırma akitlerinin de başkası hesabına akteildiği vaki-  
dir .İstisna (19), vekâlet (20) ve hizmet gibi iş görme akitlerinin  
de başkası hesabına akdine bir mani yoktur (21). BK. md. 430  
un Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli hakkındaki  
6768 sayılı Kanun md. 41 (h) bendi ile değiştirilen şekli de bu hu-  
susu teyid etmektedir. Mezkûr maddenin birinci ve ikinci fıkra-  
larına göre :

«Malzemesi iş sahibi tarafından verilmek suretiyle imâl edi-  
lecek menkul eşya hakkındaki komisyon işleri, eşya misli şeyler-  
den olmasa da, alım ve satım komisyonu hükmündedir.

Alım ve satım komisyonu sayılmayan işleri, ücret mukabilinde  
kendi namına ve müvekkili hesabına deruhde eden alım ve satım  
komisyoncusu ile komisyon işlerini kendisine san'at edinmeyip de  
arızî olarak üzerine alan tacir hakkında dahi bu babın hükümleri  
tatbik olunur».

Bu maddenin birinci fıkrasının başkası hesabına akte edilen is-  
tisna akitlerine de şâmil olduğu söylenebilir; ikinci fıkradaki alım  
satım komisyonu sayılmayan işlerin, alım satımdan gayri bütün iş-

---

kiraya verilecekti; S müzayedeye hem kendi nam ve hesabına, hem  
de Ü hesabına iştirâk ediyordu; S, T ile muayyen miktardan fazla  
arttırmaması için mukavele (pactum de non licitando) yapmış, fa-  
kat T buna riayet etmemişti; S nin T ye karşı açtığı tazminat da-  
vasında T, Ü akitte taraf olmadığı için onun hissesine düşen zararı  
ödemeyeceğini ileri sürüyordu .

- (19) Meselâ S, Ü ye ait bir şeyi onun hesabına kendi namına T ye tamir  
ettiriyor; T istisna akdine aykırı hareketiyle Ü ye zarar veriyor :  
von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 553.
- (20) Bk. yukarıda alt vekâletle alakalı § 4, II, 1 a. RG önüne gelen bir  
meselede de ,komisyoncu (S), T nin yanlış tavsiyesi üzerine, müvek-  
kili Ü hesabına rayici hemen ehemmiyetli surette düşen hisse se-  
netleri satın almıştı; S nin T ye karşı açtığı tazminat dâvasında,  
T, S nin senetleri Ü ye devredeceği için bir zararı bulunmadığını,  
Ü ile de arasında mukavele olmadığını iddia ediyordu : RGE, 27,  
Nr. 28, sh. 118 vd. Başkası hesabına akte edilen bir gayrimenkulün  
parsellenmesi hususundaki vekâlet akdinin ademi ifasından mü-  
vekkilin zarar görmesi RGE, 90, sh. 240 vd., hususiyle sh. 246-247.
- (21) RGE, 12, sh. 108 vd. da, bir edebî eserin iki müellifinden biri-  
nin (S) kendisi namına ve aynı zamanda diğer müellif (Ü) hesabına  
akdettiği neşir mukavelesinin nâşir (T) tarafından ihlâli üzerine S  
nin zararın tamamı için dâva açması ,yani aynı zamanda Ü nün  
menfaatini ileri sürmesi bahis mevzuuydu.

## § 6, I

ler mi, yoksa sadece menkul eşyaya taallük etmeyen alım satım işleri mi olduğu münakaşa edilebilir. Yalnız alım satım ve taşıma komisyonculuğunda değil, başkası hesabına aktedilen diğer bütün akitlerde de, akdin yerine getirilmemesinden müvekkilin uğradığı zararın tazmini meselesi, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi olarak ortaya çıkar.

Başkaları hesabına aktedilen bazı mukavelelerde, istisnaen kanun, müvekkil lehine mukavelenin diğer tarafına karşı doğrudan doğruya dâva hakkı bahşetmektedir. Ezcümle Türk-İsviçre hukukunda alt vekâletin, vekil tarafından kendi namına müvekkil hesabına alt vekille aktedilen bir mukavele olduğuna ve alt vekilin bu mukaveleye muhalefeti yüzünden müvekkile ika ettiği zararın tazminini müvekkilin doğrudan doğruya alt vekilden talep edebileceğine (BK. md. 391 f. III; İBK. md. 399) daha yukarıda işareti etmiştik (22). Alman hukukunda müvekkile alt vekile karşı doğrudan doğruya dâva hakkı tanıyan kanunî bir hüküm olmadığı cihetle, alt vekilin akde muhalefeti yüzünden müvekkilin uğradığı zararın tazmini, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin vasıtalı temsil dolayısıyla ortaya çıktığı hallerden birini teşkil etmektedir (23).

Başkası hesabına aktedilen sigorta akdinde, sigortalı, bu akitte taraf olmadığı halde, Türk (24) İsviçre (25) ve Alman hukukunda (26), sigortacıdan sigorta bedelini ödemesini doğrudan doğruya isteyebilmektedir; yalnız sigortalının böyle bir talepte bulunabilmesi için mukaveleden sigortanın başkası hesabına veya kimin

---

(22) Bk. yukarıda § 4, II, 2.3.

(23) Bk. Reinhardt, sh. 2; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 551.

(24) TK. md. 1270 f. II ye göre «nam ve hesabına sigorta yapılan kimse rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonra icazet verirse sigortadan faydalanır»; kanaatimizce, burada «nam veya hesabına» tarzında bir ibare kullanılmamış olmasına rağmen, bu hüküm başkasının namına değil, sadece hesabına yapılan sigorta mukavelelerinde de tatbik edilmelidir. Nitekim denizcilik rizikolarına karşı başkası hesabına yapılan sigortada, TK. md. 1445 f. I mucibince, sigorta mukavelesinden doğan haklar sigortacıya aittir.

(25) Bk. Sigorta Mukavelesi hakkında 2 nisan 1908 tarihli Federal Kanun, md. 17 f. II; Pestalozzi, sh. 75.

(26) Bk. Sigorta mukavelesi hakkında 30 mayıs 1908 tarihli Alman Kanunu § 75; Alman Ticaret Kanunu § 886.

## § 6, I

olacaksa onun hesabına yaptırıldığıının anlaşılması şarttır (27). Şunu da ilâve edelim ki, hesabına sigorta yapılan kimsenin haiz olduğu bu doğrudan doğruya dâva hakkı tamamıyla mevzuumuza giren bir husus değildir; zira burada sigortacının akde muhalefeti yüzünden üçüncü şahıs vaziyetindeki sigortalının zarara uğraması bahis mevzuu olmamaktadır.

### 3. İngiliz - Amerikan ve Fransız hukukunda vasıtalı temsil suretiyle akdedilen mukavelelerin ihlâli halinde müvekkilin zararının tazmini.

İngiliz - Amerikan ve Fransız hukukunda vasıtalı temsil suretiyle akdedilen mukavelelerde, hesabına mukavele akdedilen şahsa (Ü), vasıtalı mümessilin (S) kendisiyle mukaveleyi akdettiği kimseye (T) karşı, bu mukaveleye müsteniden doğrudan doğruya taleplerde bulunmak, bu arada mukavelelerin ihlâli dolayısıyla tazminat istemek hakkı tanınmış olduğundan, müvekkil Ü'nün zararının tazmini meselesi bir güçlük arzetmemektedir.

Şimdi bu hukuk sistemlerini biraz daha yakından inceleyelim :

a) İngiliz - Amerikan hukukunda, bizdeki vasıtalı temsil mefhumuna tekabül eden mefhum (*undisclosed agency*) dir (28). Bu hukuk sisteminde «*agent*», hususî bir hukukî münasebet (*agency*) mucibince, bir başkası (*principal*) için faaliyette bulunan ve fiilleriyle onu hukuken bağlayan bir yardımcı şahıstır (29); *agent*, kendisi için muamelelerde bulunduğu şahsın kim olduğunu beyan

---

(27) TK. md. 1270 f. III ve md. 1342 f. III; Sigorta Mukavelesi hakkında Alman Kanunu § 80 ve Alman TK. § 781; Sigorta Mukavelesi hakkında 2 nisan 1908 tarihli İsviçre K. md. 16 f. II.

(28) Bu mefhum hakkında tafsilât için bk. *Wieder*, sh. 30 vd.; *Goodhart - Hamson* : *Undisclosed Principals in Contract*, (1932), 4, *Cambridge Law Journal*, sh. 320 vd.; *Müller - Freienfels* : *The Undisclosed Principal*, (1953) 16 *M. L. R.* (*The Modern Law Review*, London), sh. 299 vd.; *Müller - Freienfels* : *Die «Anomalie» der verdeckten Stellvertretung (Undisclosed Agency) des englischen Rechts*, *Rabels Zeitschrift für Ausl. u. Intern. Privatrecht*, 1952, sh. 578 vd.

(29) Umumiyetle «*Agency*» mefhumu hakkında bk. *Cheshire - Fifoot* : *The Law of Contract*, 3. ed. London 1952, sh. 336; *Salmond - Winfield* : *Principles of the Law of Contracts*, London, 1927, sh. 358 vd.; *Bowstead* : *A Digest of the Law of Agency*, 11. Aufl., London 1951, sh. 1 vd.

edebileceği gibi (*named yahut disclosed principal*), menfaatine akit yaptığı şahsı hiç zikretmeksizin (*undisclosed principal*) kendi adına da hareket edebilir. Karşı âkit, mukavelenin akdi sırasında başkası hesabına hareket edildiğinden hiç haberdar olmasa dahi, *principal* (müvekkil), akitten doğma hakları ona karşı dermeyan edebilir ve o da müvekkilden akde müstenid taleplerde bulunabilir (30). Binaenaleyh, *undisclosed principal* dahi kendi menfaatine yapılan mukavelenin ihlâlinden dolayı uğradığı zararın tazminini doğrudan doğruya karşı âkitten isteyebilir (31). Bundan başka *agent* da *undisclosed principal*'in zararının tazminini talep edebileceğinden her ikisinin diğer âkide karşı olan talep hakları telâhuk eder (32). Bununla beraber, *principal* bizzat tazminat talebinde bulundu mu artık *agent* onun lehine tazminat isteyemez; şu kadar ki, *agent*'in mukavelenin ifasında şahsî menfaati varsa onun tazminat talebi *principal*'inkine takaddüm eder.

İngiliz Mahkemeleri, *undisclosed principal*'in akde müstenid doğrudan doğruya dâva hakkını, onun şeklen değilse bile gerçekte (*in truth, although not in form*) âkitte taraf olduğu (*real contractor*) gibi mülâhazalarla haklı göstermeğe çalışmaktadırlar (33). Doktrinde de bu dâva hakkının, akdin nisbîliği (*privity of contract*) prensibine aykırılığı, anormalliği umumiyetle kabul edilmekle beraber (34), mezkûr hak ya hakkaniyet mülâhazalarına istinad ettirilmekte (35) veya *principal* lehine bir nevi kanunî halefiyet (*cessio legis*), yani *agent*'a ait hakların *principal*'a kanunen intikali nazariyesiyle izaha gayret edilmektedir (36); *principal*'in

---

(30) Bu esas İngiliz hukukunda ilk defa «Scrimshire v. Alderton» (1743,) Wambaugh, 651, Wieder, sh. 36 not 4 - dâvasında ifade olunmuş, sonra muhtelif kararlarda (bk. Wieder, sh. 40 not 1.5 de ve Müller - Freienfels, sh. 587 not 3 de zikredilen kararlar) teyid edilmiştir. Amerikan hukukunda da aynı esas American Law Institute'un tanzim ettiği Restatement of the Law of Agency'nin 302 nci paragrafında tekrarlanmıştır.

(31) Wieder, sh. 41; Tägert, sh. 17; Restatement, sh. 302.

(32) Tafsilât için bk. Wieder, sh. 46; Salmond - Winfield, sh. 375.

(33) Bk. Wieder, sh. 40; Müller - Freienfels, sh. 587.

(34) Salmond - Winfield, sh. 359; Cheshire - Fifoot, sh. 351 ve Müller - Freienfels, sh. 580 not 2 de zikredilen diğer müellifler.

(35) Ezcümle Cheshire - Fifoot, sh. 351.

(36) Goodhardt - Hamson, yukarıda not 28 de zikredilen yazılarında bu nazariyeyi ortaya atmışlardır. Aynı fikirde Roger Jambu - Merlin :

## § 6, I

değil, sadece onun bir nevi mutemedi (*trustee*) vaziyetinde bulunan *agent*'in *principal* lehine tazminat talebinde bulunabilmesi fikrini müdafaa edenler de vardır (37).

İngiliz hukukundaki müvekkile akde müsteniden doğrudan doğruya dâva hakkı bahşedilmesi esasının *de lege ferenda* Alman hukukunda da kabulünün uygun olacağı fikrini müdafaa eden müellifler de mevcuttur. Bu fikirden ve isabetli olup olmadığından ileride daha etraflı surette bahsedeceğiz (38).

b) Fransız hukukunda başkası hesabına mukavele akdi komisyon akdi dolayısıyla bahis mevzuu olmaktadır. Bazı müellifler komisyon akdinin mevcudiyeti için, başkası hesabına aktedilen mukavelenin mevzuunun imal edilmiş şeylerin yahut senetlerin tedavülüyle alâkahlı olmasını şart koşmakta ve başkası hesabına mahsul yahut gayrimenkul satışının komisyon mahiyeti taşımayacağı kanaatini izhar etmektedirler (39). Buna mukabil Ripert (40), başkası hesabına aktedilen akitlerin daha geniş ölçüde komisyon olarak kabulüne mütemayil gözükmektedir.

Fransız hukukunda da, İngiliz hukukunda olduğu gibi, müvekkile (*commettant*), komisyoncunun kendisiyle akit yaptığı şalışa karşı, bu akde müsteniden doğrudan doğruya dâva hakkı tanınmaktadır (41). Bu dâva hakkı, burada başkasının menfaatlerinin temsilinin (*représentation des intérêts d'autrui*) yahut nakıs temsilin (*représentation imparfaite*) bahis mevzuu olduğu gibi

---

Le droit comparé de la commission dans Le contrat de commission, Etudes de droit commercial sous la direction et avec une préface de Joseph Hamel, Paris Dalloz 1949, sh. 322-323.

(37) Ames: Undisclosed Principal - his rights and liabilities, (1909, 18, Yale Law Journal, sh. 443.

(38) Bk. aşağıda § 8, V, 1 a ve not 247-249 a ait metin.

(39) Thaller - Percerou: Traité de droit commercial, 8 e éd. 1931, no. 1114; Lacour - Bouteron: Précis de droit commercial, I, 1924, no. 939. Flattet de (sh. 97) komisyon akdinin mevzuunu yalnız menkul lerin teşkil edebileceğini söylenmektedir.

(40) Georges Ripert: Traité élémentaire de droit commercial, 4 e éd, t. II, Paris 1961, no. 2350.

(41) Ripert, no. 2351; Wahl, sh. 176-177; Tägert, sh. 28; Flattet, sh. 121; B. Starck: Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers, dans le Contrat de commission, sh. 146 vd., hususiyle sh. 166; Fransız Temyiz Mahkemesi Civ. 17 décembre 1945, S. 1946. I. 80.

mülâhazalara, yahut ticarî âdetlere istinad ettirilmektedir (42). Nakıs temsil fikrini müdafaa edenlerden Ripert'e göre (43), müvekkil komisyoncu tarafından onun hesabına aktedilen mukaveleyi üzerine almak istediğini beyan ettiği anda nakıs temsile icazet vermiş olur ve onu tam temsile (*représentation parfaite*) tahvil eder; yalnız diğer tarafın kendisiyle akit yapanın komisyoncu olduğunu bilmesi şarttır. Flattet de (44), netice itibariyle nakıs temsil nazariyesine iltihak etmekle beraber, Ripert'in görüşünü haklı olarak tenkid etmekte ve karşı âkidin rızası olmadıkça müvekkilin tek taraflı beyanıyla mukaveleye dahil olamayacağını belirtmektedir; karşı âkidin de rızası olunca artık nakıs temsilin tam temsile tahavvülü değil, yeni bir akit yapılması bahis mevzuudur. Kanaatimizce de, komisyoncu salâhiyetsiz mümessil değildir ki, kendi adına müvekkili hesabına yaptığı akdin neticeleri müvekkil tarafından icazet verilmesiyle doğrudan doğruya müvekkilin hukukî sahasında kendisini gösterebilir. Flattet'ye göre (45), ancak karşı âkit için komisyoncu veya müvekkilin kendisinin alacaklı olması farketmediği nisbette (46), karşı âkit müvekkile karşı da mükellef olur ve komisyoncu ile müvekkil de karşı âkidin müteselsil borçlusudurlar. Türk-İsviçre hukukunda müvekkile veya vekille akit yapmanın karşı âkit için farksız olduğu hallerde, dolayısıyla değil, doğrudan doğruya temsilin mevcudiyeti kabul edilmektedir.

Nakıs temsil nazariyesini ilk defa ortaya atan Starck'ın fikirlerini de (47) şöylece hulâsa etmek kabildir : Nakıs temsilde, mümessil kendi adına hareket etmekle akitte taraf olmak, başkası hesabına hareket etmekle de onu temsil etmek ister. Nakıs temsil

(42) Ripert, no. 2351.

(43) No. 2351.

(44) Sh. 118-119.

(45) Sh. 121.

(46) Wahi tarafından (sh. 177-178) zikredilen bir Belçika Mahkemesi kararında da (Comm. Anvers, 9 Ağustos 1872, P. A. I., 223), karşı âkidin, müvekkile, komisyoncu kendi hesabına hareket etseydi ona ödemekle mükellef olacağı tazminattan fazla tazminat ödemeğe mecbur olmadığı içtihadı izhar edilmiştir; böylece müvekkil daha şümulü olan kendi menfaatini, meselâ ham maddenin vaktinde teslim edilmemesi neticesinde fabrikasında imalâtın durması yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyemeyecektir.

(47) Sh. 157 vd.

## § 6, I

suretiyle aktedilen mukaveleden mevzuları aynı olan çifte münasebet doğar; bu münasebetlerden biri komisyoncu, diğeri de müvekkilini karşı âkide bağlar; böylece müvekkile de karşı âkiten doğrudan doğruya talepte bulunmak imkânı bahşedilmiştir; bittabi karşı âkit de müvekkile karşı doğrudan doğruya dâva hakkını haizdir. İngiliz hukukundan farklı olarak, müvekkilin dâva hakkını kullanmasıyla komisyoncunun dâva hakkının bertaraf olması gibi bir vaziyet yoktur; müvekkille komisyoncu karşı âkidin müteselsil alacaklıları ve müteselsil borçlularıdır. Starck, müşahede olduğu üzere, müvekkilin dâva hakkını temsil fikriyle izaha çalışmaktadır; bu arada komisyoncunun, akdin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı bir zararı ve tazminat dâvası açmakta menfaati bulunmadığı hallerde müvekkilin doğrudan doğruya dâva hakkının pratik faydasının kendisini göstereceğini ifade etmektedir (48). Yalnız Starck (49) komisyoncuyla akit yapan şahsın onun kimin hesabına hareket ettiğini bilmesinin şart olmadığını, yani *contemplatio domini* unsurunun bu şahıs bakımından ehemmiyet arzemediğini, kendisine karşı komisyoncu veya müvekkil tarafından dâva açılmasının farketmeyeceğini, zira komisyoncuya karşı haiz olduğu müdafaa vasıtalarını müvekkiline karşı da ileri sürebileceğini söylerken, müvekkilin menfaatinin komisyoncunun kendi hesabına hareket etseydi haiz olacağı menfaatten daha şümlü olabileceğini hesaba katmamaktadır.

Hulâsa İngiliz ve Fransız hukukunda, başkası hesabına aktedilen akitlerde karşı âkidin akde muhalif hareketiyle müvekkile zarar vermesi halinde, müvekkilin doğrudan doğruya ona tazminat dâvası açabilmesi kabul edilmiş olmakla beraber, bu dâvanın mesnedini ve akitlerin nisbilîği prensibi muvacehesindeki durumunu izah etmek hususundaki güçlükler, Türk - İsviçre ve Alman hukukundakinden daha az değildir. Yalnız İngiliz ve Fransız hukukunda müvekkilin doğrudan doğruya dâva hakkı hususundaki tabikat yerleşmiş olup, bu mevzuun üçüncü şahsın zararının tazminine dair umumî bir nazariye ile izahına ihtiyaç duyulmamaktadır. Diğer taraftan, Türk - İsviçre ve Alman hukukunda müvekkile doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak yerine, daha ziyade, vasıtalı mümessile müvekkilin menfaatini ileri sürerek onun lehine taz-

---

(48) Sh. 166.

(49) Sh. 160-161.

minat istemek imkâm bahşetmek temayülü mevcuttur; bu sonuncu sistem, akitlerin nisbîliği prensibini zahiren mahfuz tutmakla beraber, müvekkilin doğrudan doğruya dâva hakkına nisbetle daha az pratik ve daha dolambaçlı bir mahiyet arz etmektedir.

c) İtalyan Medenî Kanununda da vekilin kendi adına fakat müvekkil hesabına hareket ettiği hallerde, müvekkil akitte taraf olmamakla beraber, md. 1705 f. II mucibince, «vekilin yerine kaim olarak, vekilin haklarına hâlel gelmeksizin, vekâletin ifasından doğan alacak haklarını dermeyeran edebilir» (50). Böylece vasıtalı temsil hallerinde müvekkilin, hesabına yapılan akdin ihlâli dolayısıyla, karşı âkitten doğrudan doğruya tazminat isteyebilmesi kanunen kabul edilmiş bulunmaktadır.

## II — Hasarın üçüncü şahsa intikal ettiği haller.

### 1. Türk - İsviçre ve Alman hukukunda meselenin vaz'ı ve misaller.

Türk - İsviçre ve Alman hukukunda bazı hallerde kanun, bir şeyin mülkiyetinin bir alacak hakkı dolayısıyla ileride kendisine devredileceği şahsa (Ü) mülkiyetin intikalinden önce hasarın intikalini derpiş eylemektedir. Bu gibi hallerde, hasarın alacak hakkı sahibi Ü ye geçmesinden, fakat mülkiyetin henüz geçmemesinden önce, şeye bir başka şahıs (T) zarar ika edecek olursa, alacak hakları mutlak hak mahiyetini taşımadıklarından, ancak şeyin maliki (S), haksız fiil dolayısıyla T ye karşı tazminat dâvası açabilecek vaziyettedir; şu kadar ki, hasar Ü ye intikal etmiş bulunduğundan, malik S nin şeyin zarara uğramaması hususunda bir menfaati yoktur; diğer taraftan T nin şeye zarar vermesinde malik S nin kusuru olmadığından, S bu zarardan Ü ye karşı mes'ul de değildir; binaenaleyh S nin T ye karşı mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini de ileri sürmesi bahis mevzuu olamaz. Böylece, S nin açacağı tazminat dâvasında, T, onun menfaatinin ve binetice zararının bulunmadığını ileri sürerek bu dâvanın reddini isteyebilir; yine T, Ü nün açacağı tazminat dâvasında da, Ü nün S ye karşı olan alacak hakkını kendisine karşı ileri süremeyeceğini iddia

---

(50) Tafsilât için bk. Jambu - Merlin, sh. 340.341.



## § 6, II

edebilir; netice itibariyle, T nin kusurlu haksız fiilinden mes'ul tutulamaması gibi hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkabilir.

Bu söylediklerimizi bir kaç misalle aydınlatmağa çalışalım :

Türk - İsviçre hukukunda ferden muayyen bir şeyin satımında akdin in'ikadiyle hasar alıcıya (Ü ye) intikal eder; halbuki mülkiyetin intikali için Ü ye şeyin teslimi veya başka bir suretle zilyedliğinin nakli gerekir. Ü nün malik sıfatını iktisab etmesinden önce satıcının (S nin) fiillerinden mes'ul olmadığı herhangi bir şahıs (T) haksız fiiliyle şeyin telefine sebebiyet verecek olursa, satıcı (S) kusursuz imkânsızlık dolayısıyla borcundan kurtulacak, fakat hasar alıcı Ü ye intikal etmiş olduğu cihetle gene satış bedelini ondan isteyebilecektir. Ü nün S ye karşı mülkiyetin nakli hususunda sadece bir alacak hakkı olduğundan, bu hakkını T ye karşı dermeyan edip ondan tazminat talep eyleyemeyecektir. S nin malik sıfatıyla açacağı tazminat dâvasında da T nin onun bir zararı bulunmadığını iddia etmesi kabildir (51).

Gerçi, S nin T ye karşı olan tazminat alacağının, aynı ikame esası mucibince, hasara uğratılan şeyin kıymetindeki eksilmenin veya şey telef olmuşsa bizzat şeyin yerine kaim olduğu hatıra gelebilir (52). Fakat daha yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile (53), S nin şeyin zarara uğramamasında mamelekî bir menfaati bulunmadığı için tazminat alacağı doğmamıştır veya başka bir deyimle muhtevadan mahrumdur (*inhaltlos*) ve bunun aynı ikame suretiyle şeyin yerine kaim olması ve Ü ye temlik edilmesi pratik bakımdan bir kıymet arzetmez (54).

---

(51) Bk. von Tuhr - Siegwart, s 15 not 29 ve buna ait metin; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 278. Buna benzer bir vaziyet, burada hasarın alacaklıya intikali bahis mevzuu olmamakla beraber, bağışlama akdinde de zuhur edebilir. Bağışlama taahhüdünün yerine getirilmesinden önce, bağışlayanın (S) kendisiyle alâkası olmayan bir şahıs (T), bağışlama mevzuunu kusurlu olarak ortadan kaldıracak olursa, kendisine bağış yapılan kimse (Ü) alacak hakkını T ye karşı ileri süremeyecek, bağışlayan S nin malik sıfatıyla açtığı tazminat dâvasında da, T, onun şeyde mamelekî bir menfaati bulunmadığını iddia edebilecektir. Bk. von Tuhr - Siegwart, s 15, Nr. V.

(52) Karş Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 278.

(53) Bk. yukarıda s 3, V, 1, not 37.

(54) Bk. aşağıda s 7, VIII, 2, d.

## § 6, II

Türk - İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda, ferden muayyen şey satışında hasar kaideten akdin in'ikadıyla değil, şeyin teslimiyle alıcıya intikal eder (BGB § 446 f. I). Yalnız şeyin ifa mahallinden başka yere gönderilmesi kararlaştırılan satımda (*Versendungskauf*), satıcının şeyi taşıma komisyoncusuna veya taşıyıcıya teslim ettiği anda, hasar alıcıya geçer (BGB § 447 f. I). Bu itibarla, Alman hukukunda hasarın intikali dolayısıyla üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin ortaya çıktığı hallerin başlıca misali olarak başka yere göndermek suretiyle satım gösterilmektedir (55). Böyle bir satımda, nakil esnasında taşıyıcının veya adamlarının kusuruyla şey telef olacak olursa, satıcı, hasar alıcıya geçtiği ve kendisinin şeyde bir menfaati kalmadığı cihetle, ne taşıma akdine müsteniden, ne de mülkiyet hakkının ihlâli dolayısıyla haksız fiil hükümlerine binaen tazminat talebinde bulunabilecektir. Alıcının da, lehine şart edilen üçüncü şahıs sıfatıyla taşıma akdine istinad edebilmesi için, şeyin kendisine vasıl olmuş bulunması lâzımdır (HGB § 435); aksi takdirde taşıma akdine müsteniden tazminat dâvası açamaz; bundan başka, alıcının satış akdinden doğan alacak hakkını da kendi borçlusu olmayan taşıyıcıya karşı ileri sürmesi kabil değildir. Bu suretle tazminatın hesabında sadece alacaklının menfaatinin nazara alınabileceği doğması, kusurlu taşıyıcının tazminat ödemekten kurtulması gibi garip bir netice doğuracaktır.

İBK. md. 443 de sayılan hallerde, gönderilen, taşınan şey eline geçmezden önce onda tasarruf hakkına sahiptir ve bu hallerde üçüncü şahıs ,yani gönderilen lehine şartın mevcudiyeti ve onun taşıyıcıya karşı doğrudan doğruya tazminat dâvası açmak hakkı kabul edilmektedir (56).

TK. md. 791 f. I cümle 2 mucibince «gönderilen, eşyanın ulaşmasından ve taşınma senedini veya bunun yerini tutan ilmühaberi hâmil ise, eşyanın ulaşması gereken günden sonra gerek kendi, ge-

---

(55) Wieder, sh. 49.50; Staudinger - Werner, Vorbem. zu Art. 249 - 255, Nr. 93; Reinhardt sh. 3; Tägert, sh. 1; Seuff. Arch. 14, Nr. 23; ROHG (Reichsoberhandelsgericht), 17, 878 (bu karara mevzu teşkil eden hâdisede taşıma komisyoncusu kendisine taşınmak üzere satıcının tevdi ettiği emtiayı ambarında unutmuş ve alıcıya bir sene geç teslim etmişti).

(56) Oser - Schönerberger, Art. 443, Nr. 16, 18; Art. 447, Nr. 7.

## § 6, II

rek üçüncü şahıslar lehine olarak taşıma mukavelesinden doğan bütün hakları, zarar ve ziyan dâvası dahil olduğu halde, taşıyıcıya karşı kullanabilir». Şu halde Türk - İsviçre hukukunda, ancak gönderilenin eşya kendisine ulaşmasa da tazminat dâvası açmak salâhiyetini haiz olduğu haller dışında, başka yerden gönderilmek üzere satımda, taşıma akdine nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan alıcının zararının tazmini meselesi ortaya çıkabilir (57). TK. md. 791 f. I cümle 2 de dikkate şayan olan bir husus da, taşıma akdine nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan gönderilenin, bu akde müsteniden başka üçüncü şahısların haiz oldukları tazminat taleplerini onlar lehine ileri sürebilmesidir.

Hasarın intikali dolayısıyla üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin Alman hukukundaki diğer bir klâsik misali de (58) muayyen mal vasiyetiyle alâkalıdır. BGB § 2174 mucibince kendisine muayyen bir mal vasiyet edilen kimse mirasçılara karşı bu malın teslimi hususunda sadece bir alacak hakkına sahiptir. Mirasçılardan fiilinden mes'ul olmadıkları bir şahıs (T), vasiyet edilen şeyi haksız fiiliyle yok edecek olursa, gerçi mirasçılardan (S) mülkiyet haklarının ihlâli dolayısıyla ona karşı tazminat dâvası açmağa salâhiyetli oldukları düşünülebilirse de onlar bu yüzden bir zarara uğramamışlardır; mirasçılardan mes'uliyetten kurtulmaya müteallik bir menfaatleri de bahis mevzuu olmaz; zira edanın kendilerine isnadı kabil olmayan bir sebep dolayısıyla imkânsız hale gelmiş olması neticesinde BGB § 275 f. I mucibince borçlarından kurtulurlar; kendisine mal vasiyet edilen Ü ise bu husustaki alacak hakkını yalnız mirasçılara karşı ileri sürebileceğinden T ye karşı tazminat dâvası açamaz; yine T nin kusurlu olarak sebebiyet verdiği zarardan mes'ul olmaması gibi hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmış olur. Türk - İsviçre hukukunda da, kendisine muayyen mal vasiyet edilen kimse sadece mirasçılara karşı bir alacak hakkı sahibi olduğundan, aynı mesele aynı şekilde kendini gösterebilir.

---

(57) TK. md. 785 e (İBK. md. 447 ye) göre, şeyin objektif kıymetinin, piyasa değerinin tazmininin bahis mevzuu olduğu hallerde, tazminat menfaate göre hesaplandığı cihetle, üçüncü şahsın menfaatinin nazara alınıp alınmaması, yani üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ortaya çıkmaz. Bk. von Tuhr - Siegwart, § 68, not 110.

(58) Täbert, sh. 2; Esser, sh. 180; Staudinger - Werner, Vorbem. zu Art. 249, Nr. 93, Larenz, sh. 138.

Hasarın intikali dolayısıyla üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, vasıtalı temsil hallerinden farklı olarak daha ziyade akit dışı mes'uliyette meydana çıkar; fakat başka yere gönderilmek üzere satım misalinde olduğu gibi, T nin (misalde taşıyıcının) akdî bir mükellefiyetini ihlâl ederek de üçüncü şahsa (misalde alıcı) zarar ıka etmesi kabildir. Hasarı alacaklıya (Ü ye) ait olan şeyin zilyedliğinin malik (S) tarafından bir akitle T ye devredildiği (muhafaza, kullanma, taşıma ilh. gibi maksatlarla) bütün hallerde T nin akde muhalefeti dolayısıyla Ü nün zarara uğraması kabildir; ancak bu haller aşağıda III de bahsi geçen kategoriye de sokulabilir.

*2. Diğer hukuk sistemlerindeki durum.*

Fransız hukukunda, kaideten, satılan şeyin mülkiyeti akdin in'ikadıyla alıcıya geçtiğinden (59), hasarın üçüncü şahsa intikali ile alâkalı meseleler ortaya çıkmaz; mülkiyetin intikalinin mukavele ile geciktirildiği hallerde de, mülkiyetle hasarın intikali anı birbirinden tefrik edilmemiştir (60). Keza nev'an muayyen şeylerin satımında, mülkiyet bunların ferdileştirilmesiyle intikal etmekle beraber, hasar da aynı anda geçer (61). Bu itibarla şeye, mülkiyetin alıcıya intikalinden önce ıka edilen zararlar için satıcı, mülkiyetin intikalinden sonraki zararlar için de alıcı malik sıfatıyla tazminat dâvası açabilecekler ve bu dâvada menfaatleri de bulunacaktır. Kaldı ki, Fransız hukukunda başka yere gönderilmek üzere satımda, alıcı, mal kendisine varmasa dahi, taşıma akdine müsteniden taşıyıcıya karşı doğrudan doğruya tazminat dâvası açabilir (62).

---

(59) **Planiol - Ripert - Hamel**: *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 2 ed. Paris 1956, no. 9. İtalyan MK. md. 1470 de de aynı esas kabul edilmiştir.

(60) **Planiol - Ripert - Hamel**, t. X, no. 10.

(61) **Planiol - Ripert - Hamel**, t. X, no. 11.

(62) **Tägert**, sh. 23; **Ripert**, no. 2433 ve 2443; **Thaller**, no. 1164; **Lacour et Bouteron**, I, no. 970. Bu müelliflerden **Ripert**'den gayrisi gönderilenin doğrudan doğruya dâva hakkını üçüncü şahıs lehine şarta, **Ripert** ise gönderilenin şey üzerindeki hakkına istinad ettirmektedirler.

## § 6, II, III

İngiliz hukukunda da, ferden muayyen mal satışında mülkiyet ve hasar akitle alıcıya intikal eder (63); başka yere gönderilmek üzere nev'an muayyen şeylerin satımında da, bu intikal malın taşıyıcıya teslimiyle vukubulur (64). Kaldı ki, malı gönderen satıcı taşıma mukavelesini kendi adına akdetmiş olsa bile alıcının *agent'i* sayılır ve alıcı bu mukaveleye müsteniden taşıyıcıya karşı doğrudan doğruya dâva hakkını haizdir (65). Mülkiyeti muhafaza şartıyla satımda, İngiliz hukukunda hasar satıcıda kaldığı halde, Amerikada ekseri eyaletlerin hukukunda alıcıya intikal eder (66); bu takdirde de alıcı şeye zarar ika edilmesi halinde zilyed sıfatiyle tazminat isteyebilir. Böylece hasarın üçüncü şahsa intikali dolayısıyla onun uğradağı zararın tazminine ait meseleler İngiliz - Amerikan hukukunda da bahis mevzuu olmaz.

Türk - İsviçre hukukunda da, satış akdinde hasarın ve mülkiyetin intikali anlarının ayrı olması, tenkid edilen ve hakkaniyet icabı tatbik sahası gittikçe tahdit edilmek istenilen bir kaidedir (67). Bu itibarla, hasarın intikalinin diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi mülkiyetin intikaline bağlanması hususunda bir kanun değişikliği yapılması veya hasarın mülkiyetten önce intikal ettiği esasının alıcı ve satıcıya karşı üçüncü şahıslar tarafından dermeyna olunamayacağını kabulü düşünülebilir; bu sonuncu halde BK. md. 183 f. I de zikredilen, halin icabından doğan istisnalardan biri karşısında bulunulduğu söylenebilir.

### III — Üçüncü şahsa ait şeye taallük eden akitlerde karşı âkidin sadece akde aykırı hareketiyle bu şeye zarar ika ettiği haller.

#### 1. Başkasına ait şeyin fer'i zilyedliğinin devredildiği hallerde karşı âkidin şeye zarar ika etmesi.

Dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi bazan da, başkasına ait şeyin zilyedliğinin devredildiği akitlerde, karşı

(63) Sale of Goods Act 1893 sect. 17, 18, r. 1; Tägert, sh. 21; Rechtsvergl. Handwörterbuch, Bd. IV, sh. 743.

(64) Sale of Goods Act 1893 sect. 18. 5, f. II; Tägert, sh. 21; Rechtsvergl. Handwörterbuch, Bd. IV, sh. 744.

(65) Tafsilât için bk. Wieder, sh. 50-51.

(66) Tägert, sh. 20-21; Rechtsvergl. Handwb. Bd. II, sh. 799.

(67) Bk. Andreas Schwarz: Satış akdinde hasarın intikali AHFD. IV (1947), sh. 163 vd. Federal Mahkeme de bu kaidenin tatbik sahasını dar tutmak temayülündedir: BGE 84 II 158 yahut Jd T, 1959, sh. 400.

âkidin sadece bu akde aykırı olan, fakat aynı zamanda haksız fiil teşkil etmeyen bir tutumuyla şeye zarar verdiği hallerde ortaya çıkmaktadır. Bu halleri de iki kategoride toplamak kabildir :

a) Başkasına (Ü ye) ait bir şeyin, hakkı olmaksızın zilyedi olan, fakat hüsnüniyetli bulunan, yani hakkı olmadığını bilmeyen ve halin icaplarına göre kendisinden beklenebilecek ihtimamı gösterse de bilmesine imkân olmayan bir kimse (S), diğer bir şahısla (T ile), bu şeyin fer'î zilyedliğinin ona devrini tazammun eden bir akit yapabilir; ezcümle hüsnüniyetli zilyed (S), Ü ye ait şeyi, muhafaza veya tamir edilmesi yahut taşınması için T ye bırakabilir yahut şeyi T ye kiralayabilir veya âriyet olarak verebilir (68). T, akitle kendisine yükletilmiş olan mükellefiyetlerinden birini ihlâl neticesinde şeyi zarara uğrattırsa, eğer akdin ihlâli aynı zamanda herkes için riayeti mecburî objektif bir hareket tarzı kaidesinin ihlâlini tazammun ediyorsa, Ü malik sıfatıyla T den haksız fiiller hakkındaki esaslara müsteniden tazminat istemek imkânına sahiptir; fakat T nin akde muhalif hareketi aynı zamanda haksız fiil teşkil etmiyorsa, sırf akitte derpiş edilen hususî bir mükellefiyetin ihlâli mahiyetini taşıyorsa, S ile T arasındaki akitte taraf olmadığı için, Ü bu akde müsteniden T ye karşı tazminat dâvası açamayacaktır; diğer taraftan, hüsnüniyetli zilyed S, akitte taraf olmakla beraber şeyin maliki olmadığı ve bu şeyin zarara uğramamasında bir menfaati bulunmadığı cihetle T den tazminat isteyemeyecektir; hüsnüniyetli zilyedin mevcudiyetine inandığı hakkına uygun olarak şeyin fer'î zilyedliğini devretmesi dolayısıyla de malik Ü ye karşı mes'uliyeti bahis mevzuu olamaz; böylece S nin T ye karşı mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürmesi de imkân dahilinde değildir (69). Neticede bazı müelliflere göre (70),

---

(68) Bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 554-556; Tägert, sh. 42 vd. Meselâ X in yegâne kanunî mirasçısı olan S, terekeye dahil olan bir kitabı T ye âriyet olarak veriyor; T nin sadece akde muhalif hareketi neticesinde kitap telef oluyor; sonradan bulunan bir vasiyetnameden X in mahfuz hisseli olmayan mirasçısı S yerine bütün mirasını Ü ye bıraktığı anlaşılıyor; Ü, T den telef olan kitap için tazminat talebinde bulunabilecek midir? Karş. Tägert, sh. 2.

(69) S nin masrafları için hapis hakkına müteallik bir menfaati (Retentionssinteresse) bulunabilirse de, bunun ileri sürülmesi malikin zararını telâfiye imkân vermez. Karş. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898) sh. 554.

(70) Von Tuhr - Siegart, sh. 552.

### § 6, III

T nin akde muhalif hareketiyle malik Ü ye ika ettiği zararı tazmin etmekten kurtulması gibi bir durum husule gelecektir; halbuki eğer S, hakiki malik olsaydı T yi aynı fiilinden dolayı mes'ul etmek kabil olacaktı; yahut S suiniyetli zilyed olsaydı, Ü ye karşı T nin fiilinden de mes'ul olacak ve mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini tazmin etmesini T de isteyebilecekti. S nin hüsnüniyetli olmasından niçin T faydalansın ?

b) Başkasına (Ü ye) ait şeyin mahdut bir aynî hakka yahut bir alacak hakkına binaen zilyedi olan kimse (S), diğer bir şahısla (T ile) bu şeyin vasıtasız zilyedliğinin devrini tazammun eden bir akit yapabilir. Burada, yukarıda (a) şikkında zikredilen hallerden farklı olarak, S şeyin muteber bir sebebe müsteniden fer'i zilyedir. S tarafından tamir (71) veya muhafaza edilmek (72) veya âriyet olarak kullanılmak yahut taşınılmak (73) üzere şeyin zilyedliği kendisine bırakılan T sırf akde muhalif hareketiyle şeye bir zarar ika edecek olursa, malik Ü yine taraf olmadığı bu akde yahut haksız fiillere mütedair hükümlere müsteniden T ye karşı kaideten doğrudan doğruya tazminat dâvası açamayacaktır; diğer taraftan, eğer S nin şeyin zilyedliğini T ye devretmesinde, S ile Ü arasındaki münasebete aykırı bir cihet yoksa, S nin Ü ye karşı mes'uliyeti ve T ye karşı da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati bahis mevzuu olmayacaktır; böylece Ü nün zararının yine tazmin edilememesi tehlikesi ortaya çıkacaktır (74). Ekseriya S, fer'i zilyedi olduğu şey üzerinde başkasının da fer'i

---

(71) Meselâ menkul bir şeyin kiracısı, kira akdine göre bu şeyi icabında tamir ettirmeğe de salâhiyetli bulunuyor ve bunu tamire veriyor; tamiri yapan usta akitte kararlaştırılan fevkalâde ihtimamı göstermediği için şeye zarar ika ediyor.

(72) Kendisine muhafaza için emtia verilen kimse bunu bir umumî mağazaya tevdi ediyor; umumî mağazanın deposunun duvarları su sızdırdığından emtia hasara uğruyor. Bk. BGE 81 II 120, yukarıda s 3 not 5 ve 6. Yahut bir otele inen seyyar tüccar memurunun yanındaki eşantyonlar otelde çalınıyor; malik, otelciye karşı otelcinin objektif mes'uliyeti hakkındaki hükme istinad edebilecek midir? (Reinhardt, sh. 6). Başkasına ait şeyin gümrükte muhafazası esnasında hasara uğraması ile alakalı bir karar için bk. RGE 115, sh. 419 vd.

(73) S, Ü den kiraladığı mavnayı T ye çektiriyor ;T nin akde muhalefetinden mavna hasara uğruyor; bk. RGE 93, sh. 39. vd.

(74) Karş. Staudinger - Werner, Vorbem. zu s 249. Nr. 94.

## § 6, III

zilyedliğini tesise salâhiyetli olmaz; meselâ âriyet alınan şey kaideten başkasına kullanılamaz (BK. md. 300); fakat akitte bunun hilâfının kararlaştırılmasına bir mani yoktur; bittabi S nin zilyedliği devre salâhiyetli olmadığı hallerde, Ü ye karşı mes'uliyeti ve T ye karşı da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati vardır.

Ü nün malik sıfatıyla T ye karşı haksız fiile müstenid dâva açmasının bahis mevzuu olabileceği hallerde de, Ü nün akdî mes'uliyete ait daha elverişli hükümlerden (75), istifade edebilmesi için ona, S ile T arasındaki akdin ihlâline istinaden tazminat dâvası açmak salâhiyetinin bahşedilmesinin, yahut S tarafından Ü nün menfaatinin ileri sürülebilmesinin hakkaniyete uygun olup olmayacağı meselesi ortaya çıkabilir; meselâ Ü nün haksız fiile müstenid dâvasının müruruzamana uğramış olması halinde vaziyet böyledir.

Malik sıfatıyla, şeyin fer'i zilyedliğini devreden akitte taraf olma sıfatı, bahis mevzuu akdin yapılmasından sonra da birbirinden ayrılabilir (76). Ezcümle S kendisine ait şeyi tamir veya muhafaza edilmek veya kullanılmak için T ye bırakabilir; sonra da bu şeyi Ü ye satıp mülkiyetini de zilyedliğin havalesi suretiyle ona devredebilir. Bu takdirde, yeni malik Ü, önceki malik S nin yaptığı akde müsteniden tazminat dâvası açabilecek midir? Bilhassa T nin mülkiyetin devrinden sonra sadece akde muhalif hareketiyle şeye zarar vermesi halinde bu mesele kendisini gösterir (77).

### 2. Zilyedin mes'uliyetine dair esaslara istinad etmek imkânı ?

Yukarıda 1 a da vaz'olunan mesele, yani hüsnüniyetli zilyedin şeyin fer'i ve vasitasız zilyedliğini bir mukavele ile başkasına devret-

(75) Bu hususta bk. **Tandoğan**, Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit turc, comparé avec le droit suisse, Ankara 1962, sh. 8-18; Mesuliyet Hukuku, sh. 532-535.

(76) Bk. **Reinhardt**, sh. 5; **von Tuhr**, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 539-541.

(77) Ü ye sadece temlik taahhüdü yapıp mülkiyetin henüz nakledilmediği hallerde de üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ortaya çıkabilir; meselâ S, tamir için T ye verdiği şeyi Ü ye satıyor veya bağışlıyor; T şeye bir zarar iras ediyor; satışta hasar alıcıya intikal ettiği, bağışta ise bağışlayanın şeyde menfaati kalmadığı için, alıcı veya bağışlanan da (Ü de) istisna akdinde taraf olmadıkları için bunların tazminat isteyemeyecekleri iddiası ortaya atılabilir.



### § 6, III

mesi ve vasıtasız zilyedin sadece bu mukaveleye aykırı hareketiyle şeye zarar vermesi halinde gerçek malikin tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı meselesi, BGB § 991 f. II de sarahaten bir hal suretine bağlanmıştır (78). Mezkûr hükme göre, hüsnüniyetli vasıtasız zilyed (T), gerçek malike (Ü ye) karşı da, kendisiyle mukavele yapmış bulunduğu vasıtalı zilyede karşı olduğu gibi mes'uldür; yani T nin, sadece S ile yaptığı akde aykırı hareketi, onun gerçek malik Ü ye karşı da mes'uliyetini mucip olur; başka bir deyimle, Ü, S ile T arasındaki akdin ihlâline binaen T ye karşı dâva açabilir (79).

İsviçre hukukunda Ostertag (80), BGB § 991 f. II ye benzer bir hal tarzı müdafaa etmekte ve hüsnüniyetli zilyedin fer'i vasıtasız zilyedle yaptığı mukaveleden doğan talep hakkının kanunen gerçek malike intikal edeceğini beyan eylemektedir; ancak bu görüş tarzına kanunda mesnet bulmak güçtür.

Buna mukabil Homberger'in (81) teklif ettiği hal sureti bize de daha makul görünmektedir. Bu sonuncu müellife nazaran, vasıtasız zilyed (T) de esas itibariyle hüsnüniyetli bir zilyedir ve şeyi ancak varlığına inandığı hakkının hudutları dahilinde kullanabilir; bu hududlar ise onun S ile yaptığı mukavele ile tâyin edilmiştir; binaenaleyh, T bu mukaveleye aykırı hareket ederse hakkının hudutları dışına çıkar ve gerçek malik Ü ye karşı MK. md.

---

(78) Bu mevzuda tafsilât için bk. Reinhardt, sh. 130-132. Von Tuhr (Kr. VJ Schr, Bd. 47, sh. 96), BGB § 991 f. II deki esasın kıyasen, üçüncü şahsın zararının tazmini gereken diğer hallerde de tatbiki ne ve böylece üçüncü şahsa doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunma salâhiyetinin tanınmasına taraftardır (bk. aşağıda § 10, II, 1, not 235 ve buna ait metin); aksi fikirde Krückmann, Jher. Jb., Bd. 56 (1910), sh. 296-297.

(79) Staudinger - Kober (§ 991, Nr. 2), gerçek malikin akde müstenid dâva hakkını, hüsnüniyetli vasıtalı zilyedin hakkının kanunen ona intikal ettiği (cessio legis) şeklinde izaha çalışmakta iseler de, bu görüş tarzı müelliflerin ekseriyeti tarafından kabul edilmemektedir. Bk. Wahl, sh. 112; Kunze, sh. 110 vd.; zaten Staudingers Kommentar'ın 11 inci baskısında (Berlin 1956), kanunî halefiyet fikrinden vazgeçilmiştir.

(80) Kommentar zum schweiz. ZBG, Bd. IV, 3. Abt., 2. Aufl. Bern 1917, Art. 938, Nr. 8.

(81) Kommentar zum schweiz. ZBG, Bd. IV, 3. Abt. Besitz und Grundbuch, 2. Aufl. Zürich 1938, Art. 938, Nr. 14.

906 f. I mucibince mes'ul olur; böylece Ü nün T ye karşı olan tazminat talebi akdi mahiyet taşımamakta, fakat bu tazminat talebine vücut verecek T nin mes'uliyetini mucip bir hal olup olmadığı T ile S arasındaki akde göre tâyin edilmektedir; burada S ile T arasındaki akit, sadece T nin hakkının hudutları dışına çıkıp çıkmadığını tesbit için fiili bir vakıa olarak nazara alınmaktadır. Homberger'in bu izah tarzı kabul edilecek olursa, yukarıda 1 a da arzedilen meselenin pratik ehemmiyeti pek azalır; olsa olsa, S nin de Ü nün menfaatini T ye karşı ileri sürüp ondan Ü lehine tazminat isteyip isteyemeyeceği suali hatıra gelebilir ; fakat Ü ye doğrudan doğruya dâva hakkı tanınınca bu sualin de büyük önemi kalmamaktadır; meğer ki, Ü nün gaybubeti veya kim olduğunun meçhul bulunması dolayısıyla S nin dâva açmasında fayda bulunsun (82).

3. *Fransız ve İngiliz hukukundaki durum.*

Fransız hukukunda tarih itibariyle nisbeten eski bazı eserlerde, malik olmayan zilyedin şeyle alâkalı olmak üzere yaptığı akdin karşı âkit tarafından ihlâli halinde, gerçek malikin bu sonuncuya karşı doğrudan doğruya akde müsteniden tazminat dâvası açabileceği kabul edilmekteydi (83). Fakat bu görüş tarzı bugün artık tasvip edilmemekte, malikin şeyin zarara uğraması dolayısıyla ancak haksız fiile müstenid dâva açabileceği ileri sürülmektedir (84).

İngiliz hukukunda ise bir şeyin zilyedi, zilyedliğe hakkı olmasa dahi, o şeyin zarara uğratılması halinde onun tam değerinin tazminini talep edebilir; şeyin değeri, zilyedin kendi zararını aştığı nisbette, tazminat talebinin zilyed tarafından gerçek malikin *trustee*'si (mutemedi) olarak dermeyeran edildiği ve bu aşan kısmı zilyedin gerçek malike vermeğe borçlu olduğu beyan edilmektedir (85).

4. *Başkasına ait bir şeyin zilyedliği devredilmeksizin o şeyle alâkalı olarak yapılan mukaveleye, karşı âkidin riayetsizliği dolayısıyla malikin zarara uğradığı haller.*

Bazan başkasına ait bir şeyin zilyedi (S), bunun fer'î ve vasıtasız zilyedliğini devretmemekle beraber onunla alâkalı bir mukavele yapabilir; mukavelenin karşı tarafı bu mukavelenin kendisi-

(82) Bk. Tägert, sh. 44.

(83) (84) Tafsilât için bk. Wahl, sh. 110.111.

(85) Bk. Tägert, sh. 20; Wilburg, sh. 118 vd., 124.

### § 6, III

ne yüklediği mükellefiyetlerden bazılarını yerine getirmemek suretiyle şeyin malikine o şeye müteallik bir zarar ika edebilir. Bu gibi hallere (86) Alman Temyiz Mahkemesinin karara bağladığı birkaç hâdiseyi misal olarak gösterelim :

Bir belediye kendisine ait olan mezbananın soğuk hava tesisatını tamir ettirmek üzere bir firma ile mukavele yapmış ve firmanın yolladığı usta ihmaliyle bir yangın çıkmasına ve depoda muhafaza edilmekte olan kasaplara ait etlerin yanmasına sebebiyet vermişti (87). Belediye, kasaplarla etlerin muhafazası hususunda yaptığı akitte, kasdı olmaksızın bunların zarara uğramasından mes'ui olmayacağı şartını koymuş ve ayrıca bu etleri sigorta ettirmişti. Tesisatçı firma Belediyenin tazminat talebine karşı, onun etlerin yanmasından herhangi bir zararı ve mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati olmadığını ileri sürüyordu; etlerin maliki olan kasaplara karşı ise, bunların ancak kendisine karşı istihdam edilen akit dışı mes'uliyetiyle alâkalı BGB § 831 e istinad edebileceklerini, yoksa yardımcı şahısların akde aykırı hareketlerinden mes'uliyetle alâkalı BGB § 278 den faydalanamayacaklarını iddia etmekte idi; mezkûr hükümlerden ilki (seçim, nezaret ve talimatta) gerekli ihtimamın gösterildiği hususunda kurtuluş beyyinesi getirmeğe imkân bahşettiği halde, ikincisi böyle bir beyyine getirmek imkânını tanımıyordu; hâdisede firma, BGB § 831 de derpiş edilen kurtuluş beyyinesini getirmişti ve kasaplar Belediye ile kendisi arasındaki mukavelede taraf olmadıkları cihetle, onların BGB § 278 e binaen tazminat isteyemeyecekleri müdafaasında bulunuyordu. Böylece üçüncü şahıs vaziyetindeki kasapların zararının tazmin edilememesi tehlikesi mevcuttu. Müşahede olduğu üzere bu hâdisede, yukarıda 1 de zikredilenlerden farklı olarak, başkasına ait şeye (etlere) akde aykırı hareketiyle zarar veren şahıs (tesisatçı firmanın montörü), o şeyin zilyedliği kendisine devredilmeden bu zararı ika etmiştir. Zarar, üçüncü şahsa ait şeyin borçlunun edasına yakınlığı dolayısıyla husule gelmiştir (88).

---

(86) Bu halleri, bazı müellifler (ezcümle Tägert sh. 2) yukarıda 1, (a) ve (b) de bahsi geçenlerle birlikte başkasına ait şeylerin muhafazası (Inobhutgabe fremder Sachen) başlığı altında bir kategoride toplamaktadırlar.

(87) RGE, 170, 246 vd.

(88) Bk. aşağıda IV. Adam Zirkel (NJW, 1956, sh. 1675-1676) üçüncü şahsın edaya yakınlık dolayısıyla uğradığı zarar kategorisine yalnız

### § 6, III

Alman Temyiz Mahkemesinin meşgul olduğu diğer bir hâdisede (89), nakliyeci S, Ü'nün maliki bulunduğu kamyonla T ye ait hurda malzemeyi taşımakta idi; T, S ile yaptığı taşıma mukavelesinin kendisine yüklediği taşınan şeye ait beyannameleri hakikate uygun olarak doldurmak mükellefiyetine aykırı hareket etmiş ve bu yüzden kamyon Rus Bölgesinden geçerken müsadere edilmişti. Ü'nün bu suretle uğradığı zarar sırf akdî bir mükellefiyetin yerine getirilmemesinden ileri geliyordu ve bu akitte Ü taraf değildi; bu itibarla, T, Ü'nün akde müstenid tazminat talebinin reddini istiyordu. Bu hâdisede de T, başkasına (Ü ye) ait şeyin fer'i zilyedliği kendisine devredilmemiş olmasına rağmen o şeyle alâkalı bir mukaveleden doğan mükellefiyetini yerine getirmemek suretiyle Ü ye zarar vermişti. Bu hâdisenin, Ü'nün edaya yakınlığı dolayısıyla bir zarara uğradığı haller kategorisine ithalinin mümkün olup olmadığı da münakaşa edilebilir; filhakika hakikate uygun beyanda bulunmanın bir eda sayılıp sayılmayacağı şüphelidir; burada daha ziyade, yerine getirilmemesi hakkı düşüren bir külfetin mevcudiyetinden bahsedilebilir.

Daha aşağıda üzerinde etraflıca duracağımız veçhile, Alman Temyiz Mahkemesi, bahsi geçen iki hâdisede tamamlayıcı tefsir yoluyla üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyetini kabul etmiş ve S tarafından Ü'nün menfaati ileri sürülerek açılan tazminat dâvasını haklı görmüştür (90). Fakat bu hâdiseler gerçekte üçüncü şahıs lehine şarttan ziyade, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin birer tezahür şeklini teşkil etmektedirler (91).

---

şahsa müteallik zararların değil üçüncü şahsa ait şeye müteallik zararların da gireceği ve her iki çeşit zarara da aynı esasların tatbiki gerekeceği kanaatindedir.

(89) BGH, NJW, 1955, sh. 257.

(90) Bk. aşağıda IV, 2. Zirkel (NJW, 1956, sh. 1675-1676), üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı şahsa müteallik zarar hallerinde olduğu gibi, şeye müteallik zarar hallerinde de, akdi yapan S ye değil, doğrudan doğruya üçüncü şahıs Ü ye tazminat talebinde bulunmak hakkının tanınmasının uygun olacağı fikrindedir.

(91) Bk. aşağıda IV, 2.

## § 6, IV

### IV — Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı haller (92).

#### 1. Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar uğramasının muhtelif tezahür şekilleri ve bunların ortaya çıkarttığı meseleler.

Aşağıda çeşitli misallerini göstereceğimiz bir takım hallerde, borç münasebetinin mahiyeti icabı borçlunun edasına bağlı olan tehlikeler en az alacaklı için olduğu derecede onun çevresinde bulunan bazı üçüncü şahısları da tehdit eder veya borçlunun edası için kullandığı yardımcı şahıslar edanın yapılacağı alacaklıya ait sahadaki emniyet noksanlığından en az bizzat borçlu kadar zarara uğramak tehlikesine maruz bulunurlar. Bu gibi hallerde üçüncü şahıs bir zarara uğradığı takdirde, onun bazen akit dışı mes'uliyette dair hükümlerden faydalanması mümkündür; fakat böyle bir imkân bulunmadığı veya mutazarrır üçüncü şahıs akdi mes'uliyette dair daha elverişli hükümlerden istifade etmek istediği takdirde, onun yapılan edayı derpiş eden akde istinad ederek tazminat isteyip isteyemeyeceği meselesi ortaya çıkar. Alman hukukunda, bu mesele bilhassa yardımcı şahıslar için akit dışı mes'uliyette kurtuluş beyyinesi getirilebildiği veya akit dışı tazminat dâvasının mürruzamana uğradığı hallerde kendisini göstermektedir (93). Türk - İsviçre hukukunda da, BK. md. 55 dekine benzer bir kurtuluş beyyinesi BK. md. 100 ün tatbik edildiği hallerde getirilemediği ve haksız fiil mürruzamanı akdi mürruzamana nisbetle umumiyetle daha kısa olduğu cihetle, mesele aynı derecede ehemmiyet arz etmektedir.

Şimdi üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerin başlıca kategorilerini daha yakından tesbit edelim :

a) Taşıma mukaveleleri (94). Bir taşıma mukavelesine müsteniden bir vasıta tutan kimsenin yanına başkalarını alması veya

(92) Bu mefhum Joachim Gernhuber tarafından (Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, sh. 249 vd.) ortaya atılmış ve etraflı bir incelemenin mevzuunu teşkil etmiştir.

(93) Bk. Gernhuber, sh. 252-253; Larenz, NJW, 1960, sh. 79.

(94) Bk. Gernhuber, sh. 253-254.

## § 6, IV

tuttuğu vasıta ile başkalarını taşıması sık sık vâki olan hallerdendir. Bir kimse yakınlarını ve arkadaşlarını tuttuğu vasıtaya alabilir (95). Yahut işveren işçilerini (96), bir klüp futbolcularını, bir gezinti tertip eden cemiyet âzalarını taşımak (97) için, bir hastanın yakınları doktoru getirip götürmek maksadıyla (98), bir vasıta tutabilir. Bir tiyatro trupu (99), yahut birlikte seyahat eden bir grup içinden bir kişi bütün trup veya grup için onların temsilcisi sıfatıyla hareket etmeksizin bir taşıma mukavelesi yapabilir. Bu hallerden bazılarında üçüncü şahıs lehine şartın veya temsilin mevcudiyeti kolaylıkla kabul edilebilir. Fakat vaziyet daima böyle olmayabilir. Meselâ, bir kimse bindiği taksiye arkadaşını da alınca taşıma mukavelesinde onun lehine bir şart koymayı umumiyetle aklından geçirmez. Bir kaza vukuunda gerçi taşıyıcının 6085 sayılı Karayolları Trafik K. md. 50 mucibince olan mes'uliyeti, taşınanla arasında bir mukavele bulunup bulunmamasına göre farketmez. Fakat mecburî sigorta hadlerini aşan zarar için umumî hükümlere gitmek icap edecektir (100). Bundan başka Trafik K. md. 50 ye müstenid dâva iki senede müruruzamana uğradığı halde, yolcu taşıma akdine müstenid dâva on senelik müruruzamana tabidir (TK. md. 767 f. V). Eğer vasıtayı taşıyıcının yardımcı şahsı kullanıyorsa TK. md. 782 ye göre, yardımcı şahsın kusuru taşıyıcının kendi kusuru hükmünde sayılır ve taşıyıcı BK. md. 55 deki gibi bir kurtuluş beyyinesi getiremez. Böylece taşıyıcının BK. md. 55 e göre kurtuluş beyyinesi getirebildiği hallerde, mutazarrır için, akdî tazminat dâvası açmak daha elverişli olacaktır. Aynı kazada hem taşıma mukavelesini akleden, hem de onun yanına aldığı kimse zarara uğrayacak olursa, birisi akde müsteniden dâva açabilirken, diğerinin akde istinad edememesi ve taşıyıcının BK. md. 55 deki kurtuluş beyyinesini getirmesi yüzünden tazminattan mahrum kalması hakkaniyete aykırı görülmekte ve üçüncü şahsa da bu gibi

(95) Bk. von Tuhr - Siegwart, s 68, not 118 e ait metin; Reinhardt, sh. 100; Wolf sh. 282-283; RGE 87, sh. 65.

(96) KG (Ost) NJ, 1952, 414 (Gernhuber, sh. 253 not 6).

(97) Schl OLG, VRS 2, Nr. 3 sh. 10 vd.; OLG Hamburg, Recht, 1907, Nr. 3369 (Gernhuber, sh. 253, not 7).

98) Karş. RGE 87, 289 (bir manastırdaki hasta için çağrılan doktora kızak tutuluyor ve yolda doktor kazaya uğruyor); Reinhardt, sh. 5; Tägert, sh. 2-3, Nr. 5.

(99) Bk. Gernhuber, sh. 258 not 8-9 da zikredilen kararlar.

(100) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 232-233.

## § 6, IV

hallerde akde müstenid dâva açmak imkânı bahşedilmek istenilmektedir (101).

b) Tıbbî tedavi ile alâkalı mukaveleler. Ana baba tarafından çocuklarının, koca tarafından karısının, işveren tarafından müstahdeminin tedavisi için doktorlarla veya tedavi müesseseleriyle akdedilen mukavelelerin gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde hastanın zarar görmesi de, bazı müelliflerce (102) üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı hallerin bir kategorisi olarak zikredilmektedir. Hatta bu gibi hallerde eda bizzat üçüncü şahsa yapıldığı cihetle, üçüncü şahıs lehine şart müessesesinin mevcudiyeti tereddütsüz olarak kabul edilebilir (103). Buna mukabil, aile efradından birinin tedavisi için çağırılan doktorun akdi kusuru neticesinde yine aile efradından diğer bir şahsın zarar görmesi de (meselâ sarî olduğuna doktorun bu şahsın dikkatini çekmemesi yüzünden hastalığın ona da bulaşması) kabildir (104); bittabi bu takdirde, eda bizzat bu üçüncü şahsa yapılmamaktadır ve üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyeti cayi sualdir.

Diğer taraftan, hususî yardım sandıkları üyeleri ve hastalık sigortası yaptırımlar da, sandık veya sigorta şirketi ile doktor veya tedavi müessesesi arasındaki mukaveleye müsteniden tedavi olunmaktadır (105); bu gibi hallerde üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyeti aşikârdır.

c) Muhtelif kira mukaveleleri (106). Mesken kiralarında kiracının karısı, çocukları, meskende onunla birlikte oturan akrabaları, hizmetkârları ve sair işçileri de, bizzat kiracı kadar meskenin arzettiği tehlikelere maruzdurlar. Hatta o meskende oturmamakla beraber devamlı olarak temizlik yapmağa gelen işçiler için de bu tehlikeler bahis mevzuudur. Kocasıyla beraber mukaveleyi müş-

---

(101) **Von Tuhr - Siegwart**, s 68, not 118 e ait metin; **Wolf**, sh. 282-283.

(102) **Bk. Gernhuber**, sh. 254-255; **Reinhardt**, sh. 101. Karş. **von Tuhr**, Kr VJ Schr. Bd. 47 (1907), sh. 93-95; **Heliwig: Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben**, sh. 49; **Rabel: Haftpflicht des Arztes**, Leipzig 1904, sh. 53.

(103) Aynı fikirde **Larenz**, Bd. I, sh. 120 not 6 ya ait metin. Karş. **RGE** 152, 176.

(104) **Bk. von Tuhr**, Kr VJ Schr. Bd. 47 (1907), sh. 94.

(105) **Bk. Gernhuber**, sh. 254 not 12.

(106) **Bk. Gernhuber**, sh. 255-256.

## § 6, IV

tereken imzalamadığı takdirde karı ve yukarıda sayılan diğer şahıslar kira mukavelesinde taraf değildirler. Bununla beraber, Alman Mahkemeleri kiracıyla birlikte yaşayan üçüncü şahıslara da, meskenin ayıpları yüzünden uğradıkları zararlar için, kira akdine müstenid tazminat talebinde bulunmak hakkını tanımaktadırlar (107).

Gerçi bina malikinin mes'uliyeti hakkındaki BK. md. 58, bazı bakımlardan, mutazarrır için kira akdine istinad etmekten daha elverişli olabilir (108); fakat yine de akdi mes'uliyeti ileri sürmenin daha faydalı olduğu (meselâ müruruzaman bakımından) haller zuhur edebilir.

Türk - İsviçre hukukunda meskenin ayıplarının kiracıyla birlikte yaşayan şahıslar ve kiracının işçileri için arzettiği tehlikeler kira akdinin feshi için bir sebep olarak nazara alınmışlardır; filhalka BK. md. 249 f. III (İBK. md. 254 f. III) e göre, «eğer ayıp, kiracının yahut kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise, kiracı bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine kirayı feshedebilir.» Bu hükümde ifadesini bulan fikrin sadece kira akdinin feshi için değil, kiracı ile birlikte yaşayan şahısların ve onun işçilerinin kira akdine müstenid tazminat talepleri için de bir mesnet teşkil etmesi düşünülebilir (109).

---

(107) Bk. RGE 90, sh. 65; 91, sh. 24; 102, sh. 232 vd.; NJW, 1942, sh. 1050 vd. Buna mukabil muntazaman evde temizlik yapmağa gelen kadının (JW 1937, 2592) ve geçici olarak ev işine yardıma gelen kızkardeşin (OLG Kiel, Schl. HA, 1930, sh. 18 vd.) akde müstenid tazminat talepleri kabul edilmemiştir. Temizlikçi kadın için aksi fikirde Gernhuber, sh. 271-272 ve RGE 127, 222. Hattâ Zunft (ACP 153 - 1954 - sh. 390), kiracının müşterileri ve ona sipariş ettiği şeyleri getiren kimselere dahi akde müstenid dâva hakkı tanıyacak kadar ileri gitmektedir. Böyle bir teşmilin aleyhinde Gernhuber, sh. 271 - 272.

(108) BK. md. 58 e müstenid tazminat talebinin kira akdine müstenid tazminat talebiyle içtimai hususunda bk. BGE 60 II 342; 41 II 704.

(109) Gayrimenkul kiralari hakkındaki 6570 sayılı K. md. 13 de kiracı ile birlikte yaşayanlara, bazı şartlar altında, taraf olmadıkları halde kira mukavelesinden faydalanmak imkânı tanınmaktadır; mezkûr hükme göre, «meskenlerde ölen kiracı ile birlikte ikamet edenler tarafından kira mukavelesinin ve BK. nun bu kanuna muğayir olmayan vecibelerine riayet edildiği müddetçe bu kanunun yürürlük-



## § 6, IV

Filhakika Becker (110), kiracının BK. md. 254 f. III deki hallerde tazminat da isteyebileceğini beyan eylemektedir; bu hükümde, kiracı ile birlikte yaşayan şahısların ve işçilerin de himayesi derpiş edilmekte olduğuna göre, kiracı tazminat talebinde onların menfaatlerini de ileri sürebilmeli, hatta bu şahıslar doğrudan doğruya kiralayandan kira akdine müsteniden tazminat isteyebilmelidirler.

İş yeri kiralalarında bu yerde devamlı olarak çalışan kiracıdan gayri şahıslar lehine kira mukavelesinden mütevellid tazminat talebi tanınıp tanınamayacağı hususunda Alman Mahkemeleri, mesken kiralalarında olduğundan daha çekingen davranmaktadırlar; bu mahkemelerde, tazminat taleplerini, iş yeri kiralalarında da, üçüncü şahıslardan yalnız kiracının yakınlarına hasretmek temayülü görülmektedir (111). Buna mukabil, bir salonun bir müsamere için kiralanması halinde, mahkemeler akde müsteniden tazminat talebine salâhiyetli üçüncü şahısların sahasını çok geniş tutan kararlar vermişlerdir (112); bu kararlara göre, toplantıya iştirak edenlerden her birinin salondaki bir ayıp dolayısıyla zarara uğraması halinde akde müstenid tazminat talebi ileri sürmesine imkân vardır (113).

d) Satış mukaveleleri, hususiyle makine satışıyla alâkalı mukaveleler (114). Bir kimsenin satın aldığı makinenin ayıplı olma-

---

ten kaldırılmasından üç ay sonraya kadar aleyhine tahliye dâvası açılmaz».

(110) Art. 254 - 255, Nr. 22.

(111) Bk. RG in JW, 1935, sh. 1768; KG in JW, 1939, sh. 237; **Gernhuber**, sh. 256, not 20. Bununla beraber, müellifler (**Gernhuber**, sh. 256; **Wilhelm Weimar**: Der Geschäftsraummietvertrag mit Schutzwirkung für Dritte, NJW, 1959, sh. 1860 - 1861) bir iş yerini kiralayan kimsenin orada devamlı olarak çalışan müstahdemlerinin de kiralananın ayıpları dolayısıyla uğradıkları zararın tazminini kira mukavelesine müsteniden isteyebilmeleri gerektiği fikrindedirler; şu kadar ki bu müelliflere göre iş yerinde geçici olarak çalışanlar (meselâ pencere temizleyicisi), müşteriler ve mal teslimine gelenler kira mukavelesine dayanarak bir hak iddia edememelidirler.

(112) RGE, 160, sh. 153 vd; OLG Hamburg, Recht 1920, Nr. 373.

(113) Hattâ kararlardan birinde salonunu toplantıya tahsis eden şahıs ayrıca bir kira istemeyip, sadece gelenlere içki satmakla bir kâr temin ediyordu.

(114) Bk. **Gernhuber**, sh. 258 - 259; **von Tuhr - Siegwart**, s 68, not 118.

## § 6, IV

sı yüzünden, onun makinenin kullanılmasını kendilerine tevdi ettiği veya devamlı olarak alıcının çevresinde bulunmaları dolayısıyla bu makinenin tesir sahasına yakın olan şahısların makinenin ayıpları dolayısıyla zarara uğramaları halinde, bu şahısların da alıcı gibi satış mukavelesine müsteniden satıcıdan akdin müsbet ihlâlinden mütevellid tazminat talebinde bulunabilecekleri alman mahkemelerince ve bazı alman müelliflerince kabul edilmektedir (115). Von Tuhr - Siegwart (116), aynı hal tarzını İsviçre hukuku için müdafaa etmekte ve bu hususta bir kliniğe satılan elektrikle çalışan bir cihazın, bir kablonun iyice tecrid edilmemiş olması dolayısıyla, onu kullanan doktorun cismanî tamamîyetinin ihlâline sebebiyet vermesini misal göstermektedir; İBK. md. 208 f. II (BK. md. 205 f. II) ye göre, satıcı ayıbın doğrudan doğruya neticesi olan zarardan bir kusuru olmasa dahi mes'ul olur; makineyi bir münferit doktor satın alıp kullanırsa bu hükme istinad edebilir; fakat hükmi şahsiyeti olan bir klinik satın alırsa, makineyi kullanan doktor akitte taraf olmadığı için, satıcı onun mezkûr hükümlerden faydalanamayacağını ileri sürebilir; von Tuhr - Siegwart, satıcının aynı kazadan alıcı, cihazı bizzat kullanan doktor olunca mes'ul olmasına rağmen, alıcının bir klinik olması ve cihazı onun hizmetindeki bir doktorun kullanması halinde mes'ul olmamasını hakkaniyete aykırı bulmaktadır .

Alman Temyiz Mahkemesi (117), yeni bir kararında, üçüncü şahısların satış akdine istinaden hak iddia edebilmelerini makineden gayri şeylerin satışına da teşmil eylemiştir; bahis mevzuu kararda, bir fabrikanın satın aldığı pasa karşı koruyucu maddenin kolay alev alır mahiyette olduğu hususunda satıcının ikazda bulunmaması yüzünden alıcının bir müstahdemi cismanî zarara uğramış

---

(115) BGH, NJW, 1956, sh. 1193 (makine, alıcı tarafından âriyet verilmiş ve âriyet alanın bir işçisi yaralanıp satıcıya karşı dâva açmıştı; BGH, dâvacının alıcının korunmasında objektif bakımdan muhik ve tanınabilir bir menfaati bulunan şahıslardan olmadığı mülâhazasıyla dâvayı reddetmiştir; bu mucip sebeplerden, Mahkemenin, alıcının yakın çevresindeki şahıslara akde müstenid tazminat dâvası tanıyacağı anlaşılmaktadır); OLG Kiel, Schl. HA 1936, sh. 123 vd.; Gernhuber, sh. 258 - 259. RG bir kararında (JW, 1937, sh. 737 vd.) ev sahibi tarafından akte edilen su teminiyle alakalı mukaveleye müsteniden kiracıların da hak iddia edebileceklerini kabul etmişti.

(116) s 68, not 118.

(117) BGH, NJW, 1959, sh. 1676 - 1677.

## § 6, IV

ve kendisine satış akdine müsteniden tazminat istemek hakkı tanınmıştı.

e) İş görmeyi tazammun eden mukaveleler (118). Alman Mahkemeleri bir mukaveleye müsteniden bir iş görme edasında bulunanların, ezcümle tesisatçıların, tamiratçıların, inşaat yapanların, edada bulunurken karşı âkidin kendisiyle birlikte yaşayan yakınlarına veya müstahdemlerine bir zarar ika etmeleri takdirinde, mu-tazarrıra akde müstenid tazminat talebi tanımaktadırlar (119). Bir iş yerinde çalışan bütün şahıslar da, o iş yerinde yapılan tamirat, inşaat vs. dolayısıyla zarara uğrarlarsa, çalıştıkları müessese ile mü-teahhid arasındaki istisna akdine müsteniden tazminat isteyebilmektedirler (120). Bazı kararlarda da kiracının, kiralayan tarafından mecurda yaptırılan inşaat esnasında zarara uğraması halinde mü-teahhide karşı istisna akdine müsteniden tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir (121).

Temyiz Mahkememiz de bir tevhidi içtihad kararında (122), aynı yerde çalışan işçilerden biri diğerine işinin ifası esnasında bir zarar ika edince işverenin mutazarrıra karşı BK. md. 55 değil, BK. md. 100 mucibince mesul olacağına hükmetmiştir. Edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahsa (burada zarar gören işçiye) bu edayı tazammun eden akde müstenid bir tazminat talebi

---

(118) Bk. Gernhuber, sh. 256-257.

(119) Fam Z. 1956, 222, Nr. 393; RGE, 127, sh. 218 vd. (dâvalının gönderdiği ustanın taktığı gaz saatinden kaçan gazın infilâkı neticesinde evde çalışan hizmetçi kızın yaralanması). İsviçre hukukunda RG in bu kararı Becker tarafından (Art. 112, Nr. 17) tasvip edilmekte ve ev sahibinin binada tamirat için yaptığı istisna akdine müsteniden kiracının ve onunla birlikte devamlı olarak oturanların ve müstahdemlerin müteahhitten tazminat talebinde bulunabilecekleri beyan olunmaktadır.

(120) OLG Stuttgart, DJZ, 1933, sh. 1568; Vers. R. 1955, sh. 740 vd.

(121) Vers. R. 1955, sh. 120 vd.; RGE, 102, sh. 231 vd. BGH, kiracının yaptırdığı tamiratın ayıplı icra edilmesinden zarara uğrayan ev sahibinin müteahhide karşı istisna akdine müstenid tazminat talebini kabul etmiştir; NJW, 1954, sh. 874.

(122) 30.5.1940, E .14/K.27, RG. 30.5.1940, S. 4522 : «Müstahdem ve amele hizmetlerini ifa ederken, istihdam edenle akdi ve hukuki rabıtası olmayan üçüncü şahıslara karşı değil, fakat diğer müstahdem ve ameleye karşı yaptıkları zararlar, BK. md. 100 e tâbi olup md. 55 hükmü carî değildir».

## § 6, IV

tanınmadıkça Yüksek Mahkemenin kararını bütün şumulüyle tasvip etmek müşküldür; filhakika zararı ika eden işçi, BK. md. 332 mucibince iş yerindeki emniyet tedbirlerinin alınması işveren tarafından kendisine bırakılmış ve bu tedbirlere riayetsizlik yüzünden arkadaşına zarar vermiş olmadıkça, iş sahibinin bir borcunun ifasını kendisine tevdi ettiği yardımcı şahıs vaziyetinde değildir. Buna mukabil, işçinin işini ifa ederken aynı yerde çalışan arkadaşları için de akdî bir ihtimam mükellefiyeti olduğu kabul edilirse, işverenin mutazarrır işçiye karşı BK. md. 100 mucibince mes'uliyetini izah etmek kabil olur.

f) Borçlunun edasını yerine getirmek için alacaklı nezdine gönderdiği yardımcı şahısların zarara uğraması.

Alman hukukunda, borçlu ile alacaklı arasındaki borç münasebetine müsteniden borçlunun alacaklı nezdine gönderdiği yardımcı şahısların (*entsandte Gehilfen*), alacaklının sahasında (*in der Sphäre des Gläubigers*), yani onun meskeninde veya işyerinde bir zarara uğraması halinde, alacaklı bizzat borçlunun böyle bir zararı için akde müsteniden mes'ul olacak idiyse, onun gönderdiği yardımcı şahısların da akde müsteniden tazminat isteyebilecekleri kabul edilmektedir (123); meselâ tamire gelen işçi alacaklının gerekli emniyet tedbirlerini almaması yüzünden yaralanınca vaziyet böyledir.

Gönderilen yardımcı şahıslara benzer bir hal de işçi kadının işverenin muvafakatiyle iş yerine muntazaman çocuğunu da getirmesi ve çocuğun iş yerindeki emniyet tedbirlerinin noksanlığı yüzünden kazaya uğramasıdır (124).

g) Üçüncü şahsın malının borçlunun edasına yakınlığı veya bir mükellefiyetiyle olan alâkası dolayısıyla zarara uğraması.

Bazı müellifler (125) üçüncü şahsa sadece edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı şahsa müteallik zararı (*Personenschaden*) için akdî tazminat dâvası tanınması gerektiği fikrindedirler. Kanaatimizce, edaya yakınlığı dolayısıyla üçüncü şahsa ait bir şeyin zara-

---

(123) Gernhuber, sh. 257 - 258; LAG Duisburg, JW, 1938, sh. 2308; RGE 98, sh. 210 vd.; 165, sh. 397 vd.; OLG Hamm, Vers. R 1951, sh. 179.

(124) RG in JW, 1919, sh. 820.

(125) Ezcümle Gernhuber, sh. 274.

## § 6, IV

ra uğraması (*Sachschaden*) halinde vaziyet farklı değildir (126): üçüncü şahsın cismanî tamamîyetinin ihlâlüne inzimamen üzerindeki veya yanındaki eşyası da hasara uğrayabileceği gibi, daha yukarıda verdiğimiz bazı misallerde olduğu veçhile (127), edaya yakınlığı dolayısıyla şahsa müteallik bir zarar bulunmaksızın sadece üçüncü şahsa ait bir şey de zarar görebilir.

### 2. Üçüncü şahıs lehine şart müessesesine başvurmak imkânı.

Alman Mahkemeleri son senelere gelinceye kadar, edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğrayan üçüncü şahsa akdî tazminat talebinde bulunmak imkânını bahşedebilmek için, umumiyetle, üçüncü şahıs lehine şart müessesesine başvurmakta ve zarar gören üçüncü şahıs lehine zımnî bir şartın mevcudiyetini kabul etmekte veya böyle bir şartı tefsir yoluyla akdin gayesinden istidlâl etmekte yahut da hüsnüniyet kaidelerine uygun olarak akdi tamamlamak suretiyle (BGB § § 157 ve 242) böyle bir şartı tanımakta idiler (128).

Bütün bu gayretlerin altında, gerçekte, kanundaki bir boşluğun hüsnüniyet kaidelerine uygun olarak doldurulması gizlenmektedir. Filhakika ekseriya âkitler akdin şartlarını tesbit ederlerken, borçlunun edaya yakın olan bazı üçüncü şahıslara zarar vermemek için gerekli ihtimamı göstermesi hususunda, zımnen dahi bir irade izharında bulunmamakta, bu hususu akıllarından bile geçirmemektedirler (129). Diğer taraftan, her ne kadar BGB § 328 f. II ye göre, hususî bir şartın bulunmadığı vaziyetlerde halin icaplarından, hususiyle akdin gayesinden üçüncü şahsın edayı talep etmek hak-

(126) Aynı fikirde Zirkel, NJW, 1956, sh. 1675 - 1676.

(127) Bk. yukarıda III, 3.

(128) Bk. yukarıda not 95, 98, 107, 111, 112, 115, 119 ve 121 de zikredilen kararlar. Aynı fikirde *Zunft*, ACP, 153 (1954), sh. 386 vd. İsviçre hukukunda da *Becker* (Art. 12, Nr. 17), bir binanın tamirini üzerine alan müteahhidin, bu tamiratla alakalı tehlikelerden dolayı kiracılara, binada devamlı oturanlara ve müstahdemlere karşı mes'uliyetini üçüncü şahıs lehine şart müessesesiyle izah etmekte ve üçüncü şahsın doğrudan doğruya tazminat talep etme hakkının âdete dayandığını belirtmektedir. Bu gibi hallerde, kiracı ile birlikte yaşayanlar lehine bir şartın mevcut olmadığı fikrinde : *von Tuhr - Siegwart*, s 82, not 50 ye ait metin, sh. 687.

(129) *Larenz*, NJW, 1956, sh. 1193; NJW, 1960, sh. 79; *Gernhuber*, sh. 264.

## § 6, IV

kına sahip olup olmadığı istihraç edilebilirse de, bu hükme Reichsgericht'in yaptığı gibi, alelittlak üçüncü şahıs lehine bir şartın mevcut olup olmadığını tesbit için istinad etmek doğru olmaz; başka bir deyimle, ancak üçüncü şahıs lehine bir şartın mevcudiyeti sabit olduktan sonradır ki, bunun tam mı yoksa nakıs mı olduğunu, yani üçüncü şahsa doğrudan doğruya talep hakkı bahşedip etmediğini tâyin etmek için mezkûr hükme başvurulabilir (130). Akdin hüsnüniyet kaidelerine uygun olarak tamamlanmasına gelince, böyle tamamlayıcı bir tefsire başvurabilmek için akitte bir boşluk olması lâzımdır; edaya yakın olan bazı üçüncü şahısların korunması hakkında hüküm ihtiva etmeyen akitlerde bir boşluk olduğu söylenemez (131); aksi takdirde şimdiye kadar aktedilen ve hemen hiç bir vakit üçüncü şahısların korunması mevzuunda bir hükmü muhtevi olmayan bütün kira, vekâlet, istisna ve satış akitlerinde bu hususta bir boşluk bulunduğunun kabul edilmesi gerekirdi. Gerçekte boşluk, daha yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğrayabilecek üçüncü şahısları himaye edici hükümleri ihtiva etmeyen kanundadır.

Gernhuber (132), üçüncü şahıs lehine şart nazariyesine karşı iki tenkid daha ileri sürmektedir :

Bunlardan birincisi, ileride mes'ul olması muhtemel âkidin akde sarahaten bir kayıt koyarak, gereği gibi ifade bulunmamasından dolayı üçüncü şahısların zarar görmesi halinde bundan mes'ul olmayacağını belirtmesi ve bu gibi kayıtların taammüm etmesi tehlikesidir. Gernhuber'e göre, böylece taraflar üçüncü şahıs lehine şartın zımnî olarak veya tefsir veya akdin tamamlanması yoluyla kabulünü önleyebileceklerdir; halbuki edaya yakın olan üçüncü şahıs da bizzat alacaklı kadar himayeye muhtaçtır (133).

---

(130) Gernhuber, sh. 264 - 265; K. Hellwig : Die Verträge auf Leistung an Dritte, sh. 145; Heiseke, NJW, 1960, sh. 78. Becker'in yukarıda not 128 de zikredilen fikrine karşı aynı itiraz ileri sürülebilir; BK. md. 111 f. II de üçüncü şahsın doğrudan doğruya talep hakkını haiz olup olmadığı hususunda örf ve âdete müracaat olunabileceği belirtilmektedir, yoksa üçüncü şahıs lehine şartın mevcut olup olmadığını tesbit hususunda değil.

(131) Gernhuber, sh. 265. Aksi fikirde Larenz, NJW, 1960, sh. 81.

(132) Sh. 265 - 267.

(133) Bu fikrin tenkidi için bk. aşağıda not 153 - 154 e ait metin.

## § 6, IV

Gernhuber'in ikinci tenkidi de, üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğraması tehlikesinin yalnız akdî borçların ifasında ortaya çıkmadığı hususuna taallük etmektedir; filhakika kaynağı akit olmayan bir borcun gereği gibi ifa edilmemesinden de üçüncü şahıs bir zarar görebilir; meselâ haksız fiiliyle bir camın kırılmasına sebebiyet veren kimse tazminat borcunu yerine getirmek üzere yeni cam taktırsa ve bu cam iyi raptedilmeyip o evde devamlı olarak oturan ve haksız fiilden doğan borç münasebetine nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan bir kimsenin üstüne düşse, bu şahıs BGB § 278 e (BK. md. 100 e) (134) istinad edemeyecektir; zira ortada bir akit yoktur ki üçüncü şahıs lehine şart bahis mevzuu olsun. Yahut yine Gernhuber'e göre bir kimse ebeveynin vekâletsiz iş göreni sıfatıyla bir çocuğu tedavi ettiği ve bu tedaviden çocuk zarar gördüğü takdirde, bir akit ve üçüncü şahıs lehine şart yok diye çocuk niçin doğrudan doğruya tazminat talep etmek hakkına sahip olmasın? Gernhuber'in fikrinde, kaynağı akit olmayan borçların gereği gibi yerine getirilmemesinden edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslar da, bu gibi hallerde bir üçüncü şahıs lehine şarttan bahsedilememekle beraber, mevcut bir borç münasebetinin ihlâlüne dair elverişli hükümlerden, ezcümle BGB § 278 (BK. md. 100) den faydalanabilmelidirler (135).

### 3. Üçüncü şahısları koruyucu hükümler husule getiren akitler mefhumu.

Tam üçüncü şahıs lehine şartın yakın zamanlara kadar malûm olan başlıca şekli, akitte üçüncü şahıs lehine borçlunun bir edasını talep salâhiyetinin tanınması idi. Nitekim Alman Mahkemelerinin edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğrayan üçüncü şahsa akde müstenid tazminat talebinde bulunma imkânını bahşetmek için başvurdukları BGB § 328 vd. da da «üçüncü şahıs lehine bir eda vaadi» (*Versprechen der Leistung an einen Dritten*) derpiş edil-

---

(134) BK. md. 100 ün, akdî olmayan borçların ifasının yardımcı şahıslara tevdiî halinde tatbiki hususunda bk. **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku sh. 435-436.

(135) Akdî olmayan borç münasebetleri mucibince yapılan edalardan bu edalara yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahısların, ihlâl edilen borç münasebetine müsteniden doğrudan doğruya tazminat isteyip isteyemeyecekleri meselesini BGH vaz'etmiş, fakat halletmeden bırakmıştır. (NJW, 1959, sh. 1677).

## § 6, IV

miş bulunmaktadır. Halbuki edaya yakınlıkları dolayısıyla korunmak istenilen üçüncü şahıslar, borçludan akitte kararlaştırılan asli edayı talep edecek vaziyette değildirlir; meselâ bir kimsenin tuttuğu vasıtada yanına aldığı üçüncü şahsın yahut kiracı ile birlikte yaşayan kimselerin ve onun müstahdemlerinin veyahut satın alınan makinenin kullanılmasını alıcının kendilerine tevdi ettiği şahısların, taşıma, kira veya satış akdine müsteniden taşıyıcıdan kendilerinin taşınmasını, kiralayandan mecurun veya satıcıdan mebiin teslimini talep etmek hakları yoktur; yalnız bahsi geçen üçüncü şahısları himaye için, borçlunun edasını yaparken onların da zarara uğramaması için ihtimam göstermekle mükellef olduğu kabul edilmektedir; ancak bu ihtimamın gösterilmemesi ve üçüncü şahsın bu yüzden zarara uğraması halinde, yani akdin in'ikadından sonraki inkişaf safhasında, borçlunun üçüncü şahsa karşı talî bir eda mükellefiyeti (*Sekundär - Leistung*), tazminat mükellefiyeti ortaya çıkmaktadır (136). Larenz (137) bu gibi akitlerin üçüncü şahıs lehine edayı tazammun eden akitlerden farklı olduğunu ileri sürmüş ve bunları «üçüncü şahıslar lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler» (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*) diye tavsif eylemiştir. Bu yeni tip akit kategorisi, üçüncü şahıs lehine akitlerin (*Verträge zugunsten Dritter*) kanunda tanzim edilmemiş olan bir kolunu teşkil etmekte ve borçluya, üçüncü şahıs lehine edayı tazammun eden akitlere nisbetle daha zayıf bir mükellefiyet yüklemektedir (138).

Bir borç münasebetinin borçluya sadece bir edada bulunmak mükellefiyeti yüklemekle kalmayıp, onu aynı zamanda alacaklının korunması kendisine tevdi edilen menfaatlerine ihtimam göstermek, alacaklıya zarar vermemek için gerekli koruyucu tedbirleri almak ve akdin gayesini tehlikeye düşürecek her hareketten kaçınmak gibi mükellefiyetler (139) altına soktuğu epeyce zamandır kabul edilen bir husustur (140). Üçüncü şahıs lehine edayı tazam-

(136) Bk. aşağıda s 8, not 231 e ait metin.

(137) Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 4. Aufl. sh. 162 - 164; 5. Aufl. sh. 119 - 121; NJW, 1956, sh. 1193 - 1194; NJW, 1960, sh. 79 - 81.

(138) Bk. Larenz, Bd. I, sh. 121.

(139) Bu gibi mükellefiyetlere riayetsizlik umumiyetle akdin müsbet ihlâli (positive Vertragsverletzung) mefhumu içinde toplanmaktadır. Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku sh. 401.

(140) Larenz; NJW, 1960, sh. 79; Patry, ZbJV, 93, sh. 55 vd.; Otfinger, Bd. I, sh. 435, not 37; Mazeaud - Tunc, t. I, no. 150 vd.



## § 6, IV

mun eden akitlerde de, edayı talep hususunda alacaklı vaziyetinde bulunan üçüncü şahıs, her alacaklı gibi, aslî eda yanında borçludan bahsi geçen ihtimam mükellefiyetlerine (*Sorgfaltspflichten*), koruyucu mükellefiyetlere (*Schutzspflichten*) (141), riayet etmeyecek kendisine zarar vermesi halinde tazminat da isteyebilir. Üçüncü şahıs lehine koruyucu hüküm husule getiren akitlerde ise, üçüncü şahsın borçludan iptidaen borçlandığı aslî bir edayı istemesi değil, sadece ihtimam mükellefiyetini yerine getirmemesi halinde tâli bir edayı, tazminatı talep etmesi bahis mevzuudur.

Üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler kategorisi kanunda tanzim edilmemiş bulunmakla beraber, akit serbestisi prensibi mucibince böyle bir kategorinin kabulüne mani yoktur; filhakika kanun üçüncü şahıs lehine edayı tazammun eden akitlerin yapılmasına cevaz verdiği göre, borçluyu bunlardan daha hafif surette takyid eden, üçüncü şahıs lehine sadece ihtimam mükellefiyeti yükleyen akitlerin yapılması evleviyetle caiz olmalıdır (142).

Bir akdin ne zaman üçüncü şahısları da koruyucu hükümler husule getireceği, bu hususta akitte sarıh bir hüküm yoksa, akdin BGB § 157 mucibince hüsnüniyet kaidelerine göre tamamlayıcı surette tefsirinden istihraç olunabilir (143). Larenz'in fikrinde (144), bir akit borçlunun edasıyla, bu edanın mahiyeti icabı, mecburen az veya çok temasa giren ve alacaklıya yakınlıkları dolayısıyla hüsnüniyet kaideleri mucibince borçludan kendileri için de alacaklıya karşı olduğu gibi ihtimam göstermesi beklenebilecek olan üçüncü şahıslar lehine de koruyucu hükümler husule getirir; bu üçüncü şahıslar umumiyetle, alacaklının da kendilerini korumak için hukuken veya hiç olmazsa ahlâken ihtimam göstermekle mükellef olduğu, birlikte yaşadığı aile efradı veya evinde veya işletmesinde çalıştırdığı müstahdemleridir (145).

Larenz'in ortaya attığı üçüncü şahısları koruyucu hükümler ihtiva eden akitler mefhumu, son zamanlarda Alman Temyiz Mah-

---

(141) Fransız hukukunda «emniyeti sağlama borcundan» (obligation de sécurité) bahsolunmaktadır. Bk. Mazeaud - Tunc, t. I, no. 151 - 162.

(142) Larenz, NJW, 1960, sh. 79 - 80.

(144) Lehrbuch, Bd. I, sh. 121.

(145) Larenz, NJW, 1956, sh. 1194.

kemesi (146) ve diğer bazı müellifler (147) tarafından da benimsenmiştir.

Türk - İsviçre hukukunda da kanun vazı tarafından «başkası lehine şart» mefhumu altında daha ziyade üçüncü şahıs lehine edayı tazammun eden akitler derpiş edilmiş bulunmaktadır; filhakika BK. md. 111 f. I e göre «kendi namına akid yapan bir kimse, üçüncü şahıs lehine bir borç şart etmiş ise, o borcun ifasını talep etmek hakkını haizdir»; hatta İsviçre BK. md. 112 f. I de daha sarih olarak «üçüncü şahıs lehine bir eda vaadettirilmemesinden» (148) bahsolunmaktadır; halbuki üçüncü şahıs lehine olan ihtimam mükellefiyetlerinde ifası, edası talep edilebilen bir borç değil, ancak riayet edilmemesi halinde tazminat istenebilecek bir mükellefiyet karşısında bulunmaktadır. Bu itibarla, Larenz'in ortaya attığı üçüncü şahısları koruyucu hükümler husule getiren akitler mefhumu, Türk - İsviçre hukukunda da BK. md. 111 (İsviçre BK. md. 112) den ziyade, akit serbestisi prensibine müsteniden tanınabilir. Maamafih mezkûr maddenin matlabındaki «başkası lehine şart» (*Vertrag zugunsten eines Dritten*) ibaresine dayanarak, bahsi geçen mefhumun kanunî mesnedini bu maddede bulmak da kabildir (149).

Edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslara akdi tazminat talebi bahşetmek için üçüncü şahıs lehine şart müessesesine başvurulmasına karşı ileri sürülen tenkidlerin büyük bir kısmı, aynı zamanda üçüncü şahısları koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesine tevcih edilmektedir.

Bilhassa bahsi geçen neviden bir akdin mevcut olup olmadığını tâyin etmek için akdin tamamlanması yoluna gidilmesine karşı, tamamlayıcı tefsir suretiyle üçüncü şahıs lehine şartın kabulünde olduğu gibi (150), burada da akitteki bir boşluğun değil, kanundaki bir boşluğun doldurulduğu, tarafların mefruz iradesini aramanın yersiz olduğu belirtilmektedir (151).

---

(146) BGH, NJW, 1959, sh. 1676 - 1677.

(147) Ezcümle Weimar, NJW, 1959, sh. 1860; Esser, s 50, 5, c; s 88, 1; Palandt, s 328, Nr. 3 a.

(148) «... eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen...».

(149) Karş. Becker, Art. 112, Nr. 17; Oser - Schönenberger, Art. 112, Nr. 20.

(150) Karş. yukarıda not 131 ve buna ait metin.

(151) Gernhuber, sh. 265; Heiseke, NJW, 1960, sh. 78 (bu müellif, üçüncü

## § 6, IV

Bundan başka, Gernhuber (152), tamamlayıcı tefsir yoluyla üçüncü şahısları koruyucu hükümler kabulüne, karşı âkidin üçüncü şahıslara karşı mes'ul olmayacağına dair bir şartı sarahaten akde dercetmek suretiyle engel olabileceğini, bir mahzur olarak zikretmektedir. Ancak Larenz'in (153) de işaret ettiği gibi, Gernhuber tarafından edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslara tazminat isteme imkânını bahşettiği ileri sürülen âdet hukuku kaidelerini (154), bu müellifin âmir mahiyette mi telâkki ettiği açıkça anlaşılammaktadır. Kanaatimizce, bahsi geçen üçüncü şahıslara akdî tazminat talebi tanınması, bilhassa onların BGB § 278 (BK. md. 100) e istinad etmesini sağlamak maksadını istihdaf ettiği, halbuki borçlunun bizzat alacaklıya karşı yardımcı şahısların fiilinden mes'uliyetini kaideten bertaraf etmesi mümkün olduğu cihetle, edaya yakın olan üçüncü şahıslara bizzat alacaklıdan daha fazla hak bahşetmek ne mantığa ne de hakkaniyete uygun olur. Bu itibarla, borçlunun edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslara karşı akdî mes'uliyetinin âmir mahiyette bir kaideye dayandığı ve bertaraf edilemeyeceği fikri isabetli olmaz; olsa olsa üçüncü şahıslara karşı mes'uliyetten beraet şartlarının BK. md. 99 ve 100 deki sınırlara tabi olacağı söylenebilir. Her halde Gernhuber'in mes'uliyetten beraet şartlarıyla alâkalı tenkidi pek yerinde görünmemektedir.

Gernhuber'in (155) diğer bir tenkidi de, akdî olmayan borç münasebetlerinde de üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğrayabileceği, fakat bu gibi hallerde üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akit mefhumundan faydalanılarak üçüncü şahsa akdî bir tazminat talebi bahşedilemeyeceği hususundadır.

---

şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zarar için akdî tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı meselesinin üçüncü şahsın zararının tazmini hakkındaki nazariyenin tatbiki suretiyle haline taraftardır; halbuki müelliflerin ekseriyeti bu meselenin, üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda ortaya attıkları umumî nazariye çerçevesi dışında kaldığı fikrindedirler: bu hususta bk. Reinhardt, sh. 99 - 101, 147; Tägert, sh. 46 - 47; Esser, § 50, 5, c; Larenz, NJW, 1960, sh. 80.

(152) Sh. 265 - 266.

(153) NJW, 1960, sh. 81.

(154) Bk. aşağıda § 8, V, 3.

(155) Sh. 266 - 267. Bk. yukarıda not 134 e ait metin.

Larenz'in nazariyesine Gernhuber tarafından yöneltilen sonuncu bir tenkid de, onun akdî tazminat talebinde bulunacak üçüncü şahısların çevresini dar tutması, yalnız alacaklının kendisiyle birlikte yaşayan yakınlarına ve evinde veya işletmesinde çalışan müstahdemlere böyle bir tazminat talebi tanınmasıdır (156). Gernhuber'e göre (157), borç münasebetinin bünyesi icabı edaya merbut olan tehlikelerin bu üçüncü şahsı da en az alacaklıya karşı olduğu kadar kuvvetle tehdit ettiği veya alacaklının sahasına (*Gläubigersphäre*) merbut tehlikelerin borçlu derecesinde bir üçüncü şahsa da müessir olduğu bütün hallerde, edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahsa akdî bir tazminat talebi tanınmalıdır; aşağıda etraflı surette izah edeceğimiz veçhile (158), Gernhuber (159), bu talebi müstakar mahkeme içtihadlarıyla vücut bulan bir âdet hukuku kaidesine istinad ettirmektedir.

**V — Zincirleme akitlerde ilk akdin ihlâli dolayısıyla sonraki akitlerin taraflarından birinin zarara uğraması.**

*1. Meselenin vaz'ı ve misaller.*

Muayyen bir şeye taallük etmek ve her seferinde taraflardan biri değişmek üzere birbirini takiben müteaddit akitler yapılabilir; ezcümle S, T den satın aldığı şeyi Ü ye satabilir veya bağışlayabilir; Ü nün de aynı şeyi Ü<sub>1</sub> e, bu sonuncunun da Ü<sub>2</sub> ye satması veya bağışlaması ve bu çeşit akitlerin daha da tevali etmesi kabildir. Bu zincirleme temlikî akitlerden birinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi dolayısıyla sonraki akitlerden birinin karşı tarafının zarara uğraması mümkündür. Bazan mutazarrır, kendisiyle akit yaptığı şahıstan tazminat isteyebilecek, onu mes'ul kılacak vaziyettedir; bu şahıs da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini şeyi kendisine temlik eden daha önceki âkide karşı ileri sürebilir. Fakat bazan da mutazarrırın kendisine şeyi devir taahhüdünde bulunan şahsı mes'ul kılması kabil değildir; bu takdirde, mutazarrırın taraf olmadığı daha önceki akdin borçlusundan taz-

(156) Bk. yukarıda not 145 e ait metin.

(157) Sh. 270 vd..

(158) Bk. aşağıda § 8, V. 3 ve § 9, II, 2.

(159) Sh. 269.

## § 6, V

minat elde edip edemeyeceği meselesi ortaya çıkar (160). Bu meseleyi bir kaç misal vererek aydınlatmağa çalışalım :

S, T den satın aldığı ayıplı şeyi Ü ye satsa ve Ü şeyin ayıplı olmasından dolayı bir zarara uğrasa, ekseriya Ü kendisiyle S arasındaki satış akdine binaen tazminat isteyebilir; S de T ye karşı mes'uliyeten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürebilir. Bu gibi hallerde dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ortaya çıkmaz. Fakat Ü nün S yi mes'ul etmesinin mümkün olmadığı hallere de rastlanabilir; meselâ S, Ü ile yaptığı mukaveleye ayıba karşı tekeffülü bertaraf eden bir şart koymuş olabilir; böyle bir şart, bilerek gizlenen bir ayıp bahis mevzuu olmadığı nispete muteberdir (BK. md. 196). Yahut da S şeyi Ü ye bağışlamıştır ve şeyin ayıplı olduğunu ağır kusuru olmaksızın bilmediği cihetle mes'ul tutulamayacaktır (BK. md. 243). Buna mukabil aynı ayıp yüzünden bizzat S bir zarara uğrasaydı, mes'uliyetten beraet şartı veya bağışlama bahis mevzuu olmadığı için, şeyi kendisine satan T den tazminat isteyebilecekti; fakat Ü nün zarara uğraması takdirinde S nin, kendisinin bir zararı ve Ü ye karşı bir mes'uliyeti bulunmadığı cihetle, T den tazminat isteyemeyeceği, Ü nün ise S ile T arasındaki akde istinad edemeyeceği iddia edilebilir. T nin kusuru yoksa, Ü nün ona karşı haksız fiile müstenid tazminat dâvası da açması kabil değildir (161); halbuki BK. md. 205 f. II mucibince, satıcı ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüd eden zararı, kusuru olmasa dahi tazmine mecburdur. Eğer S, Ü ile arasındaki mukaveleye ayıba karşı tekeffülü bertaraf eden bir şart koymasaydı yahut şeyi bağışlamayıp da satsaydı Ü ye karşı mes'ul olacak ve T ye karşı da mes'uliyeten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürebilecekti; tekeffülü bertaraf eden şarttan veya satış yerine bağışlama yapılmasından T niçin faydalansın ve mes'uliyetten kurtulsun denilebilir (162); böyle düşünülünce

(160) Bu mesele hakkında tafsilât için bk. **Reinhardt**, sh. 4, 106 vd.; **Tägert**, sh. 3, 47 - 53; **Staudinger - Werner**, Vorbem. zu § 249, Nr. 94 (bu müellif yukarıda III, 1, b de incelediğimiz halleri de zincirleme akitler kategorisine ithal etmektedir); **Esser**, s 50, 7, b; **von Tuhr**, *Grünhuts Z.* 25 (1898), sh. 541, 568 - 570; **Wolf**, sh. 284; **Larenz**, sh. 164 - 165.

(161) T nin kusuru varsa ona karşı umumiyetle başkaları için tehlike arzeden bir şeyi piyasaya çıkardığından dolayı haksız fiile müsteniden bir tazminat dâvası açmak kabil olacaktır. Bk. yukarıda s 3, II, 2 ve aşağıda 2.

(162) **Von Tuhr**, *Grünhuts Z.* 25 (1898), sh. 569.

hakkaniyet icabı ya S ye Ü nün menfaatini ileri sürerek T den tazminat istemek imkânı tanınmalı veya Ü ye, S ile arasındaki akde müsteniden doğrudan doğruya T den tazminat talebinde bulunmak salâhiyeti bahşedilmelidir (163). Hulâsa bahis mevzuu hallerde dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ortaya çıkmaktadır.

Zincirleme akitler dolayısıyla üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin zuhur ettiği başka misaller de bulmak kabildir. Faraza S, T den satın aldığı ayıplı şeyi Ü ye satmıştır; S ayıpların mevcudiyetinden haberdar olmadığı halde, T bilerek bunları gizlemiştir; şeyin Ü ye tesliminden itibaren de bir yıldan fazla zaman geçmiş, yahut Ü muayene ve ihbar külfetlerini vaktinde yerine getirmemiştir; böylece Ü nün S den ayıba karşı tekeffül hakkındaki hükümlere müsteniden dâva yoluyla tazminat istemek imkânı kalmamıştır; buna mukabil Ü, acaba, hilesi olan T ye karşı onunla S arasındaki akde istinaden tazminat dâvası açabilecek yahut S, Ü nün menfaatini ileri sürerek T den tazminat isteyebilecek midir? Filhakika T nin hilesi olduğu için ona karşı on senelik müruruzaman bahis mevzuudur ve T, muayene ve ihbar külfetlerinin vaktinde yerine getirilmediğini dermeyan ederek dâvanın reddini sağlayamaz.

S nin T den satın aldığı şeyi Ü ye bağışlaması veya zapta karşı tekeffülü bertaraf ederek satması ve şeyin zaptedilmesi takdirinde de, yine Ü nün zararının S ile T arasındaki akde müsteniden T ye tazmin ettirilmesinin mümkün olup olmadığı ortaya atılabilir (164).

Zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının mutlaka şeyin ayıplı olmasından veya zaptedilmesinden doğması şart değildir. Bazan bu gibi akitlerle, hasarın alacaklıya intikali esasının bir ara-

(163) Krückmann'a göre (sh. 256 vd.) bu gibi hallerde T nin tazminat ödemekten kurtulması hakkaniyete uygun olmamakla beraber, S, Ü nün değil, kendi menfaatini ileri sürerek, sadece şeyin objektif kıymetinin tazminini isteyebilmeli, tazminat Ü ye yaramamalıdır; zira Ü, S ile arasındaki münasebet mucibince tazminat isteyebilecek vaziyette değildir, icabında tazminat almamağı göze almış bulunmaktadır; mes'uliyetten beraet şartı varsa bu, böyle bir tedbiri alan S ye yaramalıdır, yoksa Ü ye değil. Netice itibariyle, S aldığı tazminatı Ü ye vermeyip kendisine alıkoyabilmelidir. Karş. aşağıda s 9, II, 3 de, aa, not 90 a ait metin.

(164) Bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 541.

## § 6, V

ya gelmesi neticesinde üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi kendisini gösterebilir (165). Meselâ T, S ye ferden muayyen bir mal satmağı taahhüt ediyor; S de aynı malı Ü ye devretmek için bu sonuncu ile bir satış mukavelesi aktediyor; T sadece akde aykırı hareketi dolayısıyla malın hasara uğramasına veya telef olmasına sebebiyet veriyor; S, bir kusuru bulunmadığından ve hasar Ü ye intikal etmiş olduğundan nasıl olsa semeni ondan alacak ve bir zarara uğramayacaktır. Acaba S nin, akdi kusuru olan T ye karşı, Ü nün menfaatini ileri sürmesi kabil midir? S, şeyi Ü ye satmayıp da bağışlamış olsa, bu takdirde, hasarın Ü ye intikali dolayısıyla değil, fakat bağışladığı şeyde bir menfaati kalmadığı için S nin yine zararı bahis mevzuu olmayacak ve onun Ü nün menfaatini ileri sürüp süremeyeceği hususunun halli gerekecektir (166).

Zincirleme akitlerin ikiden fazla olması, meselâ Ü nün de aynı şeyi Ü<sub>1</sub> e, onun Ü<sub>2</sub> ye, bu sonuncunun da Ü<sub>3</sub> e, ilh. satması veya bağışlaması ve ilk akdin gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla Ü<sub>3</sub> ün zarara uğraması ve onun Ü<sub>2</sub> yi mes'ul edememesi de ihtimal dahilindedir; bazan da Ü<sub>1</sub>, Ü<sub>2</sub> Ü<sub>3</sub> ün hepsi de aynı kötü ifadan veya ademi ifadan ayrı ayrı değişik miktarlarda zarara uğramış olabilirler. Bu gibi hallerde talî bir mesele daha, tazminat isteyebilecek üçüncü şahısların çevresini tahdit gerekip gerekmediği meselesi, kendisini gösterir (167).

Zincirleme akitlerin mutlaka bir şeyin temlikini tazammun eden akitler (*Veräusserungskette*) olması da şart değildir. Bir şeyin kullanılmasının devrini istihdaf eden zincirleme akitlerde de dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi karşısında kalına-

---

(165) Bk. Reinhardt, sh. 4; Tägert, sh. 47 - 50.

(166) Alman hukukunda satış akdinde hasar kaideten teslim ile alıcıya intikal ettiğinden, T nin edayı kusuruyla imkânsız hale getirmesi halinde S, bunda bir kusuru olmamakla beraber semeni alamayacağı için bizzat zarara uğrayacaktır. Tägert (sh. 48 - 50) S'nin bizzat zarara uğradığı hallerde üçüncü şahsın menfaatini ileri süremeyeceği fikrinde olduğundan S nin yalnız Ü ile yaptığı akdin ivazsız olduğu hallerde Ü nün menfaatini derneyan ederek tazminat isteyebilmesini kabul etmektedir; halbuki S şeyi Ü ye bağışlamayıp satmış olsa ve T nin kusuruyla yarattığı imkânsızlık yüzünden semeni alamasa dahi Ü nün şeyin teslim edilmemesinden dolayı uğradığı zarar, semenden fazla olabilir.

(167) Bu mevzuda tafsilât için bk. Reinhardt, sh. 106 vd.; aynı müellif ZADR. 5 (1938), sh. 716; Tägert, sh. 47 vd. Bk. aşağıda § 9, II, 3.

bilir (168). Meselâ bir evin kiracısı olan T nin mecuru muayyen bir tarihte tahliye etmesi lâzımdır ve ev sahibi S bu tarihten itibaren evi Ü ye kiralamıştır; T evi vaktinde tahliye etmiyor; bu yüzden Ü eve giremiyor ve gecikmeden dolayı zarara uğruyor; fakat ev sahibi S nin vaki gecikmede bir kusuru olmadığı için Ü nün ondan tazminat istemesi ve S nin de T ye karşı mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürmesi kabil değildir; diğer taraftan, T kirayı vermeğe devam ettiğinden ev sahibinin kiradan mahrumiyet dolayısıyla de bir zararı yoktur (169); böyle bir vaziyette S, Ü nün menfaatinin tazminini T den isteyebilecek veya T nin S ile arasındaki akde riayet etmemesine dayanarak Ü doğrudan doğruya T den tazminat talep edebilecek midir ?

Reinhardt'a göre (170), zincirleme akitlerin aynı tipte olması da şart değildir; meselâ ilk satıcının nakliye komisyoncusunun akde muhalif hareketinden üçüncü alıcı (Ü<sub>3</sub>) zarar görebilir.

## 2. İngiliz ve Fransız hukukundaki durum.

a) İngiliz - Amerikan hukukunda uzun zaman akdî mes'uliyetin bir nevi mutlak garanti mes'uliyeti olduğu ve akdin ademi ifası kusura istinad etmese dahi tazminat ödemek gerektiği fikri hâkim idi (171); sonradan «*doctrine of frustration*» ortaya atılarak ifa imkânsızlığının kusura istinad etmediği bir çok hallerde akdin

---

(168) Tägert, sh. 49 - 50; Reinhardt, sh. 4; Titzé: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerlichen Recht, Leipzig 1900, sh. 139 not 24. Hattâ Reinhardt (sh. 6 - 7), başka zincirleme akitlerden, meselâ zincirleme vekâlet akitlerinden bahsetmekte ve bu hususta bir RG kararını (RGE 40, sh. 189 vd.) misâl olarak göstermektedir.

(169) Tägert (sh. 50) tahliyede geciken kiracının kirayı vermekte devam etmesi hususunu nazara almayarak yeni kiracının vereceği kiradan mahrumiyeti dolayısıyla ev sahibinin bizzat zarara uğrayacağını beyan eylemekte ve ona yeni kiracının menfaatini ileri sürerek tazminat istemek salâhiyeti tanımamaktadır. Tägert'e göre ikinci akdin ivazlı olan kira akdi değil ancak ivazsız olan âriyet akdi olması halinde ev sahibi kendisinin bir zararı bulunmadığı cihetle âriyet alanın menfaatini ileri sürerek tazminat isteyebilir.

(170) Sh. 7.

(171) Bu görüş «Paradine v. Jane» (1646) dâvasında verilmiş olan karara dayanmakta idi. Tafsilât için bk. Wieder, sh. 64 - 66; Salmon - Winfield, sh. 292; Anson, sh. 338.



## § 6, V

infisah edeceği ve borçlunun mes'ul olmayacağı kabul edildi (172); bununla beraber, akdi mes'uliyetin deruhde edilen garantiden neşet ettiği prensibi esas itibariyle mahfuz kaldı (173). Bu prensibin tatbiki neticesinde, bilhassa satılan şeyin ayıplı olması yüzünden alıcının zarara uğraması halinde satıcının kusuru olmasa dahi mes'ul olacağı beyan edilmektedir (174). Böylece İngiliz - Amerikan hukukunda akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi takdirinde alacaklının kusuru olmayan borçludan tazminat isteyebilmesi imkânının kontinental hukuka nisbetle daha fazla olması, hususiyle şeyin ayıplı olması halinde vaziyetin bu merkezde bulunması neticesinde, zincirleme akitlerden ilkinin gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla zarara uğrayan sonraki akitlerden birinin alacaklısı kendi borçlusundan kolaylıkla tazminat isteyebileceği cihetle, bu alacaklının ilk borçluya müracaatı meselesi pek ortaya çıkmamaktadır; zarara uğrayan son alacaklı kendi borçlusundan tazminat istemek ve o da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek kendi borçlusuna rücu etmek suretiyle (175) ilk borçluya kadar gitmek mümkün olmaktadır (176).

Bundan başka, piyasaya müstehlikler (kullananlar) için tehlikeli olabilecek şeyler çıkaran imalâtçıların haksız fiile müsteniden mes'ul edilmeleri esası da (*duty to take care*) (177), zincirleme akitlerde zarar verici ayıplı şeyin ilk satıcısına karşı zarar gören sonuncu alıcının doğrudan doğruya akit dışı tazminat talebinde bulunmasına imkân bahşetmektedir (178).

---

(172) Tafsilât için bk. **Wieder**, sh. 67 - 74; **Cheshire - Fifoot**, sh. 412 vd.

(173) **Wieder**, sh. 74.

(174) Tafsilât için bk. **Wieder**, sh. 75 - 80.

(175) Yalnız, borçlunun mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini kendi borçlusuna karşı ileri sürebilmesi için, şeyin ilk satıcısının alıcının bunu başkalarına satacağını bilebilecek vaziyette olması şart kılınmaktadır. Bk. **Wieder**, sh. 80. vd..

(176) **Wieder**, sh. 86 - 88.

(177) Bk. yukarıda s 3, II, 2, not 27; **Wieder**, sh. 139 - 157; **Tägert**, sh. 22-24; **Biölek**: Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und Herstellers mangelhafter Waren nach englischem Recht, Diss. Freiburg 1962.

(178) Aynı esasın Alman hukukunda da, muayyen bir şeye taallük eden zincirleme akitlerde ilk akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan sonraki akitlerden birinin alacaklısının şeyin ayıplı olması dolayısıyla uğradığı zararın tazminini temin için kâfi olduğu fikrinde **Tägert**, sh. 52.

Nihayet yeni Amerikan mahkeme içtihadlarında, gıda maddeleri satışında, müstehlikin arada başka tacirler bulunmasına rağmen doğrudan doğruya imalâtçıya karşı akdî tazminat dâvası açabilmesi kabul edilmektedir (179). Bu dâva hakkı, ya imalâtçının bütün müstehlikler muvacehesinde satılan maldan tehlikesizce faydalanabilecekleri hususunda zımnî bir tekeffülde bulunduğu fikrine istinad ettirilmektedir (180); yahut satıcı (aracı tacir, esnaf), alıcının (müstehlikin) «agent» i sayılmakta ve *undisclosed agency* (181) hakkındaki esaslara tevfikan, müstehlik, *undisclosed principal* sıfatıyla, doğrudan doğruya imalâtçıdan akdî tazminat isteyebilmektedir (182). Bazı mahkemeler de imalâtçı ile mutavassıt satıcı arasındaki mukavelede bütün müstehlikler lehine bir şart, yani gayrimuayyen üçüncü şahıslar lehine şart bulunduğu içtihadındadırlar (183).

b) Fransız hukukunda zincirleme satış akitlerinde şeyin ayıplı olması dolayısıyla zarar gören son alıcının, doğrudan doğruya ilk alıcıya karşı akdî tazminat dâvası açabileceği gerek mahkeme içtihadları (184), gerek müellifler (185) tarafından umumiyetle kabul edilmektedir; son alıcı, şeyi kendisine satanı ayıba karşı

- 
- (179) Tafsilât için bk. **Wieder**, sh. 89 - 90; **Tägert**, sh. 21 - 22; **Kessler** : Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht, Berlin 1932, sh. 112 vd.; **Brake** : Die Schadensersatzpflicht Verkäufers und Herstellers einer mangelhaften Sache im nordamerikanischen Recht, Diss. Freiburg 1958.
- (180) «**Herzler v. Manshum**» (1924, Supreme Court), 200 N. W. 155, **Kessler**, sh. 113, (arsenikli un satan imalâtçının mes'uliyeti).
- (181) Bu müessese hakkında bk. yukarıda I, 3a.
- (182) Bk. **Kessler**, sh. 113, not 3.
- (183) «**Ward Baking Co. v. Trizzino**» 161 N.E. 557, **Kessler**, sh. 118 (bir aracı satıcıdan alınan ekmekte bulunan iğneden zarar gören alıcının doğrudan doğruya ekmek fabrikasına karşı akdî tazminat talebi). Karş. RGE 87, I (eczaneden orijinal ambalaj içinde alınan meyva tuzundan cam parçaları çıkması neticesinde zarar gören alıcıya karşı imalâtçının haksız fiil mes'uliyeti).
- (184) Cass. civ. 12 kasım 1884, D.85.1.357, S.86.1.149; Req. 6 Ocak 1920, Gaz. Pal.1920.1.144; Bordeaux 11 Ocak 1888, D.89.2.11; Nîmes, 25 nisan 1960, D. 1960, 725. Bu içtihadlar hakkında tafsilât için bk. **Ficker**, sh. 125 - 135.
- (185) **Planiol - Ripert - Hamel** : Traité pratique de droit civil français, t. X, 2 e. éd. Paris 1956, no. 138; **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VI, sh. 422, Not 5; **Ficker**, sh. 118 - 124.

## § 6, V

tekeffüle müsteniden dâva edemeyecek vaziyette olsa dahi, ilk satıcıya karşı dâva ikame edebilmektedir (186) (187). Son alıcıya doğrudan doğruya dâva hakkı (*action directe*) tanınmasını haklı göstermek için muhtelif fikirler ileri sürülmüştür (188): Bazılarına göre, bir şeyin satışı, onun bütün teferruatının, bu arada satıcının kendi satıcısına karşı haiz olduğu ayıp dolayısıyla tekeffüle dair hakların alıcıya intikalini tazammun eder (189); diğer bazıları, bir evvelki akitten doğan ayıba karşı tekeffüle dair hakların zımnen yeni alıcıya temlik edildiği fikrindedirler; zımnî üçüncü şahıs lehine şart görüşünü müdafaa eden ve ilk satış akdinde sonraki alıcıların da bu akde müsteniden ayıba karşı tekeffülden faydalanabileceğinin zımnen şart edildiğini beyan edenler de mevcuttur; bazıları da Fransız MK. md. 1122 mucibince ilk alıcının cüz'î haleflerinin de akde müstenid taleplerde bulunabileceğini ileri sürmektedirler (190). Bundan başka Fransız MK. md. 1135 de doğrudan doğruya dâva hakkına bir mesnet olarak gösterilmektedir (191); mezkûr hükme tevfikân, «mukaveleler, yalnız sarahaten ifade ettikleri hususlarda değil, ayrıca hakkaniyetin, teamülün veya kanunun borca mahiyeti icabı izafe ettikleri bütün neticeler hususunda da borç tahmil ederler»; bu hükme dayanılması, Türk-İsviçre hukukunda hüsnüniyet kaidelerine müsteniden tamamlayıcı tefsire başvurulmasına tekabül etmektedir.

Alman Temyiz Mahkemesi (192) ve İsviçre müelliflerinden bazıları (193), ayıba karşı tekeffül taleplerinin zımnen temlik olun-

- 
- (186) **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VI, sh. 422, not 5; **Civ. 12 Kasım 1884; Wagner**, sh. 44; **Wahl**, sh. 24 - 25 : Bir kimse satın aldığı şeyi başkasına bağışlasa ve bağışlayan sıfatıyla ayıptan mes'ul olmasa dahi, bağışlanan, bağışlayan malı satan kimseye karşı doğrudan doğruya dâva hakkını haizdir.
- (187) Yalnız ayıba karşı tekeffüle müstenid taleplerin ileri sürülmesi mümkün olan kısa müddet (bref délai) ilk satışa göre hesaplanmaktadır : **Wahl**, sh. 24. Bununla beraber, hâkimin bu hususta takdir hakkı olduğu fikrinde : **Planiol - Ripert - Hamel**, t. X, sh. 158, not 2 ve buna ait metin.
- (188) Tafsilât için bk. **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VI, sh. 422 - 423; **Wahl**, sh. 22 - 24; **Wagner**, sh' 41 - 49, 68 - 69, 78 - 79.
- (189) Karş. Fransız MK. md. 1615.
- (190) Bk. yukarıda s 1, II, 3, not 121 - 122 ve bunlara ait metin.
- (191) Bk. **Wahl**, sh. 23.
- (192) RGE, 87, sh. 1 vd.
- (193) **Becker**, Art. 97, Nr. 3; **Friedrich**, sh. 88.

## § 6, V, VI

duğu veya fer'i hak mahiyetinde olduklarından satılan şeyle birlikte intikal ettikleri hakkındaki fransız görüşünün Alman ve İsviçre hukukunda da tatbikini sarahaten reddetmekte ve son alıcıya ilk satıcıya karşı akdî mahiyette doğrudan doğruya dâva hakkı tanımamaktadırlar (194) (195). Yalnız her alıcının kendi satıcısına karşı tazminat dâvası açması ve onun da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek kendinden öncekine rücu edebilmesi kabul edilmektedir (196). Ancak daha yukarıda da belirttiğimiz gibi (197), alıcının kendi satıcısından tazminat isteyemeyeceği haller de mevcuttur ve ilk satıcıdan tazminat talep etme salâhiyetinin tanınması bilhassa bu haller bakımından ehemmiyet taşımaktadır.

### VI — Sair haller.

Dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin kendisini gösterdiği başlıca haller yukarıda incelenen beş kategoride toplanmakla beraber, muhtelif müellifler tarafından bu kategorilere girmeyen başka misaller de zikredilmektedir. Ancak kanaatimizce bu misallerin büyük bir kısmı için zaten hukukun umumî esaslarına veya başka müesseselere müracaat suretiyle bir hal tarzı bulmak kabildir.

Diğer taraftan, henüz derpiş edilemeyen ve dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ile alâkalı yeni kategorilerin de ileride meydana çıkması imkân dahilindedir.

- 
- (194) Aksi fikirde Walter Grau : Zusammenhängende Rechtsverhältnisse, Gedächtnisschrift für Seckel, Berlin 1927, sh. 362; Schwendovius : Durchgriff und Interessenverknüpfung, Diss. Königsberg 1929, sh. 16.
- (195) Diğer taraftan, bir kimsenin başkasına hediye etmek üzere satın aldığı şeyin hediye edilecek şahıs tarafından değiştirilebileceği veya onun şeyin ayıplı olması halinde talepte bulunabileceği sarahaten şart edilen hallerde, üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâva hakkını haiz olduğunda şüphe yoktur. (Bk. Esser, s 50, 7, b, cc). Bu takdirde sarahaten üçüncü şahıs lehine şart veya tekeffüle dair hakların temlikî bahis mevzuu olur.
- (196) Wahl, sh. 38; Wieder, sh. 96; Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, sh. 248.
- (197) Bk. yukarıda 1.

## § 6, VI

Şimdi müellifler tarafından zikredilen ve yukarıda sayılan beş kategoriye girmeyen bazı hallere kısaca temas edelim :

1. *Başkasının çalışma kudretinden faydalananların o şahsın cismanî tamamîyetinin ihlâli veya öldürülmesi dolayısıyla zarara uğramaları.*

Bir kimsenin öldürülmesi halinde yardımcıdan mahrum kalanların ,ölümünden mes'ul olan şahıstan tazminat talep edebilmele-ri hususu kanunda sarahaten derpiş edilmiş ve tarafımızdan daha yukarıda (198) incelenmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, bir kimsenin öldürülmesinden, sadece onun kendilerine yardımda bulunduğu kimseler değil, onun çalışma kudretinden bir iş görme veya şirket akdi mucibince faydalanan sair şahıslar da zarar görebilir. Bu hususta kitabımızın Giriş Kısmında muhtelif misaller vermiş (199) ve doktrin ile mahkeme içtihadlarında hâkim olan görüşün, yardımcıdan mahrum kalanlar dışındaki dolayısıyla zarar gören şahıslara tazminat talebi tanımamak istikametinde olduğuna işaret etmiştik (200).

Diğer taraftan, bir işçinin cismanî tamamîyetinin ihlâli halinde, ona ücretini vermeğe devam etmek veya bakmak mükellefiyetinde olan işverenin bu yüzden uğradığı zarar için Türk - İsviçre hukukunda BK. md. 51 e istinad edilebileceğini, Alman hukukunda ise bahis mevzuu zararın tazmini keyfiyetinin, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ile alâkalı addolunduğunu (201) belirtmiştik (202).

Bununla beraber, üçüncü şahsın zararının tazmini hakkındaki nazariyesini aşağıda tafsilâtlı surette nakledeceğimiz Reinhardt (203), bir kimsenin cismanî tamamîyetinin ihlâli halinde onun çalışma kudretinden faydalananlara daha geniş ölçüde tazminat istemek imkânının tanınması, daha doğrusu mağdurun bu şahısların menfaatlerini daha geniş ölçüde ileri sürebilmesi gerektiği fikrinde-dir; ezcümle mezkûr müellife göre, bir tenorun yaralanması ve

---

(198) Bk. yukarıda § 4, I.

(199) Bk. yukarıda § 1, not not 11 - 18 ve bunlara ait metin.

(200) Bk. yukarıda § 1, not 20 - 21 e ait metin.

(201) Bk. Reinhardt, sh. 4 in fine, sh. 85, sh. 128.

(202) Bk. yukarıda § 3, IV, 2.

(203) Sh. 96 - 98.

konserini verememesi halinde, konseri organize eden şahsın mahrum kaldığı kârın tazmini failden istenebilmelidir. Fransız hukukunda da adam ölmesi ve cismanî tamamîyetin ihlâli hallerinde, mağdurun alacaklılarına, zararları muayyen ve kat'i olduğu takdirde tazminat talebi bahşedilebileceği fikrinde olanların bulunduğundan daha yukarıda (204) bahsetmiştik.

*2. Başka müesseselere müracaat suretiyle halledilebilecek bazı meseleler.*

Wolf (205) üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda daha önce saydığımız beş kategoriye girmeyen bazı misaller vermektedir. Kanaatimizce, bu misaller için, ya başka müesseselere müracaat suretiyle bir hal tarzı bulmak kabildir, yahut da bu imkân mevcut değilse üçüncü şahsın tazminat elde edememesi hakkaniyete aykırı sayılamaz.

Wolf'un misallerinden biri (206) şudur : Arkadaşına (Ü ye), onun için çok mühim olan bir haberi acele ulaştırmak isteyen kimsenin (S nin), bu haberi götürmekle vazifelendirdiği haberci (T), kasden veya ihmali neticesinde haberi Ü ye bildirmiyor; S, arkadaş Ü nün haberin kendisine ulaşmaması yüzünden uğradığı zararın tazminini haberci T den isteyebilecek midir ? Burada nakıs veya tam üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyeti yahut S nin Ü nün dolayısıyla veya doğrudan doğruya mümessili sıfatıyla hareket ettiği kabul edilerek, Ü ye ait zararın tazmini imkânı bulunması düşünülebilir; eğer S, T yi haberin ehemmiyeti hususunda ikaz etmemişse, bu ihmali, tazminatın tenkisine yol açacak bir müterafık kusur sayılabilir.

Diğer bir misal (207) : S, imal ettiği malların muayyen bir bölgede inhisarî satış hakkını Ü ye, diğer bir bölgede de T ye tanıyor ve herbirine diğerinin bölgesinde satış yapmama mükellefiyeti yüklüyor; T, Ü nün bölgesinde de satış yaparsa, Ü, veya Ü lehine S, T den tazminat talep edebilecek midir ? Bu meseleyi de üçüncü şahıs lehine şart veya kendi menfaatine vekâletsiz iş görme müesseselerine başvurmak suretiyle halletmek kabildir.

(204) Bk. yukarıda § 1, I, 6, not 75 - 80 ve bunlara ait metin.

(205) Sh. 283 - 284.

(206) Sh. 283.

(207) Wolf, sh. 284; Thorens, sh. 18 - 19.

## § 6, VI

Üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuu ile alâkalı olmak üzere ortaya atılan bazı misaller de rekabet memnuiyeti şartlarıyla alâkalıdır. Bina malikinin kiracılarından biriyle akdettiği rekabet memnuiyeti mukavelesinden diğer kiracılar da faydalanabilecek midir? (208) Burada mukavelenin tefsiri ve üçüncü şahıs (yani diğer kiracılar) lehine şartı da tazammun edip etmediğinin tesbiti gerekir.

---

(208) Bk. Reinhardt, sh. 101.

## KISIM II

### ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİ TEMİN ZİMNINDA İLERİ SÜRÜLEN NAZARİYELER

Dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesine bir hal tarzı bulmak için muhtelif nazariyeler ortaya atılmıştır. Bu nazariyelerden bir kısmı, mezkûr mesele ile alâkalı bütün kategoriler için tatbik edilebilecek bir hal çaresi göstermek iddiasındadır; ezcümle Reinhardt tarafından teklif olunan, ihlâl edilen hukukî varlıktan istifade imkânlarının tazminatın tâyininde nazara alınmasına dair nazariye (1) böyle şümüllü bir mahiyet taşımaktadır (2). Bazı nazariyeler de, bundan evvelki paragrafta (§ 6 da) tesbit ettiğimiz kategorilerden yalnız bir kısmını derpiş etmektedirler; bunlara misal olarak Tägert'in zararın üçüncü şahsa aktarılması nazariyesini (3), yahut von Tuhr'un alacaklının geçici menfaati nazariyesini (4) zikredebiliriz. Bundan başka, sadece tek bir kategori için ileri sürülmüş nazariyeler de vardır (5); meselâ Larenz'in üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akit-

---

(1) Bk. aşağıda s 8, I.

(2) Aşağıda s 7, I, 2, 3; VII; VIII de zikredilen nazariyeler de bütün kategoriler için kabili tatbiktir.

(3) Bk. aşağıda s 8, III.

(4) Bk. aşağıda s 7, IV.

(5) Yazılı olmayan hukuka müracaat fikrine dayanan nazariyelerden (Bk. aşağıda s 8, V), bir kısmı sadece üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin muayyen bazı kategorileri için ileri sürülmüş bulunmaktadır. Bundan başka sadece vasıtalı temsil veya başkası menfaatine yapılan akit hallerini istihdaf eden nazariyeler de vardır : bk. aşağıda s 7, II, 1, 2.



## § 7, I

ler nazariyesi (6), sadece üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zararın tazminini temine yönelmiştir.

Dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ile alâkalı bütün nazariyeleri, hareket noktaları bakımından başlıca üç grupta toplamak kabildir (7) :

a) Bunlardan büyük bir kısmı, alacaklının, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçludan, akit dışı mes'uliyeti mucip olabilecek bir fiille bir hukukî varlığı ihlâl edilen kimsenin mes'ul olan şahıstan, ancak zarar verici vakianın husule gelmemesine olan kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği doğmasına (8) dayanmakta, ve alacaklıya, hukukî varlığı ihlâl eden kimseye, *kendi menfaati kisvesi altında üçüncü şahsın menfaatini* dermeyan etmek imkânını bahşetmeğe gayret eylemektedirler.

b) İkinci gruptaki nazariyelerin taraftarları ise, alacaklının, hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen kimsenin, borcun yerine getirilmemesi, hukukî varlığın ihlâli dolayısıyla zarar gören üçüncü şahsın menfaatini muayyen şartlar altında ileri sürebileceği fikrinden hareket etmekte ve tazminatın yalnız alacaklının, hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen kimsenin menfaatini karşılayacağı dogmasını yıkmaktadırlar. Bu nazariyelerde artık *alacaklının* kendi menfaati kisvesi altında değil, *kendi menfaatinden müstakil olarak üçüncü şahsın menfaatini ileri sürmesi* bahis mevzuudur.

c) *Üçüncü şahsa doğrudan doğruya ve bizzat tazminat talebinde bulunmak imkânını tanıyıp*, akitlerin nisbiligi ve dolayısıyla zarar gören şahsın tazminat talebinde bulunamayacağı prensiplerine kanunda derpiş edilenlerden gayri istisnalar getirmek fikrinde olanlar da vardır. Üçüncü şahıs, zararının tazminini bizzat isteyebilince, bittabi kendi menfaatini ileri sürecektir ve alacaklının sadece kendi menfaatini dermeyan edebileceği dogmasının masun kalıp kalmaması meselesi ortaya çıkmayacaktır. Buna mukabil, yukarıda (a) ve (b) şıklarında zikredilen nazariyelerde, sadece alacaklı (9) tazminat isteyebileceği için akitlerin nisbiligi ve dolayısı-

(6) Bk. yukarıda § 6, IV, 3; aşağıda § 8, IV, 3.

(7) Biraz farklı bir tasnif için bk. Thorens, sh. 45 - 46.

(8) Bk. yukarıda § 2, V.

(9) Kendi menfaati kisvesi altında veya kendi menfaatinden müstakil olarak.

## § 7, I

siyle zarar gören şahsın tazminat talebinde bulunamayacağı prensipleri zahiren mahfuz kalmaktadır.

Alacaklının sadece kendi menfaatini ileri sürerek tazminat talep edebileceği dogmasına dayanan nazariyeler aşağıda § 7 de incelenecek, üçüncü şahsın menfaatinin müstakil olarak alacaklı veya bizzat üçüncü şahıs tarafından dermeyer edilmesini kabul eden diğer iki gruptaki (b ve c) nazariyelerin incelenmesi de § 8 in mevzuunu teşkil edecektir.

### § 7 — ALACAKLININ SADECE KENDİ MENFAATİNİ İLERİ SÜREBİLECEĞİ DOGMASINA DAYANAN NAZARİYELER

#### I — Alacaklının üçüncü şahsın zararının tazmininde mamelekî olmayan bir menfaati bulunduğuna dair nazariye.

1. *Alacaklının bunda mamelekî menfaati olmasa dahi aynen tazmin talebinde bulunabilmesinin üçüncü şahsın zararının tazmini bakımından ehemmiyeti.*

Borç doğuran bir akdin muteberiyeti için borçlunun taahhüt ettiği edanın yerine getirilmesinde alacaklının mamelekî bir menfaati mevcut olmasına lüzum olmadığı ve ademi ifa halinde, alacaklının, bunda mamelekî bir menfaati bulunmasa dahi, sadece imanevî, hissî bir menfaatine (*Affektionsinteresse*) müsteniden aynen ifayı talep edebileceği bugün umumiyetle kabul edilen bir husustur (1). Bundan başka, akdî veya akit dışı mes'uliyeti mucip bir fiilden zarar gören şahsın aynen tazmin (*Naturalrestitution*) talebinde bulunabilmesi için de onun maddî olmayan bir menfaatinin (*Affektionsinteresse*) mevcudiyetinin kâfi geleceği umumiyetle teyid edilmektedir (2). Filhakika, aynen tazmin, mağdurun şahsî münasebetlerine göre hesaplanan bir menfaatin tazminini tazammun etmez; başka bir deyimle, aynen tazminde mağdurun zarar verici hâdisenin husule gelmemesi hususundaki sübjektif olarak hesaplanan menfaatinin tazmini (*Interesseersatz*) (3) bahis mevzuu değildir.

(1) Bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 529 - 534; von Tuhr - Siegart, s 31, VIII.

(2) Reinhardt, sh. 9; von Tuhr, Kr VJ Schr. Bd. 47. sh. 66 - 67; Staudinger - Werner, Vorbem. vor § 249. Nr. 73 ve 76.

(3) Bu mefhum hakkında bk. yukarıda s 2, IV.

## § 7, I

Hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen kimsenin, alacaklının, sadece hissî, manevî menfaatine müsteniden aynen tazmin talebinde bulunabilmesi imkânı, üçüncü şahsın zarara uğradığı hallerde onun menfaatinin ileri sürülmesine hacet kalmaksızın, zararının dolayısıyla izale edilmesini mümkün kılar (4). Meselâ üçüncü şahsın (Ü) haiz olduğu bir alacak hakkı mucibince ona teslimi gereken ve hasarının da ona intikal etmiş olduğu bir şeyin, malikin (S) fiillerinden mes'ul olmadığı bir şahıs (T) tarafından hasara uğratılması halinde, malik S bunda bir menfaati bulunmadığı halde şeyin tamirini T den talep edebilir; S nin tamiri talep için üçüncü şahsın bu husustaki menfaatini de dermeyan etmesine lüzum yoktur; S nin Ü ye teslim borcunu gereği gibi yerine getirmek hususundaki manevî menfaati, onun aynen tazmin talebinde bulunabilmesi için kâfidir; bu talebe müsteniden şey tamir edilince, Ü de dolayısıyla bundan faydalanacak, S şeyi kendisine tamir edilmiş olarak teslim edecektir. Ezcümle satılan veya vasiyet edilen ferdin muayyen şeyin, satıcının (S) veya kanunî mirasçının (S) fiillerinden mes'ul olmadığı bir şahıs (T) tarafından hasara uğratılması takdirinde, S şeyin tamirini T den isteyebilecek ve alıcıya (Ü) yahut kendisine mal vasiyet edilene (Ü) şeyi, vaki hasar tamirle izale edilmiş olarak, verebilecektir. Aynı vaziyet, bağışlanan şeye bağışlayanın fiillerinden mes'ul olmadığı bir şahıs tarafından tamiri kabil bir zarar ika edilmesi halinde de kendisi gösterir; fail (T), şeyin tamiri hususunda bağışlayanın talepte bulunmasına karşı, onun şeyde mamelekî bir menfaatinin kalmadığı itirazını dermeyan edemez. Bağışlayanın bağışlanana hasardan arî bir şey teslim etmek hususundaki manevî menfaati, onun tamir talebini haklı göstermeğe kâfidir. Tamirden, neticede, haksız fiilden doğan borç münasebetine nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan bağışlanan faydalanacaktır.

BGB § 251 f. II mucibince, «eski halin iadesi ancak nisbetsiz derecede fazla masraf yapılmasıyla mümkün ise, tazminat borçlusu nakden tazminde bulunabilir»; masrafların aşırı olup olmadığının tesbitinde, alacaklının eski halin iadesine olan menfaati de nazara alınır da, bu husus, alacaklının eski halin iadesinde şahsen mamelekî menfaatinin bulunmadığı hallerde onun tazminat talebine set çekmemeli, alacaklının üçüncü şahsın zarardan ma-

---

(4) Reinhardt, sh. 10 . 13.

## § 7, I

sun kalmasına müteallik mânevî menfaati de hesaba katılmalıdır; aksi takdirde, alacaklının bunda mamelekî menfaati olmaksızın da aynen tazmin talebinde bulunabileceği esasını tatbik imkânı kalmaz (5).

Aynen tazmin, sade tamir değil, hasara uğrayan veya telef olan şey yerine aynı neviden başka bir şeyin verilmesi suretiyle de olabilir. Bu sonuncu tazmin şekline başvurulması imkânı yalnız misliyattan olan eşyaya münhasır değildir; misliyattan olmayan nev'an muayyen şeylerin, hattâ sadece nev'inin temsilcisi olarak (*als Repräsentantin ihrer Gattung*) (6) borçlanılan ferden muayyen şeylerin zarara uğraması halinde de yerlerine aynı neviden başka şeyler verilebilir. Meselâ hüsnüniyetli zilyed S nin T ye muhafaza için verdiği Ü ye ait kitabı, T nin akde aykırı hareketiyle kaybetmesi takdirinde, S aynı kitaptan başka bir nüshayı talep edebilir. Burada şu noktayı da kaydedelim ki, aynen tazmin talebi yalnız akit dışı mes'uliyete münhasır değildir; borçların ödenmemesinde, akdî mes'uliyette nakden tazmin kaide olmakla beraber, aynen tazmin imkânı da tamamen bertaraf edilmiş bulunmamaktadır (7).

Alman hukukunda hâkim olan fikre göre (8), zarar, muayyen para ünitelerinin (*Geldeinheiten*) kaybından ibaretse, bunların yerine aynı miktarda aynı neviden para verilmesi de aynen tazmin

- 
- (5) Reinhardt, sh. 10. Aksi fikirde olan H. A. Fischer'e göre (sh. 85 - 86), borçlu kendi alacaklısının mamelekî menfaatinin eski halin iadesi masraflarına nisbetle cüz'i olduğu hallerde nakden tazmini ihtiyar edebilir ve böylece üçüncü şahsın zararı karşılanmayabilir; meselâ bir alt kiracı evin parkelerine mühim bir hasar ika etse ve bunun tamiri çok masraflı olsa, o, sadece birinci kiracının parkeyi kullanmaya olan cüz'i menfaatini nakden tazminle iktifa edebilir. Bu hal tarzı, Türk - İsviçre hukukunun alt kira ile alâkalı hükümlerine aykırı olduğu gibi (bk. yukarıda s 5, I, 1), hukukumuzda aynen veya nakden tazmini tercih bakımından hâkime geniş takdir salâhiyeti bahşedilmiştir (BK. md. 43 f. I); bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 257.
- (6) Bu mefhum için bk. Reinhardt, sh. 12; Planck - Siber, s 251, 2a.
- (7) Reinhardt, sh. 11 - 12, not 30; Staudinger - Werner, Vorbem. vor. s 249, Nr. 78; Planck - Siber, s 251, 2a; von Tuhr, Kr VJ Schr. Bd. 47, sh. 76 vd.; hattâ H. A. Fischer'e göre (sh. 190 vd.) borçların ödenmemesinde kaideten aynen tazmin yoluna gidilmeli, nakden tazmin istisna olmalıdır.
- (8) Reinhardt, sh. 12 - 13; Staudinger - Werner, s 249, Nr. 7; Planck - Siber, s 249, 3 a.

## § 7, I

mahiyetini taşır ve bu paraların kaybından tazminat alacaklısının iktisadî bir menfaati haleldar olmasa bile, o, aynı nevi ve miktarda paranın iadesini isteyebilir. Reinhardt (9), bu hususta misâl olarak, S nin Ü ye ait mamelekin bir kısmını itimada müstenid olarak (*fiduziarisch*) idare etmesini ve T nin bundan 100 mark çalmasını göstermektedir; müellife göre, S nin aynı miktarda paranın kendisine ödenmesi talebine karşı, hırsız T, onun bu paraya taallük eden iktisadî bir menfaati olmadığını ileri süremez. Kanaatimizce, burada S nin çalınan paraların tazmininde iktisadî bir menfaati olmadığını söylemek her zaman için pek isabetli olmaz; zira S mutemed sıfatıyla idare ettiği mamelekte husule gelecek eksilmeler hakkında bu mamelekin sahibine hesap vermek mecburiyetindedir; eksilmenin kusurundan ileri gelmediğini ispat edebilecek vaziyette olmadıkça hâdisede S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati olduğu müdafaa edilebilir.

Yukarıdaki izahlarımızdan anlaşılacağı üzere, aynen tazminin mümkün olduğu hallerde, alacaklının böyle bir tazmin tarzını bunda mamelekî menfaati olmasa dahi isteyebilmesi, aynen tazminden dolayısıyla faydalanacak olan üçüncü şahsın zararını da karşılayabilir. Ancak aynen tazminin mümkün olmadığı veya kifayetsiz bulunduğu haller de mevcuttur (10). Ezcümle kâr mahrumiyetini, şeyin muayyen bir müddet kullanılamamasından veya tesliminin gecikmesinden doğan zararı, umumiyetle şahsa müteallik zararı (adam ölmesi veya cismanî tamamîyetin ihlâli halinde uğranılan zararı) aynen tazmin suretiyle karşılamak kabil değildir; diğer taraftan, hasara uğratılan bir şey tamir edilse dahi, artık hiç hasar görmemiş şey kıymetini taşımaz. Dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin kendisini gösterdiği bir çok hallerde, zarar bu sayılan çeşitlerde tezahür eder ve aynen tazminine imkân olmaz veya aynen tazmin kifayetsiz kalır; ezcümle, vasıtalı temsil ve zincirleme akitlerle alâkalı hallerde ekseriya kâr mahrumiyeti veya gecikmeden doğan zarar karşısında bulunulur; üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı hallerin büyük bir kısmında şahsa müteallik zarar bahis mevzuudur. Bu itibarla, aynen tazmine müracaat suretiyle dar mânada üçüncü şahsın zararının

(9) Sh. 13.

(10) Bu haller hakkında tafsilât için bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 255 - 257.

tazmini meselesine her zaman bir hal çaresi bulmak kabil olmaz (11).

2. *Aynen tazmine kıyasen, alacaklının mânevî menfaatine müsteniden üçüncü şahsın ifaya olan menfaatinin nakden tazminini isteyebilmesi.*

Aynen tazmin yalnız başına her vakit üçüncü şahsın zararını karşılamadığı cihetle, acaba, aynen tazmine kıyasen, alacaklının mamelekî menfaati olmasa dahi, sadece mânevî, hissî menfaatine (*Affektionsinteresse*) müsteniden nakden tazmin talebinde bulunabileceği ve nakdî tazminatın üçüncü şahsın menfaatine göre hesaplanmasını isteyebileceği fikri müdafaa edilebilir mi? Bu suale Kohler (12) müspet cevap vermekte ve nakden tazmin aynen tazminin, aynen ifanın yerine kaim olduğu cihetle, muhteva itibariyle de her iki çeşit tazmin tarzı birbirine tetabuk etmeli ve aynen tazmin üçüncü şahsın zararını nasıl karşılıyorsa, nakden tazminde de üçüncü şahsın menfaati ileri sürülebilmedir demektedir (13).

Ancak Reinhardt'ın (14) da haklı olarak belirttiği gibi, aynen tazminle nakden tazminin mümkün mertebe aynı neticeyi husule getirmesi temenniye şayan olmakla beraber, her iki tazmin tarzı muhteva ve mahiyet itibariyle birbirinden farklıdır. Aynen tazminde tazminatın kıymeti, para ile ölçülebilen miktarı, alacaklının veya üçüncü şahsın şahsî münasebetlerine göre değişmez; halbuki nakden tazminde sübjektif olarak hesaplanan bir menfaat bahis mevzuudur (15). Alacaklının hissî, mânevî menfaatini ileri sürerek üçüncü şahsın ifaya olan menfaatinin tazminini istemesinde, alacaklının kendi mamelekî menfaatini ileri sürmemesi bu tazminat talebine aynen tazmin talebi mahiyetini izafe etmez; yine tazmin edilecek olan sadece ifaya müteallik menfaattir ve bunun sübjektif olarak, üçüncü şahıs açısından hesaplanması gerekir. Alacaklının ancak *kendisinin* ifaya olan menfaatinin tazminini isteyebileceği doğması kabul edilince, artık onun kendi mânevî menfaatine müsteniden üçüncü şahsın ifaya olan menfaatinin tazminini istemesine

(11) Aynı fikirde Reinhardt, sh. 13.

(12) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II., 1906, sh. 126 vd.

(13) Josef (ACP, Bd. 113, sh. 122) de aynı fikirde görünmektedir. Benzer fikirde İsviçre Hukukunda, Friedrich, sh. 79.

(14) Sh. 13 - 14, 155 - 156.

(15) Bk. yukarıda § 2, IV.

## § 7, I

cevaz yoktur; binaenaleyh, aynen tazmine kıyas yoluyla, bahis mevzuu dogmayı haleldar etmeksizin, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini halletmek mümkün olamaz.

3. *Aynen tazmine kıyas yoluna gidilmeksizin alacaklının mânevî menfaatine istinad imkânı.*

Bazı İsviçreli müellifler, aynen tazmine kıyas yoluna gitmeksizin, alacaklının kendi zararı olmasa bile, mânevî, hissî menfaatine müsteniden üçüncü şahsın zararının tazminini borçludan talep edebileceği fikrindedirler. Bunlardan Wolf'a göre (16), alacaklının üçüncü şahsın zararının tazmini hususundaki maddî olmayan menfaati de himaye edilmelidir; hukuk nizamı sadece maddî menfaatleri himaye ile iktifa eylememeli, altruist ve ideal mahiyet taşıyan menfaatleri de korumalıdır (17); kaldı ki, alacaklının üçüncü şahsın tazminat elde etmesindeki menfaati her vakit yalnız altruistçe düşüncelere dayanmaz; meselâ başkasına bağışlamada bulunan, bazan, kendisine mukabil bir edada bulunulacağı ümidini taşır; komisyoncunun müvekkilinin zararının tazminini sağlamakta, onun kendisine itimad etmesi ve ileride yeni işler vermesi bakımından menfaati vardır (18).

Oser - Schönberger de (19), alacaklının üçüncü şahsın zararının tazmininde bir menfaati olduğu takdirde, bu menfaat mamelekî bir mahiyet taşımasa dahi, bahis mevzuu zararın tazminini isteyebileceği fikrindedir. Zaten bu şârihler (20), İsviçre'de hâkim olan görüşün aksine, manevî, hissî bir menfaate müsteniden maddî tazminat istenebileceği kanaatini müdafaa etmektedirler.

Alacaklının manevî menfaatine müsteniden üçüncü şahsın zararının tazminini isteyebileceği kabul edildi mi, artık alacaklının ancak kendisinin ifaya olan menfaatinin tazminini talep edebileceği dogmasından vazgeçmek lâzımdır; zira bu takdirde tazminat, alacaklının manevî menfaatinin karşılığının para ile ölçülmesi suretinde değil, üçüncü şahsın ifaya olan menfaatinin nazara alınması suretinde hesaplanacaktır.

---

(16) Sh. 289 - 291.

(17) Benzer fikirde Thorens, sh. 126 - 127; Krückmann, Jher. Jb. Bd. 56, sh. 320.

(18) Karş. aşağıda III, 1.

(19) Art. 112, Nr. 20, 1; Vorbem. zu Art. 1 - 67, Nr. 79 - 85.

(20) Art. 43, Nr. 15.

## II — Mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati geniş tutan nazariyeler.

### 1. Umumiyetle

Alacaklının ancak kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği dogmasından hareket eden bazı müellifler, bu dogma haleldar olmaksızın üçüncü şahsın zararının tazminini sağlamak maksadiyle, alacaklının üçüncü şahsın menfaatine tekabül eden bir menfaatini bulmağa çalışmakta, alacaklının üçüncü şahsa karşı olan mes'uliyetini genişletmeğe ve üçüncü şahsın menfaatinin alacaklının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati kisvesi altında ileri sürülmesini mümkün kılmaya teşebbüs etmektedirler. Daha yukarıda üçüncü şahsın zarara uğradığı bazı hallerde, alacaklının hakikaten ona karşı mes'ul bulunduğuna ve onun mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini borçluya karşı dermeyan etmesi suretiyle üçüncü şahsın zararının telâfi edilmesinin kabil olduğuna işaret etmiştik (21); ancak, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin ortaya çıktığı hallerde, alacaklının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatinin bulunmadığını da belirtmiştik (22). İşte aşağıda inceleyeceğimiz nazariyeler, bu sonuncu hallerde, gerçekte mes'uliyetten kurtulmaya müteallik bir menfaat mevcut olmamakla beraber, sun'i olarak bu menfaate vücut vermeğe gayret etmektedirler. Bu gayret bilhassa vasıtalı temsilde, karşı âkidin borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla zarara uğrayan müvekkilin bu zararının tazminini temin etmek hususunda gösterilmektedir. Daha yukarıda kaydettiğimiz gibi (23), komisyoncu, karşı âkidin borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden, bunda kendi kusuru da olmadıkça veya karşı âkidin gereği gibi ifada bulunacağını ayrıca tekeffül etmedikçe, müvekkiline karşı mes'ul değildir. Halbuki, aşağıda nakledeceğimiz nazariyeler, umumiyetle başkası menfaatine bir akit yapan kimsenin hususiyle komisyoncunun, menfaatine akit yapılan şahsa karşı, bu akdin hükümlerinin yerine getirilmemesinden dolayı mes'ul olacağı fikrine dayanmakta, dolambaçlı yollardan bu fikri haklı göstermek istemektedirler.

(21) Bk. yukarıda s 3, I.

(22) Bk. yukarıda § 6, I, 1; II, 1; III, V, 1.

(23) Bk. yukarıda s 6, I, 1, not 10.



## § 7, II

2. *Başkası menfaatine akit yapan kimsenin onun lehine tazminat talebi şart etmemiş olmasından dolayı ona karşı mes'ul olacağı nazariyesi.*

Kluckhohn (24), başkası menfaatine akit yapan kimsenin (S nin), bu akdin karşı tarafça (T) ifa edilmemesinden dolayı, menfaatine hareket ettiği şahsa (Ü ye) karşı mes'uliyetine şöyle bir düşünce silsilesi ile mesned bulunabileceği fikrindedir : Başkası menfaatine mukavele akteden şahıs (S), hüsnüniyet kaideleri icabı, bu mukavele hükümlerinin karşı tarafça (T) yerine getirilmemesi ihtimalini hesaba katmalı ve böyle bir halde menfaatine hareket ettiği üçüncü şahsın (Ü nün) karşı âkitten (T den) tazminat talep edebileceğine dair bir şartın mukaveleye konulmasını sağlamalıdır; böyle bir şart konulmuşsa, üçüncü şahıs zaten lehine şart edilen alacak hakkına binaen tazminat isteyebilecek ve ortaya bir mesele çıkmayacaktır; böyle bir şart konulmamışsa, vasıtalı mümessil (S), bu şartın mukaveleye derci hususundaki mükellefiyetini yerine getirmediği için müvekkiline (Ü ye) karşı mes'ul olacaktır (25); S bu mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini diğer âkit T ye karşı ileri sürebilecek ve ondan Ü nün zararını tazmin etmesini talep edebilecektir.

İlk bakışta mantıkî gibi görünen bu nazariyenin pek çok zayıf noktaları mevcuttur (26).

Bir kere, hüsnüniyet kaidelerinin, başka bir şahıs menfaatine akit yapan kimseye, bu akitte o şahıs lehine bir tazminat talebi şart etme mükellefiyetini yükleyip yüklemediği münakaşa edilebilir (27). Böyle bir mükellefiyetin kabulü, bilhassa karşı âkidin (T nin) öde-

---

(24) Zum Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse, ACP, Bd. 111, sh. 406 vd.

(25) Benzer fikirde Kunze, sh. 125 -127. Bununla beraber aşağıda not 30 a bk.

(26) Bu nazariyenin tenkidi için bk. Reinhardt, sh. 15 -16; Thorens, sh. 48 -49; Eugen Josef : Der Anspruch des Versicherers gegen Tödter und Brandstifter sowie die Begründung der Schadensberechnung aus fremdem Interesse, ACP, Bd. 113, sh. 101 vd., hususiyle sh. 116 -118; Schott, sh. 39; Wilburg, Jher. Jb. 82, sh. 104.

(27) Hüsnüniyet kaidelerinin veya işlerde cari teamüllerin vasıtalı mümessile böyle bir mükellefiyet yüklemediği fikrinde : Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929, sh. 296; Rodig, sh. 27; Schmidt - Rimpler, sh. 903.

me kabiliyetinin olmaması halinde vasıtalı mümessil (S) için ağır neticeler doğurur. Kaldı ki, başkası menfaatine yapılan akitlerde, çoğu zaman üçüncü şahıs menfaatine hareket edildiğinin gizli tutulması icap eder (28) (29).

Diğer taraftan, üçüncü şahıs lehine tazminat talebinin *akitte* şart edilmesi gerektiğini beyan eylemekle, üçüncü şahsın zararının *kanunen* tazmini gerekmediğini bizzat Kluckhohn kabul etmektedir. Alacaklı S nin böyle bir şartın mukaveleye konulmasını temin hususunda hüsnüniyet kaideleri icabı bir mükellefiyeti bulunduğu ve bu mükellefiyeti yerine getirmemesinden dolayı menfaatine akit yaptığı Ü ye karşı mes'ul olacağı kabul edilse dahi, S nin bu mükellefiyetine riayet etmemesi neticesinde niçin karşı âkit T, kanunen tazminle mükellef olmadığı Ü nün zararını tazmine mecbur kalsın denilebilir (30).

Nihayet, üçüncü şahsın zararının bir akdin ihlâlinden doğmadığı, meselâ bir haksız fiilden ileri geldiği hallerde tazminat alacaklısının önceden üçüncü şahıs lehine şart koydurmak mükellefiyeti bahis mevzuu olamayacak ve Kluckhohn'un nazariyesi bu hallerde üçüncü şahsın zararının tazmini imkânını sağlayamayacaktır (31).

3. *Komisyoncunun, karşı âkidin borcunu yerine getirmemesinden, ondan elde edilebilecek miktar nisbetinde, müvekkiline karşı mes'ul olduğu nazariyesi.*

Zimmermann (32), başkasının menfaatine akte edilen bir akdin karşı âkitçe ifa edilmemesi halinde, vasıtalı mümessilin sadece bu ademi ifade kendisinin de kusuru bulunması takdirinde mes'ul ola-

(28) Hattâ Schmidt - Rimpler'in belirttiği veçhile (sh. 905), üçüncü şahıs menfaatine hareket edildiğinin beyan edilmesi, bazı hallerde, komisyon akdine muhalefet sayılabilir.

(29) Kluckhohn (sh. 435), bu itiraza karşı, lehine tazminat talebi şart edilirken üçüncü şahsın isminin zikredilmesine hacet bulunmadığı şeklinde mukabele etmektedir.

(30) Reinhardt, sh. 15. Kunze'ye göre (sh. 126), S, T ile yaptığı akitte Ü lehine şart koymadığı ve onun menfaatlerini lâyıkiyle korumadığı için Ü ye karşı mes'ul olur; fakat T ye rücu edemez.

(31) Reinhardt, sh. 16; Thorens, sh. 49. Bu tenkidi Kluckhohn (sh. 438), zaten doğrudan doğruya - dolayısıyla zarar gören şahıs tefrikinin aleyhinde olduğu için (bk. yukarıda s 1, not 20), haksız fiillerde üçüncü şahsın, zararının tazmini hususunda, umumî hükümler dışında ayrıca hususî surette himaye edilmesine zaruret bulunmadığı şeklinde cevaplandırmaktadır.

(32) Sh. 65 vd., hususiyle sh. 71 - 75.

## § 7, II

cağı görüşünü kabul etmemektedir; bu müellifin fikrinde, vasıtalı mümessil, kaideten, müvekkili hesabına akdettiği akdin ademi ifasından ona karşı mes'ul olup, istisnaen, ademi ifada kendisinin bir kusurunun bulunmadığı hallerde, diğer âkide karşı haiz olduğu dâva hakkını müvekkile devrederek bu mes'uliyetten kurtulabilir. Zimmermann fikrini desteklemek için şu suali vazetmektedir : Karşı âkidin akdi kusurunun neticelerini vasıtalı mümessil mi, yoksa müvekkil mi taşımalıdır? Zimmermann'a göre karşı âkidin ademi ifasına müteallik rizikonun müvekkile yüklenmesi halinde, müvekkil, ifası gereken akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olduğundan, karşı âkitten zararının tazminini isteyemeyecek ve zarara nihâf olarak katlanması lâzım gelecektir; halbuki bahis mevzuu riziko vasıtalı mümessile yükletilirse, o, aralarındaki akde müsteniden, karşı âkitten bu zararın tazminini isteyebilecektir; yalnız karşı âkidin ödeme kudretinin bulunmaması ve vasıtalı mümessilin rücu suretiyle ondan bir şey elde edememesi ihtimali de ortaya çıkabileceğinden, vasıtalı mümessil böyle bir ihtimalin zuhuruna karşı korunmalıdır; böylece, *karşı âkidin ödeme kudretini haiz olduğu nisbette*, vasıtalı mümessilin akdin ifa edilmemesinden müvekkili muvacehesinde mes'ul olacağı kabul edilmelidir. Şu halde, akdin ifa edilmemesi rizikosunu vasıtalı mümessil, karşı âkidin ödeme kudretini haiz bulunmaması rizikosunu da müvekkil taşıyacaktır. Zimmermann, vasıtalı mümessilin müvekkile karşı mes'uliyetini, onun karşı âkitten aldığı müvekkile devretmekle mükellef olması esasına istinad ettirmektedir. Vasıtalı mümessil müvekkile karşı mes'ul olunca bu mes'uliyetten kurtulmaya müteallik olan menfaatini borcunu yerine getirmeyen diğer taraf muvacehesinde ileri sürebilecektir; bu menfaat ise üçüncü şahıs vaziyetindeki müvekkilin ifaya olan menfaatine tekabül etmektedir. Mümessil kendisinin bir kusuru bulunmayan hallerde diğer âkide karşı haiz olduğu dâva hakkını müvekkile temlik ve böylece müvekkil doğrudan doğruya karşı âkidi dâva edebilir; karşı âkid bu dâvada mümessilin mes'uliyetinin mahdut olduğunu iddia edemez; zira vasıtalı mümessilin müvekkiline olan mes'uliyetini sınırlandıran yegâne husus bizzat karşı âkidin ödeme kabiliyetidir.

Zimmermann'ın bazı eski müellifler (33) ve eski mahkeme ka-

---

(33) Ezcümle Regelsberger : Ersatzpflicht aus Verträgen für Schaden, den durch Vertragsbruch ein Dritter erleidet, Jher. Jb. Bd. 41 (1900), sh. 260, not 10 a.

rarları (34) tarafından da tasvip edilen bu görüşü haklı bazı tenkidlere mâruz kalmıştır. Filhakika Zimmermann, vasıtalı mümessilin müvekkili hesabına yaptığı akdin ifa edilmemesinden dolayı müvekkiline karşı mes'ul olmasını (*Haftung*), yani tazminat ödemekle mükellef olmasını, mümessilin bu akit mucibince karşı âkitten aldığını müvekkile devretmekle mükellef olmasıyla (*Herausgabepflicht*) karıştırmaktadır (35). Vasıtalı mümessilin kendisini dâva ettiği karşı âkit, ödemede bulunmasa bunun rizikosunun vasıtalı mümessile ait olmadığını, binaenaleyh vasıtalı mümessilin mamelekî bir zararı bulunmadığını iddia ederek dâvanın reddini isteyebilir. Vasıtalı mümessilin karşı âkitten aldığı tazminatı müvekkile devir mükellefiyetinin doğması için tazminat isteyebilecek vaziyette olması lâzımdır; halbuki Zimmermann tazminat mükellefiyetini henüz doğmamış olan bir devir mükellefiyetinden çıkartmaktadır; bu düşünce tarzıyla tam bir fâsit daire içine girilmiş bulunulmaktadır (36).

**4. Mesnetsiz dahi olsa üçüncü şahıs tarafından mes'ul tutulma tehlikesinin alacaklı için bir zarar teşkil ettiğine dair nazariye.**

Eblowski'ye nazaran (37), gerçi başkası hesabına akit yapan kimse, bu akdin karşı tarafça ifa edilmemesinde kendisinin bir kusuru yoksa müvekkile karşı mes'ul değildir; ancak bu kusurun bulunmadığı bir mahkeme kararıyla tesbit veya müvekkil tarafından kabul edilmedikçe, vasıtalı mümessil müvekkilin kendisine karşı bir tazminat dâvası açması tehlikesine mâruzdur; bu tehlikenin mevcudiyeti vasıtalı mümessilin mamelekî durumunu kötüleştirir ve onun için bir zarar teşkil eder; işte mümessil, üçüncü şahıs vaziyete

(34) ROHG 22, 253; 17, 79.

(35) Bk. Krückmann, Jher., Jb. Bd. 56, sh. 265; Reinhardt, sh. 21; Thorens, sh. 51. Üçüncü şahsa devir ve iade mükellefiyetinin başka bir yönden üçüncü şahsın zararının tazminine mesnet ittihaz edilmesi hususunda bk. aşağıda s 8, I, 3.

(36) Reinhardt, sh. 21; Karş. Kunze, sh. 32. Zimmermann'ın (sh. 73 - 74), nazariyesine mesnet olarak ileri sürdüğü Roma hukuku metinlerinden böyle bir neticenin çıkarılamıyacağı hususunda bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 551; Reinhardt, sh. 17 - 20; Thorens, sh. 51 - 52.

(37) Das Problem der Schadensforderung aus fremdem Interesse, Diss. Erlangen 1931, sh. 35 - 37.

## § 7, II, III

tindeki müvekkilin menfaatine tekabül eden bu zararı için karşı âkitten tazminat isteyebilir.

Reinhardt'ın (38) da beyan ettiği gibi bu görüş tarzı isabetli değildir; zira üçüncü şahsın alacaklıdan mesnetsiz dahi olsa tazminat istemesi ve bu hususta icabında dâva açması imkânının bulunması, alacaklının mes'ul olması demek değildir; mes'uliyetin şartları tahakkuk etmedikçe, üçüncü şahsın kendisine karşı dâva açması tehlikesi bulunsa ve hattâ böyle bir dâva açılmış olsa bile, alacaklı borçluya karşı mes'uliyetten kurtulmaya müteallik bir menfaat ileri süremez.

### III — Başkasının menfaatine hareket eden kimsenin, ona karşı mes'ul olmasa bile, onun zarar görmemesinde mamelekî menfaati bulunduğu fikrine dayanan nazariyeler.

Aşağıda inceleyeceğimiz nazariyelerin taraftarları, üçüncü şahsa karşı mes'ul olmasa dahi, alacaklının, onun zararının tazmininde, kendi mamelekî menfaatinin bulunduğu fikrindedirler; böylece alacaklı kendi mamelekî menfaatini ileri sürerek üçüncü şahsın zararının tazminini isteyebilecektir.

*1. Kendisiyle iş münasebetlerinde bulunulan kimseye kolaylık gösterme esasından hareket eden görüş tarzları.*

Bazı müelliflere göre (39), bir üçüncü şahıs menfaatine bir akit yapan kimsenin, bu akdin ifa edilmemesinden dolayı üçüncü şahsın

(38) Sh. 22.

(39) Bk. Burkhardt : Der Schadenersatzanspruch des Forderungsberechtigten bei Beschädigung des Gegenstandes der Leistung durch einen Dritten, Diss. Tübingen 1930, sh. 42 (bu müellif iade mükellefiyeti dolayısıyla mes'uliyet fikrine de başvurmaktadır - yukarıda not 35 e ait metne bk.); Franz Leonhard : Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, München - Leipzig 1929, s 90 - 91, sh. 201 vd.; Planck - Siber, s 249, Nr. 6, sh. 82 vd. (alacaklının üçüncü şahsın zararını rızasıyla tazmin ederek bu zararı sonradan üzerine alması nazariyesiyle karışık olarak - bk. aşağıda VI, 3); Oertmann, s 664, Nr. 4, a. Staudinger - Werner de, Vorbem zu §§ 249 - 255, Nr. 101, üçüncü şahısla iyi iş münasebetleri idamesi mülâhazasında kendi nazariyesini takviye zımında bahsetmektedir (Karş. aşağıda VI, 1, 2, not 108 e ait metin).

## § 7, III

uğradığı zararın tamamıyla telâfi edilmesinde, başkasına ait işleri ciddî olarak tâkip ettiğini ve sona erdirdiğini, hesabına hareket ettiği şahsın menfaatlerini lâyıkıyla koruduğunu göstermek, bu şahıstan ve başkalarından ileride yeni işler alabilmek gibi iş münasebetlerinde ehemmiyetli bazı mülâhazalar dolayısıyla bizzat kendisinin mamelekî menfaati mevcuttur. Bu mamelekî menfaatin mevcudiyetini belirtmek için kendisiyle iş münasebetlerinde bulunan kimseye kolaylık göstermek mükellefiyetinden (*Kulanzpflicht*) de bahsedilmektedir. Ademi ifa halinde üçüncü şahsın zarar görmemesinde zikri geçen mülâhazalarla alacaklının da mamelekî menfaati bulunmasından, onun üçüncü şahsın zararının tazminini talep edebileceği neticesi çıkarılmaktadır.

Bu nazariyede doğru olan cihet, üçüncü şahsın zararının tazmininde, umumiyetle onun hesabına hareket eden alacaklının da menfaati bulunduğu; ancak mezkûr nazariyenin taraftarları, bu menfaatin mahiyetini ve şümulünü tâyinde yanılmaktadırlar (40). Filhakika, alacaklının üçüncü şahsın zarardan masun kalmasına dair menfaati, ekseriya, mamelekî olmaktan ziyade hissî, mânevî, Zimmermann'ın (41) tâbiriyle «umumî bir hukukî menfaat» mahiyetini taşımaktadır; kendisiyle iş münasebetlerinde bulunan kimseye kolaylık gösterme mükellefiyeti de, karşı âkidin akit hükümlerini yerine getirmemesi halinde, alacaklının üçüncü şahsa karşı mes'uliyetini mucip olacak hukukî bir mükellefiyet mertebesine erişmiş bulunmamaktadır. Diğer taraftan bâzan, başkası menfaatine yapılan akdin karşı tarafça ifa edilmemesi yüzünden, alacaklı, üçüncü şahıstan yeni işler almak imkânını hakikaten kaybetmiş ve mamelekî bir zarara uğramış olabilir; alacaklı, güç olmakla beraber, böyle bir zararın mevcudiyetini ispat edebilse (BK. md. 42 f. II) ve bu hususta karşı âkitten tazminat isteyebilse dahi, bu tazminat üçüncü şahsın zararının karşılığını teşkil etmeyecek ve üçüncü şahıs, alacaklıdan, elde ettiği tazminatı kendine devretmesi hususunda herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Başka bir deyimle, böyle bir halde, karşı tarafın akdi ifa etmemesi yüzünden, alacaklının ve üçüncü şahsın uğradıkları zarar muhteva ve şümul itibariyle birbirinden farklı olacaktır (42). Alacaklının zararı yeni işlerden elde

(40) Bu husustaki tenkidler için bk. Reinhardt, sh. 23-24; Zimmermann, sh. 66; Kunze, sh. 34; Schlossmann, Bd. II, sh. 365 vd.; Schott, sh. 23.

(41) Sh. 66.

(42) Bk. Reinhardt, sh. 24; Tägert, sh. 7; Thorens, sh. 53.

### § 7, III

edebileceği kârdan mahrumiyetle alâkalıdır; halbuki üçüncü şahsın zararı, onun, yerine getirilmeyen borcun ifasına olan menfaatine tekabül eder. Netice itibariyle, üçüncü şahsın zararının telâfisi hususunda alacaklının menfaati olsa ve hattâ mezkûr menfaat mamelekî mahiyet taşısa bile, bu, üçüncü şahsın ifaya olan menfaatine tekabül etmeyecek ve alacaklının kendi menfaati kisvesi altında üçüncü şahsın menfaatini ileri sürmesi mümkün olamayacaktır. Bittabi alacaklının yalnız kendi menfaatinin tazminini talep edebileceği dogmasından vazgeçilecek olursa, onun, üçüncü şahsın zarardan masun kalmasına müteallik menfaati, üçüncü şahıs lehine tazminat isteyebilmesi hususunda kâfi görülebilir.

*2. Mamelekte eksiklik olmaksızın zarar husule gelebileceği nazariyesi.*

Komisyoncunun, müvekkili hesabına akdettiği akdin karşı tarafça ifa edilmemesi halinde, bizzat bir zarara uğramadığı fikrine karşı, Schmidt - Rimpler (43), yeni bir zarar mefhumu ortaya atarak, bu gibi hallerde komisyoncunun kendi zararının da bulunduğu ve bunun müvekkilinin zararına tekabül ettiğini ispata çalışmaktadır. Bu müellife göre, mamelekî zarar daima sadece mamelekte bir eksilme şeklinde tezahür etmez; gerçekte, mamelekte (44) vukua gelen ve onun sahibi için mahzurlu olan her değişiklik bir zarar teşkil eder. Böyle mahzurlu bir değişiklik mevcut olup olmadığını tesbit eylemek için, mamelek sahibinin mameleki vasıtasıyla ulaşmak istediği gayelerin tahakkukunun, mameleke tesir icra eden hâdisenin vukuu neticesinde, imkânsızlaşmış veya güçleşmiş olup olmadığı hususu gözönünde tutulmalıdır; mamelek sahibinin müşahhas gayeleri tesbit edilemezse makul bir insanın normal olarak mameleki vasıtasıyla erişmek istediği gayelerin gerçekleşmesinin imkânsızlaşmış veya güçleşmiş olup olmadığına bakılmalıdır. Demek oluyor ki, mameleke tesir eden hâdiseler neticesinde, mamelekte, onun sahibinin mameleki vasıtasıyla ulaşmak istediği gayenin tahakkukunu imkânsızlaştıracak veya güçleştirecek bir değişiklik husule gelmesi, mamelekî bir zarar teşkil eder; yalnız bu gayenin, zarar

---

(43) Ehrenbergs Handbuch, Bd. I, 1, sh. 904 - 905.

(44) Schmidt - Rimpler (sh. 904), mameleke zilyedlik ve hukukî durumu (Rechtsslage) dahil etmektedir.

### § 7, III

verici hâdise olmasaydı tahakkuku kuvvetle muhtemel olmalıdır (45).

Eğer bir kimse kendi mameleki içinde bulunan veya ileride mameleki içine dahil olacak olan bir hakkı veya şeyi başka bir şahıs için tedarik veya ona devretmek taahhüdü altına girmiş bulunuyorsa, bu hak veya şey, onun tarafından başkasına nakledilmek üzere tahsis edilmiş olur ve onun menfaati bu nakil keyfiyetinde ifadesini bulur. Bahis mevzuu hak yok edilecek, şey hasara uğratılacak veya telef edilecek olursa, mamelek sahibinin hak veya şeyi başkasına nakil gayesini gerçekleştirme imkânsızlaşır; onun bu yüzden mamelekinde bir eksilme husule gelmese dahi, kendisi için mahzurlu bir değişme vukubulmuştur; zira, artık o, mamelekiyle tâkip ettiği bir gayeyi, mamelekine dahil olan veya ileride dahil olacak hak veya şeyi başkasına devir (veya hasardan arî olarak devir) gayesini gerçekleştiremeyecektir. Alacaklının (46), hakkı veya şeyi üçüncü şahsa devir borcunun, bu devri imkânsız kılan hâdisede kendisinin kusurlu bir dahli bulunmaması sebebiyle sukut etmiş olması vaziyeti değiştirmez; zira, burada şeyin üçüncü şahsa tahsisi hukukî değil, psikolojik bir faktördür. Alacaklı mamelek sahibinin böylece hakkı veya şeyi başkasına nakil gayesini gerçekleştirememesi yüzünden uğradığı zarar aynen veya nakden tazmin edilebilir. Aynen tazmin mümkün değilse, nakdî tazminat, zarar verici hâdise husule gelmeseydi, alacaklı, üçüncü şahsa hakkı veya şeyi nakil suretiyle nasıl bir menfaat sağlayacak idiyse buna göre, yani üçüncü şahsın ifaya olan menfaatine göre hesaplanmalıdır.

Schmidt - Rimpler, nakdî tazminatın ancak mamelekteki bir eksilmeyi karşılayabileceği yolunda vukuu muhtemel bir itiraza karşı, alacaklı yerine üçüncü şahsın zarara uğradığı hallerde, alacaklının, mamelekinde bir eksilme olmaksızın husule gelen mahzurlu değişikliğin izalesine olan menfaatinin, pekâlâ nakdî tazmin suretiyle tatmin edilebileceğini ileri sürmektedir. Böylece Schmidt - Rimpler'e nazaran, sun'i ve dolambaçlı yollara gitmeksizin, alacaklının kendi mamelekî menfaatini ileri sürerek üçüncü şahsın zararının tazminini isteyebilmesi mümkün olabilecektir.

---

(45) BGB § 252 ye kıyasen; bu hükmün metni için bk. aşağıda not 50 ye ait metin.

(46) Burada alacaklı, mamelekinde eksilme husule gelmeksizin kendisi için mahzurlu değişiklik husule gelen ve böylece bir zarara uğrayan şahıs olarak mütalâa edilmektedir.



### § 7, III

Schmidt - Rimpler'in nazariyesi, Reinhardt'ın (47) haklı tenkidlerine mâruz kalmıştır. Filhakika, mamelekte eksiklik husule getirmeyen bir fenalaşma, mahzurlu bir değişiklik, ancak mamelekin sadece para ile ölçülebilen kıymetlerden terekküp etmediği kabul edildiği takdirde tasavvur olunabilir; ancak, bu takdirde, artık mamelekteki eksilme teşkil etmeyen mahzurlu değişikliğin ölçüsü de para olmamalıdır; halbuki Schmidt - Rimpler bu hususta ölçü olarak yine paraya başvurmaktadır.

Kaldı ki, halen doktrinde hâkim olan görüş mucibince (48), ifaya olan menfaatin tazminine dair talep hakkı ancak para ile ölçülebilen bir zarar için bahis mevzuu olabilir. Halbuki, mamelek sahibinin tâkip ettiği gayenin gerçekleşmemesi her zaman böyle para ile ölçülebilen bir zarara meydan vermez. Aksi fikri müdafaa eden Schmidt - Rimpler (49), mamelek vasıtasıyla istihdaf olunan gayenin tahakkuku imkânsızlığının mamelekî bir zarar teşkil edeceği esasının BGB tarafından da kabul edildiğini beyan etmekte ve kâr mahrumiyetiyle alâkalı BGB § 252 yi bu esasın tatbikine dair bir misâl olarak göstermektedir. Mezkûr hükme göre (50) : «Tazmin edilecek zarar, mahrum kalınan kârı da içine alır. Hâdiselerin müttad cereyan tarzına veya halin hususî icaplarına, hususiyle alınan tertip ve tedbirlere nazaran beklenebilmesi kuvvetle muhtemel olan kâr, mahrum kalınmış kâr olarak addolunur». Schmidt - Rimpler'e nazaran, nasıl mameleke dahil olan bir şey muayyen bir gayeye, kâr temini gayesine tahsis edilip de tâkip olunan gayenin elde edilememesi bu hüküm mucibince mamelekî bir zarar teşkil ediyorsa, şey üçüncü şahsa nakil gayesine tahsis edilip bu gayenin imkânsızlaşması da aynı şekilde bir zarara vücut verir. Fakat, müellif, üçüncü şahsın zararı halinde, bizzat alacaklının bu zarara tekabül eden ne kâr mahrumiyeti şeklinde, ne de başka bir şekilde zararı bulunmadığını gözden uzak tutmaktadır (51); bu gibi hallerde üçüncü şahsa devri gereken hak veya şeyin devredilememesinden dolayı bir kâr mahrumiyeti ancak üçüncü şahıs için bahis mevzuu olabilir. Kâr mahrumiyetinde zararı teşkil eden, mamelek sahibinin tâkip ettiği

---

(47) Sh. 26 - 28. Thorens, sh. 54 - 55 ve Schott, sh. 26 ya da bk.

(48) Enneccerus - Lehmann, s 14, II, sh. 59; H. A. Fischer, sh. 23; Reinhardt, sh. 26.

(49) Sh. 905.

(50) Bk. yukarıda not 45.

(51) Bu fikirde Reinhardt, sh. 27; Tägert, sh. 9; Rodig, sh. 20.

### § 7, III

gayenin gerçekleşmemesi vakıası değil, bu vakıa neticesinde önceden beklenen bir para miktarının, yahut para ile ölçülebilen bir kıymetin mameleke girmemesidir; böyle bir keyfiyet ise, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin ortaya çıktığı hallerde, alacaklının mamelekinde kendisini göstermemektedir.

Hülâsa, alacaklının şeyi üçüncü şahsa tahsis hususundaki gayesinin gerçekleşmesinde, Reinhardt'ın (52) da tesbit ettiği gibi, daha ziyade hissî, mânevî bir menfaati vardır; bu, Schmidt-Rimpler'in iddiası veçhile, mamelekî bir menfaat değildir; alacaklının mezkûr gayesinin gerçekleştirilmesinde istisnaen mamelekî bir menfaati bulunsa ve o, bu menfaatin ihlâlinden uğradığı zararın miktarını isbat edebilse bile, alacaklının bu menfaati şümul ve muhteva itibariyle üçüncü şahsın ifaya olan menfaatine tekabül etmeyecek (53) ve alacaklının elde ettiği tazminat üzerinde üçüncü şahıs bir hak iddia edilemeyecektir.

3. *Üçüncü şahsın menfaatinin onun hesabına akit yapan şahsın kendi menfaati sayılması gerektiği fikri.*

Windscheid'in fikrince (54), başkasının menfaatine akit yapan kimse, onun menfaatini kendi menfaati kılmaktadır; binaenaleyh akdin ifa edilmemesi halinde üçüncü şahsın uğradığı zararın tazmini kendi menfaatimiş gibi isteyebilir (55). Bir çok müelliflerin de belirttiği gibi (56), Windscheid'in bu beyanı, temeli olmayan bir fiksiyonun ifadesinden ibarettir. Bir kimsenin başkası menfaatine akit yapması halinde, bu akdin ifası hususunda akdi yapanın ve lehine hareket ettiği şahsın menfaatleri arasında bir ayniyet yoktur; akdi yapanın ademi ifadan bizzat zarar görmediği, sadece menfaatine hareket ettiği üçüncü şahsın zarar gördüğü hallerde bu menfaatlere tetabuk etmediği aşikâr olarak gözükmektedir.

Bâzan da Windscheid'in görüşü tadil edilmekte ve alacaklının üçüncü şahısla arasındaki münasebet mucibince onu temsilen, onun menfaatini kendi menfaati gibi ileri sürebileceği beyan olunmakta-

(52) Sh. 28.

(53) Karş. Neuner, ACP, Bd. 133, sh. 298, not 66.

(54) Lehrbuch des Pandektenrechts, II, 5. Aufl. Düsseldorf 1879, s 258, Nr. 3.

(55) Bu formüle eski bazı mahkeme kararlarında da rastlanmaktadır : RGE 40, 89; ROHG, 17, sh. 79.

(56) Bk. Kunze, sh. 46-47.

## § 7, III, IV

dır (57). Ancak, üçüncü şahsı temsilen onun menfaatini dermevan edebilmek için, bizzat üçüncü şahsın tazminat isteyebilmek hakkı olmalıdır ki, bu da isbata muhtaç bir husustur (58).

### IV — Alacaklının geçici menfaati nazariyesi.

#### 1. Nazariyenin dayandığı esaslar.

Alacaklının geçici menfaati (*transitorisches Interesse*) nazariyesi ilk defa von Tuhr (59) tarafından ortaya atılmış ve yakın zamanlara kadar pek çok taraftar bulmuştur (60). Bu nazariye mucibince, kendisine teslim edilecek olan bir şeyi başkasına devretmekle mükellef olan alacaklının, bu şeyin objektif kıymeti nisbetinde ona taallûk eden geçici bir menfaati mevcuttur; binaenaleyh, ademi ifa halinde alacaklı, şeyi kendisine devretmekle mükellef olduğu üçüncü şahsın menfaatini değil, şeyin objektif kıymetine tekabül eden kendi menfaatini ileri sürerek borçludan tazminat isteyebilir. Von Tuhr (61) şeyi başkasına devretmekle mükellef olan alacaklıya misal olarak vasıtalı mümessili, komisyoncuyu göstermektedir. Vasıtalı mümessilin müvekkili hesabına akdettiği mukavele mucibince kendisine yapılacak eda, onun mamelekinin aktifini, bu edanın objektif kıymeti nisbetinde arttıracaktır; bununla beraber, edanın yapılmasıyla birlikte, vasıtalı mümessil için, eda edilen şeyi müvekkiline devir mükellefiyeti (*Herausgabepflicht*) doğacaktır; vasıtalı mümessil şeyi müvekkiline devredeceği cihetle, bu şey, onun mamelekinin aktifinde geçici, muvakkat bir kalem (*als Durchgangsposten*) olarak yer almaktadır; bu itibarla, vasıtalı mümess-

---

(57) Bk. **Rehbein** : Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. II, 1903, sh. 55 vd.; **Josef**, ACP, Bd. 113, sh. 119 vd.; **Cosack - Mittels** : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. Jena 1927, s 148, II, sh. 403; **Endemann** : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, sh. 722; ROHG, Bd. XI, sh. 258 - 259. Karş. aşağıda s 8, I deki Treuhänderschaft (mutemedlik) nazariyesi.

(58) Karş. **Pestalozzi**, sh. 74.

(59) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 536 - 537; aynı müellif, Kr VJ Schr. Bd. 47, sh. 68 vd.

(60) **Kunze**, sh. 16 - 21; **Kress**, sh. 294 vd.; **Franz Leonhard**, sh. 201; **Oertmann**, Vorbem. zu s 249, 3 b,  $\alpha$ ; **Oberscheidt**, sh. 6 vd.; **H. A. Fischer**, sh. 82 vd., sh. 113 - 114. İsviçre hukukunda **Becker**, Art. 97, Nr. 46.

(61) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 536.

silin edanın yapılmasına olan menfaati geçici bir mahiyet taşımaktadır; bu husustaki kat'i menfaat, aktedilen mukaveleye nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan müvekkile aittir. Alacaklının geçici menfaatinin şümulü, edanın objektif kıymetine göre tâyin olunmalı ve alacaklının sübjektif münasebetleri nazara alınarak bu miktar yükseltmemelidir; zira, eda mevzuu, geçici bir kalem teşkil ettiğinden, alacaklının mamelekinin diğer unsurlarıyla münasebet haline girmemelidir. Halbuki yapılan akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan müvekkilin edaya olan kat'i menfaati, şeyin kıymetini aşabilir; çünkü eda, onun mamelekinde kâr getirici veya zarar önleyici başka tesirler icra edebilir. Alacaklının geçici ve üçüncü şahsın kat'i menfaatleri baliğ oldukları miktarların daha küçük olanı nisbetinde birbirine tetabuk eden menfaatlerdir (*Coincidenten-interessen*); eda alacaklıya yapılmış olsaydı, netice itibariyle üçüncü şahsa intikal edecekti; ancak eda mevzuunun üçüncü şahsa devredilmesinden sonradır ki, eda yalnız bu üçüncü şahsın alâkalı olduğu daha başka iktisadî neticeler doğurabilir.

Von Tuhr (62) ve Kunze'ye (63) göre, bir kimsenin mâliki olduğu, fakat bir üçüncü şahsa devretmekle mükellef bulunduğu şeye, buna ait hasarın üçüncü şahsa intikalinden sonra bir zarar ika edilen hallerde de, mâlikin geçici menfaatini ileri sürerek şeyin objektif kıymeti nisbetinde tazminat istemesi kabildir; ezcümle, satılan şeye teslimden önce, fakat hasarın intikalinden sonra bir zarar verilecek olursa satıcı geçici menfaatine müsteniden tazminat talep edebilir.

Geçici menfaat nazariyesi taraftarlarının fikrinde, borçlu yapacağı edayı alacaklının zaten üçüncü şahsa devretmekle mükellef olduğunu veya alacaklının mâliki olduğu şeyin hasarının üçüncü şahsa intikal ettiğini ileri sürerek, alacaklının şeyde menfaati olmadığını, binaenaleyh ademi ifa veya şeye hasar ikai yahut şeyin telef edilmesi dolayısıyla zarara uğramadığını iddia edemez; zira von Tuhr'a (64) göre, borçlu, alacaklının üçüncü şahısla olan münasebetlerine istinad edemez; burada üçüncü şahısla alâkalı bir def'in (*Einrede ex persona tertii*) dermeyanına cevaz olmadığı esası tat-

(62) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 537, not 26.

(63) Sh. 16.

(64) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 536, not. 24. Aynı fikirde Oertmann, Vorbem. 3, b, α vor §§ 249 ff.

## § 7, IV

bik edilmelidir (65). Kaldı ki, alacaklının üçüncü şahısla olan münasebetinin ortadan kalkması ve geçici menfaatinin kat'i menfaate inkılâp etmesi her zaman imkân dahilindedir (66). Yahut alacaklı, üçüncü şahsa tazminat ödemeyi göze alarak, şeyi daha yüksek fiatla bir başka müşteriye satabilir; bu da onun şeyin tesliminde bizzat menfaati olduğunu gösterir. (67).

### 2. Nazariyenin tenkidi.

Alacaklının geçici menfaati nazariyesi şu bakımlardan tenkid edilebilir :

a) Krüickmann (68) ve Reinhardt'a (69) göre, alacaklının kendi menfaati ya vardır, ya da yoktur; geçici olan, alacaklının aktifine girecek olan kalemdir, yoksa alacaklının bu şeye taallük eden menfaati değildir. Menfaatin geçici olarak tavsifiyle meselenin esasındaki güçlüğü bertaraf etmek kabil değildir; bu güçlük de, mülküne girecek veya halen dahil bulunan şeyi üçüncü şahsa devretmek mükellefiyetinde olan alacaklının, bu şey elinden çıkacak olmasına rağmen onda menfaati bulunduğunu isbat etmektedir (70)

b) Reinhardt'ın kanaatinde (71), geçici menfaat nazariyesi, alacaklının, teslim edilecek şeyin geçici de olsa mâliki olacağı veya akit dışı mes'uliyetin bahis mevzuu olduğu hallerde, zararın ikâri ânında mâlik vaziyetinde bulunduğu vakıasına ve mâlikin şeyde hiç olmazsa onun objektif kıymeti nisbetinde bir menfaati bulunduğu düşüncesine dayanmaktadır; halbuki mülkiyet hakkının, sahibi için daima asgarî olarak taallük ettiği şeyin objektif kıymetine müsavi

---

(65) Geçici menfaat nazariyesinin diğer taraftarları, alacaklının menfaatinin edanın imkânsız hale gelmesiyle ortadan kalkmadığını BGB § 281 hükmü ile izaha çalışmaktadırlar. Bu hususta tafsilât için bk. aşağıda 2, c.

(66) Von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 536, not 24; Kunze, sh. 16 - 17.

(67) Kunze, sh. 17; von Tuhr, Kr VJ Schr. Bd. 47, sh. 69.

(68) Sh. 246.

(69) Sh. 29 - 30.

(70) Aynı fikirde Rodig, sh. 9 - 10; İsviçre Hukukunda Getpke, sh. 67 not 75.

(71) Sh. 30 - 34.

## § 7, IV

bir değer taşıdığı fikri isabetli değildir (72); meselâ, çalınmış ve mâliki tarafından ele geçirilmesi pratik bakımdan mümkün olmayan bir şeyin kıymeti, mâlik bakımından sıfıra müsavidir; yahut bir su baskını halinde bir kaya üstünde kalan, fakat yükselen suların biraz sonra alıp götüreceği bir köpek de, sahibi için, henüz mülkiyet hakkının mevcut olmasına rağmen artık mamelekî bir değer arzmemektedir; şey üzerindeki mahdut aynî haklar veya şeyin muayyen bir müddet için kullanılması salâhiyetini bahşeden alacak hakları da (meselâ, uzun müddetli bir kira), onun mâliki için arzettiği iktisadî değeri ,objektif kıymetinin altına düşürebilirler. Şeyin başkasına devredilmesi mükellefiyetinin bulunması da, aynı şekilde onun malik bakımından arzettiği iktisadî değeri ortadan kaldırılabılır; malik şeyi bir başkasına daha satabilecek olsa bile elde edeceği kârı, Reinhardt'a göre (73), haksız iktisap hükümleri mucibince (BGB § 816), ilk alıcıya iade etmek mecburiyetindedir (74)

Alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki münasebetin ortadan kalkması ve alacaklının geçici menfaatinin kat'i menfaate inkılâp olması imkânının bulunması da, zararın ikaından evvel bu imkân gerçekleşmiş olmadıkça, alacaklının bir zarara uğramayıp sadece üçüncü şahsın zarara uğramış olması müşahhas vakiasını değiştirmez. Aksi kabul edilecek olursa, alacaklının şey üzerindeki mülkiyetini ileride herhangi bir surette kaybetmesi imkânı bulunduğu, binaenaleyh şeyin teslim edilmemesiyle veya telef yahut tahrip edilmesiyle bir zarara uğramayacağı fikri de aynı derecede kuvvetle müdafaa edilebilir (75).

c) Borçlunun alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki münasebete istinad etmesinin, üçüncü şahısla alâkalı def'i (76) ileri sürmeğe cevaz olmadığı esasına aykırı olduğu iddiası yerinde değildir; zira

(72) Aynı fikirde Thorens, sh. 57.

(73) Sh. 34.

(74) Bu husus münakaşa edilebilir; fiilhakika şeyi ikinci defa satan satıcı malik sıfatını taşıdığı için iktisabı haksız değildir. Bk. ayrıca Tandoğan), Vekâletsiz iş görme, sh. 111, not 62 ye ait metin; sh. 324-325.

(75) Reinhardt, sh. 35.

(76) Şunu da belirtmek lâzımdır ki von Tuhr (Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 536, not 24), kendisini tenkid eden müelliflerin (bk. aşağıda not 77), iddia ettikleri gibi üçüncü şahsın hakkına dayanan bir defiden (exceptio ex jure tertii) değil, üçüncü şahısla alâkalı defiden (Einrede ex persona tertii) bahsetmektedir.

## § 7, IV

burada borçlu üçüncü şahsa ait *bir hakkı, bir def'i* değil, sadece alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki münasebet neticesinde alacaklı için bir zarar husule gelmediği *vakiasını* bir *itiraz* olarak dermeyeran eylemektedir (77). Borçlu, alacaklının şeyi başkasına devir borcu olduğu vakiasına istinad edebilince, şeyi alacaklıya teslim etmemek veya onu hasara uğratmak veya yok etmekle, alacaklının da bu devir borcundan kurtulduğunu, binaenaleyh aktifine girecek veya aktifte mevcut kalemin kalkmasıyla pasifte yer alacak olan veya mevcut bulunan devir borcunun da ortadan kalktığını ve alacaklının neticede bir zararı olmadığını iddia edebilecektir (78).

Alacaklının da şeyi üçüncü şahsa devir borcundan kurtulduğu, binaenaleyh bir zararı olmadığı fikrine karşı Bredow (79), alacaklı ile borçlu ve alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki münasebetlerin birbirinden müstakil olduğunu, binaenaleyh her iki münasebette de taraf olan alacaklı istemedikçe, onun borçluyula olan münasebetinde uğradığı zararın hesabında üçüncü şahısla olan münasebetinin nazara alınamayacağını beyan eylemektedir; böylece alacaklı, kendisinin uğradığı kâr mahrumiyetinin zararın hesabında nazara alınması için üçüncü şahısla olan münasebetini (meselâ onunla yaptığı bir satış akdini) borçluya karşı ileri sürebilecek, fakat borçlu alacaklının zararı bulunmadığını gösterebilmek için onun üçüncü şahısla olan münasebetini ortaya atamayacaktır. Reinhardt'ın da (80) belirttiği veçhile, alacaklıya imtiyaz tanıyan böyle bir tefrik tamamen keyfi bir mahiyet taşımaktadır (81).

Bazı müellifler de (82), alacaklının (S) şeyi devir borcundan kurtulduğu, binaenaleyh zararı bulunmadığı iddiasına karşı, BGB § 281 e başvurumaktadırlar. Bu hüküm mucibince, daha yukarıda

---

(77) Bk. Reinhardt, sh. 35 - 36; Kunze, sh. 17 - 18; Rappaport : Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904, sh. 236 - 244; Neuner, ACP 13 (133), sh. 280; Schmidt - Rimpler, sh. 902; Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 99; Rodig, sh. 8; Nebelsieck, sh. 5 vd.

(78) Schmidt - Rimpler, sh. 901.

(79) Sh. 42 vd., hususiyle sh. 43 - 46.

(80) Sh. 36 - 37.

(81) Kress, sh. 294 - 297; Kunze, sh. 18 - 20; Oertmann, Vorbem. zu §§ 249 ff., Nr. 3.

(82) Aynı fikirde Wilburg, Jher. Jb. Bd. 82 (46), sh. 71 vd.

## § 7, IV, V

da ifade ettiğimiz üzere (83), edanın imkânsızlığı halinde borçlu (S) (84) imkânsız eda yerine kaim olan tazminat alacağını kendi alacaklısına (Ü ye) temlik ile mükelleftir; eğer imkânsızlık halinde borcu ortadan kalktığı için borçlunun (S nin) bir zararı olmasa temlik edilecek bir tazminat alacağı da doğmaz ve mezkûr hükmün bir mânası kalmazdı denilmektedir. Ancak, Reinhardt'ın da (85) beyan ettiği gibi, bu hükme tazminat alacaklısı borçlunun (S nin) zararının mevcudiyetini isbat için değil, fakat onun kendi zararı olmasa bile üçüncü şahsın zararı için tazminat isteyebileceğini göstermek bakımından başvurmak belki daha yerinde olurdu.

d) Alacaklının geçici menfaati nazariyesi, üçüncü şahsın ifaya olan menfaatinin şeyin objektif kıymetinden fazla olduğu hallerde, onun zararının tamamını karşılamağa imkân vermemektedir. Bundan başka, alacaklının kendisine yapılacak edayı üçüncü şahsa devir mükellefiyetinin bulunmadığı hallerde, bu nazariyeye müsteniden üçüncü şahsın zararının tazminini temin etmek kabil değildir; meselâ üçüncü şahsın edaya yakınlığı (86) veya işçisinin hizmetinden mahrum kalmasına rağmen ücret ödemesi yüzünden (87) zarar gördüğü vaziyetlerde, bu nazariyenin tatbik kabiliyeti yoktur. Diğer taraftan, borçlu, alacaklının mamelekinin aktifinde geçici olarak dahi olsa bir arttırma husule getirecek bir edada bulunmadığı takdirde, yine mezkûr nazariye tatbik edilemez; meselâ alacaklı üçüncü şahsa ait şeyi muhafaza için borçluya verdiği ve bu sonuncu da şeye sırf akde muhalif hareketiyle bir zarar ika ettiği takdirde (88) vaziyet böyledir.

### V — Objektif menfaat nazariyesi.

#### 1. Nazariyenin esasları.

Neuner (89), maddî zararın, mamelekin zarar verici hâdisenin vukuundan sonraki vaziyetiyle bu hâdise vukua gelmeseydi arzede-

(83) Bk. yukarıda s 3, IV, 1.

(84) Üçüncü şahsa karşı borçlu olan S, şeyi kendisine teslim etmeyen veya hasara uğratan yahut telef eden T ye karşı tazminat alacaklısı vaziyetindedir.

(85) Sh. 37.

(86) Bk. yukarıda s 6, IV.

(87) Bk. yukarıda s VI, 1.

(88) Bk. yukarıda s 6, III.

(89) Interesse und Vermögenschaden, ACP, 133 (1931), sh. 277 vd.



## § 7, V

ceği vaziyet arasındaki fark olarak târifinin ve mağdurun bu hâdisenin vukua gelmemesine olan menfaatinin müşahhas olarak, onun şahsıyla alâkalı şartlar, şahsî münasebetleri nazara alınarak hesaplanmasının her vakit isabetli neticelere sevketmediği fikrinden hareket ederek, yeni bir zarar târifi ve zararın hesaplanması tarzı teklif etmektedir. Neuner'e göre (90), mamelekî zarar, mamelekî kıymeti olan bir menfaatin, yani muamelâtta para mukabili iktisap veya devredilen bir varlığın ihlâli veya sahibinin ondan mahrum edilmesi olarak tarif ve bahis mevzuu menfaatin şümulü objektif surette tesbit edilmelidir. Zararın objektif surette hesaplanması, ihlâl edilen varlığın, edanın objektif kıymeti, piyasa kıymeti nazara alınmak şeklinde olur; böylece, alacaklının kendisine yapılacak edaya, yahut haksız fiile mâruz kalan şahsın ihlâl edilen varlığına müteallik menfaati, bu eda veya varlığın objektif kıymetinden daha az olsa bile, alacaklı veya mağdur objektif kıymetin tazminini isteyebileceklerdir. Neuner (91), alacaklı veya mağdurun şahsıyla alâkalı şartları gözönünde tutan sübjektif veya müşahhas hesaplama tarzından da tamamen sarfınazar etmemekte, ancak bu hesaplama tarzına, alacaklı veya mağdur edanın veya ihlâl olunan varlığın objektif kıymetinden daha fazla bir zarara uğradığını iddia ederse başvurulabileceğini beyan eylemektedir. Hulâsa, zararın hesaplanmasında, kaideten edanın veya ihlâl edilen varlığın objektif kıymeti esas ittihaz edilecek, alacaklının veya mağdurun sübjektif menfaati ancak bu kıymetten yüksek olduğu ve onun tarafından talep edildiği takdirde hesaba katılacaktır; fakat bu sübjektif menfaatin objektif kıymetten düşük olduğu veya hiç bulunmadığı iddiası dinlenilmeyecektir (92).

---

(90) ACP, 133 (1931), sh. 290 ve 306.

(91) ACP, 133 (1931), sh. 296, 302, 307, 316.

(92) Yalnız Neuner (sh. 295 - 296), taraflar arasındaki borç münasebetinden objektif kıymetten daha düşük olan menfaatin tazmini gerektiği istihraç edilen hallerde sadece bu menfaatin nazara alınması hususunda bir istisna kabul ve vekâlet akdinde vaziyetin böyle olduğunu, akdın ivazsız olmasının da bazan bu hususa delâlet edebileceğini beyan eylemektedir.

Neuner'in umumî olarak zararın hesaplanması hakkında ileri sürdüğü bu nazariye (93), kendi ifadesi veçhile (94), üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin ortaya çıktığı hallerin bir kısmına da çare bulmaktadır (95). Filhakika, zararın hesaplanmasında kaideten alacaklının, hukukî varlığı ihlâl edilen kimsenin subjektif menfaati nazara alınmayınca, onun böyle bir menfaati bulunmasa ve sadece üçüncü şahsın edanın yapılmasında veya ihlâlin vukubulmamasında menfaati olsa dahi, alacaklı veya varlığı ihlâl edilen şahsın edanın veya bahis mevzuu varlığın objektif kıymetinin tazmini isteyebilecek ve bu husustaki talep hakkını, yahut aldığı tazminatı üçüncü şahsa devredebilecektir.

Neuner (96), nazariyesini haklı göstermek için, eğer borçlu tarafından alacaklının menfaatinin edanın objektif kıymetinden az olduğu veya hiç bulunmadığı yolunda ileri sürülen iddialar dinlenecek olursa ademi ifaya prim verilmiş olacağını beyan eylemekte ve şu suali ortaya atmaktadır : Alacaklı aynen ifayı talep ettiği takdirde, borçlu, onun menfaatinin azlığını veya yokluğunu ileri süremez; niçin kusuruyla aynen ifayı imkânsız kılan borçluya bu gibi iddialarda bulunmak salâhiyeti tanınmalı ve o kusuru neticesinde eskisinden daha iyi bir vaziyete sokulmalıdır?

Bundan başka Neuner (97), zararın esas itibariyle muayyen bir şahıstan ve onun mamelekenden mücerret olarak hesaplanmasını, tazminat talebinin gayesinin, subjektif bakımdan bir menfaat bulup bulunmadığına bakılmaksızın, ihlâl edilen hakkı müeyyidelen-

---

(93) Benzer fikirde **O. Chr. Fischer** : Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1905, sh. 146; **Hellwig**, sh. 88; **Rabel** : Unmöglichkeit der Leistung, Festschrift für E. J. Bekker, 1907, sh. 14; **Wilburg**, Jher, Jb. Bd. 82, sh. 125 vd.; aynı müellif : Die Elemente des Schadensrechts, sh. 250 - 251; yalnız tazminat alacaklısının menfaatinin objektif kıymetten düşük olduğu haller için **von Tuhr - Siegwart**, s 15, V. **Weimar**, Juristische Rundschau, 1960, sh. 375. Karş. **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, sh. 277 - 278. **Lehmann** da (Festschrift für Hedemann, sh. 182), üçüncü şahsın zararının, alacaklının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati bulunmaksızın tazmin edildiği hallerde, tazminatın objektif kıymete münhasır kalması fikrindedir.

(94) ACP, 133 (1931), sh. 297 vd.

(95) Aynı fikirde **Blomeyer**, sh. 224.

(96) ACP, 133 (1931), sh. 293 - 294.

(97) ACP, 133 (1931), sh. 294 ve 304.

## § 7, V

dirmek, borç münasebetini sağlamlaştırmak olduğu şeklinde izaha çalışmaktadır.

### 2. Nazariyenin tenkidi.

Neuner'in objektif menfaat nazariyesi muhtelif tenkidlere mâruz kalmıştır :

a) Reinhardt'a göre (98), Neuner kanun vazı tarafından tek ve yeknesak olarak derpiş edilen bir talep hakkını, tazminat talebi hakkını, bir zaruret olmadığı halde, mahiyet itibariyle birbirinden tamamen farklı iki kısma parçalamaktadır : bunlardan biri mağdurun şahsı ile alâkalı şartlardan ve mamelekinin diğer unsurlarından tecerrüd ederek edanın veya ihlâl edilen varlığın sadece objektif kıymetinin tazminine, diğeri ise, aksine, mağdurun mameleki bir bütün olarak nazara alınmak suretiyle bu mamelekte husule gelen kötü neticelerin telâfisine yönelmektedir; halbuki, mer'i hukuk, tek ve sübjektif (müşahhas) olarak hesaplanan bir tazminat talebi tanımaktadır (99).

b) Staudinger - Werner'in fikrinde (100), tazminat talebinin başlıca gayesi Neuner'in beyan ettiği gibi ihlâl edilen hakkı müeyyidelenmek değil, hak sahibinin fiilen mâruz kaldığı zararı telâfidir; tazminatta zarar ika eden şahsın eda edeceği bir kısas (*Sühne*) mahiyeti yoktur. Haddizatında tazminat ödeme mükellefiyeti doğuracak olan bir fiil ika eden kimse, maddî sebepler yüzünden bu fiilinden hiç bir zarar doğmayacak olursa, tazminatla mükellef olmaz; meselâ kıymetli bir vazoyu parçalamak kasdıyla bu vazoyu yumruklayan, fakat vazunun sağlam bir madenden yapılmış olması dolayısıyla bu fiili tesirsiz kalan kimse tazminat ödemeğe mecbur değildir. İhlâl edilen hukukî varlığın sahibi maddî değil, hukukî sebepler yüzünden bir zarara uğramazsa fâil yine tazminat ödemekle mükellef tutulmamalıdır; ezcümle kıymetli vazoyu S, Ü ye satsa ve hasar teslimden önce bu sonuncuya intikal etse ve T bu vazoyu yumruğuyla parçalasa, hasar Ü ye intikal ettiğinden S nin maddî değil, fakat hukukî bir sebepten (hasarın intikali esasından) dolayı bir zararı yoktur; binaenaleyh maddî bir sebepten dolayı za-

---

(98) Sh. 41.

(99) Aynı fikirde Thezens, sh. 59. Bu tenkide karşı bk. Neuner, ACP, 133 (1931), sh. 314.

(100) Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 99.

rarın bulunmadığı hallerde olduğu gibi, hukukî bir sebep dolayısıyla S nin bir zararının doğmadığı hallerde de, S şeyin objektif kıymetini veya Ü nün menfaatini ileri sürerek bir tazminat talebinde bulunamamalıdır.

c) Objektif menfaat nazariyesi, üçüncü şahsın menfaatinin edanın veya ihlâl edilen varlığın objektif kıymetinden yüksek olduğu hallerde, onun zararının tamamını karşılamaya imkân bahşetmektedir (101).

Neuner (102) bu tenkide karşı, üçüncü şahsın objektif kıymetten yüksek olan menfaatinin, akitte sarahaten veya zımnen kararlaştırılmış olmadıkça, tazmin edilmemesinin hakkaniyete uygun olacağı kanaatini izhar eylemektedir; zira, müellife göre, borçlu alacaklısının zararın şumulüne tesir edebilecek şahsî münasebetlerini ve vaziyetini önceden az çok kestirebilir; üçüncü şahıs hakkında bu imkâna sahip değildir. Bununla beraber, bu delile karşı, alacağın temlik halinde de temellük edenin şahsî vaziyetinin ve edaya olan menfaatinin temlik edeninkinden farklı olması rizikosunun bulunduğu ve borçlunun bu rizikoya katlanması gerektiğinin dermeyer edilebileceğini Neuner de itiraf etmekte, ancak borçlunun borcun muhtevası bakımından ehemmiyetli def'ileri temellük edene karşı da ileri sürmesi mümkün olduğu cihetle temlikte vaziyetin farklı olduğunu beyana çalışmaktadır. Şu kadar ki, alacaklının üçüncü şahsın menfaatinin objektif kıymetten fazla olan kısmı için de tazminat talep etmesi halinde, defiler bakımından borçlunun vaziyeti temlikte olduğundan fena değildir; alacaklıya karşı eskiden haiz olduğu defileri bu takdirde de ileri sürmesine bir mâni yoktur. Neuner alacağın temlik halinde, temlikten sonraki ademi ifaya müteallik tazminatın, temellük edenin değil, temlik edenin menfaatine göre hesaplanması gerektiği yolunda bir Reichsgericht kararı da (103) zikretmekte ise de, kanaatimizce bu kararı tasvip etmek kabil değildir.

d) Bazı zararların, meselâ borçlunun temerrüdü halinde üçüncü şahsın gecikme dolayısıyla uğradığı zararın, edanın objektif kıymetine göre hesaplanması kabil değildir (104). Binaenaleyh, objek-

(101) Bk. Reinhardt, sh. 41 - 42.

(102) ACP, 133 (1931), sh. 300 - 301.

(103) JW, 1930, sh. 2043.

(104) Bk. Tägert, sh. 9.

## § 7, V, VI

tif menfaat nazariyesini tatbik suretiyle bu gibi zararların tazminini sağlamak imkânı bulunmamaktadır.

e) Nihayet, üçüncü şahsın hiç menfaati olmasa veya menfaati edanın objektif kıymetinden düşük olsa dahi bu kıymet miktarında tazminat istenebilmesi de hakkaniyete aykırı görülmektedir (105). Tägert (106) bu hususta şu misali vermektedir : T, çiftçi S den bir ziraat âletini ödünç alıyor; sonra sadece akdî kusuruyla bu âleti kullanılmaz hale sokuyor; bu zararın vukuundan bir kaç gün önce de, S çiftliğini bütün teferruatıyla Ü ye satmış bulunuyor; satın aldığı çiftliğin yanında Ü nün kendisinin daha büyük bir çiftliği ve daha mütekâmil makineleri olduğundan, o, kullanılmaz hale gelen âlete bir kıymet izafe etmemektedir; fakat S, aralarındaki âriyet akdinin ihlâli dolayısıyla âletin objektif kıymetinin tazminini T den talep ve tazminatı Ü ye devredebilecektir. Tägert'e göre, burada Ü nün bir menfaati olmadığı halde âletin objektif kıymeti nisbetinde tazminat alabilmesi hakkaniyete aykırıdır. Kanaatimizce, bu misal pek isabetli değildir; zira çiftliği satın alan Ü nün âlete ihtiyacı olmasa bile onu başkasına satıp parasından faydalanabilirdi; binaenaleyh, Ü nün âletin objektif kıymeti nisbetinde tazminat alması hakkaniyete uygundur; ancak Ü nün şeyi satması ihtimali olmadığı isbat edilebilirse -ki bu biraz müşkil görünmektedir-, Tägert'in misali biraz daha kabili müdafaa bir şekil alır.

## VI — Alacaklının zararı sonradan üzerine alması nazariyesi.

### 1. Nazariyenin esasları.

Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin hallindeki güçlük, daha önce de müteaddit defalar belirttiğimiz veçhile, tazminat isteğe salâhiyetli şahısla (S ile), zarar gören şahsın (Ü nün) başka başka kimseler olmasından ve tazminatın ancak alacaklının, hukuk nizamı tarafından korunan varlığı ihlâl edilen şahsın, yani S nin menfaatine göre hesaplanması gerektiği dogmasından hareket edilmesinden ileri gelmektedir. Werner (107), bu güçlüğü kısmen olsun

(105) Tägert, sh. 10; Reinhardt, sh. 41.

(106) Sh. 10.

(107) Staudinger - Werner, 9. Aufl. Vorbem. zu §§ 249-255, III, 2, c, sh. 119; 10. Aufl. Vorbem. zu §§ 249-255, Nr. 88 vd., hususiyle Nr. 100-101.

## § 7, VI

(108) bertaraf etmek için, önceden bir zararı olmayan tazminat istemeğe salâhiyetli şahsın, alacaklının (S nin), sonradan üçüncü şahsın zararını ihtiyarıyla tazmin ederek bu zararı kendi üzerine alması (*die nachträgliche Schadensüberwälzung*) fikrini ortaya atmıştır (109).

Werner'e göre (110), üçüncü şahsın zararı, aynı zamanda, tazminat istemeğe salâhiyetli şahsın (S nin) mamelekinde de bir eksilme husule getirmedikçe, pozitif hukuk, kaideten, bu zararın nazara alınmasına cevaz vermez. Kanunda, bu kaideye, üçüncü şahıs lehine şart ve ölenin yardımından mahrum kalanların tazminat talebi ile alâkalı bazı istisnalar tanınmıştır. Bundan başka, vasıtalı temsilin, hususiyle komisyon akdinin bahis mevzuu olduğu hallerde, vasıtalı mümessilin karşı âkitçe akdin ademi ifası takdirinde müvekkilinin zararının tazminini isteyebileceği hususunda, müstakar mahkeme içtihadlarına dayanan bir âdet hukuku kaidesi teessüs etmiştir (111). Mezkûr haller dışında, tazminat istemeğe salâhiyetli şahıs (S), üçüncü şahsın (Ü nün) zararının tazminini, ancak mes'uliyetten kurtulmağa müteallik bir menfaati, yani üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda bir mükellefiyeti bulunduğu ve böylece bizzat zarar gördüğü takdirde talep edebilir. Bir de, tazminat istemeğe salâhiyetli şahıs, bu hususta bir mükellefiyeti bulunmadığı halde, dürüstlük veya iyi iş münasebetleri idamesi gibi icapların tesiri altında, ihtiyarıyla, üçüncü şahsın zararını tazmin edecek veya tazmin taahhüdü altına girecek olursa, ödediği veya taahhüt ettiği miktar nisbetinde yine mamelekinde bir eksilme husule gelecek ve bu, onun için bir zarar teşkil edecektir; çünkü, o, ihtiyarıyla ödemede veya taahhütte bulunmakla beraber, bu ödeme veya taahhüde onu zarardan mes'ul olan şahsın fiili sevketmiştir; başka bir deyimle, mes'ul olan şahsın fiiliyle, tazminat istemeğe salâhiyetli kimsenin üçüncü şahsa tazminat ödemesi veya ödemek taahhüdünde bulunması arasında bir uygun illiyet rabıtası mevcuttur. Böylece alacaklının (S nin) başlangıçta bir zararı olmadığı halde, sonradan üçüncü şahsın zararını tazmin ederek veya tazmin ta-

---

(108) Bk. aşağıda not 115 e ait metin.

(109) Bu nazariye Rodig (sh. 5 - 6) tarafından da tasvip edilmektedir.

(110) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 88 - 89.

(111) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 90.

## § 7, VI

ahhüdünde bulunarak bir zararı ortaya çıkmaktadır; o (S), bu zararın tazmini için borçluya, mes'ul şahsa (T ye) müracaat edebilmelidir.

Üçüncü şahsın zararını ödeyerek veya ödemeği taahhüt ederek bizzat zarara uğrayan alacaklının, tazminat istemeğe salâhiyetli şahsın (S nin), borçluya, mes'ul olan kimseye (T ye) rücu etmesi halinde, T, S nin üçüncü şahsa karşı bir mükellefiyeti olmadığı halde ödemede bulunduğunu iddia ederek onun (S nin) zararını tazmininden imtina eyleyecek olursa, bu iddia, hüsnüniyet kaidelerine aykırı sayılmalı ve dinlenilmemelidir; başka bir deyimle, S, T nin bu iddiasına karşı *exceptio doli generalis* def'inde bulunabilmelidir (112).

### 2. Nazariyenin tenkidi.

a) Reinhardt'ın (113) haklı olarak işaret ettiği veçhile, esas itibariyle borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olmadığı kabul edilince, alacaklının, vevlki dürüstlük icabı, ihtiyarıyla bu zararı ödemesi, borçluyu mes'ul kılmak için bir sebep teşkil etmemelidir. Alacaklının, kendisini üçüncü şahsın zararını tazminle mükellef zannedip ona ödemede bulunması ve sonradan üçüncü şahsın ödeme kabiliyetinin olmaması yüzünden ona tediye ettiği meblağı istirdat edememesi halinde, gerçekten bir zararı olabilir. Fakat bunun dışındaki hallerde, üçüncü şahsın zararını ihtiyarıyla tazmin eden alacaklı, mamelekindeki eksilmeyi arzusuyla husule getirmiştir ve buna kendisi katlanmalıdır. Zaten alacaklının ödeme hususunda bir mükellefiyeti olması gerektiğini, borçlunun böyle bir mükellefiyetin bulunmadığı iddiasına karşı alacaklıya *exceptio doli* tanımakla zımnen Werner de kabul etmektedir; *exceptio doli*'nin kabulü neticesinde vaziyet, sanki bir mükellefiyet varmış gibi mütalâa olunmaktadır.

Werner (114), alacaklının üçüncü şahsın zararını ihtiyarıyla tazmin etmekle uğradığı zarara kendisinin sebebiyet verdiği tenkidine karşı, bu zarara onun kendisinin mi, yoksa borçlunun mu sebebiyet verdiğinin bir uygun illiyet meselesi olduğu cevabını vermekte, dürüstlük ve iyi iş münasebetleri idamesi gibi mülâhaza-

(112) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 101.

(113) Sh. 42 - 43.

(114) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 101.

## § 7, VI

larla, alacaklının üçüncü şahsın zararını tazmin etmesinin hâdiselerin normal cereyanına uygun olduğu kanaatini izhar eylemektedir.

Bundan başka, Werner (115), üçüncü şahsın zararını tazmin etmek suretiyle alacaklının borçluya rücu edebileceği hususundaki görüşünün, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli için ortaya atılmış umumî bir nazariye olmayıp, böyle bir zararın tazmininin mümkün olduğu istisnâî hallerden birini göstermeğe mâtuf olduğunu beyan eylemektedir.

b) Reinhardt (116), borçlu tarafından alacaklının üçüncü şahsa tazminat ödemekle mükellef olmadığı iddiasının ileri sürülmesi halinde alacaklıya *exceptio doli* bahşedilmesinin de isabetli olmadığı kanaatindedir. Filhakika, bir kere Werner'in yaptığı gibi, borçlunun kanunen üçüncü şahsın zararını tazminle mükellef olmadığı esastan hareket edildi mi, borçlu, alacaklının sonradan sun'î olarak üçüncü şahsın zararını kendi zararına kalbeylemesi teşebbüsüne itiraz etmekle hüsnüniyet kaidelerine aykırı davranmış sayılmaz; bilâkis, alacaklı, borçlunun üçüncü şahsın zararını tazmin etmemek hususunda kanunen teminat altına alınmış olan vaziyetini, onun rızası ve dahli olmaksızın ağırlaştırmakla hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket etmiştir denilebilir. Kimsenin başkasının aleyhine borç yükleyen bir anlaşma yapamayacağı kaidesinin de burada ileri sürülmesi kabildir. Borçlunun üçüncü şahsın zararını tazminle mükellef olup olmaması alacaklının keyfine tâbi olmamalıdır (117).

Werner (118), alacaklının üçüncü şahsın zararını tazmin etmesinin, sun'î olarak bu zararı borçluya yüklemek için değil, fakat gayet tabii bir surette üçüncü şahısla iyi münasebetler idame etmek maksadıyla yapıldığını ve zarar veren şahsın, tazminat ödememek için alacaklının iyi bir müşterisini kaybetmesine yol açacak bir iddiada bulunmasının hüsnüniyet kaidelerine aykırı olduğunu söylemektedir.

• Diğer taraftan, Werner'e göre (119), alacaklının müşterisine ih-

---

(115) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 101.

(116) Sh. 43.

(117) Aynı fikirde Thorens, sh. 61.

(118) (119) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 251, Nr. 101.



## § 7, VI

tiyarıyla tazminat ödemesinde hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir cihet yoktur. Kanaatimizce, gerçi bu tazminat ödemede hüsnüniyet kaidelerine bir aykırılık bulunmadığı doğrudur; şu kadar ki, bu ödeme neticesinde borçluya daha önceden mevcut olmayan bir mükellefiyet yüklemenin ne derece câiz olduğu cayı sualdir.

c) Alacaklının zararı sonradan üzerine alması nazariyesinde Reinhardt'ın (120) müşahede ettiği diğer bir zayıf nokta da şudur : Bu nazariyenin doğru temellere dayandığı bir ân için kabul edilse bile, alacaklı (S) üçüncü şahsın (Ü nün) zararını tazmin etmekle, ileride borçluya (T ye) rücu edince onun ödeme kabiliyetinin bulunmamasının rizikosunu üzerine almaktadır; filhakika S, Ü ye ödediği miktarı T den tahsil edemeyince, zarar, nihaî olarak S nin üzerinde kalacaktır; böylece, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, alacaklıya, haklı gösterilmesi kabil olmayan bir riziko yüklenmesi pahasına halledilmiş olacaktır.

Werner (121), bu tenkide karşı, üçüncü şahsın zararını tazmin edip etmemenin alacaklının ihtiyarına bağlı bulunduğu, binaenaleyh, onun bahis mevzuu rizikoyu üzerine alıp almamakta serbest olduğu tarzında müdafaada bulunmaktadır. Ancak, bu rizikoyu alacaklının ihtiyarıyla tekabbül etmesi, mezkûr rizikonun mevcudiyetini ve bunun neticesine nihaî olarak alacaklının katlanmasının hakkaniyete aykırılığını bertaraf etmez.

Bu itibarla, bahis mevzuu mahzuru ortadan kaldırmak için, Schidwigowski (122), Werner'in nazariyesinde ufak bir değişiklik yapılmasını teklif etmektedir. Schidwigowski'ye göre, alacaklı üçüncü şahsın zararını tazmin ederken onunla, borçlunun ödeme kabiliyeti nisbetinde ödemede bulunduğu ve bu kabiliyetin mevcut olmaması rizikosunu üzerine almadığı hususunda mutabık kalmalıdır. Böylece Schidwigowski, alacaklıyı borçlunun ödeme kabiliyetinin olmaması rizikosundan beri kılmakla, farkında olmadan, Zimmermann'ın daha yukarıda naklettiğimiz nazariyesine (123) yaklaşmaktadır. Ancak, alacaklının üzerine hiçbir riziko almaması hususundaki anlaşma, onun üçüncü şahsın zararını dürüstlük icabı

---

(120) Sh. 43 - 44.

(121) Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 101 in fine.

(122) Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus fremdem Interesse, Diss. Breslau 1925, sh. 75 vd.

(123) Bk. yukarıda II, 2.

## § 7, VI

tazmin etmekten ziyade, kendisi hiçbir fedakârlıkta bulunmadan mezkûr zararı borçluya tazmin ettirmek niyetinde olduğunu göstermektedir (124). Borçluya önceden terettüp etmeyen bir tazminat mükellefiyetini, ona, sonradan alacaklı ile üçüncü şahıs arasında yapılacak bir mukavele ile yükletilmesini haklı gösterecek hiçbir sebep yoktur (125).

d) Tägert de (126), Werner'in nazariyesinin borçlu aleyhine, alacaklının keyfine bağlı olarak haddinden fazla şümulü tazminat mükellefiyetlerine yol açabileceği tenkidinde bulunmakta ve alacaklının borçlunun kesesinden cömertlik ve hayırhahlık göstermesinin ne kadar tehlikeli olabileceği hususunda şu misali vermektedir : Büyük bir şirketin umum müdürü S, yolda T nin ihmali neticesinde otomobiliyle kendisine çarpması yüzünden yaralanıyor ve uzun müddet çalışmıyor; bu sebepten şirketin işleri bozuluyor ve alacaklıların alacakları vaktinde ödenemiyor; işçilerden bir kısmının da hizmetine son vermek icap ediyor. Umum müdür, alacaklıların gecikmeden ve işçilerin işsiz kalmaktan dolayı uğradıkları zararı kendi cebinden ödeyerek, Werner'in nazariyesine göre borçluya rücu edebilir. Böyle bir hal sureti ise, adam ölmesi ve cismanî tamamiyetin ihlâli halinde dolayısıyla zarar görüp de tazminat isteyebilecek olan şahısların sahasını tahdit eden BGB § 844-845 hükümlerine aykırıdır.

Kanaatimizce, Werner bu tenkide karşı belki bahis mevzuu hallerde alacaklının (umum müdürün), üçüncü şahısların (şirket alacaklılarının ve işçilerin) zararını tazmin etmek suretiyle uğradığı zararla T nin ihmali yüzünden vukua gelen kaza arasında uygun iliyet rabıtasının bulunmadığını ileri sürebilirdi.

*3. Alacaklının üçüncü şahsa bir ödemede bulunmaksızın tazminat alacağını ona devredebileceği nazariyesi.*

Siber (127), Werner'in nazariyesine, bunun tatbikini daha kestirme şekilde mümkün kılacak bazı tadiller getirmektedir. Siber'e göre, alacaklının üçüncü şahsın zararını tazmin edince borçluya rücu edebileceği kabul edildiğine göre, onun evvelâ üçüncü şahsa ödemede bulunup sonra borçluya rücu etmesi şeklindeki dolambaçlı

(124) (125) Bk. Reinhardt, sh. 44.

(126) Sh. 6.

(127) Planck - Siber, § 249, Nr. 6a, sh. 83.

## § 7, VI, VII

yol yerine, daha pratik olan alacaklının borçluya karşı olan tazminat alacağını üçüncü şahsa temlik etmesi ve borçlunun doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödemede bulunması yolu tercih edilmelidir. Alacaklının daha üçüncü şahsa ödemede bulunmadan, üçüncü şahsla arasındaki münasebeti neticelendirmek arzusunda olması ve bu sebeple tazminat alacağını üçüncü şahsa temlik etmesi onun bu tazminatta menfaati bulunduğunu gösterir.

Kanaatimizce, ya alacaklının üçüncü şahsa ödemede bulunmazdan önce bir zararı yoktur, bu takdirde temlik edilecek bir tazminat alacağı da mevcut değildir; yahut da alacaklının, üçüncü şahsa ödemede bulunmasa dahi, bir zararı vardır; ancak bu takdirde Siber'in, alacaklının mamelekinde bir eksilme olmadığı halde böyle bir zararının nasıl mevcut olduğunu isbat etmesi lâzım gelirdi (128).

### VII — Alacaklının hakkını üçüncü şahsa temlik etmesiyle alâkalı nazariyeler.

Üçüncü şahsın zararını, tazminat talebine salâhiyetli şahsa, alacaklıya aktarmanın, bu zararı alacaklının kendi zararı gibi göstermenin arzettiği müşkiller karşısında, bazı hukukçular, zararlı alacaklılık sıfatını, tazminat talebi salâhiyetini aynı şahısta bir araya getirmek maksadıyla, alacaklının talep hakkını zarar gören üçüncü şahsa temlik etmesi fikrine dayanan aşağıdaki nazariyeleri ortaya atmışlardır.

#### 1. Muhtevadan mahrum dâva hakkının temlik nazariyesi.

H. A. Fischer (129) tarafından ileri sürülen bu nazariye mucibince, alacaklının bizzat zarara uğramayıp, zararın üçüncü şahısta tecelli ettiği hallerde, alacaklı, muhtevası olmayan, içi boş bir dâva hakkına (*actio inanis, inhaltloser Anspruch*) sahiptir; alacaklı muhtevadan mahrum olan bu dâva hakkını üçüncü şahsa devredince, mezkûr hak onun şahsında bir muhteva kazanır, üçüncü şahsın menfaati hakkın muhtevasındaki boşluğu doldurur; böylece, zarar gören kimse olma ve tazminat talebine salâhiyetli bulunma sıfatları aynı şahısta, hakkın kendisine temlik edildiği üçüncü şahısta birle-

(128) Aynı fikirde Reinhardt, sh. 45; Rodig, sh. 6; Thorens, sh. 61.

(129) Sh. 99 vd.

## § 7, VII

şir; üçüncü şahıs temellük ettiği hakka müsteniden kendi menfaatini ileri sürerek tazminat isteyebilir.

Fischer, nazariyesini, bir taraftan von Tuhr'un Roma hukukunda *actio inanis* üzerindeki araştırmalarına (130), diğer taraftan BGB nin kanunî halefiyet (*cessio legis*) ve kanunî temlik mecburiyetiyle alâkalı bazı hükümlerine (131) istinad ettirmektedir :

a) von Tuhr'a göre (132), Roma hukukunda talep hakkı (*Anspruch*) ve dâva hakkı (*actio*) birbirinden ayrı iki unsur olup bunların bir araya gelmesiyle borç (*obligatio*) ortaya çıkmaktadır (133); *actio*, bir kimseye, X i mahkeme huzuruna getirmek salâhiyetini bahşeden bir vaziyettir; buna mukabil talep hakkı (*Anspruch, id quot venit in actionem*), mahkemedен X in muayyen bir edada bulunmağa mahkûm edilmesini istemek hakkıdır. Talep hakkıyla *actio*'nun birbirinden farklı doğum şartları ve sona erme sebepleri bulunabildiğinden, Roma hukukunda bu iki unsurun muhtelif kombinasyonlarına, bir araya gelme tarzlarına rastlamak kabildi : Müteaddit talep hakları için tek bir *actio*; yahut tek bir talep hakkı için müteaddit *actio*'lar ; veya talep hakkı olmaksızın *actio* (*actio inanis*); nihayet, herhangi bir dâva hakkına dayandırılmayan talep hakkı, yani hukuk hissini (*Rechtsgefühl*) X e bir tazminat mükellefiyeti yükletilmesini istilzam ettiği, fakat mahdut *actio*'lar sisteminde derpiş olunmamış bulunan bir hal; bu sonuncu neviden talep hakları için bazan pretor'lar yeni dâva hakları yaratmakta veya bu talep hakları zorlanmak suretiyle mevcut *actio* tiplerinden biri içine sokulmağa çalışılmakta idi.

Akdin ihlâli dolayısıyla alacaklının bir zarar görmeyip, zararın üçüncü şahsın mamelekinde kendisini gösterdiği hallerde, alacaklı sadece talep hakkından mahrum bir *actio*'ya (*actio inanis*) sahip bulunuyordu; alacaklı dâva hakkını üçüncü şahsa temlik edince, bu sonuncunun şahsında dâva hakkı ile talep hakkı bir araya gelmek-

---

(130) Bk. H. A. Fischer, sh. 101 - 103.

(131) Bk. H. A. Fischer, sh. 103 - 111.

(132) Grünhuts Z. Bd. 25 (1898), sh. 559 - 560.

(133) Von Tuhr da bu hususta Bekker'in (Die actionen des römischen Privatrechts, Bd. II, sh. 8. vd., sh. 252 vd.) incelemelerine dayanmaktadır.

## § 7, VII

te ve üçüncü şahıs kendi zararını ileri sürerek tazminat talep edebilmekte idi (134).

b) Fischer (135), Roma hukukundaki «*actio inanis*» mefhumunun BGB nin sisteminde de tanındığını göstermek için, kanunî halefiyetle (136) veya kanunî temlik mecburiyetiyle (137) alâkalı bazı hükümleri delil olarak zikretmektedir.

Kanunî halefiyete müteallik hükümlerde, alacaklının tatmin edildiği için bizzat dermeyan edemeyeceği bir alacak hakkı, kanunî halefe intikal ederek onun şahsında tam bir surette neticeler husule getirmeğe devam etmektedir; bu suretle muhtevadan mahrum olan alacak hakkı, halefin şahsında bir muhteva kazanmaktadır.

Borçlunun (S) edasını imkânsız kılan hal neticesinde elde ettiği tazminat alacağını alacaklısına (Ü ye) temlik etmesi mecburiyetini derpiş eden BGB § 281 de, imkânsızlığın borçluya kabili isnad olup olmaması bakımından tefrik yapılmamıştır (138). Eğer imkânsızlık borçluya kabili isnat değilse, o, borcundan kurtulacağından kendisinin bir zararı olmayacak ve zararı olmayınca da devre-deceği bir tazminat talebi bulunmayacaktır; binaenaleyh, muhtevadan mahrum bir tazminat alacağının devri câiz olduğu fikri kabul edilmedikçe, BGB § 281, borçluya isnadı kabil olmayan imkânsızlık hallerinde tatbik edilemeyecektir; borçluya isnadı kabil olan hallerde ise, borçlu kendi alacaklısı olan üçüncü şahsa tazminat ödemek mecburiyetinde olduğundan bizzat zararı mevcuttur. Eda yerine kaim olan tazminat alacağının temliki hususunda, kanun vazı borçluya isnadı kabil olan ve olmayan imkânsızlık arasında bir fark

---

(134) Von Tuhr, Eigenes und fremdes Interesse, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 560 - 565.

(135) Sh. 103 - 111.

(136) Ezcümle BGB s 268 III (borçluya ait bir şey üzerindeki hakkını veya zilyedliğini borçlu aleyhine yapılan icra takibi neticesinde kaybetmek tehlikesine mâruz bulunan şahsın borcu ödeyerek alacaklıya halef olması); § 426 II (müteselsil borçlulardan borcu ödeyenin alacaklıya halef olması); § 774 I (borcu tediye eden kefilin alacaklıya halefiyeti).

(137) Ezcümle BGB s 281 (edanın imkânsızlığı halinde tazminat alacağını temlik mecburiyeti); s 255 (tazminat alan mutazarrırın talep haklarını tazminat ödeyene temliki). Bu hükümlerin metni için bk. yukarıda s 3, IV, 2, not 53 - 54 ve 57 ye ait metin.

(138) H. A. Fischer, sh. 105 - 107.

## § 7, VII

gözetmek istemediği cihetle, BGB § 281 i, imkânsızlığın borçluya isnat edilemediği hallerde de, borçlunun muhtevadan mahrum bir tazminat alacağını devretmesi gerektiği şeklinde tefsir etmek yerinde olur (139).

BGB § 255 mucibince de, bir şeyin maliki, onun kaybı dolayısıyla, hem akde müsteniden kendisine borçlu olan şahıstan, hem de haksız fiil failinden tazminat isteyebilecek vaziyette bulunup akdi borçlusundan tazminat alınca, haksız fiil failine karşı olan tazminat alacağını akdi borçlusuna devretmesi gerekir; burada malik, akdi borçlusundan tazminat aldığı cihetle tatmin olunmuştur ve ona artık kendisinin ileri süremeyeceği, kendisi bakımından muhtevadan mahrum bir tazminat talebi devretmektedir (140). Sigortacıdan tazminat alan mağdurun kendisinin zarardan mes'ul olan şahsa karşı olan tazminat alacağını sigortacıya temlik etmesinde de aynı vaziyet mevcuttur (141).

### 2. Nazariyenin tenkidi.

a) Von Tuhr'un Roma hukukunda üçüncü şahsa bir *actio inanis* (muhtevadan mahrum dâva hakkı) devredilmesinin ve üçüncü şahsın kendi zararına dayanan talep hakkıyla bu *actio*'nun muhtevasını doldurmasının kabil olduğu hususundaki görüşünün doğruluğu münakaşalıdır. Krückmann'a göre (142), von Tuhr tarafından dayanılan metinlerde, üçüncü şahsın menfaatini tasfiye eden alaklı, ona başlangıçtan itibaren üçüncü şahsın menfaatiyle dolu bir dâva hakkı temlik etmekte, temlikle bu dâva hakkının muhtevası değişmemektedir (143). Böylece, Fischer'in nazariyesinin Roma hukuku kaynaklarına dayanan temelleri de sarsılmaktadır.

b) Kaldı ki, bizzat von Tuhr da (144), Roma hukukundaki *actio inanis* mefhumunun zamanı geçmiş bir mefhum (*Anachronismus*) olduğunu ve bugün alacağın temliki müessesesine hâkim olan

---

(139) Sh. 111.

(140) H. A. Fischer, sh. 111.

(141) H. A. Fischer, sh. 109, Fischer'in kitabını neşrettiği tarihte (1903), sigortacının kanunî halefiyetini derpiş eden 1908 tarihli Sigorta Mukavelesi hakkında kanun md. 67 f. I henüz mer'iyete girmemişti.

(142) Jher. Jb., Bd. 56 (1910), sh. 312 - 320.

(143) Regelsberger (Jher. Jb. Bd. 41 (1900), sh. 267 ve Schlossmann da (Bd. II, sh. 281 vd., sh. 366) von Tuhr'un görüş tarzını tasvip eylemektedirler.

(144) Eigenes und fremdes Interesse, Grünhuts Z., Bd. 25, sh. 565 - 566.

## § 7, VII

esaslarla kabili telif bulunmadığını beyan eylemektedir (145). Filhakika, halen umumiyetle kabul edilen görüş mucibince, kimse sahip olduğu haktan daha şümulü bir hakkı başkasına temlik edemez; binaenaleyh, alacaklının şahsında muhtevadan mahrum olan bir hakkın, üçüncü şahsa temlik neticesinde onun menfaatiyle durulmasına, muhteva kazanmasına cevaz yoktur.

Zaten Roma hukukunda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin *actio inanis* vasıtasıyla halledildiği fikri tasvip olunsa dahi Roma hukuku esaslarının BGB nin mer'iyete girmesinden sonra da carî olduğunun kabulüne BGB ye ait Tatbikat K. md. 55 mânidir (146).

c) Fischer'in, bugünkü Alman hukukunda da muhtevadan mahrum talep haklarının temlikinin tanındığını isbat zımında BGB nin kanunî halefiyetle alâkalı hükümlerini ileri sürmesi ve üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli için bu hükümlerle kıyas yoluna gitmesi de tenkid edilmektedir (147). Filhakika, kanunî halefiyet, ya eski alacak hakkının yeniden doğması veya mevcut alacak hakkını halefin bir nevi satın alması (*Ausübung eines Enteignungsrechts*) (148) şeklinde izah olunmaktadır (149). Fakat her halde muhtevadan mahrum bir hak halefe devredilerek onun şahsında muhteva kazanmamaktadır; buna, kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği esası mânidir.

Von Tuhr'a göre (150), kanunî halefiyet hallerini mahiyet itibariyle birbirinden farklı iki gruba ayırmak lâzımdır :

BGB § 268 de tanzim edilen neviden olan kanunî halefiyet hallerinde, borcu ödeyen üçüncü şahıs bizzat borçlu değildir; bu üçüncü şahsın borcu ödemesiyle mevcut alacak hakkı ortadan kalkmayıp ona intikal eylemektedir; böylece üçüncü şahsın yaptığı ödeme bu intikalin bedelini teşkil etmekte, üçüncü şahıs bir nevi hususî

---

(145) İsviçre hukukunda aynı fikirde Glasson, sh. 81; Thorens, sh. 63.

(146) Kunze, sh. 75; Rabel, sh. 18. Aksi fikirde Regelsberger, Jher. Jb. Bd. 41, sh. 267.

(147) Kunze, sh. 76-79; Reinhardt, sh. 47; von Tuhr, Kr. VJ Schr. Bd. 47 (1907), sh. 89-90; Schldwigowski, sh. 35 vd.; Schmidt-Rämpler, sh. 900.

(148) Halef, borcu ödemek suretiyle alacaklının hakkını istimlak etmektedir.

(149) Bk. Kunze, sh. 76-78.

(150) Kr VJ Schr. Bd. 47 (1907), sh. 89-90.

## § 7, VII

istimlâk suretiyle alacağı satın almaktadır (*der Gläubiger wird gewissermassen zivilrechtlich expropriert*); binaenaleyh, bu gibi hallerde, mevcut alacak hakkı hiçbir ân *actio inanis* halini almadan, muhtevastından mahrum kalmadan üçüncü şahsa geçmektedir.

Müteselsil borçlularla alâkalı BGB § 426 nın başlıca tatbik şeklini teşkil ettiği diğer kanunî halefiyet hallerinde ise, borcu ödeyen şahıs kendisi de borçlu vaziyetindedir; o, borcu ödemekle alacaklının alacak hakkı ortadan kalkmakta, buna mukabil, tediyede bulunan borçlunun borçtan hissesine isabet eden miktardan fazla olan kısım için diğer borçlulara karşı rücu hakkı, yani *yeni bir hak* doğmaktadır; ancak bu rücu hakkını takviye etmek ve tediyede bulunan borçluyu alacaklının teminatlarından faydalandırmak için onun aynı zamanda alacaklıya halef olacağı şeklen kabul edilmiştir. Böyle mahdut bir mâna ve istisnâî bir mahiyet taşıyan buradaki halefiyet, kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği kaidesinden vazgeçmek için bir mesnet teşkil etmemelidir (151).

Bundan başka, üçüncü şahsın zararının tazmininin bahis mevzuu olduğu hallerle kanunî halefiyet halleri arasında kıyasa imkân verecek tam bir benzerlik de yoktur; zira Fischer'in nazariyesi kabul edilse bile, kanunî halefiyette, daha *önceden alacaklının şahsında muhtevayı haiz olarak mevcut olan*, fakat sonradan onun tatmin edilmesiyle muhtevastını kaybeden bir hak üçüncü şahsa intikal etmektedir; üçüncü şahsın zararının tazmininde ise alacaklının şahsında onun zararı bulunmadığı için *hiçbir vakit muhtevası bulunmamış, mevcut olmamış* bir talep hakkı üçüncü şahsa temlik edilmektedir (152). Kanunî halefiyette, muhtevadan mahrum talep hakkının intikali, borçlunun üçüncü şahsın edasından faydalanarak mevcut borcundan kurtulmasına mâni olmak mülâhazasına dayanır; halbuki üçüncü şahsın zararının tazmini için ona muhtevadan mahrum bir dâva hakkının temliki kabul edilince, borçluya önceden mevcut olmayan yeni bir borç yükletilmektedir (153).

d) BGB § 281 ve § 255 e müsteniden muhtevadan mahrum ta-

---

(151) **Kunze** de (sh. 78) kanunî halefiyet bahis mevzuu olan hallerde, kanunun normal olarak ortadan kalkması lâzım gelen bir hakkın istisnâen üçüncü şahsa intikalini kabul ettiği, istisnâî mahiyet taşıyan bu husustaki hükümlerin kıyasen teşmil edilmemesi gerektiği fikrindedir.

(152) **Kunze**, sh. 78 - 79.

(153) **Kunze**, sh. 79.



## § 7, VII

İş haklarının üçüncü şahsa devredilmek suretiyle muhteva kazanacaklarını ileri sürmek de, kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği kaidesine aykırıdır.

Alman hukuk doktrininde ekseriyet, BGB § 281 in mevcut olmayan bir tazminat talebine vücut vermek için değil, bir tazminat talebi mevcut ise bunun temlikî mükellefiyetini yüklemek maksadıyla vazedildiği fikrindedir (154).

Diğer taraftan, § 255 te de, hâkim olan görüş mucibince (155), akdî borçludan tazminat alan malikin haksız fiil failine karşı olan talep hakkı bâki kalır ve akdî borçluya muhtevası dolu olarak devredilir. Von Tuhr'un fikrinde (156), Fischer'in BGB § 255 in tatbikine misal olarak gösterdiği, bir şeyin kaybı neticesinde hem haksız fiil failinin, hem de onun fiilinden mes'ul olan akdî borçlunun tazminat ödemekle mükellef olduğu hallerde, akdî borçlu ile haksız fiil faili müteselsil borçlu vaziyetindedirler; binaenaleyh, bu gibi hallerde mezkûr hüküm tatbik edilmemelidir; borcu ödeyen akdî borçlu haksız fiil failine karşı halefiyetle takviye edilmiş bir rücu hakkına sahiptir (157).

*3. Muhtevadan mahrum dâva hakkının devrini yalnız akit dışı mes'uliyette kabul eden Titz'e'nin görüşü.*

Titze de (158), BGB § 281 e istinad etmekte, ancak bazı teklifler yapmaktadır. Bu müellife göre, eğer borcunu imkânsız kılan hal neticesinde borçlu lehine akit dışı bir tazminat talebi doğmuşsa, o, bu tazminat talebini alacaklısı olan üçüncü şahsa temlik edince, alacaklı üçüncü şahıs mezkûr talep hakkı vasıtasıyla kendi zararının tazminini isteyebilir. Buna mukabil, borçlunun (S nin) tazminat talebi kendi borçlusu (T) ile arasındaki akitten neşet etmiş bulunuyorsa, S nin alacaklısı olan üçüncü şahıs (Ü), tazminat talebi kendisine temlik edilmiş olsa dahi, bu talebe müsteniden yalnız S ye ait zararın tazminini isteyebilir; binnetice eğer S ile Ü arasındaki akit tek tarafa borç yükleyen bir akitse S nin zararı yoktur ve Ü

(154) Bk. yukarıda s 3 not 87 ve buna ait metin.

(155) Bu hususta bk. **Kunze**, sh. 82, not 4; **Rappaport**, sh. 189.

(156) Kr VJ Schr. Bd. 47 (1907), sh. 84 - 86.

(157) Bk. yukarıda not 151 e ait metin.

(158) *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig 1900, sh. 124 - 126.

## § 7, VII

tazminat talebi kendisine devredilmiş olsa bile tazminat isteyemez; S ile Ü arasındaki akit karşılıklı taahhütleri havi bir akit ise, S nin zararı Ü nün mukabil edasının kıymetine müsavi olacak ve Ü kendisine temlik edilen tazminat talebine müsteniden, kendi zararı bahis mevzuu kıymetten fazla olsa dahi, bu fazla kısmı talep edemeyecektir.

Titze (159), yaptığı tefrikin hakkaniyete aykırı neticeler doğurabileceğini hesaba katarak, münakaşalı hallerde, zararın kimin menfaatine (üçüncü şahıs alacaklının mı, yoksa edası imkânsızlaşan borçlunun mu menfaatine) göre hesaplanacağını, hâkimin, Alman HMUK § 287 mucibince takdir hakkını kullanarak, tâyin edebileceğini beyan eylemektedir.

Titze (160), akit dışı mes'uliyetle akdî mes'uliyet arasında fark gözetmesini, birinci nevi mes'uliyette tazminat borcunun failin iradesinden müstakil olarak doğduğu, binaenaleyh onun ancak muayyen bir şahısla hukukî münasebete girişmek arzusunda olduğuna dair iddiasının dinlenilmemesi gerektiği tarzında izaha çalışmaktadır. Ancak, Kunze'nin de kaydettiği veçhile (161), akdî mes'uliyette de tazminat mükellefiyeti ademi ifada bulunan borçlunun iradesi nazara alınmaksızın doğar (162).

Titze bir haksız fiil neticesinde borcu imkânsızlaşan borçlunun bir zararı bulunmadığı, binaenaleyh bir tazminat talebine hakkı olmadığı halde, alacaklı olan üçüncü şahsa böyle bir talebi nasıl devredeceğini ve bu talebin muhtevasının alacaklı üçüncü şahsın menfaatıyla doldurulmasının mesnedinin ne olduğunu da izah etmemektedir; böylece akit dışı mes'uliyette, o da H. A. Fischer gibi, § 281 e müsteniden, muhtevadan mahrum bir talep hakkının alacaklı üçüncü şahsa temlik edilmekle muhteva kazandığını zımnen kabul etmektedir. Bu görüş tarzına karşı H. A. Fischer'in nazariyesine yöneltilen tenkidlerin aynı ileri sürülebilir.

Alman HMUK § 287 nin tatbikine gelince, bu hüküm, hâkime,

---

(159) Sh. 126.

(160) Sh. 139, not. 27.

(161) Sh. 86; aynı fikirde Kisch, Kr VJ Schr. Bd. 44, sh. 528.

(162) Reinhardt da (sh. 79, not 35), haksız fiillerde de başkasının mutlak hakkını ihlâl etmeme vazifesinin yalnız hak sahibi muvacehesinde olduğunun söylenebileceğini beyan ederek, üçüncü şahsın zararının tazmini bakımından Titze'nin akit dışı ve akdî mes'uliyetler arasında fark gözetmesini tenkid etmektedir.

## § 7, VII

zararın hangi şahsın menfaatine göre tesbit edileceği hususunda değil, sadece muayyen bir şahsın zararının tam miktarını isbatın kabil olmadığı hallerde bu miktarı tâyin hususunda takdir salâhiyeti bahşelemektedir (163).

### 4. Aynen ifaya müteallik talep hakkının temliki nazariyesi.

Bu nazariye Rabel (164) tarafından müdafaa edilmiştir. Rabel, muhtevadan mahrum dâva hakkının temliki nazariyesini reddetmekle beraber, başka bir yoldan, zarar gören kimse olma ve alacaklılık sıfatlarını bir araya getirmeğe gayret göstermektedir. Rabel'e nazaran (165), edanın sonradan imkânsızlaşması hallerinde, bu mevzuda doktrinde hâkim olan görüşün aksine, aynen ifaya müteallik talep hakkı ortadan kalkmaz (166); mevcudiyetini muhafaza eden bu talep hakkı alacaklı tarafından üçüncü şahsa devredilince, üçüncü şahıs bu hakka müsteniden kendi zararının tazminini isteyebilir. Rabel'in tabiriyle (167), mezkûr talep hakkının üçüncü şahsa temliki, ona tazminat talebini kendi mameleki üzerine aksettirmek salâhiyetini bahşeder. Borcun yerine getirilmemesi bir hukukî muamele mahiyetini taşımadığı için, borçlunun temlikden malûmatı olmaksızın temlik edenle yaptığı muamelelerin temelik edene karşı da ileri sürülebileceği hususundaki BGB § 407 hükümü burada kıyasen tatbik edilemez; binaenaleyh, borcun ihlâlinden sonra dahi, bidayetteki alacağın temlikinin mümkün olduğunu düşünmeğe bir mani yoktur; böylece borçlu, temlik müessesesi muvacehesinde, kime zarar verdiğini bilmeyebilir.

Rabel'in edanın imkânsızlaşmasına rağmen aynen ifaya dair bidayetteki talep hakkının baki kaldığı hususundaki görüşü kabul edilse bile, üçüncü şahıs ancak bu talep hakkının kendisine *temlikinden sonra* vaki ademi ifa fiillerinden doğan zararının tazminini bu hakka müsteniden isteyebilir; yoksa *temlikden önce* vukua gelen ademi ifa fiilleri, bunlardan üçüncü şahıs bir zarar görmüş ol-

---

(163) Kunze, sh. 86.

(164) Unmöglichkeit der Leistung, Weimar 1907, sh. 17 - 23, hususiyle sh. 18 - 19.

(165) Sh. 11 vd., sh. 14 vd.

(166) Borçlunun temerrüdü halinde zaten aynen ifaya müteallik talep hakkının bâki kaldığı hususunda, bir tereddüt yoktur.

(167) Sh. 19.

sa bile ona karşı bir ademi ifa teşkil etmez (168); alacaklı ise bu fiillerden bir zarar görmediği için kendisinin bir tazminat isteme salâhiyeti doğmamıştır ki, aynen ifaya müteallik talebin temlikiyile, bu salâhiyet de üçüncü şahsa intikal etsin.

Diğer taraftan, BGB § 407, *temlikten sonraki*, fakat borçluya ihbardan önceki muameleleri alâkalandırdığından, zaten bu hükmün *temlikten önceki* ademi ifa fiillerine kıyasen veya mefhumu muhalif suretiyle tatbiki bahis mevzuu dahi olmaz (169).

Nihayet, üçüncü şahsın (Ü nün), başkasının (S nin) hukukî varlığının akit dışı mes'uliyeti mucip bir fiille ihlâlinden dolayı zarar gördüğü hallerde, varlığı ihlâl edilen kimsenin (S nin), haksız fiil failine (T ye) karşı aynen ifaya müteallik talep hakkı olmadığı cihetle, Rabel'in böyle bir talep hakkının temlikini derpiş eden nazariyesi, akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesine bir hal tarzı bahşetmemektedir. Şu kadar ki, zaten akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmininin gerekip gerekmediği Rabel'e (170) nazaran cayi sualdir.

§ 8 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN MENFAATİNİN ALACAKLININ MENFAATİNDEN MÜSTAKİL OLARAK ALACAKLI VEYA DOĞRUDAN DOĞRUYA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEBİLMESİ ESASINA DAYANAN NAZARİYELER.

Bundan önceki paragraftaki incelemelerimiz, alacaklının ancak kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği dogmasından hareket ederek, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin tatminkâr bir surette halline imkân bulunmadığını göstermektedir. Aynı müşahedede bulunan bir takım müellifler, bu yüzden mezkûr dogmadan vazgeçerek, alacaklının kendi menfaati kisvesi altında olmaksızın üçüncü şahsın zararının tazminini talep edebileceği fikrine istinad eden nazariyeler ileri sürmüşlerdir. Bazı müellifler de, üçüncü şahsın zararının tazminini adalet hissine uygun buldukları hallerde, akitlerin nisbîliği ve dolayısıyla zarar gören şahsın tazminat

(168) Reinhardt, sh. 48; Kunze, sh. 74.

(169) Kunze, sh. 75.

(170) Sh. 22.

## § 8, I

talebinde bulunamayacağı prensiplerine, kanunda derpiş edilmemiş yeni istisnalar tanıyarak, üçüncü şahsa borçluya karşı doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunmak imkânını bahşeden nazariyeler ortaya atmışlardır. Bu sonuncu gruptaki nazariyelerden bir kısmı, üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda kanunda boşluk olduğunu açıkça kabul etmekte, bir kısmı da akitlerin hüsnüniyet kaidelerine uygun olarak tamamlanması görünüşü altında bu boşlukların doldurulmasına gayret etmektedirler.

### I — Alacaklının üçüncü şahsın mutemedi (Treuhand) olduğu nazariyesi.

#### 1. Nazariyenin esasları.

Dar mânâda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin, kendi adına başkasının menfaatlerini itimada müstenid olarak koruma, mutemedlik (*Treuhanderschaft*) müessesesine müracaat suretiyle halledilebileceği fikri, Schlossmann, Krückmann ve yakın zamanlarda da Esser tarafından müdafaa edilmiştir.

Schlossmann (1), vasıtalı mümessilin başkasının hakları için mutemed (*Treuhand für fremde Rechte*) vaziyetinde bulunduğu ve onun yalnız başkası hesabına hak iktisab etmekle kalmayıp bu hakkı dâva yoluyla da ileri sürebileceğini belirttiikten sonra, vasıtalı mümessilin yalnız kendi menfaatinin tazminini istemekle iktifa edebileceği hususundaki telâkkinin yanlışlığına işaret etmekte, hayatın pratik icaplarının ve adaletin, vasıtalı mümessil tarafından müvekkilinin menfaatini kendi adına fakat başkasının menfaati olarak dermeyeran edebilmesini gerektirdiğini söylemektedir; filhakika, müellife göre, hukuk, sadece a priori yaratılmış bir takım mefhumlardan mantikî neticeler çıkartmaktan ibaret olmayıp, pratik ihtiyaçlara ve adalete de hizmet etmeğe yönelmelidir; böylece, gerçek temsil mahiyetini taşıyıp taşımadığı münakaşalı bulunan vasıtalı temsilde, müvekkilin zararının tazmini mevzuunda temsil temayülü (*Vertretungstendenz*) galebe çalmaktadır.

Krückmann'ın (2) fikrinde de, alacaklı, muayyen şartlar altında üçüncü şahsın menfaatini, kendi menfaati kisvesi altında ol-

(1) Sh. 367 - 374.

(2) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 253 - 254; ACP, 139 (1934), sh. 58 - 59.

maksızın, yani bu menfaatin üçüncü şahsa aidiyetini açıklayarak ileri sürebilir ve bunun tasfiyesi için tazminat isteyebilir; bahis mevzuu talepte bulunan alacaklı bir nevi mutemed (*Treuhänder*) vaziyetindedir; onun tazminat isteme salâhiyeti sadece şekli (*nur formell*) olup, bu salâhiyet gerçekte, vasıtalı da olsa, üçüncü şahsa aittir; alacaklı böylece, kendi adına başkasının menfaatini tasfiye etmektedir; ancak alacaklının bu suretle hareket edebilmesi için üçüncü şahsın menfaatinin muhik bir menfaat olması gerekir. Krückmann'ın nazariyesinin teferruatı ve üçüncü şahsın menfaatini ne zaman muhik saydığı gibi hususlar üzerinde aşağıda ayrıca duracağız (3).

Esser'in (4) kanaatince, vasıtalı temsilde, hukuken meydana çıkmayan müvekkil buna rağmen tam bir himayeye mazhar olmalıdır, zira o, iktisaden taraf vaziyetindedir; bu sebeptendir ki, mahkeme içtihadlarınca vasıtalı mümessilin mutemedlik durumuna müsteniden üçüncü şahsın menfaatini de tasfiye edebileceği kabul edilmektedir (5). Bidayette değil de, sonradan başkasının hesabına hareket edildiği ve menfaatin böylece sonradan başkasına aktarıldığı hallerde de mutemedlik prensibi carî olur (6). Diğer taraftan, vasıtalı temsil bahis mevzuu olmamakla beraber, doğrudan doğruya korunan hukukî varlığı ihlâl edilenle (S ile) üçüncü şahıs arasında objektif bir menfaat bağlılığının (*objektive Interessenverflechtung, Interessenverknüpfung*) bulunduğu hallerde de (7), Es-

(3) Bk. aşağıda 3.

(4) § 50, 7 a ve b.

(5) Esser, (§ 50, 7 a) misâl olarak RGE 93, 40; 107, 135 ve 170-246 daki RG kararlarını zikretmektedir; bunlarda «mutemedlik» (*Treuhänderschaft*) tâbiri kullanılmamakla beraber, başkasının menfaatlerini alacaklının borçlu tarafından hesaba katılabilecek surette koruma mükellefiyetinden bahsedilmektedir; sonuncu kararda vasıtalı temsil bahis mevzuu değildir.

(6) Alacak tahsil için temlik edildikten sonra borçlunun temerrüdü ve bundan temellük edenin değil, temlik edenin zarar görmesi halinde olduğu gibi. RGE 107, 132; Esser, § 50, 7 a.

(7) Esser, burada zincirleme akitlerle (S nin T den satın alıp Ü ye bağışladığı şeyin ayıplı olması dolayısıyla Ü nün zarara uğraması), hasarın üçüncü şahsa intikaline müteallik (vasiyet edilen şeye T nin zarar ika etmesi halinde malik vaziyetindeki mirasçı S nin değil, sadece alacak hakkına sahip olan musaleh Ü nün menfaatinin haleldar olması gibi) bazı halleri kaydetmektedir.

## § 8, I

ser'e göre (8), gerçekte aracı olan şahsın (*Mittelsmann*) - S nin - iktisadî bakımdan mutemedlik sayılabilecek bir vaziyeti mevcuttur ve mahkeme içtihadları da, menfaat bağılılığının vücut verdiği bu mutemedlik vaziyetini (*Treuhandcharakter dieser Interessenverknüpfung*) tanımaktadırlar; Esser bu hususta delil olarak, BGH un bir kararından (9) alınma şu kısmı zikrelemektedir: «Akdi hakları ihlâl edilen kimse, üçüncü şahsın zararının tazminini, yalnız akdin bu üçüncü şahs hesabına yapıldığı hallerde değil, fakat hak sahibinin menfaatleri üçüncü şahsınkilerle, onun üçüncü şahsın menfaatlerini de tecavüzde bulunan muvacehesinde korumasını icap ettirecek surette bağı bulunduğ ve müteceviz bu koruma icabını hesaba katmak mecburiyetinde olduğu takdirde de, isteyebilir».

### 2. Nazariyenin tenkidi.

a) Alacaklının üçüncü şahsın mutemedi sıfatiyle onun zararının tazminini isteyebileceği nazariyesinin, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini halletmeyip, sadece ortaya yeni bir mefhum, «mutemedlik» mefhumunu atarak, bahis mevzuu meselenin hallinin arzettiği müşkülli bu yeni mefhuma aktardığı, böylece meselenin hallinin sadece tâlik edildiği beyan olunmaktadır (10). Alacaklının yalnız kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği kaidesi muvacehesinde, onun, mutemed vaziyetinde olunca, bu kaide-nin hilâfına, menfaatini koruduğu üçüncü şahsın zararının da tazminini isteyebilmesinin nasıl mümkün olduğunu isbat etmek lâzımdır denilmektedir. Zaten mutemedlik nazariyesi taraftarlarından Schlossmann (11) ve Krückmann (12) da, alacaklının bu salâhiyetini, neticede, mantikî mefhumlara değil, pratik ihtiyaçlara ve adalet icaplarına istinad ettirmektedirler.

b) Mutemedlik mefhumunun hudutları da kat'i olarak tesbit edilmiş değildir (13). Başka bir deyimle, alacaklının hangi hallerde üçüncü şahsın menfaatini koruduğunu veya koruması icap et-

(8) § 50, 7, b.

(9) BGH, NJW, 1955, sh. 257.

(10) Schmidt - Rimpler, sh. 900; Schidwigowski, sh. 19. vd.

(11) Sh. 369 - 371.

(12) Jher. Jb., Bd. 56 (1910), sh. 245.

(13) Schmidt - Rimpler, sh. 900; Friedrich T. Gubler: Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen treuhand (trust), ZSR. NF. 73 (1954), sh. 217a - 220a, 224 a - 225 a, sh. 231 a vd., sh. 245 a; bk. aşağıda not 15 e ait metin.

tiğini mütecevizin veya borcunu yerine getirmeyen borçlunun hesabına katması gerektiği vazih bir surette tâyin edilmiş bulunmamaktadır.

Krückmann (14) mutemedi (*Treuhänder*), kendi namına başkasının menfaatini tasfiye eden bir kimse olarak anlamaktadır. Schlossmann (15), mutemed mefhumunun umumiyetle vazih olarak tarif edilmeden kullanıldığına işaret ettikten sonra, mezkûr mefhumun ayırıcı vasıfları olarak Alfred Schultze'nin tesbit ettiği hususlar üzerinde durmaktadır. Schultze'ye göre (16), mutemed kendi adına bir takım haklara sahiptir; fakat o bu haklara kendi menfaatine olarak sahip değildir; bunları kendi menfaatine kullanılmamak kaydıyla almıştır (17). Schlossmann, bu unsurların Schultze tarafından zikredilen bütün mutemedlik hallerinde bulunmadığını göstermekte, mutemed mefhumu altında birbirleriyle müşterek unsurları pek az olan veya hiç bulunmayan farklı görüşlerin toplandığını ve bu mefhumun vazih hudutları olmadığını beyan eylemektedir.

Esser'e (18) nazaran, mutemedlik mahiyetini (*treuhänderische Struktur*) taşıyan münasebetlerde, mutemed, başkasının menfaatlerini korumak gayesini takip edip, onun edasının muhtevası, önceden tesbit edilmiş bir şey edasından farklı olarak mezkûr gayeye göre taayyün eder; mutemed olarak taahhüt altına giren kimse, iş sahibinin hakiki veya muhtemel iradesini daima gözönünde tutmak, onun maksatları sanki kendi maksadıymış gibi, bu mânada altruist olarak hareket etmek mecburiyetindedir. Esser (19), bir de, dar mânada itimada müstenid muamelelerden (*fiduziarisches oder Treuhand-geschäft*) bahsetmektedir. Bunlarda, bir tasarruf muamelesinin maddî neticeleri, bilinerek muamelenin iktisadî gayesinden daha geniş tutulur; mutemedin bu iktisadî gayeyi aşan

(14) Jher. Jb. Bd. 56 (1910), sh. 254.

(15) Sh. 379 - 386.

(16) *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, Jher. Jb. 43, (1901), sh. 1 vd.

(17) İsviçre hukukunda Leo Gerstle (*Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Bern 1917, sh. 11), Schultze'nin tarifinden mülhem olarak, mutemedi, kendisine itimad eden menfaatine ve onun talimatına uygun olarak kullanmak kaydıyla haklar devredilmiş olan kimse şeklinde tarif etmektedir.

(18) § 21, 1 - 2.

(19) § 15, 5.



## § 8, I

hukukî kudreti, onunla tasarruf muamelesini yapan arasındaki iç münasebeti tanzim eden taahhüt muamelesindeki mükellefiyetlere bağlanmıştır; mutemedin salâhiyetini suiistimal etmesi, onu, iç münasebette, kendisine itimad edene karşı mes'ul kılar. Esser, bu gibi muamelelere misal olarak teminat veya tahsil için mülkiyetin devrini veya alacağın temlikini (*Sicherungsübereignung oder Inkassoession*) göstermektedir. Kanaatimizce, dar mânada itimada müstenid muamelelerin bahis mevzuu olduğu hallerde, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi bazan ortaya çıkabilirse de (20), mezkûr meselenin kendini gösterdiği hallerin çoğunda, üçüncü şahsa ait bir hak veya şeyin daha önceden alacaklıya, tazminat isteğe salâhiyetli şahsa (S ye) temlik edilmiş olması bahis mevzuu değildir; bilâkis meselâ, vasıtalı temsilde ve zincirleme akitlerde, şey önce mümessile veya ilk âkide (S ye), müteakiben onun tarafından üçüncü şahıs vaziyetindeki müvekkile veya sonraki âkide temlik edilmektedir. Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerde de itimada müstenid bir temlik karşısında bulunulmamaktadır. Hulâsa Esser, üçüncü şahsın zararının tazmini için mutemedlik nazariyesini ortaya atarken her halde geniş mânada mutemedlik mefhumunu gözönünde tutmaktadır. Ancak müşahede olunduğu veçhile, bu mefhumun sınırlarını, o da pek vazih olarak ifade etmemektedir.

Türk - İsviçre hukukunda da itimada müstenid temlik muameleleri mefhumu yerleşmiş (21) olmakla beraber, ayrıca geniş mâ-

(20) Meselâ teminat için temlik edilmiş şeye zarar ika edilmesi halinde, temliki yapan malikin menfaati, teminat alanınkinden daha şü. mullü olabilir; yahut idare veya tahsil için kendisine bir şey veya alacak itimada müstenid olarak temlik edilenin şeyde veya alacağın ifasında şahsen hiçbir menfaati bulunmayabilir.

(21) **Bk. Claude Reymond** : Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire, thèse Lausanne 1948; aynı müellif : Le trust et le droit suisse, ZSR. NF. 73 (1954), sh. 159 a - 161 a (bu müellife göre itimada müstenid muamele, öyle bir muameledir ki, bununla itimad eden kimse —fiduciant—, bir malı mutemede (fiduciaire), kendi talimatına ve aralarındaki mukavelenin şartlarına uygun olarak idare edilmek ve sonra muayyen şartlar altında geri verilmek üzere temlik eder); **Gubler**, ZSR. NF. 73 (1954), sh. 246 a, 266 a; **Walter Yung** : Simulation, fiducie et fraude à la loi, Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, sh. 193 vd.; Federal Mahkeme BGE 31 II 109; 71 II 100; 72 II, 72, 282; **Turhan Esener** : Türk Hulusî Hukukunda muvazaalı muameleler, İstanbul 1956, sh. 146 - 174.

nada, sınırları belli, bir mutemedlik mefhumu mevcut değildir. Diğer taraftan, İngiliz hukukundaki «*trust*» a tekabül eden umumî bir mutemedlik müessesesinin İsviçre hukukunda da kabulü fikri umumiyetle terviç edilmemekte, bu müessesenin İsviçre hukuk sisteminin esaslarıyla kabili telif olmadığı ve mezkûr hukuk sistemine it haline bir zaruret bulunmadığı beyan edilmektedir (22). Vasıtalı mümessilin müvekkilinin mutemedi sıfatıyla onun lehine tazminat isteyebileceği fikri, İngiliz - Amerikan hukukunda *agent'in undisclosed principal'in trustee'si* addolunması görüşüne tekabül etmektedir; filhakika, evvelce de kaydettiğimiz gibi (23), İngiliz - Amerikan hukukunda, mutemed (*trustee*), menfaatine hareket ettiği şahsın zararının tazmini hususunda dâva ikame edebilir. Ancak daha yukarıda ifade ettiğimiz üzere, İngiliz - Amerikan hukukundakine benzeyen geniş bir mutemedlik mefhumu Türk - İsviçre hukukunda halen mevcut olmadığı cihetle (24), hukuk sistemimizde yerleşmemiş ve hudutları tebellür etmemiş bir mefhumla, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini halletmek teşebbüsü mezkûr meselenin arzettiği güçlüklerle yenilerini katmaktan başka bir işe yaramayacaktır.

d) Esser'in zikrettiği kararında (25) BGH, mutemedlik müessesesinden ziyade tamamlayıcı tefsir suretiyle üçüncü şahsı korucu hüküm husule getiren akit mefhumuna başvurmuştur.

### 3. Krückmann'ın nazariyesi.

Krückmann'a göre (26), mefhumların zoruyla, yeniden yaratılacak mefhumlarla üçüncü şahsın zararının tasfiyesini haklı göstermeğe çalışmak boşuna gayret sarfıdır; neticenin adalete uygunluğu onu meşru kılmak için en iyi sebebi teşkil eder. Müellif «başkasının menfaatine zararın tasfiyesi» adlı etüdüne bu sözlerle baş-

(22) Gubler, ZSR. N.F. 73 (1954); sh. 469 a; Reymond, ZSR. N.F. 73 (1954), sh. 209 a - 211 a. Karş. Gerstle, sh. 16.

(23) Bk. yukarıda § 6, I, 3 a, not 32 - 37 ve bunlara ait metin; Gubler, sh. 318 a.

(24) Bk. Reymond, sh. 161 a. İsviçre hukuk sistemine yakınlık arzeden, Liechtenstein hukukunda, İngiliz hukukundakine benzer bir mutemedlik müessesesi MK. da (md. 897 vd.) yer almıştır ve buna dair hükümler komisyon akdine de tatbik edilir.

(25) Bk. yukarıda not 9.

(26) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 245.

## § 8, I

lamakla beraber (27), sonradan kendisi de üçüncü şahsın zararının tazmininin hangi hallerde haklı olacağını bir takım yeni mefhumlar ortaya atarak tesbite çalışmakta, mucip sebep olarak sadece neticenin adalete uygun olduğu mülâhazasını ileri sürmekle iktifa etmemektedir.

Krückmann'ın fikrinde (28), bir kimse kendi tazminat dâvasıyla üçüncü şahsın menfaatini tasfiye edebilir; üçüncü şahsın menfaatini, bunu tasfiye için dâva açan aracı şahsın (S nin) menfaati kisvesi altına sokmak teşebbüsleri yanlıştır. Ancak üçüncü şahsın menfaati, alacaklının, aracı şahsın mamelekinin geçici kalemlerine (*Durchgangsposten*) taallük ettiği ve bu menfaat muhik olduğu (*berechtigtes Interesse*) (29) takdirde tasfiye edilebilir.

Alacaklı, aracı şahıs, üçüncü şahsın menfaatini kendi tazminat dâvası vasıtasıyla tasfiye edebilmek için, açacağı dâvada, dâvanın geçici kalemin tasfiyesine dair olduğunu ve tasfiyenin üçüncü şahsın menfaatine bulunduğunu açıklamalıdır (30).

Krückmann, «geçici kalem» mefhumuyla alacaklının üçüncü şahsa iade ve devirle mükellef olduğu kalemleri kasdetmektedir (31); meselâ komisyoncu müvekkili hesabına satın aldığı şeyi veya bu satım akdinden doğan alacakları müvekkiline devretmekle mükelleftir; bu şey veya ona taallük eden alacak, komisyoncunun mamelekinde geçici olarak kalmaktadır. Krückmann'ın geçici kalem mefhumu, daha evvel üzerinde durduğumuz (32) «geçici menfaat» mefhumundan farklıdır. Üçüncü şahsın menfaatini tasfiye eden kimsenin geçici kalemlerde kendisine ait geçici olarak dahi hiç bir menfaati yoktur; o, açtığı tazminat dâvasıyla üçüncü şahsa ait *devamlı bir menfaatin* tasfiyesini hedef tutmaktadır (33).

Geçici kalemler objektif olarak, gerçek anlamda geçici kalemler (*echte Durchgangsposten*) mahiyetini taşımalarıdır; böyle haki-ki geçici kalemlerin mevcudiyeti şu hususlardan anlaşılır (34) :

---

(27) Müellif aynı fikri ACP 139 (1934), sh. 62, not 26 da da tekrarlamaktadır.

(28) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 246.

(29) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 251 - 252.

(30) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 248 - 249.

(31) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 271 - 273.

(32) Bk. yukarıda s 7, IV.

(33) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 246.

(34) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 246 - 247, 260 - 263, 272 - 274; ACP 139 (1934), sh. 63 - 64.

a) İade ve devir mükellefiyeti (*Herausgabepflicht*), BGB § 281 de olduğu gibi yalnız tazminat talebine değil, asıl talebin tamamına, hatta muayyen bir ölçüde hukukî münasebetin tamamına muhafaz olmalıdır.

b) Tasfiye edenin, aracı şahsın bu kalemlerde, esas itibariyle kendisine ait hiçbir menfaati bulunmamalıdır.

c) Geçici kalemler iptidadan itibaren bu geçicilik vasfını taşımaları, bunlara taallük eden iade mükellefiyeti başlangıçtan itibaren mevcut olmalıdır; başka bir deyimle, zarurî geçici kalemler doğumları anında başkasına devredilmek üzere doğarlar; aracı şahıs, münhasıran başkasının menfaatine bunlara sahip olur (35). Başlangıçta geçici bir kalem olarak doğmamış olan şey sonradan geçici kaleme tahavvül edemez (36).

Krückmann'a göre (37), yukarıdaki şartları haiz geçici kalemler ve iade mükellefiyeti bilhassa vekâlette ve komisyon, vekâletsiz iş görme, lükata gibi vekâlet benzeri münasebetlerde kendini gösterir.

Buna mukabil, Krückmann'ın kanaatinde (38), zincirleme akitlerde, gerçek anlamında iade mükellefiyeti ve geçici kalemler bulunmamaktadır. Satın aldığı şeyi başkasına satacak veya bağışlayacak olan kimse, her ne kadar bu şeyi ikinci alıcıya veya bağışlanana devirle mükellef ve o şey ilk alıcının mamelekinde kalmayacak ise de, bu gibi hallerde gerçek, objektif anlamında geçici kalemlerden ve iade mükellefiyetinden bahsolunamaz; zira şeyi ilk alıcı kendi menfaatine iktisab etmektedir (39). Hatta bir kimse (S), sonradan tedarik edeceği şeyi başkasına (Ü ye) satmış olsa ve bu satım mukavelesini yaptıktan sonra, şeyden elinde bulunan T ile kendisine satması için anlaşsa, yine de gerçek anlamında iade mükellefiyeti ve geçici kalem karşısında bulunulmaz. Şeyin ayıplı olması, zaptı veya T nin kusuruyla tesliminin imkânsız hale gelmesi yüzünden ikinci alıcı veya bağışlanan vaziyetindeki Ü zarara uğrasa dahi ilk alıcı S, Ü nün menfaatinin tazminini isteyemez; hasar Ü ye intikal etmiş veya S şeyi Ü ye bağışlamış olsa dahi S nin, şeyin

(35) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 260 - 263.

(36) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 282 - 284.

(37) Jher, Jb. 56 (1910), sh. 271.

(38) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 256 - 258, 274 - 284.

(39) Krückmann, ACP 139 (1934), sh. 63.

## § 8, I

objektif kıymeti nisbetinde, bu şeyde kendi menfaati vardır ve bunun tazminini isteyebilir; S nin bir mes'uliyetten beraet şartının mevcudiyeti veya bağışlamada olduğu gibi akdin ivazsız mahiyeti dolayısıyla Ü ye karşı mes'ul olmadığı ve Ü nün ilk satıcı T ye karşı onunla akdî münasebeti bulunmadığı için dâva açamadığı halde de vaziyet böyledir; yani S, sadece şeyin objektif kıymetinin tazminini isteyebilecek, fakat üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesini talep edemeyecek ve aldığı tazminatı da kendisinde alıkoymaktadır. Krückmann (40), zincirleme akitlerde ilk alacaklının, sonraki âkitlerin menfaatinin tasfiyesini isteyememesini, borçlunun mes'uliyetinin hudutsuz derecede yayılmasını önlemek mülâhazasıyla haklı göstermeğe çalışmaktadır. Müellife göre (41), üçüncü şahsın menfaatine zararın tasfiyesi bir istisnadır ve bir istisna olarak kalmalıdır; yoksa bu tasfiye her tekeffül veya tazminat borcunun tabii bir eki değildir.

Krückmann (42), yine üçüncü şahsın menfaatine tasfiyenin istisnaî mahiyetini ileri sürerek, üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerde de alacaklının bu zararın tazminini isteyemeyeceğini, aksini kabulün akitlerin nisbîliği prensibine aykırı olacağını beyan eylemektedir. Böylece müellife göre, S nin çocuğunu tedavi için çağırdığı doktorun (T nin) akde aykırı hareketinden dolayı S nin hizmetçisi Ü zarar görürse, S, Ü nün menfaatinin dermeyan ederek tazminat talep edemeyecektir.

Yine Krückmann'ın fikrinde (43), tarafların niyetine göre nev'an muayyen olarak teessüs eden borçlar da gerçek anlamda geçici kalem teşkil etmezler (44); zira bu gibi şeyleri tesellüm alan aracı şahıs bunları önce mamelekinde muhafaza edecek ve talep üzerine aynı neviden şeyleri iade edecektir. Gerçek geçici kalemler, esas itibariyle, aracının, tasfiye edenin mamelekinde durmamalı, onun vasıtasıyla hemen üçüncü şahsa nakledilmelidirler; bu kalemler daima muacceldirler. Eğer üçüncü şahısla tasfiye eden, tasfiye

---

(40) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 274, 278 - 284.

(41) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 264 ve 267.

(42) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 287.

(43) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 304.

(44) Reinhardt (sh. 103 - 104), nev'an muayyen şey borcunun gereği gibi ifa edilmemesi halinde de üçüncü şahsın zararının tasfiye edilebileceği fikrindedir.

## § 8, I

edilen şeyi, tasfiye neticesini tasfiye edenin teminat veya karz olarak veya muhafaza etmek üzere bir müddet alıkoyacağını kararlaştırmışlarsa, bu kalemler geçici olmaktan çıkıp devamlı kalem halini alırlar. Krückmann (45), teminat tesisi maksadıyla yapılan itimada müsteniden temliklerde, temlik edilen şeyin mutemedin mamelekinde geçici bir kalem teşkil etmediği, zira bu şeyde mutemedin kendi menfaatinin bulunduğu kanaatindedir (46).

Krückmann'ın üçüncü şahsın menfaatinin tasfiye edilebilmesi için bu menfaatin muhik olması şartını koyduğuna daha yukarıda işaret etmiştik (47). Bu menfaat ne zaman muhik olacak, hangi hallerde aracının üçüncü şahsın menfaatinin ileri sürmesine cevaz bulunacaktır ? Bu suallerin cevabını kısmen, geçici kalemler ve iade mükellefiyeti mevzuunda müelliften yukarıda naklettiğimiz pasajlarda bulmak kabildir. Bundan başka Krückmann (48) menfaatin haklılığı, meşruluğu hususunda şunları ilâve etmektedir : «Üçüncü şahıs menfaatine tasfiye, daima tasfiye edenle üçüncü şahıs arasındaki hukukî münasebetin bir ifadesi olmalı ve üçüncü şahsa ihlâlin vukuu (zarar verici fiilin ikarı) anında talebe haklı olmadığı bir şey bahşetmemelidir. Üçüncü şahsın talebi münhasıran kendi selefiyle (*Vormann*) olan hukukî münasebetine göre taayyün eder. Hellwig tarafından ileri sürülen, zararın şümülünün tazminat talebine salâhiyetli olanın vaziyetine, münasebetlerine göre tâyin edileceği esas da nazara alınırsa bu formül şu şekli alır : Üçüncü şahıs ihlâl anında, hukuken ortaya çıkması bu ihlâle, zarar ikâna bağlı bulunan bir iade talebini haiz olmalıdır, o suretle ki üçüncü şahıs tasfiye edenin şahsı vasıtasıyla ve onun üzerinden geçerek netice husule getiren bu iade talebi mucibince, ancak vasıtalı da olsa, tazminat talebine gerçekten salâhiyetli şahıs olarak görünsün». Böylece Krückmann üçüncü şahsın tasfiye edilecek menfaatinin meşruluğunu, vasıflarını daha yukarıda naklettiğimiz iade mükellefiyetinin (*Herausgabepflicht*) mevcudiyetine

(45) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 305 - 306.

(46) Hattâ Krückmann'a göre, burada gerçekten bir mutemedlik (Treu-händer) vaziyeti dahi yoktur ve teminatı mutazammın olmak üzere temlik edilen şey için, temellük edenin iflâsı halinde, temlik edenin şeyi masadan ayırma hakkı (Aussonderungsrecht) tanınmamalıdır.

(47) Bk. yukarıda not 29.

(48) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 259.

## § 8, I

bağlamaktadır (49). Bu iade mükellefiyeti yüzünden üçüncü şahsın menfaatini tasfiye eden şahıs (*der Liquidant*), müellife göre üçüncü şahsın mutemedi vaziyetindedir ve vasıtalı da olsa gerçekte üçüncü şahsa ait olan tazminat talebi, sadece şeklen bu mutemede ait bulunmaktadır (50).

Yine Krückmann'a nazaran (51), «tasfiye edenin (S nin), üçüncü şahsın menfaatine alacaklı sıfatını iktisab etmesi gerekli değildir; üçüncü şahsın menfaatinin, hukuken tanınmış her hangi bir sebepten (meselâ zarar verilen şey üzerinde mülkiyet gibi), muhik görülmesi kâfidir (52). Diğer taraftan, tasfiye edenin muhakkak akde müsteniden alacaklı vaziyetinde olması gerekmez; o, haksız fiil veya kanun mucibince (*ex lege*) de alacaklı olabilir (53). Bu nunla beraber, üçüncü şahsa karşı bir iade mükellefiyeti bulunmalı ve bu mükellefiyet mucibince, üçüncü şahıs, tazminat borçlusuna (T ye) karşı olan münasebette, sanki bizzat kendisi tazminat talebinin sahibiymiş gibi bir vaziyete konulmasını isteyebilmelidir». Müellif (54) aynı mealde olmak üzere şunları da yazmaktadır: «Herkes, akitten, haksız fiilden veya doğrudan doğruya kanundan dolayı kendisine borçlu olan muvacehesinde üçüncü şahsın menfaatini, şu şartla tasfiye edebilir: daha borçlunun zarar verici fiile giriştiği anda, üçüncü şahıs, tasfiye edenle öyle bir hukukî münasebet içinde bulunmalıdır ki (yahut zarar verici fiilden önce veya sonra, bu fiilden önce doğmuş bulunan bir hukukî münasebete halef olarak dahil olmalıdır), bu münasebet mucibince, o, tazminat borçlusuna karşı tazminat alacağının bizzat sahibi imiş gibi muamele görmeği (telâkki edilmeği) talep edebilmelidir, yani üçüncü şahıs tasfiye edilecek meblağın kendisine iadesi hususunda bir talep hakkına sahip olmalıdır».

(49) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 271.

(50) Bk. yukarıda not 2 ye ait metin.

(51) Sh. 270.

(52) Ezcümle üçüncü şahsa ait şeyin hüsnüniyetli zilyedi (S), bu şeyi muhafaza için başkasına (T ye) verdiği ve müstevda (T) akde aykırı hareketiyle şeye zarar ika ettiği takdirde, hüsnüniyetli zilyedi (S), üçüncü şahıs vaziyetindeki malikin (Ü nün) menfaatini tasfiye edebilir: Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 269.

(53) Böylece Krückmann akit dışı mes'uliyette de üçüncü şahsın zararının tazminini kabul etmektedir.

(54) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 277.

Krückmann'ın fikrince (55), dâvanın geçici bir kalemin, üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesi için açıldığı aşağıdaki şekillerde belirtilebilir :

a) Dâvacı, üçüncü şahsa karşı dâvadan önce mevcut bir iade mükellefiyetine atıfta bulunabilir.

b) Dâvacı, dâvadan önce üçüncü şahıs tarafından kendisine verilmiş bir vekâlete veya onun hesabına girdiği vekâletsiz iş görmeye istinad edebilir (56).

c) Dâvacının dâva arzuhalinde üçüncü şahsa edada bulunulmasına hükmolunmasını talep etmek suretiyle, geçici kalemin tasfiyesini istediğini belirtmesi de kabildir.

d) Dâvacı dâvayı önce kendi menfaatinin tasfiyesi için açıp dâvalının onun menfaatinin bulunmadığı yolundaki itirazı üzerine dâva esnasında (*innerprozessual*) üçüncü şahsın iş göreni olarak tasfiyede bulunduğunu beyan suretiyle dâvaya devam edebilir. Bu sonuncu hali Krückmann (57), şöylece izah etmektedir : Tasfiye edenin dâva açmasını veya talep hakkını temlik etmesini mecburî kılacak bir iade mükellefiyeti bulunmasa dahi, eğer tasfiye ettiği takdirde iade ile mükellef olacaksa, üçüncü şahsın menfaati yine muhiktir. Binaenaleyh, hüsnüniyetli zilyed kendi menfaatinin tasfiyesi için dâva açıp da, dâva esnasında hakkı bulunmadığının farkına varırsa, üçüncü şahıs vaziyetindeki malikin rızasıyla veya ona ve talep ederse dâvalıya teminat vermek suretiyle dâvaya devam edebilir. Krückmann'ın (58) bu husustaki formülü şudur : «Üçüncü şahsın temlik suretiyle iktisab etmediği, kendisine ait müstakil dâva hakkının bulunduğu hallerde (59), daha önce kendi menfaatinin tasfiyesi için dâva açan kimse (S) (60), üçüncü şahsın rıza-

(55) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 249 - 250.

(56) Zarar verici fiilin ikaından evvel tasfiye edene verilen bir vekâlet, onun iade borcunu doğurmak ve iktisap edeceği şeyleri geçici kâleme tahvil etmek hususunda kâfidir; meselâ komisyoncunun bazı şeyleri satın almak hususunda akit yapmasından sonra, fakat teslim tarihinden önce üçüncü şahıs kendisine bu şeyleri satın alması için vekâlet veriyor : bk. Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 299-301.

(57) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 289 - 296.

(58) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 296.

(59) Meselâ malik mülkiyet hakkına müsteniden müstakil dâva hakkına sahiptir.

(60) Meselâ hüsnüniyetli zilyed.



## § 8, I

şıyla veya mahkeme huzurunda üçüncü şahsa teminat gösterdiğini isbat suretiyle ve dâvalı talep ederse en geç tazminat meblâğının tediyesinden önce ona çifte takibe maruz kalmayacağı hususunda teminat vermek şartıyla, açtığı dâvaya üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesi için devam edebilir». Böyle bir halde onun gerçekten sahip olduğu talep hakkında bir değişiklik yoktur, yalnız ileri sürdüğü talep (*erhobener Anspruch*) değişir (61); bu suretle yeni bir dâva açmanın külfet ve masraflarından tasarruf edilmiş olunur (62).

Krückmann'a göre (63), üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesi için dâva açan kimse bunu kendi adına açmaktadır. Üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak doğru değildir. Yalnız tasfiye edenin iflâsına karşı, kendisine masadan ayırma hakkı (*Aussonderungsrecht*) tanımak suretiyle üçüncü şahsı korumak kabildir; zaten bu ayırma hakkının tanınması, geçici kalemin mahiyetinden çıkan bir neticedir.

Krückmann (64), üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesi hususunda alacaklıya tanıdığı salâhiyeti, neticenin adalete uygunluğu mülâhazasından, iade mükellefiyeti ve mutemedlik gibi mefhumlardan başka, cezaî şartın üçüncü şahıs menfaatine tasfiyesinin mümkün olması ve hukukun sadece egoistçe değil altruistçe menfaatleri de himaye etmesi gerektiği (65) gibi mülâhazalarla haklı göstermeğe çalışmaktadır.

### 4. Krückmann'ın nazariyesinin tenkidi.

a) Krückmann alacaklının üçüncü şahsın menfaatini tasfiye edebilmesini, bilhassa alacaklının üçüncü şahsa karşı olan devir ve iade mükellefiyetine (*Herausgabepflicht*) istinad ettirmektedir. Ancak Rodig'in (66) haklı olarak belirttiği veçhile, borçluyu asla alâkalandırmayan üçüncü şahıs ile alacaklı arasındaki hukukî münasebetten, borçluya karşı bir talep hakkı istihraç etmek, ona bu

---

(61) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 291.

(62) Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 292.

(63) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 301 - 303.

(64) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 320, Nr. 18; bk. yukarıda s 7, not 17.

(65) ACP, 139 (1934), sh. 73.

(66) Sh. 24.

suretle yeni bir mükellefiyet yüklemek doğru değildir (67). Münhasıran adalet ve hakkaniyet mülâhazaları da böyle bir talebin tanınması için kâfi değildir.

b) Reinhardt'a göre (68) Krückmann'ın ortaya attığı geçici kalem ve iade mükellefiyeti mefhumları vuzuhtan mahrumdur. Krückmann, kendi tabiriyle objektif, gerçek, saf (*rein*) veya zarurî geçici kalemlerin mevcudiyetini tesbit için, iade mükellefiyeti mefhumuna başvurmakta, ancak bu mükellefiyette de bazı hususiyetler aramaktadır. Krückmann'ın fikrinde öyle bir iade ve devir mükellefiyeti mevcut olmalıdır ki, buna müsteniden üçüncü şahıs, tazminat borçlusuna karşı tazminat talebinin hakiki sahibiymiş gibi bir vaziyete konulmasını isteyebilsin (69). Şu kadar ki, böyle bir iade mükellefiyeti hiçbir vakit bahis mevzuu olamaz. Üçüncü şahsın devir ve iade neticesinde bizzat tazminat talebinin sahibi vaziyetine girebilmesi için, daha önce alacaklının böyle bir tazminat talebine sahip olması lâzımdır; alacaklının da tazminata sahip olabilmesi için üçüncü şahsın menfaatini ileri sürebilmesi gerekir. Halbuki, zaten izahı ve isbatı lâzım gelen husus alacaklının üçüncü şahsın menfaatini nasıl ve niçin ileri sürebileceğidir. Krückmann'ın aradığı şartları haiz iade mükellefiyetinin bulunduğu hallerin tipik misali olarak gösterdiği vekâlet akdinde de vaziyet böyledir; müvekkil, vasıtalı mümessil vaziyetindeki vekilden, kendisini karşı âkidin tazminat alacaklısı vaziyetine koymasını isteyemez; karşı akide önceden terettüp etmeyen bir tazminat mükellefiyetini vekilin sonradan ona tek taraflı olarak yüklemesi imkânsızdır; olsa olsa müvekkil vekilden karşı âkide olan kendi tazminat talebini devretmesini isteyebilir; bunun için de vekilin kendisinin tazminat alacaklısı olması, kendi zararı olmadığı cihetle üçüncü şahsın zararını ileri sürebilmesi lâzımdır. Böylece Krückmann üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli için ortaya atığı hususî vasıftaki iade mükellefiyetiyle tekrar çıktığı noktaya gelmekte, mesele halledilmemiş olarak kalmaktadır.

Diğer taraftan, Krückmann'ın başkasına satılmak veya bağışlanmak üzere satın alınan şeylerde gerçek bir geçici kalem mahiyeti görmemesi de Reinhardt (70) tarafından tenkid olunmakta ve

(67) Aynı fikirde Schott, sh. 32.

(68) Sh. 49 - 50.

(69) Bk. yukarıda not 53 ve 54 e ait metin.

(70) Sh. 49 - 50.

## § 8, I

bu gibi şeylerde de ilk alıcının kendi menfaati olmadığı ve şeyi devir mükellefiyeti bulunduğu beyan edilmektedir. Krückmann (71) bu tenkidi, ilk alıcının şeyi elden çıkarıp kâr elde etmek için aldığı, binaenaleyh şeyin mamelekine girmesinde kendi menfaati olduğu şeklinde cevaplandırmaktadır; bir kimsenin velev ki başkasına devretmek üzere iktisap ettiği şeylerde kendisinin menfaati bulununca, Krückmann'ın tarifine göre bunlar geçici kalem vasfını haiz değildirler.

c) Krückmann'ın nazariyesini istinad ettirdiği mefhumlardan biri olan «üçüncü şahsın muhik menfaati» mefhumu da vazıh değildir (72). Krückmann'a göre, «üçüncü şahsın menfaatinin, hukuken tanınmış herhangi bir sebepten dolayı (meselâ zarar verilen şey üzerinde mülkiyet gibi) haklı görünmesi kâfidir». Ancak verdiği misal dışında Krückmann'ın bu izahından bir netice çıkmamaktadır: ne zaman üçüncü şahsın menfaati hukuken tanınmış herhangi bir sebepten dolayı muhik görünecektir? Bu hususta iade mükellefiyeti mefhumunun da bir hal çaresi getirmediğine daha yukarıda işaret etmiş bulunuyoruz.

d) Kendi menfaatine dâva açıp da dâva esnasında haklı bulunmadığı meydana çıkan kimsenin, üçüncü şahsın menfaatini tasfiye edeceğini beyan ederek dâvaya devam edebilmesi fikri de, Reinhardt'a göre (73), Krückmann'ın nazariyesini büsbütün zayıflandırmaktadır. Filhakika Krückmann, bir taraftan iade mükellefiyetinin zarar verici fiilin ikandan önce mevcut olmasını şart koşmakta, diğer taraftan da, sonradan dâva esnasında böyle bir mükellefiyetin ortaya çıkmasını da kâfi görmekte ve «tasfiye edenin dâva açmasını veya talep hakkını temlik etmesini mecburî kıla- cak bir iade mükellefiyeti bulunmasa dahi, eğer tasfiye ettiği takdirde iade ile mükellef olacaksa üçüncü şahsın menfaati yine muhiktir» demektedir. Vaziyet böyle olunca herhangi bir alacaklı sonradan üçüncü şahsa devretmek üzere onun zararını tasfiye edebil- meli, Krückmann'ın koymak istediği tahditler ortadan kalkmalıdır. Krückmann, dâva esnasında üçüncü şahıs lehine tasfiyeyi talep salâhiyetini, hatalı olarak kendi zararını tazmin için dâva açmış olan hüsnüniyetli zilyede hasretmek istemektedir; ancak buna kar-

---

(71) ACP 139 (1934), sh. 63.

(72) Reinhardt, sh. 50 - 51.

(73) Sh. 52 - 54.

şı üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesi niçin alacaklının hatasına bağlı bulunsun şeklinde bir soru sormak kabildir .

Kaldı ki, dâvacının dâva açmağa salâhiyeti olmadığı anlaşılınca usul hukukuna göre dâvanın reddi ve gerçekten salâhiyetli kimse- nin dâva açması gerekir; üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek dâvaya devamın usul hukuku esaslarıyla ne derece kabili telif ol- duğu da şüphelidir.

Krückmann (74), önce kendi menfaatine dâva açanın sonra- dan dâvaya üçüncü şahsın menfaatine, geçici kalemin tasfiyesi şek- linde devam edebilmesi imkânına karşı Reinhardt'ın ileri sürdüğü tenkide şöyle mukabele etmektedir : Burada başlangıçtan itibaren gerçek bir geçici kalem bahis mevzuudur; ancak bu kalemin hakiki mahiyeti başlangıçta bilinemeyip, dâva esnasında anlaşılmıştır; bi- naenaleyh, gerçekte geçici olmayan bir kalemin sonradan geçici ka- leme tahavvülü bahis mevzuu değildir.

e) Krückmann'a göre, tazminat talebine şeklen alacaklı salâhi- yetli olmakla beraber, bu talep salâhiyeti gerçekte vasıtalı da olsa üçüncü şahsa aittir. Krückmann'ın bu kelime oyunundan, onun, üçüncü şahsa doğrudan doğruya borçludan tazminat talep etme- hakkı tanıdığı neticesi çıkarılamaz; zira o, üçüncü şahsın böyle bir hakkı olmadığını açıkça belirtmektedir (75). O halde, üçüncü şah- sın tazminat talebine salâhiyetli olmasından, ancak onun, alacaklı- nın karşı âkitten olan tazminat talebini kendisine devretmesini iste- yebileceği mânası çıkarılabilir; bunun için ise bizzat alacaklının tazminat talebine sahip olması, yani kendi zararı bulunmadığı hal- de üçüncü şahsın menfaatini tasfiyeye salâhiyetli olması lâzımdır; başka bir deyimle, üçüncü şahsın vasıtalı alacaklılığı, bizzat alacak- lının doğrudan doğruya tazminat talebine sahip olmasına bağlı- dır (76). Alacaklının üçüncü şahsın menfaatini ileri sürerek niçin tazminat isteyebileceği ise zaten isbatı gereken husustur. Böylece Krückmann'ın izahları hep fâsit bir daire içinde dönmektedir.

Bu tenkide karşı da Krückmann (77), benim hesabıma ikti- sab edilen ve iktisadî bakımdan bana ait olması gereken şey, huku- kî bakımdan da bana aitmiş gibi telâkki edilmelidir tarzında bir beyanda bulunmaktadır.

(74) ACP 139 (1934), sh. 60, not 25.

(75) Bk. yukarıda not 63 ve buna ait metin.

(76) Bk. Reinhardt, sh. 54 - 57.

(77) ACP 139 (1934), sh. 61, not 26 ve sh. 64.

## § 8, II

II — İhlâl edilen varlıktan istifade imkânlarının ve ihlâl edilen hukukî vazifenin koruyucu gayesinin gözönünde tutulmasına dair nazariyeler.

### 1. Reinhardt'ın nazariyesi.

Reinhardt (78), tazmin edilecek menfaatin münhasıran alacaklının menfaati olduğu dogmasından hareket ederek üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin hallinin mümkün olmadığına işaret ettikten sonra, bu dogmanın doğru olmadığını isbata çalışmaktadır.

Gerçi bahis mevzuu dogma ilk bakışta kanun metnine uygun gibi gözükmemektedir. BGB § 280 ve § 286 da, borçlunun, kendisine isnadı kabil bir sebep yüzünden edanın imkânsız hale gelmesinden veya temerrüdünden doğan zararı *alacaklıya*, § 823 de de bu maddede derpiş edilen hukukî varlıkları hukuka aykırı surette ihlâl eden kimsenin, bu ihlâlden doğan zararı *mezkûr varlıkların sahibi ne* tazminle mükellef olduğu belirtilmektedir. Fakat tazminat alacaklıya veya hakkı ihlâl edilene ödenecek olmakla beraber, tazmin edilecek zararın kime ait olduğu tasrih edilmemektedir. Bu hükümlerde üçüncü şahsın zararından ayrıca bahsedilmemesinin sebebi, bir taraftan, üçüncü şahsın zararının nadiren ortaya çıkması, diğer taraftan, BGB nin hazırlanması safhasına ait zabıtta kaydedildiği veçhile (79), üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi üzerinde henüz kâfi vuzuha erişilemediği için buna ait hal tarzlarının mahkeme içtihadları vasıtasıyla inkişafının uygun görülmesidir. Hulâsa, kanunun metninden tazmini gereken menfaatin zarurî olarak sadece alacaklının menfaati olduğu neticesini çıkartmak doğru değildir (80).

Menfaatin tazmini talebinin sübjektif bir mahiyet taşımasından, tazminatın kaideten menfaat sahibinin şahsî vaziyetine ve mü-

---

(78) Sh. 67 - 68.

(79) Protokolle zum BGB, Bd. I, sh. 298.

(80) Reinhardt, sh. 69 - 70. İsviçre hukukunda da İBK. md. 97 metninden, bu maddede yalnız alacaklının menfaatinin tazmininin istihdaf edildiği neticesinin çıkarılmayacağı fikrinde: Elias Wolf, ZSR. NF. 46 (1927), sh. 291 - 292; Friedrich, sh. 76; Thorens, sh. 124 - 128; Pestalozzi, sh. 73 - 74; Wilburg, Jher. Jb. 82 (1932), sh. 107; Barth, sh. 86.

nasebetlerine göre hesaplanmasından da, bu hesaplamada mutlaka sadece *alacaklının* şahsî mamelekî durumunun ve münasebetlerinin nazara alınması icap ettiği neticesine varmak isabetli olmaz (81). Menfaatin sübjektif olarak hesaplanması, onun bir süjesi bulunmasını lüzumlu kılar; fakat bu süjenin mutlaka alacaklı olması zarurî değildir; menfaatin üçüncü şahsa göre de sübjektif olarak hesaplanması kabildir.

Reinhardt (82) bundan sonra, sübjektif hak mefhumunun, hakkın ihlâli halinde yalnız hak sahibinin menfaatinin tazminini mi gerektireceği sualini vazetmekte ve bu suale aşağıdaki mülâhazalarla menfi cevap vermektedir :

Mes'uliyeti tesis edici vakıa, aynı zamanda mes'uliyetin muhtevasını da tâyin etmelidir; mes'uliyete vücut veren vakıanın başlıca ayırıcı vasfı hakkın ihlâlidir. Tazminat mükellefiyeti, bir sübjektif hakkın ihlâli bahis mevzuu olsa dahi, tazminat borçlusunun kendisine terettüp eden bir hukukî vazifeye aykırı hareket etmesinin bir neticesi olarak kendisini gösterir; zira her sübjektif hakkın bir de vazife cephesi vardır : Hak sahibi nisbî haklarda muayyen şahıslardan, mutlak haklarda herkesten muayyen bir hareket tarzında bulunmasını veya bulunmamasını isteyebilir. Alacaklılık vaziyeti, bu sıfatla talepte bulunmak imkânı, mes'uliyeti tesis edici vakıada mühim bir rol oynamaz; binaenaleyh, tazminatın mevzuunun tâyininde de alacaklılık vaziyetinin bir tesiri olmamalı, tazminat mükellefiyetinin muhtevasının tesbitinde ihlâl edilen hukukî vazifenin muhtevası esas ittihaz edilmelidir. Şu halde, alacaklının menfaatine imtiyaz tanınması gerektiği, başka bir deyimle, sadece alacaklının menfaatinin tazmini gerektiği iddiasının yerinde olup olmadığı, ihlâl edilen hukukî vazifenin muhtevası nazara alınarak incelenmelidir.

Her hukukî vazife, muayyen bir hukukî varlığın, tabi olacağı hâkimiyet kudretine (*Herrschaftsmacht*) göre muayyen imkânlar bahşetmeğe hazır bir varlığın elde edilmesine veya muhafazasına

---

(81) Reinhardt, sh. 70-71. Menfaatin tazmini talebinin sübjektif mahiyetinin üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesine bir engel teşkil ettiği fikrinde bulunanlara misâl olarak şu müellifler zikredilebilir : Kunze, sh. 31; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 533-535; Burkhardt, sh. 40; H. A. Fischer, sh. 79-85; Nebelsteck, sh. 15; Müller - Erzbach, Mittelbare Stellvertretung, sh. 48.

(82) Reinhardt, sh. 73 vd.

## § 8, II

yönelir. Bahis mevzuu hâkimiyet kudreti muhtelif şekillerde tezahür edebilir; meselâ bir şeyin kiracısı o şey üzerinde zilyedliği müddetince kullanmağa müteallik mahdut bir kudrete, bir şeyin alıcısı ise müddetle mukayyed olmayarak şeyin cevheri üzerinde tam bir hakka sahip olur.

Her hukukî varlık, muayyen bir şahsın hâkimiyet kudretinin mevzuu olarak, tahsis cihetine uygun istifade imkânları (*Genussmöglichkeiten*) bahşeder; bu istifade imkânları ait oldukları kimse lehine mamelekî bir kıymete, mamelekî bir menfaate vücut verirler. Zararın tâyini, bu istifade imkânları haleldar olmamış ve bozulmamış olsalardı onların arzedecekleri mamelekî kıymeti, para ile ölçülebilir kıymeti tesbit gayesini güder. Mamelekî menfaat muhtelif yollardan müşahhas bir hal alır; bazan mübadele kıymeti, bazan ihlâl edilen varlığın yerine yenisini koyma kıymeti olarak ifadesini bulur; ayıplı teslimde olduğu gibi şeyin bozulmamış olarak bahşedeceği istifade imkânlarının kıymeti şeklinde de kendini gösterebilir.

Bir hakkın ihlâline müsteniden bir menfaatin tazmini, hukukî vazife ile korunan varlık vasıtasıyla muayyen istifade imkânları teminat altına alındığı ve bu varlık mezkûr istifade imkânları ülayısiyle muayyen bir mamelekî menfaate vücut verdiği takdirde bir mâna taşır. Bahis mevzuu istifade imkânlarının ve menfaatin süjesi olarak, en başta, edanın kendisine yapılacağı şahıs kendisini gösterir. Edanın kendisine yapılacağı şahıs normal olarak sübjektif hakkın sahibidir; fakat, bu her zaman böyle olmayabilir; meselâ nakıs üçüncü şahıs lehine şartta alacak hakkının sahibi ile edanın kendisine yapılacağı şahıs başka başka kimselerdir. Edanın kendisine yapılacağı şahsın, hukukî varlığın bahşettiği istifade imkânlarının ve bunlara taallük eden menfaatin süjesi olarak en başta ortaya çıkması tabiidir; zira himaye edilen varlık üzerindeki hâkimiyet kudreti ona aittir. Bu kudret, taallük ettiği varlığın istifade imkânlarını, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler (*Drittbeziehungen*) mevcut olmadıkça, edanın kendisine yapılacağı şahsa mahfuz tutar. Fakat eda edilecek varlığa müteveccih herhangi üçüncü şahıs münasebetleri mevcut bulunduğu ve bunlar edanın kendisine yapılacağı şahsın bu edanın neticelerinden bizzat faydalanmasına mani oldukları, başka bir deyimle, muayyen istifade imkânları başka şahıslara hukuken garanti edildiği takdirde vaziyet farklıdır. Bir üçüncü şahsın eda mevzuu üzerinde mahdut bir aynî hakkı veya ala-

## § 8, II

cak hakkı bulunduğu takdirde keyfiyet böyledir. Ezcümle haksız iktisapta bulunan şahıs malik sıfatını taşımakla beraber, iktisaba mevzu olan şeyin istifade imkânları iade alacaklısına aittir. İstifade imkânlarının ne nisbette üçüncü şahsa ait olduğu her münferit vakıada üçüncü şahıs lehine mevcut olan hukukî mükellefiyetin muhtevasına tabidir; üçüncü şahıs teslim edilecek şeyi kiralamış ise, edanın kendisine yapılacağı şahıs yerine ona ait olacak olan istifade imkânları kullanmaya münhasırdır; komisyonda ise müvekkilin veya ikinci alımda ikinci alıcının şeyin cevherinden tam bir surette faydalanma imkânları vardır. Şu halde, bir edanın neticelelerinden istifade imkânlarının, tabiatları icabı, edanın kendisine yapılacağı kimsenin şahsına ve hatta önceden belli bir şahsa bağlı olmadığı vakıasından hareket etmek lâzımdır; bu imkânların her münferit vakıada kime ait olacağı, müşahhas hukukî varlığa yönelmiş olan hukukî münasebetlerin hepsi nazara alınmak suretiyle tesbit edilebilir.

Burada bir sual hatıra gelebilir : Acaba edada mündemiç istifade imkânları yalnız ihlâl edilen hakkın sahibine ait oldukları nisbette mi hukuken himayeye mazhar olmalıdırlar ? Bu suali Reinhardt (83), von Tuhr (84) ve Enneccerus - Nipperdey'a (85) atıfta bulunarak cevaplandırmakta ve sahibinin değil, fakat üçüncü şahsın menfaatine hizmet eden sübjektif hakların da hukuk nizamınca tanınmış olduğunu beyan eylemektedir; bu hususta misal olarak velinin veya vasinin çocuğun şahsına ve mallarına takayyüd gösterme haklarını, mutemedin kendisine itimad eden menfaatine icra ettiği, komisyoncunun müvekkili hesabına iktisap ettiği hakları göstermektedir. Böylece ,sübjektif hakkın bahşettiği himayeden hak sahibinden başkaları da faydalanabilince, tazminat mükellefiyetinin mevzuu olarak yalnız hak sahibine ait istifade imkânlarının nazara alınması da doğru olmaz. Hulâsa sübjektif haktaki sübjektiflik unsuru, tazminatın alacaklının menfaatine göre hesaplanmasını haklı göstermez; hakkın sübjektifliği, onun sahibine bir hukukî kudret bahşeder, fakat hukukî vazifenin ve binnetice tazminat mükellefiyetinin muhtevasına tesir etmez .

(83) Sh. 80 vd.

(84) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin 1914, Bd. I, s 1, sh. 53 vd. hususiyle, sh. 59.

(85) 13. Bearbeitung, ss 65 vd.; sh. 201 ve 207.



## § 8, II

Sübjektif hak bahşetmeksizin ferdî menfaatleri koruyan normların (86) ihlâli halinde de, bu normların sadece korunan hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen şahsın, korunan durumdan istifade imkânlarını teminat altına aldığı söylenemez (87); bir üçüncü şahıs da korunan vaziyetten faydalaniyorsa onun zararı da tazmin edilmelidir. Meselâ S, X e gönderdiği bir mektupta bulduğu gizli bir usulden bahsediyor; S, bu usulü Ü ye satmıştır; T Alman CK. § 299 a aykırı olarak mektubu açıp usulü Ü nün rakibi Y ye bildiriyor; burada mektubu açılan S, Ü nün mektubun açılmamasından faydalanma imkânlarının nazara alınmasını ve onun zararının tazminini talep edebilmelidir.

Üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edildiği bütün hallerde müşterek olan şart, bu zararın, ihlâl edilen hukukî vazife tarafından korunan hukukî varlıkla birlikte mevcudiyetleri teminat altına alınan istifade imkânlarının haleldar edilmesinden doğmasıdır.

Bu suretle, Reinhardt'ın fikrinde (88), muayyen bir süjeye olan sabit bağılılığın yerini, menfaatin mevzu itibariyle tesbiti, objektifleştirilmesi almakta ve bu objektifleştirme ile, şimdiye kadar imkân dairesinde bulunmayan, alacaklının ve üçüncü şahsın zararlarının, menfaatin tazmini talebinde, daha yüksek kademede olmak üzere sentezleri mümkün hale gelmektedir. Bu sentez vasıtasıyla, üçüncü şahsın zararının tazmininin borçlar hukukunda bir inkılâba yol açacağı itirazı da bertaraf edilmektedir. Tazmini gerekli menfaatin alacaklının şahsından ayrılması böyle bir inkılâbı mucip olmaz; zira bu şekilde bir ayırma ile tazminat mükellefiyetinin mahiyeti değişmez ve tazmini gereken menfaat mefhumunun bütünlüğü kaybolmaz. Menfaatin mevzu itibariyle tesbitinden hareket edilince üçüncü şahsın tazmin edilecek menfaatinın, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler mevcut olmasaydı ortaya çıkması mümkün olacak olan, fakat bu münasebetler vasıtasıyla bertaraf edilmiş bulunan alacaklının menfaatinden başka bir şey olmadığı görülür. Meselâ borçlunun (T) taahhüt ettiği şeyi komisyoncuya (S ye) teslim etmemesinden, müvekkil (Ü) o şeyi başkasına satmak suretiyle elde edeceği kârdan mahrum kalır; eğer ko-

---

(86) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 23 - 24.

(87) Reinhardt, sh. 82 - 83.

(88) Sh. 83 vd.

## § 8, II

misyon münasebeti mevcut olmasaydı, komisyoncu (S) şeyi kendi nam ve hesabına satın alsaydı, borçlunun (T nin) şeyi teslim etmemesi yüzünden, S de Ü gibi şeyi başkasına satamamak yüzünden bir kâr mahrumiyetine uğrayacaktı. Bu misalde, gerek alacaklının (S nin), gerek üçüncü şahsın (Ü nün) tazmin edilecek menfaatlerinin mevzuu aynı olup şeyin tekrar satışından elde edilecek kâra taallük etmektedir. Menfaat ister alacaklının, ister üçüncü şahsın lehine vücut bulsun, objektif olarak aynı menfaattir (*sachlich dasselbe Interesse*). Bu menfaat, borçlu olunan eda neticesinin ihtiva ettiği istifade imkânlarının arzylediği mamelekî kıymete tekabül eder ve edaya olan menfaat olarak isimlendirilebilir.

Alacaklının ve üçüncü şahsın menfaatlerinin mevzu itibariyle aynı oldukları söylenmekle, bunların şümul itibariyle birbirinden farklı olabileceği keyfiyeti inkâr edilmemektedir (89). Filhakika menfaatin tazmini için alacaklı ve üçüncü şahıs başka başka usullere başvurabilirler; biri ikame alımı yapabilir; öbürü sadece kâr mahrumiyetini ileri sürebilir. Her ikisi de kâr mahrumiyetini ileri sürseler bile, şeyin tekrar satışından elde edebilecekleri kâr birbirinden farklı olabilir; meselâ birinin aynı şeyi 100 e, diğerinin 120 ye satmak imkânı bulunabilir. Tek ve aynı hukukî varlıktan istifade imkânlarının ihlâlden masun kalmasının, muhtelif şahıslar için değişik mamelekî kıymetler arzedebileceği ve vaki ihlâlin değişik yükseklikte zararlara yol açabileceği münakaşadan âri bir keyfiyettir. Bu keyfiyetin tesiri altında bazı müelliflerce, üçüncü şahsın zararının tazmini kabul edilse bile, şümulü bakımından dar sınırlarla tahdit edilmek istenilmektedir. Başka bir deyimle, üçüncü şahsın zararının tazminini objektif kıymetle tahdit etmek veya yalnız, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler olmasaydı alacaklının uğrayabileceği zarar miktarını nazara almak veyahut sadece doğumunu failin bildiği veya bilebileceği zararı hesaba katmak teklif ve temayülleri görülmektedir (90)). Reinhardt'a göre (91) üçüncü şahsın zararının tazmininin bu gibi sun'î tahditleri reddedilmeli ve üçüncü şahsın menfaatinin tamamı, üçüncü şahsın ve alacaklının zararlarının şümul itibariyle birbirinden farklı olabileceği vakıası bilinerek, nazara alınmalıdır.

Kaldı ki, üçüncü şahsın zararı bazan alacaklınıninkinden daha az

(89) Reinhardt, sh. 86 vd.

(90) Bk. aşağıda § 9, I, 1 - 3

(91) Sh. 86.

## § 8, II

da olabilir. Binaenaleyh, tazminatın şümulünün üçüncü şahsın menfaatinin tamamına göre tâyin edilmesiyle, borçlunun vaziyeti tek tarafli olarak ağırlaştırılmamaktadır; zira onun, üçüncü şahsın menfaatinin daha yüksek olmasına karşılık, daha az olması şansı da bulunmaktadır. Zaten bir hukuk nizamında, bir kere, tazminat talebinin şümulünü tâyin hususunda objektif kıymet yerine sübjektif kıymet esas ittihaz edildi mi, her münferit vakıada menfaatin yüksekliğinin kendilerine tabi olduğu, caiz olan muhtelif tazmin metodlarını ve şahsî şansları, borçlu önceden hesaba katmak mecburiyetindedir. Uygun illiyet rabitasının çerçevesi dışına çıkılmadıkça, tazminat borçlusu, menfaatin tazmini talebi muvacehesinde, kendisi için külfetli olabilecek ve tamamen kendi tesir sahası dışında kalan ihtimallere boyun eğmek mecburiyetindedir; o, kendisi için mühim olan vakıalardan bilgisi olmadığını veya olmayacağını dermeyan edemez; zararın derpiş edilebilmesi menfaatin tazmininin şartlarından değildir.

Gerçi bu görüş tarzı, alacaklının şahsı nazara alınarak kabul edilmiştir; fakat onun yerine bir üçüncü şahıs mutazarrır olunca tazminatla mükellef olunacağı bir kere kabul edildi mi, aynı esaslar üçüncü şahıs muvacehesinde de tanınmalıdır (92). Borçlu daha önce alacaklıya karşı zararın bilinebilir olmamasını dermeyan edemeyince, alacaklının yerini tesadüfen üçüncü şahıs alınca ona karşı da bunu dermeyan edememelidir. Bu prensibin bir tatbik hali alacağın temlikinde kendini gösterir : Borçlu akdin ihlâlinden önce vaki temlikten haberdar olmasa dahi temellük edenin menfaatinin tamamını tazminle mükelleftir.

Netice şöyle hülâsa edilebilir (93) : Tazminatın tâyininde üçüncü şahsın menfaati bütün şümulüyle nazara alınsa dahi, tazminat mükellefiyeti, her borçlunun zararın sübjektif olarak tesbitinde hesaba katması lâzım gelen âzami hududu geçmez. Üçüncü şahsın menfaati, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler olmasaydı alacaklının o vakıada bizzat sahip olacağı menfaatin yüksekliğini aşsa bile, borçlu zikri geçen umumî hududu aşan bir mükellefiyet altına sokulmuş olmaz. Zararın şümulünde rastlanabilecek farklılık, alacaklının ve üçüncü şahsın menfaatlerinin mevzu itibariyle ayniye-

---

(92) Reinhardt, sh. 87.

(93) Reinhardt, sh. 87 - 88.

tine mani değildir; bu iki menfaat edaya olan menfaatin iki değişik ifade şekli olarak kendilerini gösterirler. Edaya olan menfaat, biri sabit, diğeri değişken olan iki unsurun muhasalası olarak tasavvur edilebilir. Sabit olan, borçlu bulunulan eda, ihtiva ettiği istifade imkânlarıyla birlikte hukukî varlıktır; değişken olan ise, münferit vakıada hakkın ihlâliyle boşa çıkarılan istifade imkânlarının mamelekî kıymetinin hesaplanmasında nazara alınan ve zararın yüksekliliğinin kendilerine bağlı bulunduğu şahsî şart ve münasebetlerdir. Şunu da belirtmek lâzımdır ki, edaya olan menfaatin muayyen bir şahısta mutlaka tam şümulünde kendisini göstermesi gerekmez. Diğer taraftan, bilhassa zincirleme akitlerde olduğu gibi, bu menfaatin muhtelif sùjeler arasında taksimi, dağılması da kabildir; ancak bu takdirde muhtelif şahıslara isabet eden miktarların toplamı yukarıda zikredilen âzami hududu aşamaz.

Reinhadt (94), daha sonra, üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutlarını daha yakından tesbite çalışmaktadır. Bu hudutları, müellife göre, yukarıda naklettiğimiz izahları neticesinde ulaşılan şu esastan hareket ederek çıkarmak kabildir : Tazmini gereken menfaat, eda neticesinin ihtiva ettiği ve ihlâl edilen hukukî vazifenin teminat altına aldığı istifade imkânlarının arzettiği mamelekî kıymettir, bu istifade imkânları ister alacaklıya, ister üçüncü şahsa ait olsun.

Aynı fiille birbirinin yanında muhtelif hukukî varlıklar ihlâl edilmiş olabilir; birinin ihlâline müsteniden, diğerrinin ihlâlinden dolayı zarara uğrayan tazminat isteyemez (95). Meselâ, bir taksinin kazaen kaldırılma çıkması neticesinde içindeki müşteri yaralanır ve kaldırılmadaki işportacının sattığı bardaklar kırılırsa, işportacı (Ü), taksi müşterisinin (S nin) yaptığı akdin ihlâline müsteniden taksi sahibinden BGB § 278 (BK. md. 100) mucibince tazminat isteyemez; Ü kendi hukukî varlığının ihlâlını ileri sürerek ancak BGB § 831 (BK. md. 55) e başvurabilir.

Tek ve muayyen bir hukukî varlığın ihlâli halinde de, bu ihlâle uygun illiyet rabıtasıyla bağlı bulunan bütün zararlı neticeler, tazmini gereken menfaat mefhumuna girmezler. Burada, zararın hukukî kaideye aykırılık, vazifeye aykırılık mefhumu vasıtasıyla tah-

(94) Sh. 93 vd.

(95) Reinhardt, sh. 93 - 95.

## § 8, II

didi ehemmiyet kazanır (96). Himaye olunan hukukî varlığa bağlı bulunan, onun bahşetmeğe hazır olduğu istifade imkânlarının halledar edilmesinden doğan zarar tazmin edilmeli, mevzu itibariyle tamamen ayrı olan istifade imkânlarından doğan zarar tazmin edilmemelidir. Meselâ yoldan geçen bir kimsenin (T) dikkatsizlikle sigarasını atması neticesinde kenardaki fabrikada yangın çıkar ve fabrikanın bu yüzden bir müddet faaliyetini tatil etmesi gerekirse, fabrikanın sahibi mülkiyet hakkının ihlâline müsteniden, mezkûr müddet zarfında uğradığı kâr mahrumiyetinin tazminini isteyebilir; fakat çalışmayıp ücretlerinden mahrum kalan işçiler sigarayı atandan tazminat talep edemezler; zira imalâttan elde edilecek kâr, ihlâl edilen mülkiyet hakkının bahşettiği bir istifade imkânıdır; fakat işçilerin ücret alabilmeleri, fabrika üzerindeki mülkiyet hakkının koruduğu bir istifade imkânı değildir; bu misalden, istifade imkânlarının yalnız ihlâl edilen hak sahibine ait olduğu neticesi çıkarılmamalıdır; mülkiyetin bahşettiği istifade imkânlarının gerçekleştirilmesi şansı bir üçüncü şahsa da intikal etmiş olabilir; meselâ fabrikayı hasılat icarına alan kimsenin kâr mahrumiyetinin tazmini, sigarayı atan şahısdan talep edilebilir. Bir tenorun başkası tarafından yaralanması yüzünden konserini verememesi halinde zarar gören, ona refakat eden şahıs, konser salonunun dekoratörü, yer göstericiler, temizleyiciler failden tazminat isteyemezler; zira tenorun çalışma kudretini kıymetlendirmek hususunda bir hakları yoktur. Buna mukabil eğer tenor konseri bizzat tertiplemiyorsa, konserin organizatörünün konserin verilememesi yüzünden uğradığı zararın tazmini gerekir; zira verdiği ücret mukabilinde tenorun çalışma kudretinden faydalanma imkânına sahip olmuştur. Hasar organizatöre aitse, yani o, kusursuz imkânsızlık halinde de tenorun ücretini ödeyecekse yalnız onun, yani üçüncü şahsın zararı vardır; ücreti ödemeyecekse hem tenorun (hukukî varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilenin) ücret alamaması yüzünden, hem de üçüncü şahıs vaziyetindeki organizatörün konserin kârından mahrum kalması dolayısıyla zararları vardır. Fakat her iki halde de faile yüklenecek külfet toplamı aynıdır; yalnız ikinci halde bu miktar, korunan varlıktan istifadeye iştirak eden şahıslar arasında paylaşılmıştır.

---

(96) Reinhardt, sh. 95 - 98. Böylece Reinhardt, hukuka aykırılık rabitası mefhumuyla zararın şümülünü ve tazminat isteyebilecek şahısların sahasını tahdit fikrinin ilk öncülerinden biri olmaktadır.

Üçüncü şahsın tazmini gereken zararının hudutlarını tesbitte nazara alınacak diğer bir husus da, korunan hukukî varlığın hangi varlık olduğunun, başka bir deyimle, ihlâl edilen hukukî vazifenin bahsettiği hukukî himayeden hangi vaziyetin (*Zustand*) ve hangi şahısların faydalanacağına tesbitidir (97). Bilhassa edaya yakınlığı dolayısıyla zarar görenlerin akdin himayesinden faydalanıp faydalanamayacaklarının tâyini gerekir.

Reinhardt, üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutlarını tesbit ettikten sonra (98), böyle bir tazminat talebinin nazara alınması için üçüncü şahısla alâkalı ne gibi münasebetlerin bulunması lâzım geldiği meselesi üzerinde durmaktadır. Müellifin fikrinde (99), üçüncü şahsın zararı tazmin edilebilmek için, onun eda neticesiyle, yani korunan hukukî varlık ve bu varlığın arzettiği istifade imkânlarıyla hukuken mesnedi olan bir münasebeti bulunması lâzımdır.

Üçüncü şahsın ileride edadan faydalanma imkânını ele geçirmek hususunda, tahakkuk ihtimali az veya çok olan bir temennisinin bulunması kâfi değildir. Alacaklının, eda edilecek şeyi üçüncü şahsa bağışlamak hususunda hukuken henüz kendisini bağlamayan bir niyetinin mevcudiyeti de kifayet etmez. *Mes'uliyeti tesis edici vakianın gerçekleştiği anda, menfaatin üçüncü şahsa intikali, aktarılmasını (Verlagerung des Interesses auf Dritten) mucip olacak bir iade ve devir mükellefiyeti üçüncü şahıs lehine ve alacaklı aleyhine mevcut olmalıdır* (100).

Tazminat borçlusu tarafından ihlâl edilen hukukî vazifenin elde edilmesine veya muhafazasına yöneldiği hukukî varlıktan üçüncü şahsın faydalanmasını mümkün kılan hukukî münasebet muhtelif suretlerde tezahür edebilir (101) :

1-a) Borçlunun hukukî mükellefiyetinin doğrudan doğruya üçüncü şahsın şahsına taallük ettiği, yani mevzuu üçüncü şahsın şahsî varlıkları olan bir koruma mükellefiyetinin (*Obhutspflicht*)

(97) Reinhardt, sh. 98 - 102.

(98) Reinhardt'ın zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutları hakkındaki fikirleri için bk. aşağıda s 9, II, 3, a ve d.

(99) Sh. 102 - 106, 127 - 128.

(100) Reinhardt'ın bu beyanı, iade mükellefiyetinin mevcudiyetini şart koşması bakımından Krückmann'ın nazariyesiyle (bk. yukarıda I, 3), zararın aktarılması fikri bakımından da aşağıda III de inceleyeceğimiz nazariye ile müşabehet arz etmektedir.

(101) Reinhardt, sh. 104 - 105, 127 - 128.

## § 8, II

bahis mevzuu olduğu hallerde bu münasebet mevcuttur; meselâ taşıma alacaklısının davetlisi olan üçüncü şahsın taşınması halinde olduğu gibi.

b) Borçlunun hukukî vazifesi, üçüncü şahsın mülkiyetine mevzu teşkil eden bir şeyle de alâkalı olabilir. Meselâ S nin, Ü ye ait şeyi muhafaza için T ye tevdi etmiş bulunması halinde vaziyet böyledir. Üçüncü şahsın aynı hakkı önceden mevcut olmayıp edanın doğrudan doğruya ona yapılmasıyla doğacak ise yine üçüncü şahsın zararının tazmini gerektirecek bir münasebet mevcuttur.

2 — Üçüncü şahsın yalnız eda neticesiyle doğrudan doğruya olan şahsî veya aynî münasebetleri değil, alacak münasebetleri de, onun zararının tazminini haklı gösterebilir :

a) Böylece, üçüncü şahsın menfaati, onunla tazminat alacaklısı arasında vasıtalı temsilin bahis mevzuu olduğu bir vekâlet münasebetine dayanabilir.

b) Üçüncü şahsın bir satış veya bağışlama akdinden doğan alacağı da onun eda neticesiyle alâkasını tesise kâfi gelebilir; böyle bir alacak bilhassa zincirleme akitlerde kendini gösterir. Hatta üçüncü şahsın sadece kullanmağa (kira akdine müsteniden) veya bir iş edasına müteallik (işçinin yaralanması halinde işverenin ücret ödemeğe devam etmesinde olduğu gibi) bir alacağı bahis mevzuu olabilir.

3 — Edaya ait riziko ve binnetice edaya olan menfaat, üçüncü şahsın alacaklının zararını karşılamak hususundaki bir taahhüdüyle üçüncü şahsa aktarılmışsa (sigorta ve infak mükellefiyetlerinde olduğu gibi üçüncü şahıs zararı karşılamakla mükellef ise) yine üçüncü şahsın zararının tazminini gerektirecek bir hukukî münasebet mevcuttur.

Kaideten, üçüncü şahısla alâkalı münasebetlerin mes'uliyet tesis edici vakıanın zuhuru anında mevcut olması gerekmele beraber, bu münasebetlerin sonradan doğduğu bazı hallerde de üçüncü şahsın zararının tazminini kabul etmek lâzımdır (102). Bu gibi haller, kaideye yalnız görünüşte bir istisna teşkil ederler; zira bu hallerde zararın tevzii sanki üçüncü şahısla alâkalı münasebetler önceden mevcut imiş gibi, mukabline şâmil bir şekilde kendini gösterir. Bahsi geçen hallerin başlıca iki şekli şöyledir :

---

(102) Reinhardt, sh. 103 - 104.

a) Sonradan doğan üçüncü şahısla alâkalı münasebet, alacaklı lehine bir istifadenin mahsubu neticesini husule getirebilir ve vaziyeti, iptidadan itibaren menfaat, alacaklıya değil, fakat mahsup edilen istifade kendi aleyhine alacaklıya giden üçüncü şahıs müktesibe aitmiş gibi gösterebilir. S, T den bir şey satın alıp bunu Ü ye satıyor. T şeydeki bazı gizli ayıpları bildiği halde söylememiştir. S de bunların farkına varmadan şeyi Ü ye satmıştır. Ü gerekli müddetlerin geçmesinden sonra ayıba vakıf oluyor ve S ye karşı tekeffüle müsteniden dâva açamıyor. S, eda anında ayıbın farkına varsaydı T den tazminat isteyebilirdi; fakat S nin iyi bir fiatla şeyi satmış olması mukabiline şâmil olarak bu tazminat isteme imkânını selbeder ve ayıplı edanın rizikosu başlangıçtan itibaren Ü ye aitmiş gibi bir vaziyet hasıl olur. Benzer vaziyetler, T tarafından S ye ve onun tarafından Ü ye satılan şeyin Ü nezdinde zaptedilmesi ve S nin tekeffüle dair mes'uliyetten beraet şartı kabul ettirmiş veya şeyi Ü ye satmayıp bağışlamış olması hallerinde de bahis mevzuu olur.

b) Üçüncü şahısla alâkalı münasebetlerin iptidadan itibaren mevcut olmakla beraber, nev'an muayyen şeye taallük eden alacak hakkına dayanmaları halinde de güçlükler başgösterebilir. Nev'an muayyen şey alacaklısının, başlangıçta, istifadesi kendisine garanti edilmiş müşahhas bir eda mevzuuyla münasebeti yoktur. Ancak en geç bu borcun ifası anında vaki olacak ayırma ile bu münasebet teessüs edecektir. Binaenaleyh burada edaya olan menfaatin başlangıçtan itibaren üçüncü şahsa geçtiğini kabul etmek yerinde olur.

Reinhardt'ın fikrinde (103), üçüncü şahsın zararının tazminini kaideten üçüncü şahıs değil, ihlâl edilen hakkın sahibi talep edebilmelidir. İhlâl edilen hakkın sahibi, bu hakkın kendisini kullanabileceği gibi, onun yerine kaim olan tazminat talebini de ileri sürebilmelidir. Borçluluk ve alacaklılık vaziyetlerinin tevzii bahis mevzuu olduğu nisbette, borç münasebetinin taraflar arasında hüküm husule getireceği esasına başvurulmalıdır. Tazminat alacaklısı sıfatının, ihlâl edilen hakkın sahibine tanınması, onun eda mevzuu üzerinde üçüncü şahsa karşı muhtemel hapis hakkını kullanabilmesi bakımından da yerinde olur. Üçüncü şahıs ancak bidayetten itibaren kendisine doğrudan doğruya talep hakkı tanınmış olan

(103) Sh. 117 - 118.



## § 8, II

hallerde (tam üçüncü şahıs lehine şartta, yardımcıdan mahrum kalanların tazminat talebinde olduğu gibi), zararın tazminini bizzat isteyebilir.

Alacaklı tazminatın üçüncü şahsa edasını talep etmelidir; böylece alacaklının haksız zenginleşmesi önlenmiş olur. Bununla beraber, üçüncü şahıs, edanın alacaklıya yapılması için onu salâhiyetli kılabilir (104).

Reinhardt'ın teferruatıyla naklettiğimiz nazariyesini bir kaç cümlede hulâsa etmeğe çalışalım : Müellife göre, ihlâl edilen hukukî varlığın istifade imkânları hukukî mesnedi bulunan bir münasebet mucibince üçüncü şahsa ait bulunuyorsa ve ihlâl edilen hukukî vazife üçüncü şahsa ait bu imkânları da korumak gayesini güdüyorsa, üçüncü şahsın zararı tazmin edilmelidir. Menfaatin tazmini talebinin muhtevası alacaklının şahsına bağlı olmayıp ihlâl edilen hukukî vazifenin muhtevasına tabidir. Böylece tazmini gereken menfaatin, süjeden tecrid edilerek, mevzu itibariyle, objektif surette tesbiti üçüncü şahsın zararının da menfaatin tazmininde nazara alınmasını mümkün kılar. Tazminatın hesabında sadece alacaklının menfaatinin nazara alınması gerektiği dogması mesnetsiz olduğu için, üçüncü şahsın zararının tazmini bu dogmaya bir istisna teşkil etmez (105). Üçüncü şahsın zararının tazmini hallerinin istisnâî bir mahiyet taşıdığını ileri sürmek, bu hallerin mahiyetinin sistematik bakımdan izah edilememesinin bir neticesidir. Zaten sadece alacaklının menfaatinin tazmin edileceği kaidesi kabul edildi mi, bu kaidenin en esaslı unsuru olan «alacaklının menfaati» nden gayrı bir menfaatin de tazminine dair bir istisnanın tanınması mantıkan doğru olmaz. Reinhardt'a göre, kendisinin izah tarzı kabul edilince, artık üçüncü şahsın zararının tazminini, kaidenin istisnası olarak göstermeğe lüzum kalmaz.

### 2. Reinhardt'ın nazariyesinin tenkidi.

Reinhardt'ın nazariyesi alman hukukunda büyük akisler uyandırır-

---

(104) Reinhardt, sh. 122.

(105) Reinhardt, sh. 68.

miş olmakla beraber, bir iki müellif istisna edilecek olursa (106), doktrinde tasvip görmemiştir. Alman Temyiz Mahkemesi de, Reinhardt'ın üçüncü şahsın zararının tazminini dayandırdığı mesnetlerden ziyade, vardığı neticelerden bazılarını, ezcümle üçüncü şahsın zararının tazmininin vasıtalı temsil hallerine ve bu zararın önceden bilinebildiği hallere münhasır olmadığı hususlarını nazara almış ve sadece bu hususlarda Reinhardt'a atıfta bulunmuştur (107).

Reinhardt'ın nazariyesine karşı yöneltilen tenkidlerin başlıcaları şunlardır :

a) Reinhardt, her şeyden önce, üçüncü şahsın zararının tazmini haklı göstermek için tuttuğu yol bakımından tenkid edilmektedir. Heinrich Stoll'e nazaran (108), Reinhardt bulduğu hal çaresini mer'i hukuktan çıkarttığını iddia etmekle beraber, gerçekte hukuk hissine uygun bulduğu bir neticeyi haklı göstermek için yeni bir menfaat mefhumu ve kendisine has bir hukukî inşa tarzı ortaya atmaktadır. Fakat kanunun boşlukları doldurulur, yeni mefhumlar yaratılırken, kanunun umumî sistemi, bu sistemde hâkim olan umumî prensipler ve muhtelif menfaatlerin kıymetlendirilme tarzı gözden uzak tutulmamalı, icabında kanunda mevcut hükümlerle kıyas yoluna başvurulmalıdır. Reinhardt ise mevcut kanunî hükümleri nazara almadan bir hal tarzı ortaya atmakta, sonra üçüncü şahsın tazminini kabul eden kanunî hükümlerin de bu hal tarzına uygun olduğunu isbata çalışmaktadır. Stoll'ün fikrinde (109), kanunun ruhunun tazmin edilecek zararın daima ala-

---

(106) **Wilburg**, (Elemente des Schadensrechts, sh. 246, not 13), **Nipperdey**, (ZADR, 5.1938., sh. 262-264) ve **Heiseke** (NJW, 1960, sh. 77), **Reinhardt**'ın nazariyesini tasvip eder görünmektedirler. **Nipperdey**'e göre (sh. 264), mütehasıs bir işçinin cismanî tamamiyetinin ihlâlinden bütün işletme durmuş ise işletmenin sahibinin bu yüzden uğradığı zararın **Reinhardt**'ın nazariyesi tatbik edilerek tazminine hükümlenmelidir; zira işçinin çalışma kudretinden faydalanma imkânları iş sahibine aittir. İsviçre hukukunda da **Thorens** (sh. 89), **Reinhardt**'ın nazariyesine alman hukuku bakımından ve her halükârda prensip itibarıyla iltihak etmekte olduğunu açıkça beyan etmektedir; **Thorens**'in İsviçre hukukunda üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda müdafaa ettiği görüş tarzının da (sh. 126 vd.) aynı nazariyeden mülhem olduğu müşahade edilmektedir.

(107) Bk. BGH, NJW, 1955, sh. 257.

(108) (109) JW, 63 (1934), sh. 1162.

## § 8, II

acaklının zararı olmasını istilzam ettiğinde şüphe yoktur; kaldı ki, bu esas, BGB §§ 122, 179 f. II ve 281 f. II de açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır; yardımcıdan mahrum kalanlara tazminat talebi tanınmasıyla alâkalı BGB § 844-845 in mevcudiyeti de bu hususu teyid etmektedir; filhakika üçüncü şahsın zararının tazmini de kabul edilseydi, bu hükümleri sevke lüzum kalmazdı. Alacaklının menfaati dogması yanlış bir lâfzî tefsirin neticesi olmayıp halen mer'i tazminat hukukunun temelini teşkil etmektedir ve bu esasa bağlı kalınmalıdır; bununla beraber, istisnaî hallerde üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edilmesi Reinhardt'ın iddia ettiği gibi mezkûr esasla telifi kabil olmayan bir husus değildir. Alacaklının zararının tazmininin kaide, üçüncü şahsınkinin istisna olması tamamıyla yerindedir ve kanunun muhtelif menfaatleri kıymetlendirme tarzına da uymaktadır. Alacaklının menfaatinin tazminatın tâyininde esaslı bir unsur teşkil etmesi, kanunî tanzim tarzından doktrin tarafından istihraç olunmuştur. Ancak sadece mantıkî neticeler çıkarmakla iktifa etmeyen, fakat muhtelif hayat münasebetlerini makul ve âdilâne bir hal tarzına bağlamak hedefini güden kanun vazı bizzat kendi koyduğu kaideye istisnalar tanımış ve üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda bilerek bazı boşlukları da bırakmıştır. Yapılacak iş kanundaki istisnaların sahasını genişletmek, bunlara kıyasen yeni istisnalar tanımaktır; yoksa üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda umumî bir kaide kabul etmek doğru değildir; her yeni istisna kendisine mahsus mucip sebeplerle haklı gösterilmeğe çalışılmalıdır. Üçüncü şahsın zararının tazmininin umumî olarak kabul edilmesi borçluyu lüzumundan fazla ağır külfetler altına sokar ve muamelâta tahammülü kabil olmayan engeller ortaya çıkarır.

b) Reinhardt'ın ileri sürdüğü, mevzu itibariyle tâyin edilen menfaat mefhumu da çeşitli tenkidlere maruz kalmıştır.

Staudinger - Werner'e göre (110), sadece mevzuu itibariyle tesbit edilen tazmini gerekli menfaat mefhumu, bugün de hâlâ tanınmakta olan, muayyen bir tazminat alacaklısı olmaksızın her hangi bir tazminat mükellefiyeti ve muayyen bir alacaklı olmaksızın her hangi bir eda mükellefiyeti bulunamayacağı esasına aykırıdır. Werner'in bu itirazının isabetli olup olmadığı münakaşa edilebilir; filhakika Reinhardt, tazminat alacağının bir süjesi olmadığını söy-

---

(110) Vorbem. vor §§ 249 - 255, Nr. 97 in fine.

lememekte, yalnız tazmin edilecek menfaatin mevzuunun bu menfaatin süjesinden tecerrüd edilerek tesbit edilebileceğini beyan etmektedir.

Şu kadar ki, Stoll'ün (111), haklı olarak belirttiği veçhile, «mevzu itibariyle tesbit edilen menfaat» gerçekte mevcut değildir. Bu, tasvirî bir formül, mücerret bir mefhumdur. Ya bu mefhumdan normal faydalanma kıymeti, objektif kıymet anlaşılır ki Reinhardt açıkça böyle bir manayı kasetmediğini belirtmektedir; yahut da Reinhardt'ın yaptığı gibi bu menfaat sübjektif olarak tâyin edilir; ancak bu sonuncu takdirde, mevzu itibariyle tesbit edilen menfaat, muayyen bir süjeye nisbet edilmedikçe müşahhas ve sabit bir muhtevaya sahip olamaz. Böylece menfaat kime aitse ona göre değişik bir faydalanma kıymeti arzeder. Üçüncü şahsın menfaatinin, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler olmasaydı alacaklıya ait olacak menfaatten başka bir şey olmadığı iddiası ancak mücerret olarak doğrudur. Gerçekte ihlâl edilen varlıktan faydalanma imkânları ve bunların kıymeti her süje için başka başkadır; yahut da tasavvuru mümkün ve gerçekleşmesi muhtemel bütün faydalanma imkânlarının kıymetlerinin «mevzu itibariyle tesbit edilen menfaati» vücuda getirmesi hatıra gelebilir. Halbuki mesele, zaten zararın kimin şahsına ve münasebetlerine göre hesaplanacağı meselesidir. Reinhardt'ın nazariyesinin mantikî neticesi, alacaklının üçüncü şahsın menfaatinin ancak edanın objektif kıymeti nisbetinde tasfiye edebilmesi olmalıydı. Bir taraftan menfaatin mevzu itibariyle tesbiti, yani objektifleştirilmesi, diğer taraftan sübjektif olarak hesaplanması bir tenakuzun ifadesidir.

Krückmann da, alacaklının menfaatiyle üçüncü şahsın menfaati arasında aynıyet olmadığını, çeşitli şahıslara ait menfaatlerin çeşitli olduğunu belirtmekte (112) ve «mevzu itibariyle tesbit edilen menfaat» mefhumunu çürütmek üzere şu misali vermektedir (113) : T, hile ile, S ye ayıplı bir mal satıyor; o da bunu hüsnüniyetle  $\dot{U}_1$  e  $\dot{U}_1$  yine hüsnüniyetle  $\dot{U}_2$  ye,  $\dot{U}_2$  de daima hüsnüniyetli olarak  $\dot{U}_3$  e satıyor.  $\dot{U}_1$  e kadar olan silsilede ayıba karşı tekeffül dâvasının müddetleri geçirilmiş veya tekeffül mukavele ile bertaraf edilmiştir. Ayıp ve T nin hilesi meydana çıkıyor.  $\dot{U}_1$ , S den zararının tas-

(111) JW, 1934, sh. 1162.

(112) ACP 139 (1934), sh. 70.

(113) ACP 139 (1934), sh. 66.

## § 8, II

fiyesi için T ye karşı dâva açmasını istiyor; fakat dâva tarafı olmayan ve şeyi  $\ddot{U}_1$  e iyi bir fiatla satmış bulunan S,  $\ddot{U}_1$  e bir miktar para ödeyerek onunla sulh oluyor. Bunu müteakip  $\ddot{U}_2$  ve  $\ddot{U}_3$ , S den «mevzu itibariyle tesbit edilen menfaatin» tasfiyesini istiyorlar; fakat S yi buna nasıl mecbur edebileceklerdir? Böylece Krückmann'a göre, «mevzu itibariyle tesbit edilen menfaat de mefhum hukukçuluğunun çukuruna (*in das begriffsjuristische Grab*) düşmüş oluyor.»

c) Reinhardt'ın nazariyesine karşı yapılan hücumların büyük bir kısmı da bu nazariyenin bilhassa zincirleme akitlerde borçluyu hudutsuz bir yük altına sokacağı noktasında toplanmaktadır. Bu hücumlarda bulunanların fikrinde (114), zincirleme akitlerin sayısı kadar alacaklının zararı birbirine eklenerek, borçlu önceden hiç tahmin dahi edemeyeceği külfetler altına sokulacak, mezkûr sayı arttıkça bu külfetler de artacaktır.

Gerçi Reinhardt'a göre, bir hukukî varlıktan faydalanma imkânlarının âzami bir haddi vardır ve müteaddit zincirleme akitlerin alacaklılarının aynı hukukî varlıktan faydalanma imkânlarının toplamı bu hududu aşmaz. Ancak aşağıda daha teferruatlı surette üzerinde duracağımız veçhile (115), bu hudut gerçekte mevcut değildir. Diğer taraftan, zararın sübjektif olarak hesaplanmasının borçluya alacaklının şahsî münasebetlerine bağlı bir takım rizikolar tahmil ettiği ve alacaklının şahsının değişmesinin bu rizikoların âzamî haddini değiştirmedığı iddiası da yerinde değildir; zira bu rizikolar her alacaklıya göre değişir ve bunların âzami bir haddi yoktur. Kaldı ki alacağın mütevali temliklerinde de, borçlunun son temellük edenin menfaatinin daha şümillü olması rizikosuna katlanması gerekirse de, birden fazla temellük edenin zararlarının birbirine eklenmesi bahis mevzuu olmaz.

d) Krückmann (116), Reinhardt'ın T den ayıplı şeyi satın alan S nin, ayıbın farkında olmadan bu şeyi iyi bir fiatla  $\ddot{U}$  ye satması halinde şeyin iyi fiatla satılmış olmasının makabline şâmil olarak S nin tazminat isteme imkânını selbettiği ve ayıplı edanın rizikosunun başlangıçtan itibaren  $\ddot{U}$  ye aitmiş gibi görüldüğü şeklindeki

(114) Krückmann, sh. 72; Stoll, JW 1934, sh. 1162; Tägert, sh. 33 - 35; Lorenz I, 5. Aufl., sh. 164.

(115) Bk. aşağıda § 9, not 102.

(116) ACP 139 (1934), sh. 67 - 68.

izah tarzını (117) şiddetle tenkid etmektedir. Krückmann'ın haklı olarak belirttiği veçhile S nin iyi fiatla satıştan dolayı elde edeceği kârla şeyin ayıplı olması yüzünden uğrayacağı zarar arasında bir uygun illiyet rabitası yoktur; binaenaleyh burada istifadenin mahsubu bahis mevzuu olamaz. Kaldı ki, S şeyi ayıplarla alâkalı olmayan bir sebepten dolayı Ü ye düşük fiatla satmış olsa Reinhardt'ın izah tarzı yine yürümeyecektir.

e) Nev'an muayyen şey borçlarında hasar borçluya ait olduğu cihetle, bu gibi borçların T tarafından yerine getirilmemesi halinde onun alacaklısı, Ü nün borçlusu olan S, Ü ye karşı mes'ul olacak ve mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini T ye karşı ileri sürebilecektir. Bu izah tarzı, nev'an muayyen şey borçlarında edaya olan menfaatin başlangıçtan itibaren üçüncü şahsa geçtiği şeklinde Reinhardt tarafından ileri sürülen fiksiyondan (118) çok daha makuldür.

f) Reinhardt'a göre, üçüncü şahsın yanında alacaklı da zarara uğramışsa, alacaklı tek bir dâva ile hem kendi menfaatinin, hem de üçüncü şahsın menfaatinin tazminini isteyebilecektir. Krückmann (119) bu görüşün usul hukuku esaslarıyla kabili telif olmadığını, birden fazla talebin birleştirilebileceğini veya biri olmazsa öbürü şeklinde *eventuell* olarak ileri sürülebileceğini, fakat tek bir taleple muhtelif şahısların menfaatlerinin dermeyan edilemeyeceğini belirtmektedir.

g) Krückmann'ın fikrince (120) Reinhardt, üçüncü şahsın menfaatinin tazminini talep hususunda alacaklıya salâhiyet tanınmasının sebebini izah edememektedir. Krückmann'a göre, alacaklı burada hatır akitlerinde (*Gefälligkeitsvertraege*) ve vekâletsiz iş görmede olduğu gibi, altruistçe mahiyet taşıyan bir münasebete müsteniden başkasının işini gördüğü için onun menfaatini korumak hususunda salâhiyete (*Ermächtigung*) sahiptir.

3. *İhlâl edilen hukukî varlıktan istifade imkânlarını ve ihlâl edilen hukukî vazîfenin koruyucu gayesini gözönünde tutan sair nazariyeler.*

(117) Bk. yukarıda not 102 ye ait metin, a.

(118) Bk. yukarıda not 102 ye ait metin, b.

(119) ACP, 139 (1934), sh. 65.

(120) ACP, 139 (1934), sh. 72 - 74.

## § 8, II

İhlâl edilen hukukî varlıktan istifade imkânlarının hesaba katılması veya ihlâl edilen hukukî vazifenin koruyucu gayesine istinad edilmesi fikri muhtelif şekillerde Reinhardt'tan başka müellifler tarafından da müdafaa edilmiştir :

a) Akdin normal rizikosuna nazariyesi. Walter Grau (121) tarafından ortaya atılan bu nazariye mucibince, bir akit yapan kimse- nin mükellefiyetleri, bu akitte menfaattar olarak karşı tarafta, kendi karşı âkidinin veya birbirleriyle normal akdî münasebetlerle bağlı ve birlikte normal olarak tam bir menfaate sahip olan (*ein normales Vollinteresse knüpfen*) müteaddit şahısların bulunması hususlarına tabi değildir. Böylece birbirine bağlı olan şahıslar tek bir ünite, bir bütün gibi telâkki edilmeli ve akdî borçlu, kendi karşı âkidinin bizzat hiç veya tam menfaati olmaması yüzünden, akdin kendisine yüklediği normal rizikodan kurtulamamalıdır; başka bir deyimle, muhtelif şahısların menfaatlerinin normal bir bağlılığı, menfaatlerin bir tek şahısta toplanmasına eşit addolunmalıdır.

Grau bu suretle, Reinhardt'ın bir hukukî varlıktan istifade imkânlarının azamî bir hududu olduğu ve bu imkânlarla olan menfaatin her vakit alacaklıda toplanmayıp, bazan da bir veya müteaddit üçüncü şahsa dağılacağı fikrine yakın bir görüş ortaya atmaktadır. Grau'ya göre de, borçlu, üçüncü şahsın veya şahısların zararını, bu zarar, akdin normal rizikosuna, normal tam menfaate girdiği nisbette tazminle mükellef olacaktır. Diğer taraftan Grau'ın fikrinde (122), bir malı orijinal ambalaj içinde piyasaya süren kimse, müstehlikle bizzat akit yapmayıp, mal müstehlikin eline geçinceye kadar arada başka müteaddit akitler mevcut olsa dahi, şeyin ayıplarından dolayı müstehlikin uğradığı zarardan doğrudan doğruya ona karşı akden mes'ul olmalıdır (123); zira bu mes'uliyet yaptığı akdin normal rizikosunu teşkil eder.

Ancak normal tam menfaat ve akdin normal rizikosuna neye göre tesbit edilecektir? Grau bu hususta bir ölçü vermediğinden, onun nazariyesi de Reinhardt'ınki gibi, borçluyu ağır külfetler altına sokmak tehlikesini beraberinde getirmektedir.

---

(121) Zusammenhängende Rechtsverhältnisse, Gedächtnisschrift für Emil Seckel, Berlin 1927, sh. 351 - 363, hususiyle sh. 353 - 354.

(122) Sh. 361.

(123) Karş. s 6, V, not 179 ve buna ait metin.

## § 8, II

Heck de (124), üçüncü şahsın zararın tazminini alâkalı şahısların menfaatlerinin ne derecede himayeye şayan olduklarını tartarak halletmeğe çalışan nazariyesinde (125), normal menfaat ve normal zarar mefhumlarından bahsetmekte, ancak normal olarak nazara alınacak zararın tesbitinin güç olduğunu kendisi de itiraf etmektedir (126).

b) Hukuka aykırılık esasından hareket eden nazariyeler.

Haksız fiiller sahasında üçüncü şahsın zararının tazmini meselesiyle meşgul olan Möhring (127), bu sahada tazminatın doğrudan doğruya olan zarara hasredilmesi esasıyla, hukuka aykırı surette hareket eden haksız fiil failinin mes'ul kılınmasının zarurî olması esası arasında bir muvazene tesisi ve ikinci esasa müsteniden üçüncü şahsın zararının tazmini gerektiği fikrindedir; ancak tazminat, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler bulunmasaydı ihlâl edilen hakkın sahibinin bizzat uğrayacağı zarar miktarına hasredilmelidir.

Reinhardt'ın da (128) kaydettiği veçhile, haksız fiiller sahasında yalnız doğrudan doğruya zararın tazmin edileceği ve dolayısıyla zararın tazmin edilmeyeceği hususunda bir kaide olmadığı gibi, hukuka aykırı surette hareket edenin mes'ul tutulması zarureti üçüncü şahsın zararını tazmine cevaz olduğunu isbat etmek için kâfi değildir.

Tazminatın tâyininde ihlâl edilen varlıktan faydalanma imkânlarının nazara alınması ve tazmin edilecek zararın şümulünün ihlâl edilen hukuk kaidesinin koruyucu gayesi gözönünde tutularak tahdidi fikirleri Reinhardt'dan çok önce Müller (129) tarafından ortaya atılmış, fakat Müller bu fikirleri yalnız alacaklının zararı bakımından ileri sürmüştü, üçüncü şahsın zararı mevzuunda da tatbik edip gerekli neticeleri çıkarmamıştır.

---

(124) Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, sh. 51 - 53.

(125) Bk. aşağıda V, 1, b.

(126) Sh. 53.

(127) Die Schadensliquidation im Drittinteresse bei Deliktsschaden, Diss. Breslau 1926, sh. 82 vd.

(128) Sh. 90 - 91.

(129) Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf — und Schadenersatzrecht, Tübingen 1912, sh. 112 - 113, 139.



## § 8, II

Wilburg (130) da üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini hukuka aykırılık rabitası mefhumuna başvurarak halletmeğe çalışmaktadır. Müellife göre, yalnız başına uygun illiyet rabitası tazminat mükellefiyetini tahdit için kâfi değildir; bu yüzden, borçlunun mes'uliyetinin üçüncü şahıslar muvacehesinde de hudutsuz olarak yayılmasını önlemek maksadiyle, üçüncü şahsın zararının tazmin edilmemesi gerektiği esası kabul edilmiştir. Ancak böylece şahıslar nazara alınarak yapılan tahdit doğru değildir; tazmin edilecek menfaat şahıs itibariyle değil, mevzu itibariyle, ihlâl edilen kaide nin hangi menfaatleri himaye gayesini istihdaf ettiği nazara alınarak tahdit edilmelidir. İhlâl edilen kaide veya mukavele üçüncü şahsın menfaatini de korumak gayesini güdüyorsa üçüncü şahsın zararı da tazmin olunmalıdır (131) (132).

Wilburg'un, tazmin edilecek menfaatin tesbitinde ihlâl edilen kaidenin koruyucu gayesinin nazara alınması fikri, esas itibariyle isabetli olmakla ve umumî bir istikamet göstermekle beraber, hangi hallerde üçüncü şahsın menfaatinin de ihlâl edilen kaide tarafından korunmak istendiğinin nasıl anlaşılacağı hususunda pratik kıstaslar bahsetmemektedir (133). Vaki her ihlâlde, ihlâl edilen kaidenin veya mukavelenin üçüncü şahısların menfaatini de ne nis-

- (130) Jher. Jb. 82 (1932), sh. 101 vd.; Elemente des Schadensrechts, sh. 246 - 249.
- (131) Wilburg (Jher. Jb. 82 (1932), sh. 95 - 98), üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin istifadenin mahsubu meselesiyle yakın alâkasına da işaret etmekte ve zararın üçüncü şahısla alâkalı münasebet yüzünden alacaklının mameleki yerine üçüncü şahsın mamelekinde kendisini göstermesi suretiyle alacaklının elde ettiği istifadenin mahsubuna cevaz olmadığını beyan eylemektedir. Benzer fikirde Heck, sh. 52 (bk. aşağıda not 253 e ait metin). Ancak, fikrimizce burada zaten istifade, zarar verici hâdiseden değil, üçüncü şahısla alâkalı olan münasebetten ileri gelmekte ve gerçek anlamında bir istifadenin mahsubu meselesi bulunmamaktadır. Aynı fikirde Hellwig, sh. 82 vd. Karş. von Tuhr, Kr VJ Schr. 43, sh. 583; von Bredow, sh. 43.
- (132) Wieder (sh. 225 - 226), hukuka aykırılık rabitası nazariyesini yalnız haksız fiiller bahsinde, üçüncü şahsın uğradığı zararın tazmini için ve de lege ferenda kabul etmektedir.
- (133) Gerçi Wilburg (Jher. Jb. 82, sh. 108), akdi mes'uliyetin edanın tipik gayesine göre tahdit edileceğini, hususî anormal gaye ve menfaatlerin akdin in'ikadı ânında sarahaten zikredilmedikçe nazara alınmayacağını beyan eylemekte ise de, tipik ve normal gaye kıstası müshahas vakıalarla kolaylıkla bir netice elde edilmesini mümkün kılacak bir mahiyet taşımamaktadır.

## § 8, II, III

bette koruduğunun tefsir suretiyle tesbiti gerekmektedir; ancak bu tefsirde ölçü ne olacaktır? Hulâsa, hukuka aykırılık rabıtasına dayanan nazariyeler üçüncü şahsın zararının da tazminatın hesaplanmasında nazara alınmasını mümkün kılmakla beraber, bu nazara almanın hangi şartlar ve hudutlar dahilinde olacağını göstermediklerinden üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin hallini sadece tâlik etmekle iktifa eylemektedirler.

### III — Zarar veya hasarın üçüncü şahsa aktarılması nazariyesi.

#### 1. Nazariyenin esasları.

Zarar veya hasarın üçüncü şahsa aktarılması (*Schadens- oder Gefahrverlagerung*) nazariyesi Tägert tarafından ortaya atılmış (134) ve Larenz (135) tarafından da benimsenmiştir (136).

Tägert (137) nazariyesini kurmak için, alman mahkeme içti-hatlarınca üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edildiği halleri tahlil etmekte, bunların müşterek vasfını aramakta ve bu hallerde karakteristik olan noktanın, T tarafından bir hukukî vazife-nin ihlâl edilmesi neticesinde zararın, tazminat istemeğe salâhiyet-li S yerine, üçüncü şahıs Ü de doğması olduğunu müşahede eylemektedir. Böylece Tägert'e göre, tatbik sahasının muhakkak genişletilmesi lâzım gelen BGB §§ 844 vd. (yardımcıdan mahrum kalanların tazminat talebiyle alâkalı hükümler) bir tarafa bırakılacak olursa, *üçüncü şahsın zararı ancak S den Ü ye zarar veya hasarın aktarılmasının neticesi olarak kendisini gösterdiği takdirde tazmin edilmelidir.*

Müellife nazaran (138), S nin Ü ye karşı T nin fiilinden mes'ul olmaması vakıası, teklif etiği hal tarzı aleyhinde bir delil olarak ileri sürülemez; zira S nin mes'ul olmaması kaideten, zararın nihai

(134) Die Geltendmachung des Drittschadens, Kiel 1938, sh. 36 - 54.

(135) Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 5. Aufl., sh. 164 - 165.

(136) Thorens (sh. 90) da, Tägert'in nazariyesinin, Reinhardt'ın sadece alacaklının menfaatinin nazara alınması doğmasını reddeden görüşüne aykırı olmadığını, yalnız üçüncü şahsın zararının tazminini tahdit gayesini güttüğünü belirterek, bu tahdidin yerinde olduğuna işaret eylemektedir.

(137) Sh. 35 - 36.

(138) Sh. 36.

## § 8, II

olarak Ü ye yükletilmesi gerektiği mânasını tazammun etmez. S nin mes'ul olmaması daha ziyade sadece S ile Ü arasındaki münasebette tesirini göstermelidir.

Buna mukabil Ü nün zararının T ye yükletilmesi hakkaniyete uygundur; zira Tägert'in formülü mucibince zararın üçüncü şahıs nezdinde doğması, bu zararın S nin nezdinde husule gelmemesine tekabül etmelidir. T tarafından sebebiyet verilen zararın S yerine Ü nezdinde doğması, esas itibariyle, T yi mes'uliyetten kurtaramamalıdır. Diğer taraftan Tägert (139) teklif ettiği esasın, zararın müteaddit üçüncü şahısların sayısı nisbetinde artması tehlikesini de bertaraf ettiği kanaatinde; zira yalnız alacaklı yerine zararın nezdinde tahakkuk ettiği, yani zararın kendisine intikal ettiği ilk ve tek üçüncü şahsın zararı tazmin edilecek ve bu suretle zincirleme akitlerde Reinhardt'ın nazariyesinin mucip olduğu zararın hudutsuz olarak artması ve borçlunun ağır külfetlere maruz bırakılması mahzuru önlenmiş olacaktır. Bundan başka, zararın sübjektif olarak hesaplanması esasının bütünlüğü muhafaza edilecek (140), yalnız bu hesaplamada S yerine Ü nün şahsî münasebetleri nazara alınacaktır.

Gerçi Tägert de (141), Ü nün şahsında zararın şümulünün S nin şahsında olduğundan ehemmiyetli surette daha geniş olması ihtimalinin, T için bir adaletsizlik payı taşıdığını kabul etmekte ve bu sebepten T nin tazminat borcunu, zararın S nezdinde doğsaydı baliğ olacağı miktarla tahdit etmek fikrinin hatıra gelebileceğini beyan eylemektedir. Ancak böyle bir tahdide karşı, borçlunun, zaten alacağın temliki neticesinde, zararın temellük eden nezdinde daha şümulü olması rizikosunu hesaba katmak mecburiyetinde olduğunu ve böyle bir temlikin borçlunun rızası ve malûmatı olmaksızın yapılabileceğini söylemektedir. Bu itibarla, Tägert'e göre, üçüncü şahsın zararının tazmininde, sadece, Ü nün zararının çok fazla olması tehlikesinin mevcudiyeti hususunda Ü tarafından T nin ikaz edilmemesinin müterafık kusur sayılıp BGB § 254 mucibince tazminatın tenkis edilmesi kâfidir.

---

(139) Sh. 36.

(140) Objektif menfaat nazariyesinde (bk. yukarıda s 7, V) bu bütünlük hââldar edilmektedir.

(141) Sh. 36.

Tägert (142), S tarafından üçüncü şahsın zararının tazmininin istenebilmesinin, S nin elde ettiği tazminatı alıkoymasına ve haksız iktisapta bulunmasına yol açmaması için bazı emniyet tedbirlerinin alınması gerektiği fikrindedir. S tarafından Ü nün zararının tazmini talebi, her şeyden önce, S tazminatın doğrudan doğruya Ü ye ödenmesini istediği takdirde kabul edilmelidir. Bundan başka, S tazminat talebini Ü ye temlik ettiği ve Ü, T den bu suretle doğrudan doğruya tazminat istediği takdirde de, diğer şartlar mevcutsa tazminat talebi is'af edilmelidir. Tersine, S, Ü nün zararını tazmin edip tazminatın kendisine ödenmesi talebinde de bulunabilir. Nihayet, S, Ü nün rızasıyla tazminatın kendisine ödenmesini de isteyebilir; komisyon ve şey başka yere gönderilmek üzere yapılan satımda böyle bir rızanın mevcudiyeti lehinde bir karine kabul edilebilir.

Tägert (143), ortaya attığı hal tarzının mer'i hukuk muvacehesinde nasıl haklı gösterilebileceği noktası üzerinde durmakta ve kandan üçüncü şahsın zararının tazmininin caiz olup olmadığı hususunda bir netice çıkarılamayacağını beyan eylemektedir. Ancak mahkeme içtihadları ve doktrin tarafından bir takım hallerde üçüncü şahsın zararının tazmininin caiz olduğunun kabul edilmesi karşısında, müellife göre, yalnız alacaklının menfaatinin tazmini gerektiği esasında, âdet hukuku yoluyla, zikri geçen hallerde bir takım rahneler açılmıştır. Vazih olmayan husus, yalnız bahis mevzuu esasa niçin ve ne ölçüde bu gibi istisnalar tanınabileceğidir. Mademki yalnız alacaklının menfaati istenebileceği kaidesine istisna getirmek imkânı bir kere tanınmıştır, öyle ise mer'i hukuk bu istisnaların mesnedi ve şümülü hakkındaki araştırmalara engel olmamalıdır.

Tägert (144) bundan sonra, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmininin meselesinin kendisini gösterdiği muhtelif kategorileri incelemekte ve koyduğu formülü bunlara tatbik çalışmaktadır :

Muayyen mal vasiyetinde ve başka yere gönderilmek üzere satımda olduğu gibi hasarın üçüncü şahıs vaziyetindeki musalehe veya alıcıya intikal ettiği hallerde, şeye ika edilen zarar Tägert'in formülüne uygun olarak malik vaziyetindeki mirasçılarda (S) veya satıcıda (S) değil, musaleh (Ü) veya alıcı (Ü) nezdinde doğmakta

---

(142) Sh. 36 - 37.

(143) Sh. 37.

(144) Sh. 37 - 53.

### § 8, III

dır. Ancak hasarın Ü ye intikali, yalnız Ü ile S arasındaki münasebeti alâkalandırır; T bu intikal keyfiyetine istinaden S nin bir zararı olmadığını ileri sürerek mes'uliyetten kurtulamamalıdır. T nin Ü ile S arasındaki münasebeti ileri sürememesi, başkasına ait def'in kullanılmasına (*exceptio ex iure tertii*) cevaz bulunmadığı esastan ziyade şu mülâhaza ile izah edilebilir (145). Hasarın intikaline dair kaide yalnız zarara nihaî olarak, iki âkit taraftan hangisinin, S nin mi, yoksa Ü nün mü katlanacağını halletmek için konulmuştur; yoksa bu kaidenin gayesi T den tazminat isteme imkânını kaldırmak ve hasarı T nin de lehine olarak Ü ye yüklemek değildir. Mal sigortalarında sigorta tazminatını ödeyen sigortacının sigortalının tazminat alacağına kanunen halef olması da, sigorta bedelini almakla sigortalının tazminat alacağını sukut etmediğini, binaenaleyh failin (T nin) artık sigortalının (S nin) bir zararı bulunmadığı keyfiyetine istinad edemeyeceğini göstermesi bakımından burada kıyasen nazara alınabilir. Keza BGB § 255 de derpiş edilen tazminat talebini temlik mükellefiyeti (146) de, T nin Ü ile S arasındaki münasebete dayanamayacağını bir delilini teşkil eder; meselâ S nin mülkiyetinde olup Ü nün muhafaza ettiği bir şey T tarafından çalınsa, müstevda Ü den vedia akdi mucibince tazminat isteyen malik S, hırsız T ye karşı olan tazminat talebini BGB § 255 mucibince Ü ye devretmek mecburiyetindedir; T, S nin kendisine karşı olan tazminat talebinin, Ü nün S ye tazminat ödemesiyle ortadan kalktığını ileri süremez.

Tägert'e göre (147), vasıtalı temsil (148) ve bir kimsenin maliki olmadığı bir şeye müteallik olmak üzere bu şey hakkında karşı tarafa ihtimam mükellefiyeti yükleyen akit yapması (*Inobguthabe fremder Sachen*) (149) hallerinde de, zarar S (vasıtalı mümessil veya zilyed) yerine Ü (müvekkil veya malik) nezdinde doğar ve Ü nün zararı tazmin edilmelidir. Yalnız başkasına ait şeyin zilyedliğinin devredildiği hallerde zaten BGB § 991 f. II (150), malik Ü ye,

---

(145) Sh. 38 - 39.

(146) Bu hususta tafsilât için bk. yukarıda § 3, not 53 - 54 e ait metin. § 7, not 140 a ait metin.

(147) Sh. 40 - 46.

(148) Bk. yukarıda § 6, I.

(149) Bk. yukarıda § 6, III.

(150) Bk. yukarıda § 6, III, 2.

### § 8, III

hüsnüniyetli zilyed S ile yaptığı akde aykırı hareket ederek şeye zarar ika eden T ye karşı bu akitteki mes'uliyet ölçüsüne istinad etmek imkânını bahşelemektedir. Böylece, Ü nün doğrudan doğruya T ye karşı dâva hakkı olduğundan ,ayrıca S nin Ü nün zararının tazminini talep edebilmesi şüphelidir. Ancak şeyin bir üçüncü şahsa ait olduğunun S ve T tarafından bilindiği ve fakat üçüncü şahsın kim olduğunun bilinmediği hallerde, S ye Ü nün zararını ileri sürerek T ye karşı tazminat talebinde bulunmak imkânının tanınmasında fayda olabilir (151).

Tägert'in fikrinde (152), üçüncü şahsın zararının tazmini için Ü ile S arasında bir hukukî münasebetin, hususiyle bir borç münasebetinin bulunması (153) veya S nin Ü ye karşı bir devir ve iade mükellefiyetinin mevcut olması (154) zarurî değildir; hukuken korunan menfaatle hakkın birbirinden ayrılması, ayrı kimselere ait olması kâfidir; ezcümle, başkasına ait şeylerin muhafazaya verilmesinde, Ü ile S arasında malik - zilyed münasebetinin bulunması kâfi gelmektedir. Hasarın üçüncü şahsa intikal ettiği hallerle, üçüncü şahsa ait şeylere takayyüdün akitle başkasına bırakılması hallerinde, üçüncü şahsın zararı, bir şeyin zarara uğratılması veya şeyden mahrum kalınma (*Sachbeschädigung oder Sachentziehung*) şeklinde tezahür eder; halbuki vasıtalı temsilde bu zarar sair mamelekî zararlar (*sonstiger Vermögensschaden*) (kâr mahrumiyeti, ikame alımının daha pahalıya mal olması gibi) şeklinde ortaya çıkar. Doğrudan doğruya şeye taallük eden zarar halinde üçüncü şahsın zararının tazmini için, onun S ile (tazminat alacaklısı ile) sıkı bir münasebetinin mevcut olmasına lüzum yoktur; buna mukabil sair mamelekî zararlarda böyle bir münasebet bulunmalıdır (155).

Tägert (156), üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda koyduğu formülün, bir akdin borçluya bazı üçüncü şahısların şahsı

---

(151) Tägert, sh. 44.

(152) Sh. 45.

(153) Ezcümle von Tuhr (Grünhuts Z. Bd. 25, sh. 567), Enneccerus - Lehmann (§ 17, I, II, sh. 83) ve Reinhardt (sh. 102 - 106, 127 - 128; bk. yukarıda not 98 - 104 e ait metin). S ile Ü arasında bir hukukî münasebetin mevcudiyetini şart koşmaktadırlar.

(154) Krückmann (bk. yukarıda not 31 - 38 e ait metin), böyle bir iade mükellefiyetinin mevcudiyetini zarurî görmektedir.

(155) Tägert, sh. 45.

(156) Sh. 46 - 47.

### § 8, III

varlıkları için de takayyüd mükellefiyeti yüklediği hallerde tatbik edilemeyeceği fikrindedir. Bu hususta Tägert, üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar görmesi bahsinde (157) zikrettiğimiz misallerden bazılarını göstermektedir. Müellife göre, bu gibi hallerde borçlunun akit mucibince üçüncü şahıs lehine de ihtimam gösterme mükellefiyeti bulunup, bu mükellefiyetin ihlâlüne müsteniden bu yüzden zarar gören üçüncü şahsa, borçluya karşı doğrudan doğruya akdi tazminat talebinde bulunma imkânı tanınmalıdır.

Ferden muayyen bir şeye taallük eden zincirleme akitlerde, Tägert'in kanaatince (158), ilk akdi takip eden akit ivazsız olmadıkça, ilk akdin borçlusunun (T) edayı kusuruyla imkânsız hale getirmesinden veya temerrüdünden dolayı ikinci akdin alacaklısının (Ü nün) uğradığı zararın tazmini istenilememelidir; zira bu gibi hallerde ilk akdin alacaklısının (S nin) kendi zararı da mevcuttur.

Eğer nev'an muayyen bir şeye müteallik zincirleme satış akitleri yapılmışsa, zaten ilk alıcı (S) kusuruna bakılmaksızın ikinci alıcıya (Ü ye) karşı ademi ifadan mes'ul olur ve mes'uliyetten kurtulmaya olan menfaatini ilk satıcıya (T ye) karşı ileri sürebilir; bu neviden vaziyetlerde artık Tägert (159) üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda koyduğu formüle müracaata lüzum olmadığı fikrindedir. Buna mukabil, eğer ferden muayyen bir şeye müteallik zincirleme satış akitleri bahis mevzuu ise, ilk satıcının (T nin) kusurundan ileri gelen imkânsızlık yüzünden ikinci alıcıya (Ü ye karşı) borcunu yerine getiremeyen ilk alıcı (S), *alman hukukunda* kaideten (160) semene müstahak olamayacak ve bu yüzden bizzat zarara uğrayacaktır; burada S nin zararı Ü ye aktarılmadığından, Ü nün zararı yanında S nin de zararı olduğundan, Tägert'in formülü mucibince Ü nün zararının tazmini T den istenememelidir; zira zararın Ü ye aktarılması halinde T nin mes'uliyetten kurtulmasını önlemeğe dair hakkaniyet mülâhazası burada varit değildir (161); T mes'uliyetten kurtulmamakta, bizzat S nin zararı dolayısıyla ona

(157) Bk. yukarıda s 6, 1, c.

(158) Sh. 47 - 50.

(159) Sh. 47.

(160) *Alman hukukunda*, bilhassa başka yere gönderilmek üzere satım müstesna olmak üzere, hasar kaideten mülkiyetin intikalinden önce alıcıya geçmez.

(161) Tägert, sh. 48.

karşı mes'ul olmaktadır. Fakat eğer S, T den satın aldığı şeyi Ü ye satmayıp sadece bağışlamışsa, ademi ifa halinde S için bir semen kaybı bahis mevzuu olmayacağından S nin bir zararı bulunmayacak, buna mukabil şeyin kendisine bağışlandığı Ü zarara uğrayacaktır. Bu takdirde, bağışlamanın ivazsız mahiyeti dolayısıyla zararın S den Ü ye aktarılması karşısında bulunulmaktadır ve Tägert'in formülüne binaen Ü nün zararı tazmin edilmelidir (162). İkinci akdin kullanmanın devrine müteallik bir akit olması halinde de, yine ivazlılık - ivazsızlık kıstası nazara alınmalı ve eğer S şeyi Ü ye kiraya vermişse, T nin ademi ifası halinde kiradan mahrum kalacağından sadece kendi zararının tazminini isteyebilmeli ve üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda bir talepte bulunamamalıdır; fakat eğer S şeyi Ü ye âriyet olarak verecek ise sadece Ü nün zararı vardır ve S bu zararını tazminini T den isteyebilmelidir.

Zincirleme satış akitlerinde ilk satıcının ayıplı mal teslimi dolayısıyla ilk satış akdine nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan müteakip alıcıların uğradıkları zararın tazminini ilk alıcının ilk satıcıdan isteyip isteyemeyeceği sualine de Tägert (163) menfi cevap vermektedir; zira müellife göre, ayıplı ifa dolayısıyla ilk alıcının da zarara uğraması mümkündür; binaenaleyh zararın S de doğmayıp Ü de doğması şartı bu gibi hallerde tahakkuk etmez. Sonraki alıcılar piyasaya ayıplı mal çıkararak kendilerini zarara uğrama tehlikesine mâruz bırakan ilk satıcıdan haksız fiiller hakkındaki hükümlere müsteniden tazminat istemelidir (164); yalnız böyle bir tazminat talep olunabilmesi için, ilk satıcı malın başkalarına satılacağını hesaba katmalı veya katabilmelidir. Sonraki alıcıların zararının tazminini talep hususunda ilk alıcıya akdi bir tazminat talebi tanınırsa, malın başkasına satılacağını hesaba katma şartından vazgeçmek gerekecek ve ilk satıcı için hakkaniyete uygun olmayan ağır neticeler doğacaktır; diğer taraftan, haksız fiile müstenid tazminat talebinde yalnız doğrudan doğruya şeye ve şahsa taallük eden zararın tazmini istenebileceği halde, akde müstenid tazminat talebi vasıtasıyla sair mamelekî zararlar da ileri sürülebilecektir.

Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü haller-

(162) Sh. 49 - 50.

(163) Sh. 50 - 53.

(164) Bk. yukarıda s 3, II, 2.



### § 8, III

de üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akit mefhumuyla ona borçluya karşı doğrudan doğruya tazminat talebi bahşeden Larenz (165) de, diğer üçüncü şahsın zararı halleri için Tägert'in nazariyesine esas itibariyle iştirâk etmektedir. Larenz'e göre de, zincirleme akitlerde ilk alacaklıya sonraki alacaklıların zararlarını da borçludan istemek imkânının tanınması akdî mes'uliyetin ruhuna uygun değildir; akdî borçlu yalnız karşı âkidin ifaya olan menfaatini tazminle mükelleftir. Yalnız istisnaen, bir kanun hükmü veya üçüncü şahısla tazminat alacaklısı arasında mevcut bir hukukî münasebet icabı zararın alacaklı yerine üçüncü şahıs nezdinde doğduğu (166), zararın aktarıldığı hallerde, alacaklıya üçüncü şahsın uğradığı zararın tazminini talep salâhiyeti de tanınmalıdır. Bu salâhiyetin mesnedi tazminatın mâna ve gayesinden çıkarılmalıdır. Zikri geçen zararın aktarılması hallerinde T nin her türlü tazminat mükellefiyetinden kurtulması ve mutazarrır üçüncü şahsın da eli boş kalması hakkaniyete aykırı olurdu.

İsviçre hukukunda esas itibariyle Reinhardt ve Tägert'in fikirlerinden mülhem olan Thoen's'a nazaran (167), ihlâl edilen hakkın sahibi veya alacağı eda edilmeyen alacaklı ile üçüncü şahıs arasında tesadüfen bazı münasebetler bulunması dolayısıyla hukuken korunan varlığa müteallik iktisadî menfaatin üçüncü şahsa intikal etmiş olması, hakkın ihlâlinin, edanın yerine getirilmemesinin müeyyidesiz kalması neticesini doğurmamalıdır; hukukî emniyet, hukuken yaratılan müesseselere ve bunların ihlâlinin müeyyidelerine hürmeti gerektirir; binaenaleyh hukukî vazifesine riayet etmeyen fail, üçüncü şahıs tarafından uğranılan zararlarla fiili arasında bir uygun illiyet rabitası bulunduğu ve bu yüzden mes'uliyeti tahammülü kabil olmayan derecede ağırlaşmadığı nisbette mezkûr zararın tazminle mükellef tutulmalıdır; eğer üçüncü şahsın zararının tazmininde zararın yer değiştirmesi (*déplacement du dommage*) kıstasından hareket edilecek olursa, failin mes'uliyeti tahammül

---

(165) Bd. I, sh. 164 - 165.

(166) Larenz (Bd. I, sh. 164 - 165). kanun hükmü icabı zararın aktarılması adı altında, kanun mucibince hasarın, akdî ihlâle veya haksız fiile göre üçüncü şahıs vaziyetinde olan alacaklıya geçtiği muayyen mal vasıyeti ve başka yere gönderilmek üzere satım hallerini zikretmekte; S ile Ü arasındaki hukukî münasebete binaen zararın aktarılmasına da vasıtali temsili misal olarak göstermektedir.

(167) Sh. 101 - 104.

olunmayacak şekilde ağırlaşmaz; zira o, hak sahibi yerine üçüncü şahsın zararını tazmin edecektir; eğer üçüncü şahsın menfaati alacaklıninkinden aşırı derecede yüksek ise, hâkim, İBK. md. 43 e göre tazminatın miktarını takdir yetkisini kullanabilir (168).

## 2. Nazariyenin tenkidi.

Zararın üçüncü şahsa aktarılması nazariyesine karşı başlıca şu tenkidler ileri sürülmüştür :

a) Reinhardt'a göre (169), Tägert'in nazariyesi üçüncü şahsın zararının tazminine bir mesnet bulmak hususunda hiç bir yenilik getirmemektedir. Filhakika, Tägert üçüncü şahsın zararının tazminini âdet hukuku ve hakkaniyet mülâhazalarıyla haklı göstermeğe çalışmakta, bu hususta nazari bir mesnet kuramamaktadır. Tägert'in gayretleri, üçüncü şahsın zararının tazmininin istisnaen istenebileceğini bir kere kabul ettikten sonra, bilhassa bu istisnaların hududunu tesbit noktasında toplanmaktadır. Tägert'in bu hususta müracaat ettiği zararın üçüncü şahsa aktarılması (*Schadensverlagerung*) mefhumu da yeni değildir; bu mefhumu daha önce Reinhardt'da (170) da rastlanmaktadır. Yalnız Tägert, hakkaniyet mülâhazalarıyla, alacaklının da zararının bulunduğu hallerde üçüncü şahsın zararının tazminine cevaz tanımamakta ve üçüncü şahısların taaddüdü halinde yalnız ilk üçüncü şahsın zararının tazminini uygun görmektedir. Reinhardt'ın fikrinde bu tahdit ve Tägert'in kendi nazariyesine karşı ileri sürdüğü tenkidler de isabetli değildir (171).

b) Tägert, üçüncü şahsın zararının tazmini için, üçüncü şahısla tazminat alacaklısı arasında bir hukukî münasebet bulunmasına lüzum görmemekte, hakla menfaatin birbirinden ayrılmasını ve başka başka şahıslara ait olmasını kâfi addetmektedir. Heiseke'nin de (172) işaret ettiği gibi, bu kadar şümüllü bir formül üçüncü şahsın zararının tazminini sınırlandırmayı imkânsız kılar. T nin S ye sattığı şeyi satın almak niyetinde olan antika meraklısı Ü nün veya S nin şeyi kendisine bağışlayacağı Ü nün de şeyde menfaatleri vardır; fakat S ile henüz bir hukukî münasebetleri bulunmadı.

(168) Thorens, sh. 105 vd.

(169) ZADR, 5 (1938), sh. 716.

(170) Sh. 102 ve 105. Bk. yukarıda not 100 ve buna ait metin II, 1, 3 ..

(171) ZADR, 5 (1938), sh. 716.

(172) NJW, 1960, sh. 77.

## § 8, III, IV

ğından T nin ademi ifasından dolayı uğradıkları zarar tazmin edilmemelidir. Binaenaleyh tazminatı tahdit etmek için, üçüncü şahsın tazminat alacaklısıyla bir hukukî münasebetinin bulunmasını aramak lâzımdır. Gerçi Tägert (173) bazan hakla menfaatin birbirinden ayrılması yerine «hakla hukuken korunan menfaatin birbirinden ayrılması» ibaresini kullanmaktadır; ancak üçüncü şahsın menfaatinin ne zaman korunduğu hususunda ayrı bir kıstas vermemektedir. Kaldı ki, Tägert'in Ü ile S arasında hukukî münasebet bulunmamasına misal olarak gösterdiği hüsnüniyetli zilyedin (S nin) başkasına (Ü ye) ait şeyi muhafaza için T ye vermesi halinde de, S ile Ü arasında iade mükellefiyetine ve bununla alâkalı mes'uliyete müteallik bir hukukî münasebet mevcuttur.

c) Tägert akdin muhtevasından üçüncü şahsın şahsî varlıklarına ihtimam göstermek hususunda bir mükellefiyetin istihraç edilebildiği durumlarda (*Inobhutgabe fremder Personen*), üçüncü şahsa borçluya karşı doğrudan doğruya dâva hakkı tanıdığı halde, üçüncü şahsa ait şeylere, mamelekî varlıklara takayyüdün bir akitle başkasına bırakıldığı durumlarda (*Inobhutgabe fremder Sachen*), kendi formülünü tatbik ederek akdi alacaklıya borçludan üçüncü şahsın zararının tazminini talep etmek salâhiyetini bahşetmektedir. Kanaatimizce bahsi geçen iki kategorinin farklı muameleye tâbi tutulması için bir sebep yoktur (174).

### IV — Akdin tamamlayıcı tefsirine dair nazariye.

#### 1. Nazariyenin esasları.

Akdin tamamlayıcı tefsiri suretiyle alacaklıya üçüncü şahsın zararının tazminini talep hakkının tanınması fikri ilk defa Hellwig (175) tarafından ortaya atılmış, doktrinde pek çok taraftar bulunduğu gibi (176), Alman Temyiz Mahkemesi de edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahsın bu zararının tazmini ile alâkalı bir takım kararlarında (177) mezkûr fikirden mülhem olmuştur.

Akdin tamamlayıcı tefsiri nazariyesi taraftarları, üçüncü şah-

(173) Sh. 53.

(174) Benzer fikirde Zirkel, NJW, 1956, sh. 1676.

(175) Sh. 88 - 91.

(176) Ezcümle Kunze, sh. 52 - 54, 128; Nebelsieck, sh. 34 vd.; Rodig, sh. 30 vd.; Schott, sh. 39 vd.; Wienke, sh. 76 vd.; Schidwigowski, sh. 44 vd.; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, sh. 305 vd.

(177) Bk. yukarıda § 6, IV, 2, not 128.

## § 8, IV

sın zararının tazmini meselesinin halli için, üçüncü şahısla alacaklı arasındaki münasebetten değil, alacaklı ile borçlu arasındaki münasebetten hareket edilmesi gerektiği fikrindedirler (178). Filhalka, bir borç münasebetinden taraflar için ne gibi borçlar doğacağı ve bunların şümulü ancak bu münasebete ve münasebet bir akde dayanıyorsa bu akde göre tâyin edilmelidir; alacaklının üçüncü şahsın zararının tazminini isteyip isteyemeyeceği hususu da yine borç münasebetinin ve ona vücut veren akdin muhtevassından çıkarılmalıdır.

Akdin üçüncü şahsın zararının tazminini de istihdaf edip etmediği tâyin olunurken her şeyden önce ayrıca tefsire hacet göstermeyen iki ihtimal bir tarafa bırakılmalıdır (179). Bunlardan birincisi, akitte ademi ifadan üçüncü şahsın uğrayacağı zararın da borçlu tarafından tazmin edileceğinin sarahaten kararlaştırılmış olması halidir; borçlunun sarahaten böyle bir mükellefiyet altına girmesine hiçbir mâni yoktur. İkinci ihtimal ise, akitte borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olmayacağını ifade edilmiş olması şeklinde kendini gösterir. Birinci halde, üçüncü şahsın zararının da tazmininin istenebileceği hususunda nasıl tereddüde mahal yoksa, ikinci halde de böyle bir tazminat talebine cevaz olmadığı hakkında şüphe bulunmamaktadır.

Bahsi geçen haller dışında, tarafların üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini düşündükleri, fakat akdin üçüncü şahsın menfaatine olduğunun aşikâr bulunması yüzünden ayrıca bu mevzuda akde sarîh bir hüküm koymadıkları veya mezkûr meseleyi hiç hatırlarına getirmedikleri vaziyetler ortaya çıkabilir. Bu gibi hallerde akdin üçüncü şahsın zararının tazminini de gerektirip gerektirmediği hususunun, tefsir (*Auslegung*) veya tamamlama (*Ergänzung*) suretiyle tesbiti gerekir.

Akitteki boşlukların tamamlayıcı tefsir (*ergänzende Auslegung*) (180) suretiyle doldurulmasında BGB § 157 ye istinad edilmesi ge-

---

(178) Hellwig, sh. 88; Schott, sh. 40; Rodig, sh. 30.

(179) Rodig, sh. 31; Schott, sh. 41.

(180) Akitteki boşlukların hâkim tarafından doldurulmasının bir nevi tefsir olup olmadığı hususunda bk. Oertmann : Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914, sh. 159; Rodig, sh. 35; Walter Yung : L'interprétation supplétive des contrats, Extrait de la Revue de la Société des juristes bernois, Fascicule 2, Berne 1961.

## § 8, IV

rekir (181); mezkûr hüküm mucibince «akitler, muamelâtta carî teamüller de gözönünde tutulmak suretiyle hüsnüniyet kaidelerinin gerektirdiği surette tefsir edilmelidir». Bir irade beyanının muhtevasının tesbitinde, beyanda bulunanın derunî iradesinin ne olduğundan ziyade, bu beyandan muhatabın muamelâtta carî teamüller ve hüsnüniyet kaidelerine göre ne anlaması lâzım geldiğine bakılır; bu itibarla, tefsirde, yalnız karşı tarafın bildiği veya hüsnüniyet kaidelerine göre bilmesi lâzım gelen vakıalar nazara alınır. Bu esaslar, borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olup olmayacağı hususunun tefsir suretiyle tesbitinde tatbik edilecek olursa, böyle bir mes'uliyetin tarafların irade beyanlarından çıkarılabilmesi için, borçlunun üçüncü şahsın gereği gibi ifaya olan menfaatinin bilmesinin veya bilmesinin lâzım gelmesinin şart olduğu görülür (182). Eğer borçlu, alacaklının üçüncü şahsın menfaatinin hareket ettiğini biliyor veya hüsnüniyet kaidelerine göre bunu bilmesi lâzım geliyor ise, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden üçüncü şahsın zarara uğraması rizikosunu da üzerine almış olur; eğer bu rizikoyu üzerine almak istemiyorsa Hellwig'e nazaran (183) borçlunun akdi yapmaktan imtina etmesi mümkündür; imtina etmemesi onun mezkûr rizikoya katlanmasını gerektirir.

Hellwig'in (184), üçüncü şahsın menfaatinin borçlu tarafından bilindiği veya bilinmesinin gerektiği bütün hallerde borçlunun üçüncü şahsın zararından da mes'ul olacağı hususunda zımnen mutabık kalındığı fikrine mukabil, tamamlayıcı tefsir nazariyesinin diğer bazı taraftarları (185), âkitlerin üçüncü şahsın zararı meselesini hiç düşünmedikleri hallerde, bu hususta zımnî bir anlaşmadan bahsetmenin bir fiksiyondan ibaret olduğunu ifade etmektedirler. Bu so-

---

(181) Hellwig (sh. 89), bu tamamlamada ayrıca, Chrome'nin (Partiarische Rechtsgeschäfte, sh. 305; System II, sh. 76) yaptığı gibi, BGB § 242 ye istinad edilmesini tavsiye etmektedir. Ancak diğer müellifler (Kunze, sh. 24; Rodig, sh. 22 ve 26; Schott, sh. 28 ve 37), mezkûr hükme sadece mevcut bir borç münasebetinin muhtevasını tesbit için başvurulabileceği, yoksa üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda borçluya yeni bir rükellefiyet yüklemek için bu hükme dayanılamayacağı kanaatindedirler.

(182) Rodig, sh. 30 - 31; Schott, sh. 42 - 43, 47.

(183) Sh. 89.

(184) Sh. 89.

(185) Ezcümle Rodig, sh. 34 - 35; Schott, sh. 46 - 47; Nebelsieck, sh. 38.

nuncu müelliflere göre, zikri geçen hallerde akitteki boşluk, akdin gayesi ve hüsnüniyet kaideleri gözönünde tutularak doldurulmalıdır; burada artık tarafların zımnî veya mefruz iradesinin araştırılması değil, akitte halledilmemiş olarak bırakılan hususun hüsnüniyet kaidelerine göre en uygun hal tarzının ne olduğunun hâkim tarafından tesbiti bahis mevzuudur. Bu takdirde de tarafların menfaatlerinin âdilane olarak ve akdin gayesi gözönünde tutularak tartılması, borçlunun ancak üçüncü şahsın akdin ifasında menfaati olduğunu bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde üçüncü şahsın zararından mes'ul tutulmasını icap ettirir (186). Filhakika akdin böylece tamamlanmasında da yalnız akdin in'ikadı ânında taraflarca malûm olan veya olması lâzım gelen vakıalar nazara alınmalıdır. Kaldı ki, borçlunun üçüncü şahsın menfaatinden malûmattar olmadığı halde onun uğradığı zarardan mes'ul tutulması, onun önceden derpiş edemeyeceği bir zarardan mes'ul kılınması gibi hakkaniyete aykırı bir netice doğururdu (187).

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarından Nebelsieck (188), borçlunun, akdin in'ikadı esnasında üçüncü şahsın menfaatinden haberdar olmadığı ve haberdar olması gerekmeyen hallerde, edanın objektif kıymeti nisbetinde yine mes'ul olacağı fikrindedir (189). Buna mukabil nazariyenin diğer müdafileri (190), bu

(186) İsviçre hukukunda benzer fikirde Becker, Art. 97, Nr. 47; Comment, sh. 113.

(187) Schott, sh. 144.

(188) Sh. 35.

(189) Hellwig de (sh. 82 - 85), S nin zararının sigortacı veya işveren sıfatıyla Ü tarafından karşılandığı veya hasarın Ü ye intikal etmiş olduğu hallerde, T nin Ü ile S arasındaki münasebeti ve S nin zararı olmadığını ileri sürerek mes'uliyetten kurtulmasının kabil olmadığı fikrindedir; keza S nin T den satın aldığı şeyi Ü ye bağışlaması veya ayıba karşı tekeffülü bertaraf ederek satması halinde, T bağışlamaya veya mes'uliyetten beraet şartına istinad ederek tazminat mükellefiyetinden sıyrılmamalıdır; zira S ile Ü arasındaki münasebet onu alâkalandırmaz; yine aynı mülâhaza ile, komisyoncunun aldığı şeyi müvekkiline devredecek olması keyfiyetine dayanarak karşı âkit T ademi ifa dolayısıyla tazminat ödemekten kurtulmamalıdır. Hellwig (sh. 88), bu gibi hallerde sadece objektif kıymetin tazminine temayül eder gözükmektedir; aksi takdirde, zaten S nin bir zararından bahsetmeğe imkân kalmaz. Hellwig'in bu mevzudaki fikirlerinin tenkidi için bk. von Tuhr, Kr VJ Schr. 43 (1902), sh. 582 - 585.

(190) Rodig, sh. 33; Schott, sh. 39; Schidwigowski, sh. 55.

## § 8, IV

gibi hallerde, borçlunun üçüncü şahsın zararından edanın objektif kıymeti nisbetinde dahi mes'ul tutulamayacağını, kanunda derpiş edilen ve üçüncü şahsın zararıyla alâkalı olmayan bir iki istisna dışında tazminatta objektif kıymetin nazara alınamayacağını beyan etmektedirler. Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartı objektif kıymet nisbetindeki zarar için aranmayınca, bu şarttan tamamen vazgeçilmelidir; muayyen bir miktara kadar bu şarta lüzum görülmeyip, bunun üstünde lüzumlu addedilmesi mantığa aykırıdır (191).

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi mucibince, borçlunun akdin bir üçüncü şahıs menfaatine yapıldığını bilmesi kâfidir; bu üçüncü şahsın kim olduğunu ve menfaatinin şümulünü bilmesine lüzum yoktur. Hattâ bir komisyoncu ile akit yapan kimse bu akdin daima bir üçüncü şahıs menfaatine olduğu ihtimalini hesaba katmalıdır. Bu itibarla, bazı müelliflerin (192) fikrinde, komisyoncu ile iş yapılırca daima üçüncü şahsın menfaatinin bilinmesi şartının tahakkuk ettiği kabul edilmelidir. Buna mukabil, Rodig (193), komisyoncunun kendi hesabına akde girdiği haller de olduğuna işaret ederek, borçluya böyle bir halin mevcudiyetini ispat ederek üçüncü şahsın zararını tazminden kurtulma imkânını bahşeylemek taraftarıdır; başka bir deyimle, Rodig, komisyoncu ile yapılan akitlerde üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olduğu keyfiyetini mutlak bir karine olarak değil, hilâfı ispat edilebilen bir karine olarak kabul etmektedir (194).

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarları, akdin sadece bir üçüncü şahsın menfaatine yapıldığının bilinebilir olması ve üçüncü şahsın kim olduğunun ve menfaatinin şümulünün ne olduğunun bilinmesine lüzum bulunmaması keyfiyetinden, borçlu için hakkaniyete aykırı ağır külfetler doğmasını önlemek maksadıyla müterafik kusur hakkındaki BGB § 254 f. II ye müracaat etmektedirler (195). Eğer alacaklı, borçluyu üçüncü şahsın mütadı aşan derecede yük-

---

(191) Reinhardt, sh. 64; Möhring, sh. 73 vd.

(192) Hellwig, sh. 89; Schidwigowski, sh. 44 vd.; Schott, sh. 48 - 50; İsviçre hukukunda Becker, Art. 97, Nr. 47.

(193) Sh. 36 - 38.

(194) Benzer fikirde Schmidt - Rimpler, sh. 902 - 903.

(195) Kunze, sh. 57 - 58; Rodig, sh. 39 - 42; Schott, sh. 51 - 53. Karş. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, s.n. 308 vd.; H. A. Fischer, sh. 90.

sek bir zarara uğraması tehlikesinden haberdar etmemişse ve borçlunun böyle bir tehlikeyi bilmesine imkân yoksa tazminat mezkûr hüküm mucibince tenkis edilmelidir; gerçi bu hükümde, «mutazarrırın kendi kusurundan» bahsedilmektedir ve mutazarrır olan alacaklı değil, üçüncü şahıstır; fakat hükmün gayesi ve menfaatler vaziyeti gözönünde tutularak, gerçek mutazarrır o olmasa dahi alacaklının, borçluyu zararın yüksek olması tehlikesine karşı ikaz etmemesinin bu hükmün tatbik alanına gireceği kabul edilmelidir. Bizzat alacaklının da bahis mevzuu tehlikeden haberdar olmaması ve üçüncü şahsın bu hususta bir şey söylememesi yüzünden borçluyu ikaz edememesi halinde de tazminat yine tenkis edilmelidir. Tazminatın borçlunun ikaz edilmemesi dolayısıyla tenkis edildiği hallerde alacaklının bu yüzden üçüncü şahsa karşı mes'ul olup olmayacağı üçüncü şahısla alacaklı arasındaki münasebete göre halledilmeli, üçüncü şahıs alacaklıyı ikaz etmiş, fakat alacaklı borçluyu ikaz vazifesini yerine getirmemişse, alacaklı tenkis edilen miktarı üçüncü şahsa tazmin etmelidir; ancak alacaklı bu tazminat dolayısıyla mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürerek borçluya rücu edemez; zira kendi kusuru neticesinde tazminat ödemek mecburiyetinde kalmıştır. Bazan da bir takım komisyon akitlerinde olduğu gibi alacaklı (vasıtalı mümessil) tarafından üçüncü şahsın menfaatinin şumulünün gizli tutulması gerekebilir; bu gibi hallerde alacaklının bu mükellefiyeti, borçluyu ikaz mükellefiyetiyle çatıştır; böyle bir vaziyette, alacaklı üçüncü şahsın menfaatinin şumulünü gizli tutmak mükellefiyetinden onun kendisini beri kılması için üçüncü şahsa müracaat ve aksi takdirde tazminatın tenkis edilmesinden mes'ul olmayacağını beyan etmelidir (196).

Tamamlayıcı tefsir nazariyesine göre akdin boşluklarının doldurulmasında yalnız akdin in'ikadı esnasında tarafların malûmu olan vakıalar nazara alınacağı cihetle, üçüncü şahsın menfaatinin akdin in'ikadından sonra ortaya çıkması, meselâ S nin T den satın aldığı fakat henüz tesellüm etmediği şeyi sonradan Ü ye satması halinde, T nin ademi ifası dolayısıyla Ü nün uğradığı zararın tazmini T den istenilemeyecektir (197).

---

(196) Rodig, sh. 42.

(197) Rodig, sh. 38 - 39.



## § 8, IV

Bir akde dayanmayan kanunî bir borcun ihlâli neticesinde üçüncü şahsın zarar görmesi halinde tamamlayıcı tefsir nazariyesinin tatbiki güçlük arz etmektedir; filhakika ortada bir akit yoktur ki, bunda borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olup olmayacağı hususundaki boşluğun tamamlayıcı tefsir suretiyle doldurulması bahis mevzuu olsun (198). Kanunî borcun ihlâli neticesinde üçüncü şahsın zarar görmesinin başlıca pratik misali olarak, otele inen yolcunun getirdiği başkasına ait eşyanın (199) zarara uğraması hali zikredilmektedir. Bugün hâkim olan görüş, otelcinin mes'uliyetinin akdî değil, kanunî bir mahiyet taşıdığıdır (200). Bununla beraber, tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarından büyük bir kısmı (201), otelci ile müşteri arasında akit benzeri bir münasebet olduğunu ileri sürerek, yine BGB § 157 ye müsteniden, otelcinin üçüncü şahsın menfaatini bilebilecek durumda olması şartıyla, üçüncü şahsın zararını tazminle mükellef olduğu fikrini müdafaa etmektedirler.

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi, üçüncü şahsın haksız fiilden zarar görmesi halinde de, onun zararının tazmini için bir hal çaresi bahşetmemektedir; zira bu takdirde de, ortada tamamlanacak bir akit yoktur. Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarından bazıları, haksız fiilden zarar gören üçüncü şahsın zararının tazmini için geçici menfaat (202) veya objektif menfaat (203) nazariyelerine veya BGB § 826 (BK. md. 41 f. II) (204) hükmüne başvurmakta ve

- 
- (198) **Kunze** de (sh. 105 - 106 ve 128), kanunî borçların ihlâlinden üçüncü şahsın zarar görmesi halinde tamamlayıcı tefsir nazariyesinin tatbik edilemeyeceği fikrindedir.
- (199) **Meselâ** seyyar bir tüccar memurunun satmak üzere beraberinde getirdiği mülkiyeti müvekkiline ait eşya veya nûmuneler gibi. Otelcinin müşterinin böyle seyyar bir tüccar memuru olduğunu bilmesi halinde müvekkile doğrudan doğruya tazminat talebi taniyan Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararı için bk. D. 1903, 1, 113.
- (200) **Bk. Halûk Tandoğan** : Otelcilerin mes'uliyeti, AHFD. c. XII (1955), sayı 3 - 4, sh. 204 - 207.
- (201) **Rodig**, sh. 50 - 51; **Schott**, sh. 58 - 60; **Nebelsieck**, sh. 72 vd.; **Wienke**, sh. 57.
- (202) **Ezcümle Kunze**, sh. 16. Geçici menfaat nazariyesi için bk. yukarıda s 7, IV.
- (203) **Ezcümle Rodig**, sh. 50; **Schott**, sh. 62. Objektif menfaat nazariyesi için bk. yukarıda s 7, V.
- (204) **Rodig**, sh. 50. Bk. yukarıda s 3, III, 2.

üçüncü şahsın zararının tazmininin bu suretlerde mümkün olması takdirinde onun tazminat elde etmesi için mer'i hukuk kaidelerinin zorlanmasının doğru olmayacağı kanaatini izhar eylemektedirler (205).

## 2. Nazariyenin tenkidi.

a) Tamamlayıcı tefsir nazariyesini ilk defa ortaya atan Hellwig (206), akdin üçüncü şahsın menfaatine olduğunun bilindiği veya bilinmesinin gerektiği hallerde, borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olacağı hususunda zımnî bir mutabakatın (*stillschweigende Vereinbarung*) mevcudiyetinden bahsetmektedir. Halbuki, tarafların üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini akdin in'ikadında hatırlarından dahi geçirmedikleri hallerde — ki ekseriya vaziyet böyledir — zımnî bir anlaşmanın mevcudiyetinin kabulü mesnetsiz bir fiksiyondan ibarettir (207).

Nitekim Hellwig'in bu mevzuda uğradığı tenkidleri nazara alan, tamamlayıcı tefsir nazariyesinin daha sonraki müdafileri, tarafların üçüncü şahsın zararı meselesini düşünmedikleri hallerde akitte bir boşluğun bulunduğunu ve bu boşluğun tarafların mefruz iradesine göre değil, hüsnüniyet kaidelerine göre doldurulması gerektiğini beyan eylemektedirler (208). Ancak, hüsnüniyet kaideleri mucibince hâkim, alacaklıya üçüncü şahsın zararının tazmini talebini tanıırken gerçekte akitteki bir boşluktan ziyade, kanundaki bir boşluğu doldurmaktadır (209); zira o, burada artık tarafların iradesinden hareket etmemektedir. Zaten Rodig de (210), evvelâ üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda kanunda bir boşluk olduğunu sarahaten beyan ettikten sonra, belki de BGB de Türk İsviçre MK. md. 1 de olduğu gibi hâkime kanundaki boşlukları kanun vazıymış gibi doldurmak salâhiyetini bahşeden bir hüküm bulunmadığından, meseleyi akdin tamamlanması yoluna başvurarak halletmeğe çalışmaktadır.

(205) Schott, sh. 62 - 63. Nebelsieck'e göre de (sh. 77), haksız fiiller bahsinde üçüncü şahsın zararının tazmini için mer'i kanunda bir mesnet bulmak kabil değildir.

(206) Sh. 89, bk. yukarıda not 184.

(207) Bu husustaki tenkidler için bk. Regelsberger, sh. 269; Reinhardt, sh. 62.

(208) Bk. yukarıda not 185 ve buna ait metin.

(209) Aynı fikirde Gernhuber, sh. 264 - 265.

(210) Sh. 28.

## § 8, IV

b) İster akitteki, ister kanundaki boşluğun doldurulması bahis mevzuu olsun, hâkimin boşluğu doldurmak için kabul ettiği hal tarzının kanunun umumî esaslarına ve sistemine aykırı olmaması lâzımdır; tamamlayıcı tefsirde hakkaniyet mülâhazasıyla contra legem bir hal tarzı kabul etmeğe cevaz yoktur (211). Reinhardt'ın fikrinde (212), tamamlayıcı tefsir nazariyesi müdafileri, bir taraftan mer'î hukukta tazminatın sadece alacaklının menfaati nazara alınarak hesaplanacağı esasının hâkim olduğunu kabul etmekte, sonra da akdin tamamlanması yoluyla üçüncü şahsın menfaatinin de nazara alınmasına cevaz tanıyarak mer'î hukuk sisteminin esaslarıyla tenakuza düşmektedirler.

Buna mukabil, tamamlayıcı tefsir nazariyesinin yeni taraftarları, kendi nazariyelerinin mer'î hukukla tenakuza düşmeksizin, mer'î hukukun esaslarını zorlamaksızın üçüncü şahsın zararının tazminini mümkün kılan yegâne nazariye olduğunu beyan etmektedirler (213). Bu müelliflerin iddiasına göre, kendileri, tazminat mükellefiyetinin muhtevasını alacaklı ile borçlu arasındaki akde müsteniden tâyin ettikleri ve borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olmasını tamamlayıcı tefsir suretiyle bu akitten çıkardıkları için, akitlerin nisbîliği prensibine hâlel getirmemektedirler; filhakika, taraflarca borçlunun üçüncü şahsın zararından mes'ul olacağına akden kabul edilmesine mer'î hukuk bakımından bir engel yoktur. Ancak, akdin tamamlanmasında âkitlerin gerçek veya mefruz iradesi nazara alınmadığı ve burada hakikatte kanunun tamamlanmış gözünlünde tutulacak olursa, mer'î hukukun esaslarının haleldar edilmediği iddiasının ne derece doğru olduğu münakaşa edilebilir.

c) Tamamlayıcı tefsir nazariyesini terviç edenlerin koydukları, üçüncü şahsın akitte menfaattar olduğunun akdin in'ikadı ânında karşı tarafça bilinebilir olması şartı da, tenkidleri mucip olmuştur (214).

Bir kere, akdin tamamlanmasında tarafların iradesi yerine hüsnüniyet kaidelerinden hareket edilince üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartının mucip sebebinin göstermek müş-

(211) Aynı fikirde Thorens, sh. 70.

(212) Sh. 65 - 66.

(213) Rodig, sh. 30, 38; Schott, sh. 47.

(214) Bk. Reinhardt, sh. 63 - 64.

kildir; nitekim mefruz iradeden vazgeçen tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarları ,bu şartı haklı göstermek için, hakkaniyet mülâ hazalarından, borçlunun önceden derpiş edemeyeceği zararın tazmininin ona yükletilmesinin ağır olacağından bahsetmektedirler (215). Ancak borçlunun yalnız önceden derpiş edebileceği zararın ödemesi gerektiği esası bugünkü tazminat hukukunda terkedilmiş bulunmaktadır.

Kaldı ki, üçüncü şahsın menfaattar olduğunun bilinmesinin kâfi addedilmesi, onun kim olduğunun ve menfaatinin şümulünün bilinmesine lüzum görülmemesi de, bu suretle yapılmak istenilen tahdidi müphem bir hale sokmaktadır. Zaten bu yüzdendir ki, borçlunun üçüncü şahsın menfaatinin mutadî aşan derecede yüksek olduğu hususunda ikaz edilmemesi, tazminatın tenkisini mucip olacak bir müterafık kusur sayılarak ikinci bir tahdide gidilmek lüzumu hissedilmektedir (216).

Nihayet, üçüncü şahsın mevcudiyetinin tamamen gizli tutulmasında menfaat bulunan vasıtalı temsil hallerinde, tamamlayıcı tefsir nazariyesi üçüncü şahsın zararının tazminine imkân vermeyecektir (217). Bundan başka, hüsnüniyetli zilyedin başkasına ait şeyin zilyedliğini devrettiği akitlerde de, malikin, sadece akdin ihlâli dolayısıyla uğradığı zararın, karşı taraf onun menfaatinden haberdar olmadığı için, tazmini kabil olmayacaktır (218).

d) Üçüncü şahsın menfaatinin akdin in'ikadından sonra ortaya çıktığı hallerde, tamamlayıcı tefsir nazariyesi bu menfaatin nazara alınmasına cevaz vermemektedir (219); halbuki, hakkaniyet bu gibi hallerde üçüncü şahsın zararının tazminini gerektirebilir (220); meselâ muhafaza için T ye bıraktığı şeyi S onradan Ü ye satsa veya S, T den satın alıp henüz tesellüm etmediği şeyi Ü ye bağışlasa, T nin akde aykırı hareketi dolayısıyla Ü nün uğradığı zarardan T nin mes'ul olmaması hakkaniyete aykırıdır.

---

(215) Bk. Schott, sh. 44. Karş. Leonhard, sh. 203.

(216) Bk. yukarıda not 195 ve buna ait metin.

(217) Reinhardt, sh. 63.

(218) Bu hususu Schott da (sh. 50 - 51) itiraf eylemek mecburiyetinde kalmaktadır. Şu kadar ki, BGB s 991 II deki sarıh hüküm, tamamlayıcı tefsir nazariyesinin bu eksikliğini pratik bakımdan önleyecek mahiyettedir.

(219) Bk. yukarıda not 197 ve buna ait metin.

(220) Reinhardt, sh. 63 - 64.

## § 8, IV

e) Bir akdin ihlâlinin bahis mevzuu olmadığı hallerde de tamamlayıcı tefsir nazariyesi üçüncü şahsın zararının tazminine medar olamamaktadır (221).

Mezkûr nazariye taraftarlarının bazı kanunî mes'uliyet hallerinde, ezcümle otelcinin mes'uliyetinde akit benzeri bir duruma müstenid mes'uliyet mahiyeti görerek tamamlayıcı tefsirle alâkalı BGB § 157 yi burada da tatbik kalkışmaları (222) isabetli değildir; zira akit benzerlerinde hukukî netice tarafların bu neticeyi düşünüp düşünmediklerine, isteyip istemediklerine bakılmaksızın muayyen bir fiile izafe olunmaktadır (223); burada hukukî neticeye yönelmiş bir irade izharı yoktur ki, tamamlayıcı tefsiri bahis mevzuu olsun.

Haksız fiillerde de bazan üçüncü şahsın zararının tazmini ihtiyacı bulunduğu inkâr edilemez; bu yüzdendir ki, tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarları, bu sahada başka nazariyelere veya meseleyi tamamiyle halletmeyen bazı kanunî hükümlere başvurmak mecburiyetini hissetmektedirler (224).

### 3. Üçüncü şahıslar lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesi ve bu nazariyenin teşmili imkânları.

Üçüncü şahıslar lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*) nazariyesi de (225) esas itibariyle tamamlayıcı tefsir fikrine istinad etmekle beraber, bu nazariye Larenz tarafından (226), üçüncü şahsın zararı ile alâkalı bütün kategorilere değil, yalnız üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla şahsî varlıklarının haleldar olması yüzünden zarara uğraması haline bir çare bulmak üzere ortaya atılmıştır. Larenz, daha yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile (227), üçüncü şahsın zararının tazmini gereken diğer haller için, Tägert'in zararın üçüncü şahsa aktarılması nazariyesine müracaat etmektedir.

Üçüncü şahıslar lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesinin esasları ve mâruz kaldığı tenkidler üzerinde, üçün-

(221) Gernhuber, sh. 265 - 267; Reinhardt, sh. 64 - 65. Bk. yukarıda s 6, IV, 2, not 134 - 135 e ait metin.

(222) Bk. yukarıda not 201 ve buna ait metin.

(223) Bk. Tandoğan, Vekâletsiz iş görme, sh. 53.

(224) Bk. yukarıda not 202 - 203 ve bunlara ait metin.

(225) Bk. yukarıda s 6, IV, 3.

(226) Bk. yukarıda s 6, IV, 3, not 137.

(227) Bk. yukarıda s 8, III, not 135, 165 ve bunlara ait metin.

cü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zarar bahsinde teferuatıyla durduğumuzdan (228), bu hususları burada tekrarlamayacağız. Yalnız mezkûr nazariyenin edaya yakınlık kategorisi dışındaki hallere teşmilinin kabil olup olmadığı noktasına temasla iktifa edeceğiz. Bahis mevzuu nazariyenin üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla yalnız şahsa müteallik zarara (*Personenschaden*) değil, şeye müteallik zarara (*Sachschaden*) uğradığı hallerde de tatbik edilmesi fikri Zirkel (229) tarafından müdafaa edilmiştir. Böylece, üçüncü şahsa ait şeye taallük eden akdin ihlâlinden dolayı bu şeyin zarar görmesi ihtimali de (230), üçüncü şahısları koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesiyle karşılanabilecektir; filhaka üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla ihlâl edilen varlığının şahsî veya malî mahiyet taşıması nazariyenin esasları bakımından bir fark arz etmemektedir; akdin tamamlayıcı tefsiri suretiyle, edaya yakın olan üçüncü şahsa ait şeyler için de borçlunun takayyüd göstermek mükellefiyetinde olduğu neticesine varılabilir. Ancak, üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akit mefhumu borçluya üçüncü şahıslar lehine sadece talî bir mükellefiyet, edaya yakın olan üçüncü şahsın şahsî ve malî varlıklarına takayyüd gösterme mükellefiyeti yüklediğinden (231), üçüncü şahsın asli edanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı zarar gördüğü vasıtalı temsil (232) ve zincirleme akit (233) kategorilerinde, bahis mevzuu mefhuma müracaat imkânı yoktur. Diğer taraftan, üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesi de akdin tamamlayıcı tefsirine dayandığı cihetle, bu nazariyenin, kanunî veya haksız fiilden doğan mes'uliyet sahalarında, üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda tatbiki de mümkün bulunmamaktadır (234).

#### V — Yazılı olmayan hukuka dayanan nazariyeler.

Bu nazariyeler umumiyetle, dar mânada üçüncü şahsın zara-

(228) Bk. yukarıda s 6, IV, 3.

(229) NJW, 1956, sh. 1676.

(230) Bk. yukarıda s 6, III.

(231) Bk. yukarıda s 6, IV, not 136 ya ait metin.

(232) Bk. yukarıda s 6, I.

(233) Bk. yukarıda s 6, V.

(234) Bk. yukarıda s 6, IV, not 155.

## § 8, V

rının tazmini meselesinin mer'i kanuna göre hallinin mümkün olmadığı fikrinden hareket etmektedirler. Mer'i kanun, yalnız, üçüncü şahsın zararının tazminini bazı hallerde kabul eden hükümlerine kıyasen müracaat etmek suretiyle nazara alınmaktadır. Bahis mevzuu nazariyeler, ya kanunda bir boşluk olduğunu sarihaten ifade etmeksizin menfaatler durumundan bir hal tarzı çıkarılmağa çalışmakta, yahut hüsnüniyet kaidelerine, hakkaniyet esaslarına başvurmakta, veya hal çaresini âdet hukukunda bulmakta veya kanunda bir boşluk olduğunu belirterek bu boşluğun kanun koyucu gibi hareket eden hâkim veya bizzat kanun koyucu tarafından doldurulması gerektiğini beyan eylemektedirler.

### 1. Menfaatler durumundan hareket eden nazariyeler.

a) *Interessenjurisprudenz* (tâbir caizse, menfaatlerin tartılmasına dayanan içtihadlar) cereyanının başta gelen mümessillerinden Müller - Erzbach muhtelif makale ve kitaplarında (235), mefhumlara dayanan içtihadlar (*Begriffsjurisprudenz*) taraftarlarının sırf şekli mantığa istinad eden ve mücerret mefhumlardan istidlâllerde bulunan metodlarının içtimâî hayatın ihtiyaçlarını karşılamak ve kavramak hususunda nasıl çıkmazlara girdiğini göstermek için, bilhassa üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi üzerinde durmaktadır.

Müller - Erzbach, mezkûr mesele ile evvelâ, vasıtalı temsil dolayısıyla alâkalanmıştır. Müellife göre (236), vasıtalı temsilde müvekkilin kendi hesabına yapılan akdin borçlusuna karşı doğrudan doğruya bir talep hakkına sahip olmaması pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun değildir; akit müvekkil menfaatine yapıldığı cihetle, onun korunmaya şayan olan bu menfaati nazara alınmalı ve borçlunun akdi yerine getirmemesinden zarar gören müvekkile doğrudan doğruya borçluya karşı tazminat talebinde bulunmak imkânı tanınmalıdır. Müller - Erzbach, bu hal tarzının ihtiyaçlara uygunluğundan başka, Alman Temyiz Mahkemesinin de müstakar içti-

---

(235) Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenslage entwickelt, Berlin 1905, sh. 22 - 24; 95 - 96; Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, Berlin und Leipzig 1929, sh. 161 - 166; Wohin führt die Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, sh. 98 - 104; Die Rechtswissenschaft im Umbau, München 1950, sh. 35 - 36.

(236) Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, sh. 11 vd., 29 - 30, 39.

hadlarında vasıtalı mümessile müvekkilinin menfaatini tasfiye imkânını tanıdığına işaret etmekte (237), anglo - sakson ve fransız hukuk sistemlerinde de müvekkile doğrudan doğruya dâva hakkı bahşedildiğini belirtmektedir (238). Müellifin fikrinde (239), komisyoncuya müvekkilinin menfaatini ileri sürerek onun lehine tazminat talebinde bulunmak imkânını tanıyan nazariyeler, komisyoncuyla şekli ve hukuki bakımdan, müvekkili de maddi ve fiili bakımdan alacaklı addederek alacaklılık sıfatının, sübjektif hakkın sübjektif mahiyetiyle kabili telif olmayan bir parçalanmasına, ikiye bölünmesine yol açmaktadırlar. Bu itibarla, müvekkile vasıtalı mümessile akit yapan şahsa karşı doğrudan doğruya dâva hakkı tanınmalıdır. Müvekkil (Ü), hesabına yapılan akdin diğer tarafına (T ye) karşı doğrudan doğruya alacak hakkına sahip olduğu gibi, aynı zamanda doğrudan doğruya borçlu vaziyetine de girer. Müvekkilin karşı âkitle doğrudan doğruya alacak ve borçluluk münasebetine girmesi, onun vasıtalı mümessile, karşı âkidin mameleki sahasına müdahalede bulunmak hususunda verdiği vekâletle haklı gösterilebilir (240). Müller - Erzbach (241), vasıtalı temsil hakkında teklif ettiği hal tarzının başkası hesabına yapılan deniz sigortaları bahsinde, beynelmilel rekabetin tazyiki altında kanun vazı tarafından da kabul edilmiş olduğunu (HGB §§ 781 I - II ve 882, 883), diğer vasıtalı temsil hallerinde de hukukun aynı istikamette inkişaf edeceğini (242) beyan eylemektedir.

Müller - Erzbach (243), vasıtalı temsil bahsindeki görüş tarzını sonradan, üçüncü şahsın hesabına hareket edilmese bile, onun menfaatine takayyüdün akitle başkasına bırakıldığı hallere (... , *dass ein fremdes Interesse in vertragliche Obhut gegeben worden ist*) de teşmil etmiştir; müellife göre, bu gibi hallerde de üçüncü şahsa

(237) Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, sh. 161; Die Rechtswissenschaft in Umbau, sh. 35.

(238) Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, sh. 56 - 60; Wohin führt die Interessenjurisprudenz, sh. 101. Karş. yukarıda s 6, 1, 3.

(239) Die Grundsätze der Mittelbaren Stellvertretung, sh. 23 - 24.

(240) Müller - Erzbach, Die Grundsätze der Mittelbaren Stellvertretung, sh. 30.

(241) Die Grundsätze der Mittelbaren Stellvertretung, sh. 63 vd., sh. 93.

(242) Bk. yukarıda not 24 ve buna ait metin.

(243) Bk. Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, sh. 163.165; Die Rechtswissenschaft in Umbau, sh. 35 - 36.



## § 8, V

doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunmak hakkını tanımak yerinde olur. Bu hal tarzı, karşı âkide (T ye) beklediğinden fazla bir mükellefiyet yüklemeyiz; zira tazminat borcu, akit mucibince korunması lâzım gelen menfaatin üçüncü şahsa ait olması yüzünden, daha yüksek miktarda olmaz; üçüncü şahsın menfaatinin korunmasını akitle başkasına bırakan şahıs için de, tazminatın doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesi bir mahzur teşkil etmez; zira onun kendisinin bir zararı yoktur.

Müller - Erzbach (244), menfaatler vaziyetinden hareket ederek teklif ettiği hal tarzının mer'i hukukun sistemine uygun olmadığını ve ideal bir hal tarzı olduğunu söylemekle beraber, mahkeme içtihadlarının da bu hal tarzı istikametinde inkişaf ettiğini ilâveden kaçınmamaktadır. Onun bu görüş tarzına karşı, mefhum hukukçuları tarafından (245) sırf muayyen bir menfaatler vaziyetinden doğan ihtiyaçların kanuna aykırı bir hal tarzının kabulünü haklı gösteremeyeceği, aksi takdirde keyfiliğe, serbest hukuka (*Freirecht*) gidileceği tenkidi ileri sürülmektedir. Bununla beraber, Müller - Erzbach'ın hal tarzının menfaatler vaziyetini hakkaniyete uygun bir surette nazara aldığı, *de lege lata* müdafaa edilemese bile, *de lege ferenda* kabulünün temenniye şayan olduğu onu tenkid edenlerin bir kısmı da dahil olduğu halde bazı alman müelliflerince (246), beyan edilmektedir.

Buna mukabil yine alman hukukçularından Wieder (247), yakın zamanlarda yazdığı bir mukayeseli hukuk tezinde, artık anglo-amerikan hukukunda da, vasıtalı temsilde müvekkile tanınan doğrudan doğruya dâva hakkının akitlerin nisbiliği (*privity of contracts*) prensibi muvacehesinde anormal bir durum olarak telâkki edilmeğe başlandığını, hakkaniyet mülâhazalarıyla izah edilmeğe çalışılan bu dâva hakkının tahdidine dair bir temayül bulunduğunu ifade etmektedir. Wieder'e göre (248), biri müvekkilin karşı akitle doğrudan doğruya bir münasebete girmeyeceği esastan, diğeri de

---

(244) Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, sh. 162; Wohin führt die Interessenjurisprudenz, sh. 101.

(245) Ezcümle Reinhardt, sh. 58; Nebelsieck, sh. 81; Oertmann, Vorbem. 6 zu. § 164; Rodig, sh. 59; Krückmann, Jher. Jb. 56, sh. 324; Schott, sh. 70; İsviçre hukukunda Thorens, sh. 65.

(246) Ezcümle Rodig, sh. 59 - 60; Tägert, sh. 53 - 54.

(247) Sh. 56 - 63; 182 - 185.

(248) Sh. 59 - 61.

tamamiyle aksi esastan hareket eden alman ve anglo-amerikan hukuk sistemleri bu esaslara tanıdıkları istisnalarla gittikçe birbirlerine yaklaşmaktadırlar. Wieder'in fikrinde (249), Müller - Erzbach'in hal tarzı *de lege ferenda* da temenniye şayan değildir; zira bu hal tarzı kabul edilecek olursa, bugünkü borçlar hukukunun yalnız borç münasebetinin taraflarının bu münasebetten doğan haklara sahip olabilecekleri hususundaki temel kaidesi esaslı surette sarsılacak ve kimse akit yaparken karşı tarafla mı yoksa başkasıyla mı münasebete gireceğini bilemeyecek, karşı tarafın gerçek âkit olduğu hususundaki itimad sarsılacaktır (250). Bu itibarla müellife göre, sadece âkitlerin iradesine göre alacaklının haklı menfaati vasıtasıyla korunan üçüncü şahsın vasıtasız ve haklı menfaatinin akdin ihlâli yüzünden hâeldar olması halinde üçüncü şahsa bir tazminat talebi tanınmalı, yoksa ona ifayı talep hususunda bir salâhiyet bahşedilmemelidir. Böylece Wieder üçüncü şahs lehine koruyucu hükümler husule getiren akit nazariyesine (251) yaklaşan bir nazariye ortaya atmaktadır; Wieder üçüncü şahsın menfaatinin ne zaman haklı olacağı hususunda sarîh bir kıstas göstermemekte, bu hususta alacaklının üçüncü şahsı zarardan masun tutmak hususundaki ahlâkî ve mutemedlik sıfatına dayanan mükellefiyetine (*sittliche und treuhänderische Pflicht*) atıfta bulunmaktadır (252).

b) Interessenjurisprudenz cereyanının hararetli diğer bir müdafii olan Heck'e göre (253), üçüncü şahsın zararının tazmininde menfaatler durumu istifadenin mahsubuna benzer bir manzara arz etmektedir. Hakkı ihlâl edilenin normal menfaati, istifadenin mahsubunda müsbet bir istifadenin mevcudiyeti, üçüncü şahsın zararının tazmininde ise normal zararın üçüncü şahsa aktarılmış olması dolayısıyla zayıflamıştır. İstifadenin mahsubunda tazminat borçlusunun tazminattan kurtulmaya olan menfaati, hakkı ihlâl edilenin muhik bir sebebe dayanmayan bir kârını önlemek bahis mevzuu olduğu nisbette nazara alınmalı, fakat koruyucu hususî kaide-

(249) Sh. 223 - 225.

(250) İsviçre hukukunda da **Droin** (sh. 113 not 1), müvekkil ile karşı âkit arasında doğrudan doğruya bir münasebet tesisini, vasıtalı temsil müessesesinin gerçek mahiyetine aykırı bulmaktadır. Aynı fikirde **Becker**, Art. 97, Nr. 3.

(251) Bk. yukarıda s 6, IV, 3.

(252) Sh. 225.

(253) *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen 1929, sh. 51 - 53.

## § 8, V

ler müdahale ettiği takdirde bu menfaat gözönünde tutulmamalıdır. Üçüncü şahsın zararının ortaya çıktığı hallerde, hakkı ihlâl edilenin üçüncü şahısla olan münasebetleri yüzünden, tazminat borçlusunun fiilinin normal neticelerinin yumuşatılması hususunda bu borçlunun himayeye şayan bir menfaati yoktur; bilâkis, hakkı ihlâl edilenin üçüncü şahıs hesabına hareket ettiği veya zararın bir borç münasebeti neticesinde alacaklı yerine üçüncü şahısta tezahür ettiği hallerde, üçüncü şahsın, zararının tazmini hususunda korunmaya lâyık bir menfaati mevcuttur; binaenaleyh hakkı ihlâl edilenin üçüncü şahısla olan münasebeti neticesinde zararı ona aktarmak suretiyle elde ettiği istifade tazminat borçlusu tarafından tazminat ödemekten kurtulmak için ileri sürülememelidir.

Vasıtalı temsilde üçüncü şahıs vaziyetindeki müvekkilin menfaati korunmaya lâyıktır; zira kendi namına başkası hesabına hareket eden tarafından hesabına hareket ettiği şahsın menfaatlerinin temsili (*eine Interessenvertretung*) cemiyet hayatı için zaruridir; kanun vazı tarafından cevaz verilen bu müessese, menfaat temsilcisine (*Interessenvertreter*), arkasındaki şahıs (*Hintermann*) için elde ettiği hakların ihlâli yüzünden karşı âkitten tazminat isteme imkânı tanınmaksızın düşünülemez. Kanun vazı, menfaat temsilcisine mademki başkasının hesabına kendi namına hareket imkânını tanımıştır, bu imkânı teminat altına alan tazminat talebini de bahşetmelidir. Kanun bir eliyle verdiği, öbür eliyle geri alamaz.

Üçüncü şahısla hakkı ihlâl edilen arasındaki borç münasebetlerinin, zararın, hakkı ihlâl edilen yerine üçüncü şahıs nezdinde doğmasını mucip olduğu hallerde üçüncü şahsın zararının dermeyan (254) edilebilmesi imkânı ise bizzat kanun vazı tarafından BGB § 281 vazedilmek suretiyle kabul olunmuştur. Mezkûr hükümde bir fâsit daire bahis mevzuu değildir; bu hüküm mucibince, hakkı ihlâl edilen şahıs, kendisinin bir zararı olmamasına rağmen sahip olduğu tazminat alacağını üçüncü şahsa devredecektir. Hakkı doğrudan doğruya ihlâl edilenin tazminat talebi menfaate uygundur (*interessengemäss*); çünkü o, bu talebi alacaklısı olan üçüncü şahsa devredecektir; aksi takdirde, hakkı ihlâl edilen muhik olmayan bir kâr elde etmiş olurdu. Tazminat alacağının devri tazminat borçlusu için de ağır değildir, çünkü tazminat normal ölçü ile tah-

---

(254) Bk. yukarıda § 3, V, 1.

dit edilecek, borçlu fiilinin yalnız normal olarak doğuracağı zarardan mes'ul tutulacaktır.

Reinhardt (255), Heck'i, alâkalıların menfaatlerini hakkaniyete göre tartmakla iktifa ettiği, bu menfaatlerin ne nisbette himayeye şayan olduğu hususunda bir ölçü koyamadığı için tenkid etmektedir. Zaten bizzat Heck de (256), normal olarak nazara alınacak zararın tesbitinin güç olduğunu, neticede hâkimin halin müşahhas icaplarını nazara alıp serbest takdir hakkını kullanarak bu tesbiti yapacağını beyan eylemektedir.

Diğer taraftan, Enneccerus - Lehmann (257), Heck'in görüş tarzına çok yaklaşan bir telâkkiye sahip bulunmaktadırlar. Bu müelliflere göre, tazminat borçlusu, alacaklının edaya olan menfaati alacaklıya, icabında alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki hukuki bir menfaat bağlılığına müsteniden de tazminle mükelleftir. Alacaklı üçüncü şahıs lehine şartı ihtiva eden bir akit yaptığı veya alacaklının menfaati, hakkın ihlâli ânında alacaklı ile üçüncü şahıs arasında mevcut bir hukukî münasebet mucibince alacaklı yerine üçüncü şahıs nezdinde doğduğu veya sonradan ona intikal ettiği takdirde vaziyet böyledir. Bu husus, alacaklının kendi menfaatinin tesadüfen bulunmaması yüzünden tazminat borçlusunun mes'uliyetten tamamen kurtulmasının, tazminat mükellefiyetinin temel fikriyle kabili telif olmamasından çıkarılabilir. Üçüncü şahıs menfaatine kendini alacaklı kılabilme imkânının hukuken tanınmış olması, mantıkan, üçüncü şahıs menfaatinin dermeyan edilebilmesi salâhiyetinin de bahşedilmesini gerektirir (258). Nihayet, üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesine cevaz olduğu BGB § 281 tarafından da dolayısıyla kabul edilmiş bulunmaktadır (259).

c) Endemann da üçüncü şahsın zararının tazmini meselesini halletmek için menfaatler durumundan hareket etmektedir. Müellife göre (260), «bir borç münasebetinin mevcudiyet ve ifasında men-

(255) Sh. 90.

(256) Sh. 53.

(257) § 17, I, 1 - 2, sh. 83; ayrıca Lehmann, in Festschrift für Hedemann, sh. 181 - 182.

(258) Aynı fikirde Blomeyer, sh. 224; İsviçre hukukunda Barth, sh. 86.

(259) Bu fikrin tenkidi için bk. yukarıda § 3, V, 1 ve orada not 89.

(260) Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung für Schadensersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten, 45. Jahresberichte über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, sh. 46 vd.; Lehrbuch, Bd. I, § 95, not 13; § 128, Nr. 1 ve not 4 ve 6.

## § 8, V

faati olan üçüncü şahsın bu menfaati, akdî mükellefiyetler sahası içine o suretle alınabilir ki, diğer âkit tarafa karşı olan akdî mükellefiyetlerin ihlâli aynı zamanda üçüncü şahsa karşı olan bir mükellefiyetin de ihlâlini tazammun eder ve borçlunun ona karşı doğrudan doğruya mes'uliyetini mucip olur. Üçüncü şahsın menfaati tanınabilir şekilde haricen tezahür ettiği veya halin icaplarına göre bu menfaatin hesaba katılması gerektiği hallerde, objektif menfaatler vaziyeti, üçüncü şahıs lehine borçluya karşı doğrudan doğruya bir tazminat talebi doğurur». Endemann objektif menfaatler vaziyetinden üçüncü şahıs lehine doğrudan doğruya talep hakkı doğması esasını BGB ve HGB nin muhtelif hükümlerinden çıkarmağa çalışmaktadır. Bu hükümlerin hepsinde kanun vazı, müellifin fikrince, menfaatler vaziyetini, bilhassa üçüncü şahsın menfaatini nazara alarak, ona bizzat ileri sürebileceği bir hak tanımıştır. Endemann'ın zikrettiği hükümlerin hepsi üçüncü şahsa tanınan tazminat talebiyle alâkalı değildir; bunların bir kısmında üçüncü şahsa bahşedilen iptal hakkı (meselâ BGB § 2080) veya iade talebi (meselâ BGB § 556, III, 604 IV, 816 I, 822) gibi haklara taallük etmektedir. Bu arada Endemann, üçüncü şahsın tazminat talebinin istisnaî olarak tanındığı BGB § 844, 845 (261), 991 II (262) gibi hükümleri de koyduğu esasa birer mesnet olarak göstermektedir.

Endemann'a karşı yöneltilen tenkidler (263), onun istinad ettiği bazı hükümlerde derpiş edilen hallerin üçüncü şahsın zararının tazmini meselesiyle bir benzerlik arzetmediği, gerçekten mezkûr meseleyle alâkalı olan hükümlerin de istisnaî mahiyet taşıyıp kıyasen teşmiline cevaz olmadığı, menfaatler vaziyetinden hareket edilerek, kanunun kabul ettiği akitlerin nisbîliği esasına aykırı bir esas konulamayacağı noktalarında toplanmaktadır. Hususiyile BGB § 991 II de, başkasına (Ü ye) ait şeyin vasıtasız zilyedliğinin hüsnüniyetli olan diğer bir zilyede (T ye), ilk zilyed (S) tarafından bir akde müsteniden devredilmesi ve sırf akdin ihlâli yüzünden şeyin zarara uğraması halinde, malike, vasıtalı zilyedle vasıtasız zilyed arasındaki akde istinad etmek imkânının tanınması halinde, malikin üçüncü

(261) Bk. yukarıda s 4, I, 1 ve 4..

(262) Bk. yukarıda s 6, III, 2.

(263) Bu hususta tafsilât için bk. **Kunze**, sh. 87-104; **Reinhardt**, sh. 59; **Rodig**, sh. 58; **Schott**, sh. 69-70; **Nebelsieck**, sh. 32; **Schmidt-Rimpler**, sh. 899-900; **Schidwigowski**, sh. 28 vd.

şahıs sıfatıyla değil, zilyedlikte iade alacaklısı sıfatıyla vasıtasız zilyeden tazminat istediği, yalnız vasıtasız zilyedin mes'uliyetinin ölçüsünün onunla vasıtalı zilyed arasındaki akde göre tâyin edildiği ile ri sürülmektedir (264). Bundan başka, üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edildiği istisnaî hükümlerde, Endemann'ın aradığı üçüncü şahsın menfaatinin bilinmesi veya hesaba katılmasınıninın gerekmesi şartı bulunmamaktadır (265).

c) Üçüncü şahsın zararının tazminini menfaatler durumu ve hakkaniyet mülâhazalarıyla haklı göstermeğe çalışan başka müellifler de mevcuttur. Bunların büyük bir kısmı, bahis mevzuu zararın tazminini başka mesnedlere de dayamağa çalışmakta, ortaya atıkları nazariyenin çare bulamadığı haller için tamamlayıcı olarak veya umumiyetle menfaatler durumuna ve hakkaniyet mülâhazalarına başvurumaktadırlar (266).

Bu meyanda von Tuhr da (267), geçici veya objektif menfaat nazariyelerinin kifayet etmediği hallerde, yani üçüncü şahsın menfaatinin taallük ettiği edanın geçici kalem olarak dahi alacaklının mamelekine girmediği veya üçüncü şahsın menfaatinin şeyin objektif kıymetinden yüksek olduğu hallerde, borçlunun akde aykırı hareketine rağmen alacaklının zararı olmadığı veya az olduğu için tazminat ödemekten kurtulmasını veya az tazminat ödemesini hakkaniyete aykırı bulmakta ve şu formülü teklif etmektedir : «Alacaklı ile üçüncü şahıs arasında mevcut bir hukukî münasebet yüzünden, borçlunun edasına olan menfaat alacaklı yerine üçüncü şahıs nezdinde doğar veya sonradan üçüncü şahsa intikal ederse, alacaklı borçluyu üçüncü şahsın zararını tazmine mecbur edebilir». Von Tuhr (268) bu formülü yine hakkaniyet mülâhazalarıyla şöy-

(264) Kunze, sh. 95.

(265) Kunze, sh. 101, not 1.

(266) Ezcümle Schlossmann, Bd. II, sh. 369 vd. (Bk. yukarıda not 1 ve buna ait metin); Krückmann, Jher. Jb. 56, sh. 245 (Bk. yukarıda not 26); Titze, sh. 126 (Bk. yukarıda s 7, not 159 a ait metin); Crome, System II, s 151, sh. 76; Partiarische Rechtsgeschäfte, sh. 300 vd.; Wieder, sh. 217 vd., 221 - 222; Larenz, Bd. I, sh. 165; Leonhard, Schuldrecht, ss 90 vd.; Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 12./13. Aufl. Berlin - Leipzig 1926, s 383, Nr. 2 a; s 407, Nr. 15.

(267) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 554 vd., 566 - 570.

(268) Grünhuts Z., 25 (1898), sh. 583 - 584; Kr VJ Schr. 47 (1907), sh. 94-95.

## § 8, V

lece tamamlamaktadır : «Akdî tazminat dâvası üçüncü şahsın zararının tazminine taallûk ediyorsa, bu dâva hakkı alacaklı tarafından üçüncü şahsa temlikine hacet olmaksızın bizzat üçüncü şahıs tarafından da kullanılabilir». Müellife göre, burada da üçüncü şahıs lehine şartta olduğu gibi, maddî adaletin (*materielle Gerechtigkeit*) üçüncü şahsa dâva hakkı tanınmasını icap ettirdiği bir hal mevcuttur; yalnız burada, edanın üçüncü şahsa yapılması keyfiyeti tarafların iradesinden değil, edanın mahiyetinden (tazminat) çıkar; kaldı ki, üçüncü şahıs lehine şartta da üçüncü şahsın dâva hakkının dayandırıldığı âkitlerin iradesi, böyle bir dâva hakkından vazgeçilemeyecek olan hallerin kâfi derecede vuzuhla tesbit edilemeyen şartlarını örtmek için kullanılan bir kisveden başka bir şey değildir.

Von Tuhr (269), İsviçre hukukunda da yine borçlunun akde aykırı hareketiyle üçüncü şahsa verdiği zararın tazmininden, alacaklının zararı bulunmadığı için kurtulmasının tatminkâr bir netice olmayacağını (*das unerfreuliche Resultat*) ileri sürerek, alacaklıya üçüncü şahsın menfaatini tasfiye imkânının tanınması gerektiği fikrini müdafaa etmektedir (270); İsviçre hukukunda, von Tuhr (271), üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâva hakkının, yalnız alacaklının tazminat talebini ileri sürmekten veya üçüncü şahsa temlikten sebepsiz olarak imtina ettiği ve ona karşı takibin mühim güçlükler arzettiği hallere hasredilmesine taraftardır.

Von Tuhr, teklif ettiği hal tarzını haklı göstermek için alman hukukunda BGB § 281 (272) ve 991 f. II (273), İsviçre hukukunda İBK md. 401 f. I (BK. md. 393 f. I) (274), İBK. md. 399 f. III (BK. md. 391 f. III) (275) ve md. 754 (TK. md. 309) (276), gibi üçüncü şahsın kanunî halefiyetini veya doğrudan doğruya dâva hakkını der-

---

(269) Von Tuhr - Siegwart, sh. 551 - 552.

(270) İsviçre hukuku için aynı fikirde Glasson, sh. 81 - 82. Türk hukukunda da Arsebük (sh. 786) ve Tunçomağ (sh. 491), von Tuhr'un fikirlerini benimsemekte, borçlunun, alacaklının zararı olmadığı için üçüncü şahsın zararını tazminden kurtulması neticesini haksız bulmaktadır.

(271) Von Tuhr - Siegwart, sh. 554.

(272) Kr VJ Schr. 47 (1907), sh. 69 vd., 91 vd. Karş. yukarıda s 3, IV.

(273) Kr VJ Schr. 47 (1907), sh. 96. Karş. yukarıda s 6, III, 2 ve s 8 not 259 a ait metin.

(274) Karş. yukarıda s 5, II.

(275) Karş. yukarıda s 4, II.

(276) Karş. yukarıda s 4, III. Bk. Glasson, sh. 83 - 84.

piş eden hükümlerin kıyasen teşmilini tavsiye etmektedir.

Bittabi, hakkaniyet mülâhazası üçüncü şahsın zararını tazmin için yalnız başına kâfi bir mesnet teşkil edemez ve kanunun esaslarına aykırı hal tarzlarını haklı gösteremez; kaldı ki, hakkaniyet mülâhazası üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutlarını tesbit için de bir kıstas bahşeylememekte ve keyfiliğe yol açma tehlikesi arz etmektedir (277).

### 2. Hüsnüniyet kaidelerine atıfta bulunan nazariyeler.

Daha yukarıda naklettiğimiz nazariyelerin bir kısmında, borçlunun, mes'uliyetten kurtulmak için, alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki münasebeti dermeyan ederek alacaklının bir zararı bulunmadığını iddia etmesinin hüsnüniyet kaidelerine aykırı sayıldığına işaret etmiştik (278). İsviçre hukukunda bilhassa Pestalozzi (279), vasıtalı temsille alâkalı tezinde bu fikri müdafaa etmektedir; bu müellife nazaran borçlu, akdin in'ikadı üzerinde müessir olmayan, kendisiyle akit yaptığı kimsenin vasıtalı mümessil olması tesadüfî vakiasından bir menfaat elde etmemelidir; akde vefa (*Vertrags-treue*) esası, borcunu ifa etmeyen borçlunun, tazminattan sıyrılmak için, alacaklı olan vasıtalı mümessilin bir zararı bulunmadığı def'inde bulunması halinde, bu def'in dinlenilmemesini gerektirir.

Diğer taraftan, tamamlayıcı tefsir nazariyeleri de akdin üçüncü şahsın menfaatlerini de koruduğunu hüsnüniyet kaidelerinden çıkarmaktadırlar (280).

### 3. Âdet hukukuna istinad fikri.

Alman hukukçularından bir kısmı umumiyetle üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda başka nazariyeler ileri sürseler bile vasıtalı temsil bahsinde (281), Alman Temyiz Mahkemesinin, vasıtalı mümessile müvekkilinin zararını tasfiye salâhiyetini tanıyan

(277) Thorens, sh. 65 - 66, 71 - 72.

(278) Ezcümle bk. yukarıda § 7, II, 2, not 24 e ait metin; § 7, VI, 1 in fine, not 112 ve buna ait metin.

(279) Sh. 74.

(280) Bk. yukarıda IV, 1, ve not 181 ve buna ait metin.

(281) Ezcümle Staudinger - Werner, Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 97 - 98; Heck, sh. 52; Blomeyer, sh. 225; Wieder, sh. 10 ve 182; Schmidt - Rimpler, sh. 903.



## § 8, V

müstakar içtihadları (282) neticesinde bu hususta bir âdet hukuku (*Gewohnheitsrecht*) kaidesi teessüs ettiği fikrindedirler.

Yine Alman müelliflerinden Gernhuber (283), üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı şahsa müteallik zararın tazmini hususunda mahkeme içtihadlarından doğan bir âdet hukuku kaidesinin mevcudiyetini müdafaa etmektedir. Hattâ Gernhuber'in fikrinde bu âdet hukuku kaidesini kıyasen teşmil imkânı da mevcuttur. Tägert (284), daha umumî "olarak tazminatın hesaplanmasında yalnız alacaklının menfaatinin nazara alınması gerektiği esasına âdet hukuku tarafından istisnalar getirildiğini ve bu istisnaların hudut ve şümulünün tesbitinin doktrine düştüğünü ifade etmektedir. Nihayet Weimar (285), üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda âdet hukukuna en geniş yeri tanımakta ve akdî mes'uliyet sahasında üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda müstakar mahkeme içtihadlarından husule gelen bir âdet hukuku kaidesinin mevcut olduğunu söylemektedir.

Yalnız Rodig (286), ne vasıtalı temsilde, ne de üçüncü şahsın zararının bahis mevzuu olduğu diğer hallerde mezkûr zararın tazminine dair bir âdet hukuku kaidesinin teşekkül etmediği fikrini hararetle müdafaa etmektedir. Rodig'e göre, bu mevzudaki âdet hukukunun mesnedi olarak ileri sürülen Alman Temyiz Mahkemesi içtihadları hep BGB nin kabulünden önceki içtihadlara atıfta bulunmakta ve bu eski içtihadlar da yanlış bir temele, Zimmermann'ın nazariyesine (287) dayanmaktadır; binaenaleyh, hatâlı bir içtihadın tekerrürü bir âdet hukuku kaidesine vücut vermemelidir.

Rodig'in kanaatine iştirâk etmek müşkildir; zira Alman Temyiz Mahkemesi, üçüncü şahsın zararının tazminini epeyce zamandır Zimmermann'ın nazariyesine değil, başka nazariyelere (288), bu arada son zamanlarda tamamlayıcı tefsir nazariyesine (289) istinad ettirmektedir.

---

(282) Misâl kabilinden olmak üzere bk. RGE 93, 39; 113, 254; 115, 425; 109, 292; RG in DJZ, 1939, 1439; BGHZ, 25, 250.

(283) Sh. 269 vd.

(284) Sh. 37.

(285) Juristische Rundschau, 1960, sh. 374.

(286) Sh. 14-16, 23.

(287) Bk. yukarıda s 7, II, 2.

(288) Alman Temyiz Mahkemesi içtihadlarının bu mevzudaki tekâmülü için (1933 e kadar) bk. Reinhardt, sh. 140-155.

(289) Bk. yukarıda s 6, IV, not 128 ve 146.

Reinhardt da (290), üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda herhangi bir âdet hukuku kaidesi teessüs etmediği kanaatinde-  
dir; zira müellife göre, Alman Temyiz Mahkemesinin bu mevzuda-  
ki içtihadları hâlâ inkişaf halinde olup henüz olgunlaşmamıştır; ba-  
his mevzuu içtihadlar her seferinde başka bir temele dayanmakta  
ve üçüncü şahsın zararının tazmini muhtelif kararlarda değişik şümül-  
de kabul edilmektedir; bu keyfiyet, henüz âdet hukukunun teşekkülü  
için zarurî şartlardan biri olan kaidenin doğruluğuna, ona riayetin  
zarurî olduğuna kani olma şartının bulunmadığını göstermektedir.  
Buna mukabil Staudinger - Werner (291), Alman Temyiz Mahke-  
mesinin, vasıtalı mümessilin müvekkilinin zararının tazminini is-  
teyebileceği hususundaki müstakar içtihadlarını zaman zaman baş-  
ka başka mucip sebeplere istinad ettirmesini ve tazminatı değişik  
şümüllerde kabul etmesini bu mevzuda bir âdet hukuku kaidesinin  
mevcudiyetinin kabulüne mâni saymamaktadır.

#### 4. Kanunda boşluk olduğu fikri.

Menfaatler durumundan hareket eden nazariye taraftarlarının  
çoğu, dar mânada üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli  
bakımından kanunda boşluk olduğunu zımnen kabul etmektedir-  
ler (292); ancak bunu sarahaten ifade eylemekten kaçınmaktadırlar.  
Bu kaçınma, her halde BGB de, İsviçre ve Türk MK. md. 1 de ol-  
duğu gibi, hâkime kanundaki boşlukları kanun vazı gibi hareket  
ederek doldurmak salâhiyetini bahşeden bir hükmün bulunmama-  
sından ileri gelmektedir.

Alman hukukunda üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuun-  
da kanunda ve âdet hukukunda boşluk olduğunu açıkça beyan eden  
Rodig de (293), Türk - İsviçre MK. md. 1 gibi bir hükme müracaat  
imkânını bulamadığından, akdin tamamlayıcı tefsiri nazariyesine il-  
tihak etmek mecburiyetini duymuştur. Son zamanlarda Alman Tem-  
yiz Mahkemesinin içtihadlarında ve doktrinde hâkim olmağa baş-  
layan bu nazariyede (294), daha yukarıda işaret ettiğimiz gibi (295),

(290) Sh. XIII - XIV. Karş. Wieder, sh. 10.

(291) Vorbem. zu §§ 249 - 255, Nr. 98.

(292) Buna mukabil Schmidt - Rimpler (sh. 904) kanunda bu mevzuda  
boşluk bulunmadığını sarahaten ifade etmektedir.

(293) Sh. 28 vd.

(294) Bk. yukarıda IV, 1, not 175 - 177.

(295) Bk. yukarıda § 6, IV, 2.

## § 8, V

akdin hüsnüniyet kaidelerine göre tamamlanması kisvesi altında gerçekte kanundaki boşluk doldurulmaktadır (296). Alman müelliflerinden Wieder de (297), üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin halli hususunda kanunda boşluk olduğunu açıkça ifade etmekte, bu meselenin mefhumlardan mantıkî istidlâllerde bulunmak suretiyle değil, ancak menfaatler vaziyetinden hareket edilerek halledilebileceğini beyan ve bu hususta İsviçre MK. md. 1 den ilham alınmasını tavsiye eylemektedir.

İsviçre hukukunda Gelpke (298), akdî bir edanın akitte taraf olmayan bir şahıs tarafından kusurlu olarak imkânsız hale getirilmesi takdirinde (299), akdî alacaklının mezkûr şahıstan ve vasıtalı temsil suretiyle yapılan bir akdin borçlusunun ademi ifası halinde, hesabına akde girişilen kimsenin borçludan tazminat isteyebilmesi mevzuunda kanunda boşluk olduğu fikrindedir. Müellife göre (300), bu gibi hallerde, akdî alacaklı veya müvekkil, haksız fiil failinden veya vasıtalı mümessille akit yapan şahıstan doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunabilmelidir. Bu talep hakkı alacak hakkına değil, hukuken himayeye şayan olan menfaatin alacaklıya geçmesine veya müvekkil nezdinde doğmasına istinad eder. Meselâ malik S şeyi Ü ye satınca, hasarla birlikte şey üzerindeki hukuken himayeye şayan menfaat de Ü ye intikal eder; artık malikin şey üzerinde menfaati kalmaması, hukuken himayeye şayan menfaatin ortadan kalkmış olmasını tazammun etmez; bu menfaat yine eskisi gibi mevcuttur, yalnız süjesi değişmiştir; bu itibarla T, haksız fiiliyle şeyi tahrip ederse, Ü ona karşı BK. md. 41 e müsteniden doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunabilir; Ü nün bu tazminat talebi alıcı sıfatıyla haiz olduğu alacak hakkına değil, hukuken himayeye şayan olan menfaatin ona intikal etmiş olmasına dayanır. Vasıtalı

---

(296) Karş. Karl Larenz : Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, sh. 275 - 305, hususiyetle sh. 298; Gernhuber, sh. 235.

(297) Sh. 217 - 218.

(298) Sh. 58 ve 63.

(299) Meselâ satılmış olan şeyin teslimden önce satıcının fiilinden mes'ul olmadığı bir şahıs (T) tarafından imha edilmesi halinde, Gelpke'ye göre (sh. 68, not 85), hasar alıcıya intikal etmemiş olsa bile alıcının zararı şey için ödeyeceği bedelden fazla olabilir; binaenaleyh, alıcının zararının tazmini meselesi, yalnız hasarın alıcıya intikal ettiği hallerde ortaya çıkmaz.

(300) Sh. 59 vd.

temsilde de, müvekkilin, hesabına yapılan akdin borçlusunun borcunu yerine getirmemesi halinde ondan tazminat isteyebilmesi de ne müvekkilin vasıtalı mümessile karşı olan alacak hakkına, ne de vasıtalı mümessilin borçluya karşı olan alacak hakkına dayanır; müvekkilin doğrudan doğruya tazminat talebi yapılan akdin taallük ettiği eda üzerindeki himayeye şayan menfaatin müvekkil nezdinde doğmuş olmasına istinad eder (301).

Böylece Gelpke, ortaya attığı hukuken himayeye şayan menfaat mefhumuyla, menfaatler durumundan hareket eden Alman nazariyelerine yaklaşmaktadır. Ancak alacak hakkından müstakil olan bu himayeye şayan menfaat mefhumu âdeta ikinci bir sübjektif hak olarak ortaya çıkmaktadır ki böyle bir ikileşmeye mesnet bulmak müşkildir. Zira alacaklının kendisine teslim edilecek şey veya yapılacak edaya müteallik menfaati alacak hakkından doğmaktadır; mezkûr menfaati alacak hakkından müstakil olarak tasavvur etmek sun'î bir izah tarzı olarak kendisini göstermektedir. Kaldı ki, Gelpke alacaklının (Ü nün) menfaatinin üçüncü şahsa (T ye) karşı (302), niçin himayeye şayan olduğunu da isbat edememekte, bu hususta alacaklının menfaatini üçüncü şahıslara karşı koruyan istisnaî mahiyetteki kanun hükümlerine kıyas yolunu tavsiye eylemektedir (203).

İsviçre hukukçularından Droin da (304), vasıtalı temsilde hesabına akdolunan akdin ademi ifası dolayısıyla müvekkilin uğradığı zararın tazmini mevzuunda kanunda bir boşluk bulunduğu fikrindedir; bu zararın tazmini ancak tabiî hukuk (*droit naturel*) ve hüsnüniyet kaideleri vasıtasıyla haklı gösterilebilir. Hâkim, MK. md. 1 e müsteniden, kanun vazı gibi hareket salâhiyetini kullanarak bahis mevzuu boşluğu doldurmalı ve vasıtalı mümessile müvekkilinin ademi ifadan dolayı uğradığı zararı talep etmek hakkını tanımalıdır (305). Fakat bu mevzuda her türlü tereddüdü izale et-

(301) Gelpke'nin vasıtalı temsilde müvekkile tanıdığı doğrudan doğruya tazminat talebini de BK. md. 41 e mi, yoksa vasıtalı mümessille borçlu arasındaki akde mi istinad ettirdiği iyice anlaşılamamaktadır.

(302) Bizim meseleyi vazediş tarzımız bakımından alacaklı (Ü), şeyi tahrip eden üçüncü şahsa (T) veya hesabına yapılan akdin borçlusuna (T) karşı üçüncü şahıs vaziyetindedir.

(303) Gelpke, sh. 61.

(304) Sh. 112 - 114.

(305) Droin, sh. 114.

## § 8, V

mek için Droin (306) BK. na şöyle bir madde eklenmesini teklif etmektedir :

«Md. 31 b : Akdin üçüncü şahıs tarafından ademi ifası.

Üçüncü şahıs, aracı şahsın (*l'interposé*) akdettiği mukavelenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı lehine araya girilen şahsın (*l'interposant*) uğradığı zararı, aracı şahsa tazminle mükelleftir.

Haksız iktisaba müteallik hükümler mahfuzdur».

Bu maddenin ikinci fıkrası, aracı şahsın aldığı tazminatı alko-yup müvekkiline vermemesi ihtimaline karşı düşünülmektedir.

Alman MK. Tasarısının ikinci müzakeresi esnasında üçüncü şahsın zararının tazminiyle alâkalı iki teklif yapılmıştı (307). Bu tekliflerden birincisi şu mealde idi : «Tazminat mükellefiyetini doğuran vakıa bir üçüncü şahsın zararını mucip olmuş ve bu yüzden üçüncü şahsın, tazminat talebine salâhiyetli olan kimseden bu talebin kendisine devrini istemeğe hakkı bulunuyor ise, tazminat mükellefiyeti üçüncü şahsın uğradığı zarara da şâmil olur».

İkinci teklif de şöyle kaleme alınmıştı : «Bir kimse kendi namına başkası hesabına bir akit yaparsa, ademi ifa halinde, akdin hesabına yapıldığı şahsın uğradığı zararın tazmini istenebilir». Bu teklife icabında şöyle bir ikinci fıkranın ilâvesi de düşünülmüyordu : «Tazminat borcu doğuran bir fiil neticesinde, mutazarrırın başkasına devir veya iade ile mükellef olduğu şeyler zarara uğramışsa birinci fıkra hükmü kıyasen tatbik edilir».

Bu teklifler, o vakte kadar kanunda sarih bir hüküm olmaksızın mahkeme içtihadları nasıl meseleyi doğru bir şekilde halletmiş bulunuyorlarsa bundan sonra da aynı yolda devam edebilecekleri, bu derecede ihtilâflı ve henüz kat'î neticeye erişmemiş bir meselede ilmî inkişafa takaddüm etmenin doğru olmayacağı mülâhazalarıyla reddedilmişti (308). Droin (309), bu tekliflerin reddini esfle

(306) Droin, sh. 114, 181 ve 184.

(307) Protokolle, Bd. I, sh. 298.

(308) Bu teklifler ve bunlara yakın mealde diğer bazı teklifler hakkında tafsilât için bk. Kunze, sh. 6-8. Protokolle Bd. II, sh. 354 vd., sh. 360 not 1.

(309) Sh. 114.

## § 8, V

karşulamakta, bunlar BGB de yer alsaydılar İsviçre BK. nun 1912 revizyonunda nazara alınacak oldukları mütalâasında bulunmaktadır. Kanaatimizce, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin bütün cephelerini nazara almayan bu hükümlerin kabul edilmemesi ilmî inkişafa set çekmemek bakımından faydalı olmuştur. Bununla beraber bilhassa vasıtalı temsil mevzuunda artık vaziyet takarrür ettiğinden ve vuzuh kazandığından, Droin'in teklif ettiği mealde bir hükmün kanuna ithali bizce de temenniye şâyan görünmektedir.



### KISIM III

#### ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARININ TAZMİNİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Bu kısımda, üçüncü şahsın zararının tazmini esas itibariyle bir kere kabul edildi mi, bu esasın tatbik alanına ne suretle intikal ettirileceğini, başka bir deyimle, tazminatın şumulünün ne suretle tâyin ve tahdit edileceğini, tazminat talebinin kimin tarafından ne suretle ileri sürüleceğini inceleyeceğiz. Bu hususlara, II. Kısımdaki nazariyeleri naklederken de kısaca temas etmiştik; zira mezkûr hususların hal tarzı, üçüncü şahsın zararının tazmininin esası hakkında kabul edilen izah şekline ve mesnetlere göre değişmektedir. Burada, üçüncü şahsın zararının tazmininin hudutlarına ve ileri sürülme şekillerine dair görüşleri daha toplu ve bazan teferruatlı olarak anlatacağız.

Zaten üçüncü şahsın zararının tazminine, umumiyetle istisnai hallerde, yani sadece alacaklının menfaatinin nazara alınması esasına istisna olarak, cevaz tanındığı için, mezkûr zararın tazmini meselesi, bu istisnaların hududunu tâyin meselesi olarak kendisini göstermektedir. Üçüncü şahsın zararının tazminini istisna olarak kabul etmeyen müellifler dahi (1), tazminat borçlusunu tahammülü kabil olmayan külfetler altına sokmamak maksadıyla, bu tazminatın hudutlarını tesbit eylemek lüzumunu hissetmişlerdir.

Zararın üçüncü şahıs nezdinde doğmasına rağmen, ihlâl edilen hakkın başkasına ait bulunması, mutazarrır üçüncü şahsın yerine getirilmeyen akitte taraf olmaması da tazminatın kimin tarafından, ne suretle ileri sürüleceği meselesini ortaya çıkarmaktadır. Akitlerin nisbîliği prensibinin bütünlüğünü şeklen dahi olsa muhafaza etmek isteyenler tazminat talebini alacaklıya, neticede tazmi-

---

(1) Ezcümle Reinhardt, sh. 68, 93 - 117. Bk. yukarıda s 8, not 105 ve buna ait metin.



## § 9, I

natın üçüncü şahsın eline geçmesi gerektiği cihetle dolambaçlı yolları bırakıp pratik düşüncelerden hareket edenler mezkûr talebi doğrudan doğruya üçüncü şahsa tanımak temayülündedirler. Bit-tabi üçüncü şahsın zararının tazmininin dayarı dırıldığı nazariye de, bu talep hakkının kime ait olacağına tâyini hususunda müessir olmaktadır.

## § 9 — ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN ZARARINI TAZMİNİN HUDUTLARI.

### I — Tazmin edilecek zararın muhteva itibariyle tahdidi.

Tazmin edilecek zararın şumulünün tahdidi meselesi, üçüncü şahsın menfaatinin, hakkı doğrudan doğruya ihlâl edilen şahsın, alacaklının menfaatinin daha yüksek olması ihtimali dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Tazminat borçlusu, hak sahibinin, alacaklının arkasında üçüncü şahsın bulunması ve bu üçüncü şahsın menfaatinin kıymet itibariyle daha fazla olması rizikosuna ne nisbette katlanmalıdır? Bu suale muhtelif nazariyelerin taraftarlarınca verilen cevapları aşağıdaki gruplarda toplamak kabildir :

*1. Tazminatı zarar verilen şeyin veya yerine getirilmeyen edanın objektif kıymetiyle tahdit fikri.*

Daha yukarıda da işaret ettiğimiz gibi (1), alacaklının geçici menfaati veya objektif menfaat nazariyeleri, üçüncü şahsın zararının tazminine ancak zarar verilen şeyin veya yerine getirilmeyen edanın objektif kıymeti nisbetinde imkân vermektedirler. Bu itibarla, geçici menfaat nazariyesini kabul edenlerden bir kısmı, üçüncü şahsın menfaatinin objektif kıymetten daha yüksek olduğu hal-ler için başka nazariyelere başvurmaktadırlar (2). Hattâ objektif menfaat nazariyesinin kurucusu Neuner (3) dahi, üçüncü şahsın

(1) Bk. yukarıda s 7, IV (hususiyile 2 b ve d); s 7, V (hususiyile not 94 - 97 ye ait metin ve 2 c, d).

(2) Ezcümle Kunze (sh. 16 - 21), tamamlayıcı tefsir nazariyesine, von Tuhr (Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 536 - 537, 544 vd., 549, 554 vd.) hakkaniyet mülâhazalarına müracaat etmektedir.

(3) Bk. yukarıda s 7, V, 2, c.

objektif kıymetten yüksek olan menfaatinin nazara alınması hususunun akitte sarahaten veya *zımnen* kabul edilmiş olduğu hallerde, bu yüksek menfaatin tazminine cevaz görmektedir; ancak bu haller dışında kalan vaziyetlerde tazminatın objektif kıymetle tahdidi Neuner'e göre hakkaniyete uygundur (4).

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi (5) taraftarlarından bazıları da (6), akdin in'ikadı ânında borçlunun akitte üçüncü şahsın menfaattar olduğunu bilmediği ve bilemeyeceği hallerde, üçüncü şahsın zararının edanın objektif kıymeti miktarında tazminini kabul etmektedirler. Bu görüş tarzına karşı, üçüncü şahsın menfaattinden haberdar olma şartı bir kere konuldu mu artık bu şartın daima aranması gerektiği, objektif kıymet nisbetinde mezkûr şarttan sarfınazar edilmesinin doğru olmadığı şeklinde tenkidler ileri sürüldüğüne daha yukarıda işaret etmiştik (7).

Muhtevadan mahrum dâva hakkının üçüncü şahsa temliki ve onun menfaatiyle doldurulması nazariyesinin (8) mümessili olan H. A. Fischer (9) ve hukuka aykırılık rabitası nazariyesinin (10) başta gelen müdafilerinden Wilburg da (11) tazminatın objektif kıymetle tahdidine taraftar gözükmektedirler.

Nihayet hakkaniyet ve menfaatler durumuna maksada elverişli bir hal tarzı bulma mülâhazalarından hareket eden (12) Lehmann da (13), mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatin ileri sürüle-

(4) Aynı fikinde O. Chr. Fischer, sh. 145 vd. Neuner'in fikirlerinin tenkid için bk. yukarıda s 7, V, 2.

(5) Bu nazariye için bk. yukarıda s 8, IV.

(6) Ezcümle Nebelsieck, sh. 35 (bk. yukarıda s 8, not 188); Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, sh. 308 (bu müellif objektif zarardan, hâdiselerin mütad ceryanına göre bahis mevzuu mükellefiyetin ihlâlinden doğması beklenebilecek zararı kasetmektedir). Bundan başka karş. Hellwig, sh. 82 - 85 ve 88 (yukarıda s 8, not 189).

(7) Bk. yukarıda s 8, not 190 - 191 ve bunlara ait metin.

(8) Bk. yukarıda s 7, VII, 1.

(9) Sh. 112 - 114.

(10) Bk. yukarıda s 8, II, 3, b.

(11) Jher. Jb. 82, sh. 125 vd.; Elemente des Schadenrechts, sh. 250 - 251.

(12) Bk. yukarıda s 8, V, 1, b.

(13) Enneccerus - Lehmann, s 17, I, 2 f; Lehmann, in Festschrift Hede-  
mann, sh. 182.

## § 9, I

bileceği haller bir tarafa bırakılacak olursa (14), üçüncü şahsın hususî münasebetleri yüzünden zararın artmasının, tazminat borçlusuna akdin üçüncü şahıs menfaatine yapıldığını bilmediği takdirde, nazara alınmaması gerektiği fikrindedir; müellife göre böylece, kaideten tazminat borçlusu yalnız objektif menfaati tazmin etmelidir.

Hülâsa, üçüncü şahsın zararının tazminini şey veya edanın objektif kıymetine hasredenler, bu tahdidi daha ziyade tazminat borçlusunun akdin üçüncü şahıs menfaatine yapıldığını bilmediği ve bilemeyeceği haller için koymaktadırlar.

*2. Tazminatı normal riziko veya zararlar veya bizzat alacaklının uğrayacak olduğu zararlar tahdit fikri.*

Akdin normal rizikosunu nazariyesini ortaya atan Grau'ın, normal menfaatin kısmen veya tamamen alacaklı yerine üçüncü şahısta bulunması yüzünden, borçlunun akdin ihlâlinden doğacak rizikodan kurtulamaması gerektiği fikrinde olduğuna işaret etmiştik (15); şu halde bu müellife göre, üçüncü şahsın zararı, akdin borçluya yüklediği normal rizikoyu aşarsa tazmin edilmeyecektir. Ancak daha yukarıda da belirttiğimiz veçhile (16), Grau, normal rizikonun ne olduğu hususunda bir ölçü vermemektedir.

Menfaatler durumundan hareket eden Heck de (17), tazminatın, tazminat borçlusu için normal surette nazara alınacak zarar miktarıyla tahdidine ve bu miktarın hâkim tarafından halin icaplarına göre serbestçe takdirine taraftardır.

Normal riziko ve normal zarar mefhumları objektif kıymet mefhumuna çok yakındırlar. Bununla beraber, muayyen bir akdin ihlâlinin, bu akdi çevreleyen şartlar, alacaklının borçlu tarafından malûm olan münasebetleri nazara alınarak, hâdiselerin normal cereyanına göre, vaadedilen edanın objektif kıymetinden daha yüksek bir zarara sebebiyet verebileceğinin kabul edilmesi de mümkündür.

---

(14) Crome (Partiarische Rechtsgeschäfte, sh. 308), tazminat alacaklısının kendi mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatini ileri sürbileceği hallerde dahi, eğer tazminat borçlusu akdin üçüncü şahıs menfaatine yapıldığını bilemeyecek durumda ise tazminatın objektif kıymetle tahdidine taraftardır.

(15) Bk. yukarıda § 8, II, 3, a.

(16) Bk. yukarıda § 8, II, 3, a.

(17) Heck, sh. 53. Bk. yukarıda § 8, not 126 ve 256 ya ait metin.

Nitekim hukuka aykırılık esasına istinad eden (18) müelliflerden Möhring (19), üçüncü şahsın zararının tazminini, üçüncü şahısla alâkalı münasebetler bulunmasaydı bizzat alacaklının (S nin) uğrayacak olduğu zarar miktarıyla tahdit etmek fikrini ortaya atmıştır. Borçlunun, üçüncü şahısla alâkalı münasebetlerin mevcudiyeti dolayısıyla daha ağır külfetler altına sokulmasının hakkaniyete uygun olmadığı mülâhazasına dayanan bu fikir farazî bir hesap yapılmasını gerektirmektedir; üçüncü şahısla alâkalı münasebetlerin mevcut olmaması faraziyesine dayanan bu hesap, her farazî hesapta olduğu gibi az çok müphemiyet taşımaktadır (20).

### 3. Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması tahdidi.

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarının üçüncü şahsın menfaatinin tazmini için, bu menfaatin akdin in'ikadı esnasında karşı âkitçe bilinebilir (*erkennbar*) olması şartını koyduklarına, bunlardan bir kısmının bahis mevzuu şart tahakkuk etmeyince üçüncü şahsın zararının nazara alınmaması gerektiği, diğer bir kısmının ise bu takdirde, tazminatın objektif kıymetle tahdidi fikrinde olduğuna daha yukarıda işaret etmiştik (21). Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartı, tamamlayıcı tefsirde ancak karşı âkidin bildiği veya bilmesi lâzım gelen hususların nazara alınabileceği esasına istinad ettirmektedir.

Diğer taraftan, tamamlayıcı tefsir nazariyesi mümessillerinden bazıları ve bu nazariye taraftarı olduklarını açıkça beyan etmeyen bir kısım müellifler de (22), tazminat borçlusunun önceden az çok derpiş edemeyeceği bir zararı tazminle mükellef tutulmasının hakkaniyete aykırı olacağı mülâhazasını da, üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartını müdafaa zımında ileri sürmüşlerdir.

Yine daha yukarıda belirttiğimiz gibi (23), akdin in'ikadı ânında, bir üçüncü şahıs menfaatine yapıldığının bilinmesi veya bilinmesinin lâzım gelmesi umumiyetle kâfi görülmekte, ayrıca üçüncü

(18) Bk yukarıda s 8, II, 3, b.

(19) Sh. 82 vd.

(20) Möhring'in tenkidi için bk. Reinhardt, sh. 86.

(21) Bk. yukarıda s 8, IV, 1, not 182-191 ve bunlara ait metin.

(22) Ezcümle Schott, sh. 44; Leonhard, sh. 203; Becker, Art. 97, Nr. 47; Comment, sh. 113.

(23) Bk. yukarıda s 8, not 192-193 e ait metin.

## § 9, I

şahsın kim veya menfaatinin ne şümulde olduğunun bilinmesi lüzumlu sayılmamaktadır; hattâ bir komisyoncu ile iş yapanın üçüncü şahsın menfaatinin mevcudiyetini bilmesi bazılarınca mutlak, diğer bazılarınca da nisbî bir karine olarak kabul edilmektedir. Üçüncü şahsın menfaatinin aşırı derecede yüksek olması tehlikesine karşı tazminat borçlusunu himaye için, onun aracı şahıs tarafından bu hususta ikaz edilmemesi müterafık bir kusur sayılmakta ve BGB § 254 f. II yahut BK. md. 44 mucibince tazminatın tenkisine gidilmektedir (24).

4. *Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olmasına lüzum bulunmadığı fikri.*

Bugün gerek Alman, gerek İsviçre hukukunda, üçüncü şahsın zararının tazmini için onun menfaatinin tazminat borçlusu tarafından önceden bilinmesinin şart olmadığı kanaati hâkimdir (25). Bizim de iştirâk ettiğimiz bu fikri teyid zımında başlıca şu delilleri sürülebilir :

a) Tazminatın tazminat alacaklısının menfaatine göre subjektif olarak, onun şahsî münasebetleri ve edanın onun mamelekinin bütünü içinde arzettiği kıymet gözönünde tutularak hesaplanması, üçüncü şahsın zararı bahis mevzuu olmasa dahi, borçlu, için hudutları kâfi derecede belli olmayan bir riziko arzeder. Filhakika borçlu, alacaklısının bütün münasebetlerini ve mamelekinin hususiyetlerinin hepsini her vakit bilemez; meselâ alacaklının satın aldığı şeyi başkasına çok yüksek bir fiata sattığını ve ademi ifa halinde büyük bir kârdan mahrum kalacağını borçlu bilmeyebilir. Zaten bu

(24) Bk. yukarıda § 8, not 195 - 196 ya ait metin.

(25) Bk. alman hukukunda Reinhardt, sh. 63, 129, 148; Schmidt - Rimpler, sh. 904, not 23; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 567 - 568; Larenz, Bd. I, sh. 165; Esser, § 50, 7 a; Tägert, sh. 36; Josef, ACP, 113 (1915), sh. 121 ve 123; BGH in NJW, 1955, sh. 257 (bu kararında BGH tamamlayıcı tefsir nazariyesini kabul etmesine rağmen şu beyanda bulunmuştur : «Karşı âkidin, şeyin üçüncü şahsa ait olduğunu bilip bilmemesinin veya bilmesinin lüzum gelip gelmemesinin veyahut hiç olmazsa böyle bir ihtimali hesaba katmasının mümkün olup olmadığının ehemmiyeti yoktur»). İsviçre hukukunda : von Tuhr - Siegart, § 68, not 115 - 117 ve bunlara ait metin, sh. 552; Barth, sh. 86-87, not 34 - 35 ve bunlara ait metin; Lemp, sh. 168; Wolf, sh. 293 - 294; Thorens, sh. 105 vd.; sarîh olmamakla beraber Oser - Schönenberger, Art. 112, Nr. 20. Üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olmaması

yüzdendir ki, alacaklının aşırı derecede zararı olabileceğine borçluyu ikaz etmemesi müterafik kusur sayılmaktadır.

Bu itibarla, alacaklı yerine üçüncü şahsın kaim olmasının borçlunun umumî rizikosunu çok fazla arttırdığı söylenemez (26). Kaldı ki, üçüncü şahsın menfaatinin aşırı derecede yüksek olmasından ikaz edilmeme halinde BGB § 254 f. II veya BK. md. 44 e müracaat imkânı, umumî olarak üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartı konulmasa da mevcuttur.

b) Alacağın temlik halinde, borçlu artık temlikten sonraki ademi ifası için, bu temlikten haberdar olmasa dahi, temellük edenin menfaatine göre hesaplanacak bir tazminat ödeyecektir. Alacağın temlikinde kabul edilen bu esas, niçin üçüncü şahsın zararının tazmininde de kabul edilmesin (27) ?

c) Zaten tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarının üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması hususunda koydukları tahdit de gerçekte borçlunun rizikosunu vazih sınırlar içine sokmamaktadır. Filhakika üçüncü şahsın kim olduğunun ve menfaatinin şümulünün bilinmesi lüzumu olmayınca, komisyoncu ile iş yapanın üçüncü şahsın menfaatini bilmesi gerektiği karinesi kabul edilince, mezkûr tahdide rağmen borçlu rizikosunun şümulünü vuzuhla kestirebilecek vaziyette bulunmamaktadır (28). Bu yüzdendir ki, tamamlayıcı tefsir nazariyesi müdafileri ikinci bir tahdide, BGB § 254 veya BK. md. 44 e müsteniden tazminatın tenkisi imkânını tanımaya lüzum hissetmektedirler.

d) Tamamlayıcı tefsirde, gerçekte, akdin değil, kanunun boşluklarının doldurulduğu gözönünde tutulursa, artık sadece akdin in'ikadı ânında karşı tarafın bildiği hususların nazara alınması kaydı ve dolayısıyla üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartı da mesnedini kaybeder (29).

---

halinde sadece objektif menfaatin tazminini kabul edenler için bk. yukarıda not 4, 6, 12. Türk hukukunda : Tunçomağ, sh. 491; Arsebük, sh. 787.

(26) Karş. Reinhardt, sh. 87 - 88 (bk. yukarıda s 8, not 91 - 92 ye ait metin); Schmidt - Rimpler, sh. 904, not 23.

(27) Karş. Reinhardt, sh. 87; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 558; Kr. VJ Schr. 47, sh. 87; Wilburg, Jh. Jb. 82, sh. 110 vd.; Tägert, sh. 36; Wolf, sh. 293. Yukarıda s 7, not 102 ve 103 e ait metne de bk.

(28) Yukarıda s 8, not 216 ya ait metne bk.

(29) Bk. yukarıda s 8, IV, 2, c.

## § 9, I, II

e) Tazminat borçlusunun üçüncü şahsın menfaatinden haberdar olmazsa, mes'ul tutulacağı zararın miktarını önceden derpiş edemeyeceği ve böylece derpiş edemeyeceği zarardan mes'ul kılınmasının hakkaniyete aykırı olacağı mülâhazasına gelince, bugün tazminat hukukunda hâkim olan görüş, tazminat borçlusunun, uygun illiyet sınırları içinde kalmak şartıyla, önceden derpiş edemeyeceği zarardan da mes'ul tutulması merkezinde olduğu cihetle bahis mevzuu mülâhaza da isabetli değildir (30). Kaldı ki, daha yukarıda da belirttiğimiz gibi hakkaniyet icaplarını BGB § 254 f. II veya BK. md. 44 e başvurmak suretiyle hesaba katmak her zaman kabildir.

Netice itibariyle, üçüncü şahsın zararının tazmini için, onun menfaatinin tazminat borçlusu tarafından önceden bilinebilir olması şartına lüzum bulunmadığını ,ancak borçlu, mezkûr menfaatin aşırı derecede yüksekliği hususunda ikaz edilmemişse tazminatın tenkisinin mümkün olduğunu tesbit edebiliriz (31).

### II — Zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasının tahdidı.

Bir hakkın ihlâli veya bir akdin yerine getirilmemesi yüzünden zarar gören her üçüncü şahsın zararı tazmin edilmeli midir, yoksa zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasını tahdit eden bazı kıstaslar koymak kabil midir? Bu meseleyi evvelâ umumî olarak, daha sonra da onun bilhassa ehemmiyet arzettiği üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerle zincirleme akıtlar bakımından inceleyeceğiz.

#### 1. Üçüncü şahsın alacaklı ile bir hukukî münasebette bulunması ve bu münasebetin hukukî mahiyeti meselesi.

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarları, evvelce de kaydettiğimiz gibi (32), üçüncü şahsın zararının tazminine mesnet bulmak veya zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasını tahdit et-

(30) Aynı fikirde Barth, sh. 87; Lemp, sh. 168.

(31) Aynı fikirde von Tuhr-Sieewart, sh. 552, not 115-117 ve bunlara ait metin; Barth, sh. 87; Lemp, sh. 168.

(32) Bk. yukarıda s 8, not 178 ve buna ait metin.

## § 9, II

mek için, üçüncü şahısla alacaklı arasındaki hukukî münasebete istinad edilemeyeceği fikrindedirler; zira bu müelliflere göre, üçüncü şahısla alacaklı arasındaki münasebet, bunda taraf olmayan borçlunun tazminat borcunun mevcudiyet ve şümulünü tesbitte bir rol oynayamaz; binaenaleyh, üçüncü şahsın zararının şümulünü, sadece muhteva bakımından değil, zararı tazmin edilecek şahısların sahasını tesbit bakımından da, üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olması şartıyla tahdit etmek kâfidir; başka bir deyimle, akdin menfaatine yapıldığı bilinebilir olan üçüncü şahısların zararı tazmin edilmeli, bilinebilir olmayan üçüncü şahıslarınki de tazmin edilmemelidir (33).

Buna mukabil diğer nazariyeler, zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasını tahdit için, üçüncü şahısla tazminat alacaklısı arasında bir hukukî münasebetin mevcudiyetini aramaktadırlar.

Ezcümle von Tuhr'a göre (34), «alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki *bir hukukî münasebet* mucibince, borçlunun edasına olan menfaat alacaklı yerine üçüncü şahıs nezdinde doğar veya sonradan üçüncü şahsa intikal ederse, alacaklı borçluyu üçüncü şahsın zararını tazmine mecbur edebilir».

Enneccerus - Lehmann'ın (35) formülü de buna yakındır : «Alacaklının menfaati, *hakkın ihlâli ânında* alacaklı ile üçüncü şahıs arasında *mevcut bir hukukî münasebet* mucibince alacaklı yerine üçüncü şahıs nezdinde doğduğu veya sonradan ona intikal ettiği takdirde de, alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî menfaat bağılılığına müsteniden alacaklıya tazmin edilmelidir».

Heck'in fikrinde (36), hakkı ihlâl edilenin üçüncü şahıs hesabına hareket ettiği veya zararın üçüncü şahısla alacaklı arasındaki *bir borç münasebeti* mucibince alacaklı yerine üçüncü şahısta tezahür ettiği hallerde üçüncü şahsın zararı tazmin edilmelidir. Kanaatimizce Heck'in burada «hukukî münasebet» yerine «borç münasebeti» tâbirini kullanması pek yerinde değildir; alacaklı ile üçüncü şahıs arasında bir alacak hakkına dayanmayan bir zilyedliğin iadesi münasebetinin bulunması da üçüncü şahsın zararının tazminini

(33) Şu kadar ki, akdin üçüncü şahıs menfaatine yapıldığı da ekseriya üçüncü şahısla alacaklı arasındaki hukukî münasebetten çıkarılacaktır.

(34) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 567. Bk. yukarıda s 8, not 267 ye ait metin.

(35) s 17, I, 2, sh. 83.

(36) Sh. 51 - 52. Bk. yukarıda s 8, V, I, b.



## § 9, II

haklı gösterebilir (37).

Larenz de (38), tazminat alacaklısının, üçüncü şahsın zarar verilen şeye müteallik menfaatlerini, tazminat borçlusu muvacehesinde korumasını gerektiren herhangi bir hukukî münasebetin mevcudiyetini kâfi görmektedir.

Krückmann'ın alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî münasebeti, alacaklıyı aldığı üçüncü şahsa *iade ve devirle mükellef kılan bir hukukî münasebet* olarak daha dar mânada anladığına ve bu hukukî münasebetin zarar verici vakıa ânında mevcut bulunması şartını koştuğuna daha yukarıda işaret etmiştik (39).

Esser de yine evvelce ifade ettiğimiz gibi (40), alacaklının üçüncü şahsın mutemedi vaziyetinde bulunmasını, bir mutemedlik münasebetinin mevcudiyetini lüzumlu görmektedir.

Haksız fiiller bahsinde zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların tahdidi meselesi üzerinde duran Weimar'a göre (41), zarar gören üçüncü şahsın zarar verilen şey ile sıkı iktisadî bir rabitası bulunmalıdır; bu hususta onun kendisine borçlu olan tazminat alacaklısı vasıtasıyla şey üzerinde icra edebileceği (meselâ bağışlama vaadine veya muayyen mal vasiyetine müstenid) bir hakkının bulunması kâfidir.

Tägert'in, üçüncü şahsın zararının tazmini için Ü ile S arasında bir hukukî münasebetin bulunması zarurî olmadığına dair fikrini daha yukarıda nakil ve tenkid ettiğimizden, burada sadece o bahisteki izahlarımıza atıfla iktifa edeceğiz (42).

Üçüncü şahısla tazminat alacaklısı arasındaki *hukukî münasebetin mahiyeti* hakkında Reinhardt'ın vardığı neticeler (43), esas

---

(37) Bk. yukarıda s 6, III, 1, a; s 8, not 52 ye ait metin; not 101 e ait metin 1 - b.

(38) Bd. I, sh. 165, not 1.

(39) Bk. yukarıda s 8, not 47 - 54 ve bunlara ait metin.

(40) Bk. yukarıda s 8, not 5 ve buna ait metin.

(41) Juristische Rundschau 1960, sh. 375.

(42) Bk. yukarıda s 8, III, 2 b.

(43) Bk. yukarıda s 8, not 101 - 102 arasındaki metin. Reinhardt (sh. 102 vd.), belki daha doğru olarak, tazminat alacaklısı ile üçüncü şahıs arasındaki münasebet yerine, üçüncü şahsın eda neticesiyle, yani hukukî korunan varlık ve ondan istifade imkânları ile olan ve hukukî mesnedi bulunan münasebetinden (rechtlich fundierte Beziehung des Dritten zum Leistungsergebnis, d. h. dem geschützten Rechtsgut und seinen Genusswerten) bahsetmektedir.

itibariyle, bize de uygun görünmektedir. Üçüncü şahısla tazminat alacaklısı arasındaki hukukî münasebet bir borç münasebeti olabileceği gibi, aynı mahiyet taşıyan bir münasebet (zilyedliğin iadesi münasebeti gibi) (44), yahut bir aile hukuku münasebeti (alacaklının edaya yakınlığı yüzünden zarar gören üçüncü şahsın varlıklarını bir aile hukuku münasebetine müsteniden koruması gerektiği hallerde olduğu gibi) (45), olabilir. Üçüncü şahsın hakkı ölüme bağlı bir tasarrufa da dayanabilir (muayyen mal vasiyeti misalinde olduğu gibi) (46). Diğer taraftan, üçüncü şahısla alacaklı arasındaki münasebet, bir borç münasebeti ise, bunun, mutlaka Krückmann'ın anladığı mânada (47), bir iade mükellefiyeti yükleyen bir borç münasebeti olmasına da lüzum yoktur. Meselâ, zincirleme akitlerde ikinci akit bir satış veya bağışlama yahut kira akdi olabilir; edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıs tazminat alacaklısına bir hizmet akdiyle bağlı bulunabilir (48). Hattâ edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahsın varlıklarını koruma hususunda, tazminat alacaklısının ahlâkî bir mükellefiyetinin bulunması dahi kâfi görülmektedir (49). Kanaatimizce, üçüncü şahısla alacaklı arasındaki münasebetin mahiyeti, dar mânada üçüncü şahsın zararı meselesinin ortaya çıktığı muhtelif kategorilerin icaplarına göre ayrı ayrı tesbit edilmelidir.

Bazı müellifler (50), üçüncü şahısla alacaklı arasındaki hukukî münasebetin en geç zarar verici vakıanın husulü ânında mevcut olmasını lüzumlu bulmaktadırlar. Üçüncü şahsın zararının tazminini hakkaniyete uygun sınırlar dahilinde tutmak bakımından bu kaydın kabulüne biz de iştirâk etmekteyiz. Yalnız zarar verici vakıanın husulü ânıyla, ihlâl edilen akdin in'ikadı ânının aynı olmadığı-

(44) Bk. yukarıda § 6, III, 1 a ve § 8, not 52 ye ait metin; § 8, not 101 e ait metin 1 - b.

(45) Bk. yukarıda § 6, IV, not 95, 101, 106 - 107, 111 ve 119 a ait metin.

(46) Bk. yukarıda § 6, II, not 58 e ait metin.

(47) Bk. yukarıda § 8, not 38 - 39 a ait metin.

(48) Bk. yukarıda § 6, IV, not 96, 106, 116 ve 119 a ait metin.

(49) Bk. aşağıda not 55 e ait metin. Ezcümle, bir kimsenin tuttuğu nakil vasıtasına hatır için bir arkadaşını da alması halinde, nakil vasıtasını tutan S ile arkadaşı Ü arasında hukukî değil, olsa olsa ahlâkî bir münasebet vardır.

(50) Krückmann, Jher. Jb. 56, sh. 259 (Bk. yukarıda § 8, not 48 e ait metin); Enneccerus - Lehmann, § 17, not 3; Leonhard, I, sh. 203; Reinhardt, sh. 102, (bk. yukarıda § 8, not 102 ye ait metin).

na dikkati çekmeyi münasip bulmaktayız. Filhakika Ü nün menfaati, T ile S arasındaki akdin in'ikadından sonra fakat T nin bu akdi yerine getirmemesinden önce ortaya çıkmış olabilir ki, böyle bir halde Ü nün menfaatinin nazara alınmasında bir mahzur yoktur (51). Meselâ, S, T den satın alıp henüz tesellüm etmediği şeyi sonradan Ü ye satsa ve T bu ikinci satış akdini müteakip teslimi kusuruyla imkânsız kılsa, S, Ü nün zararının tazminini T den talep edebilmelidir. Halbuki tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarları, üçüncü şahsın menfaatinin *akdin in'ikadı ânında* mevcut olması şartını koyarak verdiğimiz misalde Ü nün zararının tazminini kabul etmemektedirler (52); mezkûr nazariyenin, tefsirde yalnız akdin in'ikadı ânında bilinebilir hususların nazara alınabileceği esassından hareket etmesi yüzünden çıkan bu tahdit bize aşırı görünmektedir.

2. *Edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslardan hangileri tazminat isteyebilmelidir?*

Borçlunun borcunu yerine getirirken gerekli ihtimamı göstermemesinden dolayı bu edaya yakınlıkları yüzünden zarar gören üçüncü şahıslardan tazminat isteyebileceklerin sahasının tahdidi de münakaşalıdır :

a) Larenz (53) tarafından ortaya atılan ve diğer bazı müellifler (54) ve Alman Temyiz Mahkemesince de (55) kabul edilen bir kıstasa göre, akdî borçlu, edasını yerine getirirken gerekli ihtimamı göstermemesi yüzünden, akdî alacaklı vasıtasıyla mezkûr edayla temasa giren ve alacaklının kendilerine karşı hukuken veya hiç olmazsa ahlâken himaye ve takayyütle mükellef olduğu üçüncü şahısların uğradıkları zararı da tazmin etmelidir; bu üçüncü şahıslar meyanında alacaklının aile efradı ve onunla müştereken yaşayan veya onun ev işlerinde veya işletmesinde çalışan şahıslar sayılabilir. Alacaklı, kendisi tarafından bu şahısların kullanmasına tahsis

(51) Bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 539 - 540; Esser, s 50, 7, a, sh. 180; Tägert, sh. 49; Larenz, sh. 165, not 3.

(52) Bk. yukarıda s 8, not 197 ve buna ait metin; s 8, IV, 2 d; karşı Kluckhohn, ACP 111 (1914), sh. 411 vd.

(53) NJW, 1956, sh. 1194; NJW, 1960, sh. 80; Lehrbuch, Bd. I, sh. 121.

(54) Ezcümle Weimar, NJW, 1959, sh. 1860 - 1861; Zirkel, NJW, 1956, sh. 1676; Esser, s 88 1. Daha önceden benzer fikirde Wahl, sh. 199 - 200.

(55) BGH in NJW, 1959, sh. 1676 - 1677; BGHZ, 33, sh. 249.

edilen yerlerin ve âletlerin, mezkûr şahısların bir zarara uğramasını mucip olacak ayıplardan arî olmasında ve borçlunun bu yer ve âletlere müteallik edasını mezkûr şahısların da zarara uğramaması için gerekli ihtimamı göstererek yerine getirmesinde menfaattardır. Borçlunun bahis mevzuu şahısların zararını tazminle de mükellef tutulması adalete aykırı değildir; zira, burada alacaklının, kendi şahsı için olduğu gibi, emniyetleriyle ilgilenmesi gerekli şahısların bahis mevzuu bulunduğu, hüsünüyet kaidelerine göre borçlu tarafından bilinebilir vaziyettir ve borçludan sadece mahdut ve önceden derpiş edilebilecek bir şahıs çevresi için de ihtimam göstermesi beklenilmektedir. Yine Larenz'in ifadesiyle (56), burada diğer tarafın edasıyla bu edanın mahiyeti icabı az veya çok mecburen temasa giren ve alacaklıya yakınlıkları dolayısıyla, alacaklının onların emniyetine kendi emniyeti gibi takayyüt göstermesi gerektiğini borçlunun bilebileceği şahıslar bahis mevzuudur (57).

Larenz'in kıstasını benimseyen Weimar'a göre (58), geçici olarak evde çalışmağa gelen gündelikçi kadınlar, pencere temizleyiciler veya kiracıya mal teslimine gelenler yahut onun müşterileri, kiralanın yerin ayıpları dolayısıyla uğradıkları zararın tazmini için kira akdine istinad edememelidirler.

Larenz koyduğu kıstası ve üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesini yalnız üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla *şahsa müteallik* zarara uğraması hallerinde tatbik etmektedir. Zirkel (59) mezkûr kıstası ve nazariyeyi şeye müteallik zarar hallerine de teşmil eylemeği uygun bulmaktadır; bu sonuncu müellifin fikrinde, alacaklının üçüncü şahsa ait şeyi korumakla hukuken veya hiç olmazsa ahlâken mükellef olması takdirinde de, mezkûr şeyin edaya yakınlığı dolayısıyla üçüncü şahsın uğradığı zarar tazmin edilmelidir (60). Akdî alacaklı başkasına ait şeyin zilyedi olduğu takdirde kaideten vaziyet böyledir. Normal olarak alacaklının zilyedliği onunla üçüncü şahıs arasındaki bir hu-

---

(56) Lehrbuch, Bd. I, sh. 121.

(57) Wussow da (Das Unfallhaftpflichtrecht, 5. Aufl. 1954, sh. 239), «korunmaları hususunda, akdin taraflarından birinin, diğer tarafça iyi düşünülürse bilinebilecek objektif bakımdan muhik bir menfaatinin bulunduğu şahıslardan» bahsetmektedir. Aynı mealde BGH in NJW 1956, sh. 1194.

(58) NJW, 1959, sh. 1861.

(59) NJW, 1956, sh. 1676.

(60) Karş. yukarıda s 6, IV, 1, g.

## § 9, II

kukî münasebete (bir borç münasebetine veya akde) istinad eder; fakat akdî alacaklının şey üzerindeki zilyedliği bir hakka dayanmasa dahi (meselâ akdî alacaklı şeyi çalmıştır), şeyin maliki olan üçüncü şahsın akdin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı uğradığı zarar tazmin edilmelidir; zira borçlunun sadece şeyin kıymetine müteallik zarar bahis mevzuu olduğu nisbette alacaklıya mı, yoksa malike karşı mı tazminatla mükellef olacağı bakımından hi-mayeye şayan bir menfaati yoktur.

b) Gernhuber'e nazaran (61), edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zarar tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasının tahdidi için bunlarla alacaklı veya borçlu arasındaki rabıtaya değil, mezkûr üçüncü şahıslarla ifa safhasındaki borç münasebeti arasındaki irtibata istinad edilmelidir (62). Böylece Gernhuber şu kıstası koymaktadır (63) : « Borç münasebetinin bünyesi icabı edaya merbut olan tehlikelerin üçüncü şahsı da en az alacaklıya karşı olduğu kadar kuvvetle tehdit ettiği veya alacaklının sahasında kâfi derecede emniyet tedbiri bulunmamasından ileri gelen tehlikelerin borçlu derecesinde, borç münasebetinin tanıdığı cevazla edayı borçlu için yerine getiren üçüncü şahsa da müessir olduğu hallerde », bu üçüncü şahsa edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zararın tazmini hususunda borç münasebetine müsterid bir talep hakkı tanınmalıdır. Eğer borç münasebetinin ifa safhasındaki sosyal tesiri, üçüncü şahıs için, alacaklı veya borçlu için olduğu kesafette kendini göstermiyorsa, üçüncü şahsa böyle bir talep hakkı bahşedilmemelidir.

Daha yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile (64), Gernhuber akit yerine borç münasebeti mefhumundan hareket etmekte, bu suretle akdî olmayan borç münasebetlerinin gereği gibi ifa edilmemesinden üçüncü şahısların uğradığı zararın tazminine de imkân bahşedecek bir kıstas ortaya atmaktadır. Bundan başka, Gernhuber'in kıstası sadece alacaklının yakınlarının ve işçilerinin değil, borçlunun edasını yerine getirmek için alacaklı nezdine gönderdiği yardımcı şahısların (*entsandte Gehilfen*) zararını da (65) karşılama-

(61) Sh. 270 - 273.

(62) Blomeyer'e göre de (§ 42, III, 3) akdin muhteva itibariyle üçüncü şahısla münasebeti bulunup bulunmadığına, yani üçüncü şahısla muayyen mal temasları (bestimmte Güterkontakte mit Dritten) der-piş edip etmediğine bakılmalıdır.

(63) Sh. 270.

(64) Bk. yukarıda § 6, IV, not 134 - 135 e ait metin.

(65) Bk. yukarıda § 6, IV, 1, f.

ğa imkân verecek bir şümül taşımaktadır. Yalnız Gernhuber de (66), üçüncü şahısların edaya yakınlığı dolayısıyla tazminat isteyebilmesini şahsa müteallik zarar hallerine hasretmektedir (67).

Gernhuber'e göre (68) kiracı ile birlikte yaşayan ailesi efradı ve evde çalışan kimseler, meskenin arzettiği tehlikelere kiracı derecesinde mâruzdurlar. Buna mukabil, misafirler ve eve sipariş edilen malları getirenlerin tehlikelere mâruz olması kiracı ile aynı keşafette değildir. Gernhuber (69), mahkeme içtihadlarınca, eve gelen temizlikçi kadına kira akdine müstenid tazminat talebi tanınmayıp istisna akdinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar halinde istisna akdine müstenid tazminat talebi tanımak suretiyle iki akit arasında fark gözetilmesini tenkid etmekte ve gündelikçi kadının da kiracı kadar tehlikeye mâruz olduğu kanaatini izhar etmektedir. Keza müellif (70), iş yeri kiralarda işçilerin de akit hükümlerinden faydalanması hususunda çekingen görünen mahkeme içtihadlarını (71) da tasvip etmemektedir. Buna mukabil işyeri kiralarda da müşterilere ve mal teslimine gelenlere akdî tazminat dâvası tanınmaması taraftarıdır; zira bunların tehlikeye mâruz olma derecesini kiracınınki ile aynı şiddette görmemektedir. Bir toplantı dolayısıyla salon kiralanması halinde bu toplantıya iştirâk edenlere kira akdine müstenid tazminat dâvası tanıyan mahkeme içtihadları (72), Gernhuber'in (73) tasvibine mazhar olmuştur. Makine satışlarında makineyi satın alanın yardımcı şahısları da şeyin ayıplı olması yüzünden uğradıkları zararın tazminini akde müsteniden isteyebilmelidirler (74). Hattâ satın alınan makinenin ki-

(66) Sh. 274.

(67) Bu fikrin tenkidi için bk. yukarıda § 6, IV, 1, g.

(68) Sh. 271 - 272.

(69) Sh. 272. Bk. yukarıda § 6, IV, not 107.

(70) Sh. 271. Aynı fikirde Zunft, ACP 153 (1954), sh. 389 - 390.

(71) Bk. yukarıda § 6, IV, not 111.

(72) Bk. yukarıda § 6, IV, not 112.

(73) Sh. 271.

(74) Gernhuber, sh. 272 - 273. İsviçre hukukunda Wolf da (sh. 293), bir kliniğe satın alınan makinenin elektrik tellerinin iyi tecrid edilmiş olmasından onu kullanan klinikte müstahdem doktorun zarar görmesi halinde akdî tazminat talebine cevaz tanımakta, fakat kliniğe giren hırsızın aynı ayıptan zarar görmesi takdirinde böyle bir talebi kabul etmemektedir. Benzer fikirde von Tuhr - Siegwart, § 68, not 118.

## § 9, II

raya verileceği biliniyorsa kiracı ve onun yardımcı şahısları da satıcıya karşı akdî tazminat dâvasından faydalanabilmelidir; zira satıcı şeyin tahsis cihetini bildiği cihetle bunun rizikosunu hesaba katmalıdır.

Edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıslardan tazminat isteyebileceklerin çevresinin Gernhuber'in teklif ettiği şekilde geniş tutulmasının doğru olup olmadığı meselesi BGH tarafından vaz'edilmiş (75), fakat halledilmeden bırakılmıştır.

Thorens (76), Gernhuber'in nazariyesini kanun vazı tarafından istenilerek akdî mes'uliyetle akit dışı mes'uliyet arasında gözetilen farkları ortadan kaldırmağa yönelmekle itham eylemektedir.

c) Zunft (77), edaya yakınlığı dolayısıyla zarar görüp tazminat isteyebilecek üçüncü şahısların sahasını Gernhuber'den de daha geniş tutmaktadır. Zunft'a göre, kiracının müşterileri, kendisine mal teslim eden şahıslar, avukatsa müvekkilleri, doktora hastaları için sarih bir takayyüd mükellefiyeti yoktur; fakat kiracı bu şahısları tehlike arzeden bir iş yerine dâvet edecek olursa, onlara karşı *culpa in contrahendo* veya akdin müsbet ihlâli dolayısıyla mes'ul olur. Bu itibarla kira akdinin kiracıyla akit yapmak için müzakerelerde veya akdî münasebetlerde bulunan bu nevi üçüncü şahıslar lehine de ihtimam mükellefiyeti yüklediğini ve onların da icabında mezkûr akde müsteniden tazminat isteyebileceklerini kabul etmek yerinde olur. Kira akdine dair bu esas istisna akdine de tatbik edilebilir.

Buna mukabil kiracının misafir ve ziyaretçilerinin kira akdine müsteniden tazminat isteyebilmesini Zunft (78) dahi kabul etmektedir; zira müellifin fikrinde, bunlarla kiracı arasında bir hukukî münasebet (*Valutaverhältnis*, üçüncü şahıs lehine şarta mesnet teşkil edecek bir münasebet) bulunmamaktadır.

### 3. Zincirleme akitlerde zararı tazmin edilecek üçüncü şahısların sahasının tahdidi.

Aynı şey veya edaya taallük etmek ve her seferinde taraflardan biri değişmek üzere birbirini takiben müteaddit akitler yapıldığı

(75) NJW, 1959, sh. 1677.

(76) Sh. 92.

(77) ACP 153 (1954), sh. 386 vd. hususiyle sh. 390.

(78) ACP 153 (1954), sh. 390.

## § 9, II

takdirde, ilk akdin borçlusunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı, ilk akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan sonraki akitlerin alacaklılarının hepsinin uğradığı zararın tazmini borçludan istenebilir mi, yoksa tazminat sadece ikinci akdin alacaklısına mı hasredilmelidir veya bu sonuncunun zararının tazmini imkânı dahi tanınmamalı mıdır (79). Bu mevzuda muhtelif görüşler mevcuttur :

a) Reinhardt (80), von Tuhr (81), Blomeyer (82) ve Grau (83) gibi bazı müelliflere göre, zincirleme akitlerde ilk akdin borçlusunun akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı sonraki akitlerin alacaklılarının hepsinin uğradığı zarar ilk borçlu tarafından tazmin edilmelidir; burada şey veya edanın istifade imkânları ve binnetice ademi ifadan mütevellid zarar müteaddit üçüncü şahıslar arasında dağılmıştır; şey veya edadan istifade imkânlarının bir âzami haddi olduğu cihetle, şeye veya edaya olan menfaatin ve dolayısıyla zararın müteaddit üçüncü şahıslar arasında dağılması halinde dahi bu had aşılmayacak ve borçluya akdin normal rizikosundan daha ağır bir külfet tahmil edilmeyecektir.

b) Krückmann (84), daha yukarıda da temas ettiğimiz gibi (85), temlik veya kullandırmayı tazammun eden zincirleme akitlerde ikinci akdin alacaklısının zararının dahi ademi ifada bulunan birinci akdin borçlusuna karşı ileri sürülebilmesinin doğru olmayacağı kanaatinde (86). Başka bir deyimle, bir kimse satın aldığı bir şeyi tekrar başkasına satsa veya bağışlasa ilk satış akdinin ifa edilmemesinden dolayı ikinci alıcı veya bağışlananın uğradığı zararın tasfiyesini ilk alıcı ilk satıcıdan isteyememelidir. Krückmann'a göre, temlik veya kullandırmayı tazammun eden zincirleme akitlerde ilk alacaklının ilk akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan sonraki alacaklı veya alacaklılara karşı, başkası

---

(79) Zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi ve bu husustaki misâller için bk. yukarıda s 6, V.

(80) Sh. 88, 111 vd.

(81) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 568 vd.

(82) Sh. 226.

(83) Sh. 353 - 354, 361. Bk. yukarıda s 8, II, 3 a.

(84) Jher. Jb. sh. 254 - 262, 271 - 274, 278 - 284, hususiyile sh. 283; ACP 139 (1934), sh. 63 - 72.

(85) Bk. yukarıda s 8, not 38 - 39 a ait metin.

(86) Benzer fikirde Kluckhohn, sh. 416 vd.



## § 9, II

hesabına iş görmeyi tazammun eden akitlerde olduğu gibi, gerçek anlamında bir iade ve devir mükellefiyeti yoktur; eda edilecek şey ilk alacaklının mamelekinde gerçek anlamında bir geçici kalem olarak tezahür etmez; zira bu şeyi ilk alacaklı sonraki alacaklıların değil, kendisinin menfaatine iktisab etmektedir. Aksi görüş tarzı kabul edilir ve temliki ve kullandırmayı istihdaf eden zincirleme akitlerde de ilk alacaklıya sonraki alacaklıların menfaatini tasfiye salâhiyeti tanınırsa hem ilk alacaklı kendisine ait bir tazminat talebinden mahrum edilmiş olur, hem de borçlu hakkaniyete uygun olmayan ağır külfetlere, alacaklı sayısınca zararın artması tehlikesine mâruz bırakılır (87).

c) Zararın üçüncü şahsa aktarılması nazariyesini ortaya atan Tägert'e (88), ve mezkûr nazariyeye iltihak eden Larenz'e (89), göre de, zincirleme satış akitlerinde ilk satıcı, edayı kusuruyla imkânsız hale getirmesinden veya temerrüdünden dolayı, sadece ilk alıcının uğradığı zararı tazminle mükellef olmalı, sonraki alıcıların zararını da tazmine mecbur edilememelidir; zira Tägert'in koyduğu, zararın alacaklı nezdinde doğmayıp münhasıran üçüncü şahıs nezdinde doğması şartı bu gibi hallerde tahakkuk etmez; alman hukukunda bahis mevzuu hallerde ilk alıcının da zararı vardır (90).

Şu kadar ki Tägert (91), ferden muayyen şeylere taallük eden zincirleme akitlerde ilk akdi takip eden ikinci akit ivazsız olduğu takdirde, ilk alacaklıya yalnız ikinci alacaklının (daha sonrakilerin değil) menfaatini tasfiye salâhiyetini tanımaktadır; çünkü bu gibi hallerde zarar tamamiyle ilk alacaklı yerine ikinci alacaklı nezdinde doğmaktadır.

Nihayet Tägert (92), zincirleme satış akitlerinde ilk satıcının, ayıplı mal teslimi dolayısıyla ikinci ve daha sonraki alıcıların zararını akde müsteniden tazmin etmesine de cevaz tanımamaktadır (93); bu fikrini, ayıplı mal teslimi dolayısıyla *ilk alıcının da zarara uğraması imkânının* bulunmasıyla haklı göstermeğe çalışmaktadır.

---

(87) Misaller ve teferruat için bk. aşağıda (d); yukarıda § 6, V, not 183.

(88) Sh. 47 - 50.

(89) Lehrbuch, Bd. I, sh. 164.

(90) Bk. yukarıda § 8, not 158..160 a ait metin.

(91) Sh. 49 - 50.

(92) Sh. 50 - 52.

(93) İsviçre hukukunda benzer fikirde Becker, Art. 97, Nr. 3; Friedrich, sh. 87 - 88.

d) Şimdi zincirleme akitlerde ikinci ve sonraki alacaklıların zararının da tazmininin birinci alacaklı tarafından borçludan istenebilmesini kabul eden Reinhardt'ın nazariyesine karşı ileri sürülen tenkidleri ve onun bunlara verdiği cevapları daha yakından inceleyelim :

aa) Krückmann'a göre (94), S, T den satın aldığı şeyi zapta karşı tekeffülden mes'uliyetini bertaraf ederek Ü ye satmış veya bağışlamışsa, şey sonradan zaptedilince, T tazminat ödemekten kurtulamamalıdır; ancak bu tazminat S ye ödenmeli ve S bunu isterse alıkoyabilmeli, isterse Ü ye verebilmelidir. Burada S, Ü nün menfaatini değil, kendi menfaatinin tasfiyesini talep edecek ve icabında şeyin objektif kıymeti nisbetinde tazminat isteyebilecektir. Mes'uliyetten kurtulma şartı koymanın veya bağışlama mucibince mes'uliyetin hafif olmasının faydası, böyle bir şart koymağı düşünen veya bağışlama yapan S ye ait olmalıdır, yoksa bu hususta hiç bir rolü olmayan Ü ye değil, S ye kendi menfaati yerine Ü nün menfaatini tasfiye etme ve aldığı tazminatı Ü ye verme mükellefiyeti yükletilirse, S alıkoymağa haklı olduğu bir meblâğdan mahrum edilmiş olacak ve Ü lâıyk olmadığı bir himayeye mazhar olmuş bulunacaktır.

Reinhardt (95), Krückmann'ın bu tenkidine, S nin kendisinin bir zararı olmadığı, bu itibarla şeyin objektif kıymeti nisbetinde dahi tazminat isteyemeyeceği şeklinde mukabele etmektedir; filhakika Reinhardt'ın fikrinde, S, şeyi Ü ye satmışsa satış bedelini aldığı ve zapt dolayısıyla mes'ul olmadığı, şeyi Ü ye bağışlamışsa şeyde bir menfaati kalmadığı için bir zararı yoktur. Buna mukabil, Krückmann (96), S nin şeyi Ü ye T den aldığı fiattan ucuza satmış olması halinde bizzat zararı olabileceğini belirtmektedir.

Diğer taraftan, T nin hile ile ayıplı şeyi S ye, onun da hüsnüniyetle Ü ye satması ve Ü nün S ye karşı tekeffüle müstenid dâvasının müruruzamana uğraması, yahut S nin tekeffülden beraet şartı koyması hallerinde de Krückmann'a göre (97), S, Ü nün değil, kendi menfaatini tasfiye etmelidir. Alıcının şeyi sonradan başkasına kârlı olarak satmış olması onun semeni tenzil talebine hâlel getirmemelidir; alıcının yaptığı kârlı işten satıcı faydalanmak hakkını

(94) Jher. Jb. 56 (1910), sh. 257 - 259, 271 - 272.

(95) Sh. 107 - 110.

(96) ACP 139 (1934), sh. 65 - 68.

(97) ACP 139 (1934), sh. 66 - 67.

## § 9, II

haiz değildir. Kaldı ki alıcı, şeyi, ayıpların farkında olunmaksızın, başka bir sebepten zararına da satmış olabilir; bu takdirde alıcının hiçbir zararı olmadığı da söylenemez.

bb) Krückmann tarafından (98), Reinhardt'ın zincirleme akitler hakkındaki düşüncelerine karşı yöneltilen diğer bir tenkidden, ilk alacaklı ile ikinci alacaklı anlaşınca, daha sonraki alacaklıların kendi menfaatlerinin tasfiyesi için ilk alacaklıyı icbar edemeyeceklerinden ve zincirin böylece kopacağından daha yukarıda bahsetmiştik (99); burada o bahse atıfla iktifa edeceğiz.

cc) Reinhardt'ın zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini hususundaki görüşlerinde en çok muaheze edilen husus, borçlunun zincirleme alacaklıların sayısının artması nisbetinde artacak olan zararı tazmin tehlikesine mâruz bulunmasına yol açılmasıdır (100).

Bu tenkidi ve buna karşı Reinhardt'ın müdafaa tarzını bir iki misalle canlandırmağa çalışalım :

Evvelâ Reinhardt'ın (101), verdiği basit bir misali ele alalım. T, ferden muayyen bir şeyi S ye 100 liraya, S de bunu Ü ye 110 liraya, Ü aynı şeyi Ü<sub>1</sub> e 120 ye ve Ü<sub>1</sub> de Ü<sub>2</sub> ye 130 a satıyor; T kusuruyla şeyin teslimini imkânsız kılıyor. Burada S, Ü, Ü<sub>1</sub> ve Ü<sub>2</sub> den herbirinin kâr mahrumiyeti şeklinde tecelli eden 10 liralık zararı vardır. S, kendisinin ve sonraki alıcıların zararı olan 30 lirayı, herbirine 10 ar lira ödemek üzere, tazminat olarak isteyebilecektir. İlk bakışta alıcı sayısı arttıkça zarar miktarı artıyor gibi görünüyorsa da, Reinhardt'ın fikrinde, o şeyden istifade imkânlarının bir hududu vardır; bu hudut, Ü<sub>1</sub> in yaptığı en yüksek fiatlı satışta kendini göstermiştir; daha önceki satıcılar şeyi kıymetlendirme imkânlarından tamamıyla faydalanamamışlardır; bu şeyi âzami 130 liraya satmak kabil olduğuna göre, T nin ödeyeceği tazminat arada kaç alıcı olursa olsun bu miktarı geçmeyecektir (102).

(98) ACP 139 (1934), sh. 65 - 66.

(99) Bk. yukarıda s 8, II, 2, b, not 113 e ait metin. Bundan başka bk. s 8, II, 2, f.

(100) Bu hususta bk. Krückmann, Jher. Jb. 56, sh. 280 - 283; ACP 139 (1934), sh. 71 - 72; Larenz, Lehrbuch, I, sh. 164; Tägert, sh. 33 - 35; Staudinger - Werner, Vorbem. zu ss 249 - 255, Nr. 95.

(101) Sh. 112 - 113.

(102) Reinhardt, sh. 113; aynı müellif ZADR, 5 (1938), sh. 716.

Yine Reinhardt'ın (103), zikrettiği biraz daha karışık bir misali nakledelim. T şeyi S ye 100 e, S ise Ü ye 110 a satıyor; Ü acele paraya ihtiyacı olduğundan şeyi Ü<sub>1</sub> e sadece 90 a devrediyor, Ü<sub>1</sub> de Ü<sub>2</sub> ye 130 a satıyor; T ifayı kusuruyla imkânsız hale getiriyor. Burada alıcılardan herbirinin zararı ayrı ayrı hesaplanacak olursa, S nin 10 liralık kâr mahrumiyeti vardır; Ü aldığından da daha ucuza sattığından teslimin yapılmaması yüzünden bir kârdan mahrum kalmamıştır; Ü<sub>1</sub> ise (130-90) = 40 liralık kârdan mahrum olmuştur. İlk bakışta bu suretle T den S ve Ü<sub>1</sub> in zararları toplamı olan (10 + 40) = 50 lira tazminat istemek lâzımmış gibi görünür. Böyle bir hesap tarzı ihtiyar edilirse, arada şeyi ilk fiatından ucuza satan şahısların adedi arttıkça T ye ödetilecek miktar da artar. Halbuki Reinhardt'a göre, burada da yine T nin ödeyeceği tazminat miktarı o şeyden elde edilebilecek kârın âzamisi olan 30 lirayı geçmemeli, şeyi ilk fiattan ucuza satanların alıcılarına temin ettikleri kâr T nin sırtından çıkarılmamalıdır. Reinhardt'a göre (104), hesap, her satıcı kendi alıcısına karşı mes'ul olsaydı kendinden önceki satıcıya ne miktarla rücu edebilecekse ona göre yapılmalı ve sadece ilk alıcının (S) nin kâr mahrumiyeti ve kendisine vâki rücu dolayısıyla uğradığı zarar nazara alınmalıdır. Böylece Ü<sub>1</sub>, Ü den 40 lira isteyebilecek, fakat Ü nün 110 a aldığı 90 a satması kendi sebebiyet verdiği bir husus olduğundan, o, S ye bu 40 lira için rücu edemeyecek, sadece (130-110) = 20 lira için rücuda bulunacaktır. S de T den, kendisine rücu eden Ü ye ödediği 20 lira ile kendi kâr mahrumiyeti olan 10 lirayı, yani 30 lira isteyebilecektir ki, bu da, şeyden elde edilebilecek âzami kâr olan 30 liraya tekabül eder.

Krückmann'ın haklı olarak ifade ettiği gibi (105), misalleri kendisine uygun gelen rakamlarla ayarlayan Reinhardt, hesabının doğruluğu kabul edilse bile, kanaatimizce bir noktayı halledilmeden bırakmıştır: S aldığı 30 lira tazminatı kendisiyle Ü<sub>1</sub> arasında nasıl paylaşacaktır; filhakika hesap sanki her satıcı kendi alıcısına karşı mes'ulmüş gibi yapılmakla beraber, bu, nihayet hesap tarzını izah için kabul edilmiş bir faraziyedir; yoksa gerçekte T nin kusuruyla husule gelen imkânsızlık S, Ü ve Ü<sub>1</sub>'i borçlarından kurtarır; şu halde Ü<sub>1</sub>, Ü ye 40 lira için rücu edemez; S, 30 lira tazminat alıp

(103) Sh. 113 - 114.

(104) Sh. 114 - 115.

(105) ACP 139 (1934), sh. 71 - 72.

## § 9, II

bunun 10 lirasını alıkoydu mu, Ü<sub>1</sub>'e ancak 20 lira verebilecektir; niçin S tam tazminat aldığı halde, Ü<sub>1</sub> tam tazminat alamamaktadır? Gerçi Ü<sub>1</sub> müsait fiatla alım yapmasının neticesini T ye yükletmemelidir denilebilir; fakat S ile Ü<sub>1</sub> arasındaki eşitsizlik izah edilemez.

Krückmann'ın (106), gösterdiği bir misali inceleyelim : Şeyin ayıpsız değeri 100, ayıplı değeri 50 liradır. T hile ile ayıbı gizleyerek şeyi S ye 100 liraya, S hüsnüniyetle Ü ye 120 liraya, Ü<sub>1</sub> yine hüsnüniyetle Ü<sub>2</sub> ye 150 liraya ve Ü<sub>2</sub> de Ü<sub>3</sub> e 130 liraya satıyor; S den sonraki alıcıların tazminat (veya semeni tenzil) (107), talepleri müruruzamana uğruyor. Krückmann'a göre, burada tazminat talepleri S için 50, Ü<sub>1</sub> için 70, Ü<sub>2</sub> için 100 ve Ü<sub>3</sub> için de 80 lira olmak üzere 300 liraya baliğ olacak ve şeyin ayıpsız değerini kat kat aşacaktır. Reinhardt'ın hesap tarzı mucibince ise, o şey vasıtasıyla elde edilebilecek âzami kâr (150 — 50) = 100 lira olduğu cihetle T nin ödeyeceği tazminat bu miktarı, yani 100 lirayı geçmeyecektir. Burada kâr mahrumiyeti bahis mevzuu olmadığından, rücuda aradaki düşük fiatlı satışı nazara almamak gibi bir husus bahis mevzuu olmaz. Alıcıların hepsi (20 lira ziyan eden Ü<sub>2</sub> müstesna) şeyi kârla sattıklarına göre, S, sadece Ü<sub>3</sub> ün zararı olan 80 liranın ona ödemesini T den isteyebilecektir; Ü<sub>2</sub> nin 20 liralık ziyanında ayıbın bir rolü olmadığı cihetle onun zararının tazmini T den talep edilemeyecektir.

Kanaatimizce, bir şeyden istifade, onu kıymetlendirme imkânlarını objektif kıymet dışında tesbite imkân yoktur. Binaenaleyh, Reinhardt'ın bahsettiği âzamî hudut, vakıalara göre değişen, subjektif hususlara bağlı bulunan bir hudut olup, bu hususta hudut kelimesinin kullanılması dahi münakaşa edilebilir (108). Belki de şeyi bir başka şahıs bir meraklısını bulup vâki satışların en yüksek fiatlısından daha da pahalıya satabilirdi; fiilen vâki satışların en yüksek fiatlısı niye istifade imkânının âzamisini gösterebilir?

Diğer taraftan, bizzat Reinhardt da (109), şeyin ayıplı olmasından dolayı kıymet noksanından gayri zarar gören, başka bir deyimle akdin müsbet ihlâlinden zarar gören şahısların sayısı arttıkça ilk satıcının tazminat borcunun artacağını itiraf etmektedir. Mese-

(106) ACP 139 (1934), sh. 72.

(107) Krückmann, semenin tenzilinde de bir nevi tazminat mahiyeti görmektedir.

(108) Bk. yukarıda § 8, not 115.

(109) Sh. 115 - 116.

İâ T nin S ye sattığı, onun Ü ye, Ü nün Ü<sub>1</sub> e devrettiği hasta ineğin hastalığı bütün bu alıcıların ineklerine de geçmişse, zincirleme alıcı sayısının artması zarar miktarını da arttıracaktır. Ancak alıcıların birbirlerine karşı mes'ul olup bir evvelkine rücu edebildikleri hallerde ilk satıcının bütün alıcıların zararını karşılaması tabii ad-dolununca, arada mes'uliyeti bertaraf edici şartların bulunması halinde vaziyet başka türlü mütalâa edilmemelidir.

Kanaatimizce, Reinhardt'ın hesap tarzının tatbikat için güçlükler arzemesi, zikrettiği âzami hududun tesadüfî unsurlara bağlı bulunması, tazminatın muhtelif alacaklılar arasında paylaştırılmasının güçlüğü gibi hususlar onun zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini hakkındaki fikirlerinin kabul edilmemesi için ağır basan sebeplerdir. Zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini kabul edilse dahi ilk üçüncü şahısdan öteye gidilmemelidir (110). Zaten piyasaya çıkarılan şeyin ayıplı olması dolayısıyla imalâtçının aradaki müteaddit akitlere rağmen müstehlike karşı akit dışı mes'uliyeti, pratik bakımdan zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini ihtiyacını geniş ölçüde karşılamaktadır (111).

Tägert'in fikrinde (112) Reinhardt, malların tedavülü dolayısıyla ortaya çıkan hukukî münasebetleri toptan kavrayan kollektivist bir nizam kurmak istemektedir; halbuki ferdi teşebbüs esasına dayanan bugünkü borçlar hukuku herbiri kendi hesabına, kendi kâr ve zararına hareket eden müteşebbisleri birbirleriyle olan münferit münasebetleri bakımından gözönünde tutmaktadır. Zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının Reinhardt'ın kabul ettiği geniş ölçüde nazara alınmasının kollektivist bir ekonomi nizamı ile alâkası bize kabili münakaşa görünmekle beraber, yukarıda belirttiğimiz pratik güçlükler ve borçlunun külfetlerinin belirli bir hududu olması endişesi bizi de Reinhardt'ın nazariyesini redde sevketmektedir.

(110) İlk üçüncü şahıstan, zincirleme akitlerin ilkinin yapan üçüncü şahsın mı (Ü), yoksa zarar gören ilk üçüncü şahsın mı (meselâ Ü, Ü<sub>1</sub>, Ü<sub>2</sub> zarar görmemişler, Ü<sub>3</sub> zarar görmüştür) anlaşılması lâzım geldiği münakaşa edilebilir; ilk üçüncü şahsın zarar gören ilk üçüncü şahıs olarak kabulünde mes'uliyetin fazla genişlemesi bakımından mahzur yoktur; ancak bu meselâ Ü<sub>3</sub> ise, kendisiyle hiç münasebeti olmadığı S den, kendisi lehine T ye karşı tazminat dâvası açmasını nasıl isteyebilecektir?

(111) Bk. yukarıda s 3, II, 2.

(112) Sh. 34 - 35.

## § 10, I

### § 10 — TAZMİNAT TALEBİNİN KİMİN TARAFINDAN, NE SURETLE İLERİ SÜRÜLECEĞİ MESELESİ.

Üçüncü şahsın zararının tazmini esas itibarıyla kabul edildikten sonra ortaya çıkan meselelerden biri de, tazminat talebinin kimin tarafından, ne suretle ileri sürülebileceğidir. Tazminat talebini ya bizzat hakkı ihlâl edilene, alacaklıya tanımak, yahut da zarar gören üçüncü şahsa borçludan doğrudan doğruya tazminat istemek salâhiyetini bahşetmek kabildir. Alacaklının aracılığına başvurulunca tazminatın üçüncü şahsın eline geçmesini temin için üçüncü şahsı koruyucu bir takım tedbirlerin düşünülmesi icap eder. Üçüncü şahsa doğrudan doğruya borçludan tazminat talebinde bulunmak imkânının bahşedilmesi ise, bu salâhiyetin borç münasebetinin nisbiliği prensibiyle telifi bakımından güçlükler arzeder. Diğer taraftan, üçüncü şahsa doğrudan doğruya talep hakkı tanınması halinde borçlunun alacaklıya karşı haiz olduğu itiraz ve defilerden mahrum kalıp kalmayacağı hususunun da halli gerekir. Bu paragrafta bütün bu meseleler üzerinde duracağız.

#### I — Tazminat talebinin yalnız alacaklı tarafından ileri sürülebileceği fikri.

*1. Tazminat talebinin yalnız alacaklı tarafından ileri sürülebileceği fikrinin dayandığı esaslar.*

Daha yukarıda da müteaddit defalar ifade ettiğimiz veçhile, üçüncü şahsın zararının tazminine çare araştırırken tazminatta sadece alacaklının menfaatinin nazara alınabileceği dogmasından hareket eden ve alacaklının kendi menfaati kisvesi altında üçüncü şahsın menfaatini tasfiye etmesi şeklinde hal tarzları ortaya atan nazariyeler (1), tazminat talebini tabiatıyla alacaklıya tanımaktadırlar. Üçüncü şahsın menfaatinin alacaklının menfaatinden müstakil olarak ileri sürülebileceğini kabul eden ve alacaklının menfaati dogmasına bu hususta istisnalar tanıyan, hattâ bu dogmayı tamamen reddeden nazariyelerin taraftarlarından büyük bir kısmı da

---

(1) Bk. yukarıda § 7 deki nazariyeler.

## § 10, I

(2), borç münasebetinin nisbiliği prensibini hiç olmazsa şeklen muhafaza etmek kaygısıyla yine tazminat talebini alacaklıya bahşetmektedirler. Bu sonunculara göre, tasfiye edilecek menfaat üçüncü şahsa aittir, fakat tazminat talep hakkı haksız fiillerde hukukî varlığı ihlâl edilen, akitlerde alacaklı taraf olan kimse vasıtasıyla ileri sürülmelidir; başka bir deyimle hak sahibi, alacaklı, üçüncü şahsın zararının tazminini talep edecektir. Böylece, borç münasebetinin sadece tarafları arasında hüküm husule getireceği esasî zâhiren korunmuş olmaktadır.

Bundan başka, yapılacak edada alacaklının hapis hakkına müteallik bir menfaatinin (*Retentionsinteresse*) bulunabileceği, üçüncü şahsa doğrudan doğruya borçludan tazminat istemek salâhiyeti tanınırsa, bu menfaatin tehlikeye düşebileceği beyan edilmektedir (3). Filhakika tazminat talebinde bulunmak imkânı alacaklıya verilirse o, kendisinin üçüncü şahısla olan münasebetinden doğan mutalebeleri üçüncü şahıs tarafından karşılanmadan tazminatın üçüncü şahsın eline geçmesini önleyici tedbirleri alabilir; tazminat talebi üzerinde, tâbir caizse, bir nevi hapis hakkı icra edebilir.

Diğer taraftan, üçüncü şahsa müstakil dâva hakkı bahşedilirse, tazminat borçlusunun alacaklıya karşı olan bazı itiraz ve defi-

---

(2) Ezcümle Reinhardt, sh. 117-118; Krückmann, Jher. Jb. 56 (1910), sh. 303; Wieder, sh. 225; Tägert, sh. 36-37; Blomeyer, sh. 226; Wilburg, Jher. Jb. 82, (1932), sh. 121; Larenz, Lehrbuch, Bd. I, sh. 165-166; Esser, § 50, 7, b, cc in fine; Heck, sh. 53; Enneccerus-Lehmann, § 17, I, 2 g; Heiseke, NJW, 1960, sh. 77-78; İsviçre hukukunda Becker, Art. 97, Nr. 47-48; Comment, sh. 113; Friedrich, sh. 88; Lemp, sh. 213; Thorens, sh. 114 vd. Dikkate şayan olan bir cihet alman hukukunda tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarının hemen hepsinin akdın tamamlanması suretiyle bir nevi üçüncü şahıs lehine şart kabul etmelerine rağmen, bunu nakıs üçüncü şahıs lehine şart mahiyetinde addetmeleri, yani talep hakkını doğrudan doğruya üçüncü şahsa değil, fakat alacaklıya tanımalarıdır; bu hususta bk. Hellwig, sh. 91; Schott, sh. 54-55, 57-58; Rodig, sh. 43-48; Kunze, sh. 52, 128. Yalnız Nebeisleck (sh. 42-47), akdın tamamlayıcı tefsirinin zarurî neticesinin üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak olduğuna işaret etmekte, bununla beraber alacaklının da üçüncü şahıs lehine tazminat talebi hakkının mevcudiyetini ve alacaklı ile üçüncü şahsın haklarının telâhukunu kabul etmekte, ancak üçüncü şahsın menfaatinin bilinebilir olmadığı halde münhasıran alacaklının şeyin objektif kıymeti nisbetinde tazminat talebine salâhiyeti olduğunu söylemektedir.

(3) Bk. Reinhardt, sh. 117-118; Heiseke, NJW, 1960, sh. 78.



## § 10, I

lerinden mahrum kalabileceği mülâhazası da tazminat talebinin alacaklıya tanınmasında âmil olmaktadır (4).

Tazminat talebine yalnız alacaklı salâhiyetli kılınca, onun kendisine ödenen tazminatı, asıl zarar gören, tazmin edilen menfaatin asıl sahibi olan üçüncü şahsa vermemesi tehlikesi mevcuttur. Yahut alacaklı kendisinin bir menfaati bulunmayan bu tazminat talebini bizzat ileri sürmekten veya üçüncü şahsa temlik etmekten imtina edebilir. Bundan başka, alacaklı iflâs edince, üçüncü şahsın zararına dair tazminat talebinin de masaya girmesi ve üçüncü şahsın tazminatın tamamını alamaması ihtimali ortaya çıkabilir. İşte, tazminat talebini alacaklıya tanıyanlar, üçüncü şahsı bu kötü ihtimallere karşı korumak ve tazminatın tam olarak onun eline geçmesini temin etmek maksadıyla bir takım tedbirler teklif etmektedirler. Şimdi üçüncü şahsı himaye için teklif edilen bu tedbirleri inceleyeceğiz.

### *2. Tazminatın yalnız üçüncü şahsa ödenmek kaydıyla istenebilmesi*

Alacaklının tazminatın kendisine mi, yoksa sadece üçüncü şahsa mı ödenmesini isteyebileceği, başka bir deyimle, tazminatı kimin tahsil edebileceği meselesi üzerinde görüş ayrılıkları mevcuttur :

a) Bazı müelliflere göre (5), tazminat, üçüncü şahsın menfaatinin tasfiyesine müteallik olduğu cihetle, alacaklı tarafından yalnız doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmek üzere istenebilmelidir. Başka bir deyimle, alacaklı sonra üçüncü şahsa vermek üzere tazminatın önce kendisine ödenmesini talep edememelidir. Hâkim de, borçlunun tazminatı doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödemesine hükmetmelidir. Bu suretle, alacaklının tahsil ettiği miktarı alıyarak bir haksız iktisapta bulunması önlenmiş olur.

Bu hal tarzı, borçlunun vaziyetinin de ağırlaşmasını mucip olmaz (6). Gönderilmesi icap eden para borçlarında kaideten borçluya ait olan hasar ve masraflar (BGB § 270 f. I), gönderilenin ala-

---

(4) Bk. Heiseke, NJW, 1960, sh. 78.

(5) Reinhardt, sh. 118; Enneccerus - Lehmann, § 17, I, 2, g; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 567; Kr VJ Schr. Bd. 43, sh. 586 - 587, Bd. 47, sh. 93, 95; Kunze, sh. 58 vd.; Planck - Siber, § 249, 6, b, γ, sh. 86; Thorens, sh. 129.

(6) Bk. Reinhardt, sh. 118; Kunze, sh. 62.

## § 10, I

çaklı veya üçüncü şahıs olmasına göre normal olarak pek farketmez. Kaldı ki, borç münasebetinin doğumundan sonra ortaya çıkan alacaklının şahsına ait bir sebep, meselâ ikametgâhının değişmesi yüzünden edanın yapılması eskisine nisbetle güçleşince borçluya tevdi salâhiyeti tanıyan BK. md. 95 (İBK. md. 96) veya böyle bir değişiklik dolayısıyla husule gelen hasar ve masraflardaki artmayı alacaklıya yükleyen BGB § 270 f. III, burada kıyasen tatbik edilebilir. Üçüncü şahsın kim olduğunun belli olmadığı, ezcümle başkasına ait olduğu bilinen, fakat sahibinin kim olduğu bilinmeyen şeyin muhafaza için borçluya bırakıldığı ve borçlunun da şeye zarar verdiği hallerde de, tazminatı alacaklının üçüncü şahsa ödenmek üzere istemesi ve borçlunun bunu tevdi etmesi kabildir (7).

Tazminatın alacaklı tarafından talep edilip, doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesi fikrini haklı göstermek için, BGB § 249 da kabul edilen aynen tazmin (*Naturalrestitution*) esası mucibince, zarar kimin mamelekinde ortaya çıkmışsa, o mamelekte telâfi edilmesi gerektiği de söylenilmektedir (8).

Bundan başka, tazminatın doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesi, alacaklı vasıtasıyla ödemek suretiyle olan dolambaçlı yolu bertaraf ettiği için tercihe şayan görülmektedir (9).

Von Tuhr'un fikrinde (10), alacaklının mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatinin bahis mevzuu olduğu hallerde tazminatın doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesi esası kabul edilince, böyle bir menfaatin bulunmadığı hallerde farklı bir esas kabul edilmesini haklı gösterecek bir sebep yoktur. Kunze (11), von Tuhr'un bu delilini isabetli bulmamakta, mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatin mevcut olduğu ve olmadığı haller arasında benzerlik olmadığını, böyle bir menfaatin bulunduğu hallerde tazminatın üçüncü şahsa ödenmesinin, alacaklının mes'uliyetten doğan zararının böylece en münasip bir şekilde bertaraf edileceği mülâhazasına (12)

(7) Bk. von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 570.

(8) Von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 567; Kr VJ Schr. Bd. 43, sh. 586; Kunze, sh. 58.

(9) Von Tuhr, Kr VJ Schr. Bd. 47, sh. 94; Kunze, sh. 58 - 59.

(10) Kr VJ Schr. Bd. 43, sh. 586 vd.

(11) Sh. 59 - 60.

(12) Bk. yukarıda s 3, I, not 14 e ait metin.

## § 10, I

dayandığını beyan eylemektedir (13). Yine Kunze (14), tazminatın üçüncü şahsa ödenmesini haklı göstermek için von Tuhr'ın BGB § 991 f. II ile kıyasa başvurmasını da tenkid etmekte, mezkûr hükümde (15), tazminatı yalnız tahsil salâhiyetinin değil, talep salâhiyetinin de üçüncü şahsa ait olduğunu belirtmektedir; halbuki burada alacaklının talep ettiği tazminatın doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesi bahis mevzuudur.

Kunze (16), tazminatın sadece üçüncü şahsa ödenmek üzere istenebilmesinin bir faydasının da, bu tazminat alacağının alacaklının (S nin) alacaklıları tarafından haczedilememesi olduğu fikrindedir. Ancak, tazminatın üçüncü şahsa ödenmek üzere istenilmesinin böyle bir hacze mâni teşkil edip etmediği münakaşa edilebilir; zira tazminat alacağı üçüncü şahsın zararının tazminine müteveccih olmakla beraber, henüz alacaklının mamelekinin bir unsurunu teşkil etmektedir denilebilir. Maamafih, alacaklının alacaklıları tazminat alacağını haczetseler bile, bu alacak ancak üçüncü şahsa ödenebilecek olduğundan bu hacizden bir fayda görmeyeceklerdir. Nitekim von Tuhr da (17), tazminatın üçüncü şahsa ödenmesinin en büyük faydasının alacaklının iflâsı halinde, üçüncü şahsın sadece garameten bir hisse almak mecburiyetinde kalmasını önlemek şeklinde tezahür ettiği fikrindedir.

Alacaklı tarafından talep edilen tazminatın esas itibariyle doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesine taraftar olanlar, alacaklı, üçüncü şahsın zararının karşılığını daha önce ona ödemişse, tazminatın doğrudan doğruya alacaklıya tediyesine hükmolunmasında bir mahzur görmemektedirler (18).

Diğer taraftan, tazminatın yalnız üçüncü şahsa ödenmek üzere istenebileceği fikrinde olan müelliflerden bir kısmı (19), alacaklı ona önceden tediye bulunmuş olmasa bile, eğer üçüncü şahıs ala-

---

(13) Aynı fikirde olan Schott, (sh. 55) ve Rodig de (sh. 44-45), alacaklının üçüncü şahsa karşı zarardan mes'ul olmadığı hallerde onun üçüncü şahsa ödemede bulunularak borçtan kurtarılmasının bahis mevzuu olmayacağını söylemektedirler.

(14) Sh. 60.

(15) Bk. yukarıda s 6, III, 2, not 78 ve 79 a ait metin.

(16) Sh. 61.

(17) Kr VJ Schr. Bd. 43, sh. 537.

(18) Tägert, sh. 37.

(19) Reinhardt, sh. 122; Tägert, sh. 37.

çaklıya bu hususta salâhiyet vermişse (20), alacaklının tazminatını kendisine ödenmesini isteyebileceğini kabul etmektedirler. Gerçi üçüncü şahsın kendisine ait olmayan bir tazminat talebi üzerinde alacaklıya böyle bir tahsil salâhiyeti tanımak suretiyle tasarruf edip edemeyeceği nazari bakımdan münakaşa edilebilir. Bununla beraber, Reinhardt'ın fikrinde (21), alacaklının tazminat talebini üçüncü şahsa ve onun da tahsil edilmek üzere bunu tekrar alacaklıya temlik etmesine bir engel bulunmadığı cihetle, bu dolambaçlı yol, yani çifte temlik yerine, üçüncü şahsın alacaklıya doğrudan doğruya tahsil salâhiyeti verebilmesine cevaz tanınmalıdır.

Hattâ von Tuhr'a göre (22), üçüncü şahıs alacaklıya tahsil salâhiyeti vermemiş olsa bile, alacaklı, borçlunun ihtiyarıyla kendisine yaptığı ödemeyi kabul edebilir; bu ödeme bir nevi *datio in solutum* teşkil eder ve borçluyu borcundan kurtarır (23); zira alacaklı, tazminat talebinin sahibi olduğu için, bu talep üzerinde tahsil suretiyle tasarruf edebilir; ancak aldığı üçüncü şahsa devretmezse ona karşı olan akdi mükellefiyetini yerine getirmemiş veya bir haksız iktisapta bulunmuş olur; üçüncü şahıs akde veya haksız iktisap hükümlerine müsteniden alacaklıya karşı istirdat dâvası açabilir. Diğer taraftan, üçüncü şahıs tazminattan feragat etmiş bulunabilir; bu takdirde, tazminatı tahsil eden alacaklıya karşı borçlu, sebebin ortadan kalkmasına müstenid bir haksız iktisap dâvası (*condictio ob causam finitam*) ikame edebilir (24). Eğer üçüncü şahıs tazminattan feragat etmiş ve borçlu henüz alacaklıya ödemedede bulunmuşsa, alacaklının açacağı tazminat dâvası reddolunmalıdır (25).

b) İkinci bir grupta toplayabileceğimiz müellifler (26), alacak-

(20) Hattâ Tägert'e göre (sh. 37), böyle bir salâhiyetin mevcudiyeti, başka yere gönderilmek üzere satım (Versendungskauf) ve komisyon hallerinde karine olarak kabul edilmelidir.

(21) Sh. 122.

(22) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 571 - 572.

(23) Aksi fikrinde Reinhardt, sh. 121, not 132 ye ait metin.

(24) Von Tuhr, Grünhuts, Z. 25 (1898), sh. 572.

(25) Enneccerus - Lehmann, s 17, I, 2, b in fine; Blomeyer, sh. 226; RG 58, 43; 170, 251.

(26) Regelberger, Jher. Jb. Bd. 41, sh. 280; Hellwig, sh. 91, not 184 ve buna ait metin; Nebelsieck, sh. 48 - 56; Schott, sh. 54 - 57; Rod'g, sh. 43 - 48; Blomeyer, sh. 226; RGE 113, 254; Larenz, Bd. I, sh. 165; Möhring, sh. 88 vd.; Schidwigowski, sh. 48 vd.; Crome, System II, sh. 77, not 53.

## § 10, I

lının tazminatın yalnız kendisine ödenmesini isteyebileceği kanaatinde dirler.

Bu müelliflere göre, alacaklının tazminatın hesabında üçüncü şahsın menfaatinin nazara alınmasını isteyebilmesi, tazminatın üçüncü şahsa ödenmesini gerektirmez. Borç münasebetinin nisbiliği prensibinin bütünlüğünü muhafaza etmek için tazminatın yalnız alacaklı tarafından talep edilmesi kâfi olmayıp, aynı zamanda alacaklının bunun kendisine ödenmesini de istemesi lâzımdır (27).

Bundan başka, tazminatın yalnız üçüncü şahsa ödenmesinin talep edilebileceği fikri kabul edilirse, borçlunun vaziyeti ağırlaşacak, borçlu alacaklıya karşı haiz olduğu bir alacakla bu tazminat alacağını takas edemeyecektir; zira tazminat alacağının üçüncü şahsa ödenmesi gerekirse alacaklar arasında muhteva itibariyle mümaselet bulunmayacaktır. Borçlunun böylece takas imkânından mahrum edilmesi hakkaniyete aykırıdır (28).

Diğer taraftan, tazminatın üçüncü şahsa ödenmesinin aynen tazmin fikrine istinad ettirilmesi de tenkid olunmaktadır (29) : Aynen tazmin esasını kabul eden BGB § 249 un, kanunda derpiş edilmiş olan üçüncü şahsın zararını tazmin haline tatbik edilemeyeceği beyan edilmektedir. Ayrıca, Nebelsieck (30), üçüncü şahsın aynen tazmini kabil olmayan zararının da, meselâ kâr mahrumiyetinin de bulunabileceğine, tazminatın aynen tazmini kabil zarar için üçüncü şahsa, kabil olmayan zarar için alacaklıya ödenmesinin, tazminat talebinin mantığa aykırı bir parçalanmasına yol açacağına ve borçlunun vaziyetini güçleştireceğine işaret etmektedir.

Yine Nebelsieck'in fikrinde (31), tazminatın ancak üçüncü şahsa ödenmek üzere talep edilebileceği fikri kabul edilirse, tazminat talebinin üçüncü şahsa temlik imkânı ortadan kalkar; halbuki alacaklının kendisine ödenmeyecek bir tazminatı talep etmekte menfaati olmadığından, bunu menfaattar olan üçüncü şahsa temlik imkânının bulunması tazminat alacağının ileri sürülebilmesi bakımından en pratik yoldur; tazminatın yalnız üçüncü şahsa ödenebileceği fikri, temlik imkânını ve bu pratik yolu bertaraf etmektedir.

---

(27) Rodig, sh. 44; Schott, sh. 55; Nebelsieck, sh. 51 - 53.

(28) Nebelsieck, sh. 51 - 52.

(29) Nebelsieck, sh. 48 - 49; Schott, sh. 54 - 55; Rodig, sh. 43 - 44.

(30) Sh. 49 - 50.

(31) Sh. 53 - 56.

## § 10, I

Alacaklının tazminatın yalnız kendisine ödenmesini isteyebileceği fikrinde olan diğer müellifler de (32), alacaklının menfaati bulunmayan dâvayı açmağa üşenmesi, bunun külfetlerinden kaçınması gibi mahzurların, onun tazminat alacağını üçüncü şahsa temlik etmesi veya bu alacağı kendi adına tâkip etmek üzere üçüncü şahsa salâhiyet vermesi (33) suretiyle önlenebileceği fikrini müdafaa etmektedirler.

Nihayet, tazminatın yalnız alacaklıya ödenmesi gerektiği görüşünü ileri sürenler, bu görüşün alacaklının iflâsı halinde üçüncü şahıs için arzedeceği tehlikenin, üçüncü şahsa bir ayırma hakkı tanımak ve HGB § 392 yi burada kıyasen tatbik etmekle izale olunabileceği kanaatindedirler (34).

c) Üçüncü bir grupta yer alan müellifler de (35), ortalama bir hal tarzına başvurmakta, alacaklının tazminatın isterse kendisine, isterse üçüncü şahsa ödenmesini talep edebileceğini beyan etmektedirler.

Bu müellifler, alacaklının tazminatın icabında kendisine ödenbilmesini istemek salâhiyetini bilhassa BGB § 281 e (36) istinad ettirmektedirler; filhakika mezkûr hükümde yalnız tazminat alacağının devrinden değil, tazminat alınmışsa bunun da verilmesinden bahs olunmaktadır. Kunze'nin de ifade ettiği gibi (37), bu hükümden alacaklının dilerse tazminatın kendisine ödenmesini talep edebi-

---

(32) Bk. **Larenz**, sh. 165 - 166; **Wolf**, sh. 302 - 303.

(33) Burada şu noktaya dikkati çekelim ki, üçüncü şahıs, alacağı alacaklı adına değil, kendi adına takip ve tahsil edecektir; binaenaleyh, alefâde bir tahsil ve takip için vekâlet bahis mevzuu değildir. Bu yeni mefhum hakkında tafsilât için bk. : **Wolf**, sh. 302; **BGH**, NJW, 57, sh. 1838; **Larenz**, Bd. I, s 30, IV, c; **Esser**, s 92, 2; **Enneccerus - Lehmann**, s 79, IV, 2; **Otto - Adolf Köhler** : Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage, Mainz 1953.

(34) **Nebelsieck**, sh. 59 vd.; **Schott**, sh. 56 - 57; **Rodig**, sh. 45 - 47.

(35) **Krückmann**, Jher. Jb. 56, sh. 309; **Leonhard**, Bd. I, sh. 204; **Oertmann**, Vorbem. zu §§ 249 - 254, Nr. 3 b, 8. **Wilburg**'a göre (Jher. Jb. 82 - 1932 - sh. 123 - 124), alacaklı objektif kıymetin kendisine de ödenmesini isteyebilir; üçüncü şahsın bu kıymeti aşan menfaati karşılığının kendisine edasını ise, alacaklı, ancak üçüncü şahsın rızasıyla talep edebilir.

(36) Bk. yukarıda s 3, IV, 1.

(37) Sh. 63.

## § 10, I

leceği neticesi çıkarılamaz (38); olsa olsa üçüncü şahsa ödenmesi gereken tazminatı borçlu, alacaklıya ödemişse, alacaklının aldığı meblâğı üçüncü şahsa devirle mükellef olduğu neticesi çıkarılabilir.

Kanaatimizce, yukarıdaki üç sistemden, üçüncü şahsın menfaatini en iyi koruyabilecek olan, birinci sistemdir. Zira üçüncü sistem de alacaklının aldığı kendisine alıkoyması tehlikesini ve iflâsta başgösteren tehlikeyi tamamen bertaraf etmemektedir. Aynı zamanda, birinci sistem alacaklının vasıtallığını ortadan kaldırdığı için, diğerlerine nisbetle daha pratiktir. Bu sistem, talep hakkını alacaklıya tanıdığı cihetle, borç münasebetinin nisbiliği prensibine de iddia olunduğu gibi hâlel getirmemektedir. Usul hukuku bakımından da, üçüncü şahıs lehine şartta, alacaklının üçüncü şahsa edada bulunması için dâva açabileceği kabul edildiği cihetle, aynı hususun üçüncü şahsın zararının tazmini talebinde de kabulü bir mahzur teşkil etmemelidir.

Tazminatın yalnız üçüncü şahsa ödenmek üzere talep edilebilmesi sisteminin, borçlunun takas imkânını ortadan kaldırma bakımından hakkaniyete aykırı olduğu hususundaki tenkide gelince, Reinhardt (39), bunu şöyle cevaplandırmağa çalışmaktadır : Üçüncü şahsın zararının tazmini talebi doğmazdan önce zaten borçlunun takas imkânı yoktur; onun akde aykırı hareketiyle böyle bir imkân yaratmasına niçin müsaade olunsun. Von Tuhr ise (40), takas imkânının ortadan kalkması mahzurunu aşağıda izah edeceğimiz (41), takasa benzer başka bir yoldan bertaraf etmeğe çalışmaktadır. Kaldı ki, Kunze'nin belirttiği veçhile (42), tazminat alacağı üçüncü şahsın zararını tazmine müteveccih olduğundan, bu alacağı borçlunun, alacaklıya karşı olan bir alacağıyla takas edememesinde hakkaniyete aykırı bir cihet yoktur.

Alacaklının üçüncü şahsa karşı hapis hakkına müteallik bir menfaatinin (*Retentionsinteresse*) (43) bahis mevzuu olduğu hallerde de, tazminatın doğrudan doğruya üçüncü şahsa ödenmesinin

(38) Aynı fikirde Schott, sh. 57-58.

(39) Sh. 119.

(40) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 572.

(41) Bk. aşağıda III, 1.

(42) Sh. 62.

(43) Burada BGB § 273 anlamında kendi edasını alıkoymak şeklinde tezahür eden şahsî mahiyette bir hapis hakkının icrası bahis mevzuudur.

bu hapis hakkının kullanılmasına engel teşkil etmesi mahzuru, von Tuhr'un (44) teklif ettiği şu hal tarzıyla önlenebilir : Alacaklı, tazminatın üçüncü şahsa ödenmesi yerine tevdi edilmesini ve üçüncü şahısla arasındaki ihtilâfın neticelenmesinden sonra verilmiş olan kararda tesbit edilen şekilde tediye edilmesini talep edebilir. Bu hususta BGB § 432 nin ve BK. md. 166 (İBK. md. 168) nın kıyasen tatbiki kabildir.

3. *Haksız iktisap dâvası açmak imkânı.*

Eğer tazminatı alacaklının ancak kendisine ödenmek üzere talep edebileceği kabul edilirse, alacaklının aldığı tazminatı üçüncü şahsa vermemesi tehlikesini önlemek üzere, üçüncü şahsa alacaklıya karşı bir haksız iktisap dâvası açmak imkânı tanımak lâzımdır. Tazminatın gayesi üçüncü şahsın zararını telâfi olduğu ve alacaklının kendisinin bir zararı bulunmadığı cihetle, alacaklı aldığı tazminatı alıyorsa haksız olarak üçüncü şahıs aleyhine zenginleşmiş olur. Nitekim, Droin da (45), vasıtalı temsil bahsinde aracı şahsa üçüncü şahsın zararının tazminini talep salâhiyeti tanıyan bir hükmün BK. na ilâvesini teklif ederken, bu hükmün ikinci fıkrasında haksız iktisaba dair hükümleri mahfuz tutmaktadır (46). Diğer taraftan, eğer üçüncü şahıs tazminattan feragat etmiş ise, bu takdirde tazminat kendisine ödenmiş olan alacaklı, borçlu aleyhine haksız iktisapta bulunmuş olur (47).

4. *Alacaklının iflâsı halinde üçüncü şahsın himayesi.*

Üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda yalnız alacaklıya talep hakkı tanıyan Alman hukukçuları, alacaklının iflâsı halinde, üçüncü şahsın sadece garameden hisse almakla iktifa etmek mecburiyetinde kalması tehlikesine karşı, üçüncü şahsa bir masadan ayırma hakkı (*Aussonderungsrecht*) tanımaktadırlar. Ancak bu ayırma hakkının şümulü ve mesnedi ihtilâflı bulunmaktadır :

a) Bazı müellifler (48), bu ayırma hakkını umumî olarak üçün-

---

(44) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 571.

(45) Sh. 114, 181 ve 184.

(46) Bk. yukarıda s 8, not 306 ya ait metin.

(47) Bk. yukarıda not 24 ve buna ait metin.

(48) Ezcümle Krückmann, Jher. Jb. Bd. 56, sh. 303 vd.; ACP 139 (1934), sh. 62, not 27 ve buna ait metin; Möhring, sh. 94 vd.



## § 10, I

cü şahsın zararının tazminini kabul ettikleri bütün hallerde tanımakta ve mezkûr hakkın buradaki tazminat talebinin mahiyetinden çıkarılabileceğini beyan etmektedirler. Bu müelliflerin fikrinde, burada başlangıçtan itibaren üçüncü şahsa devri gereken gerçek anlamda geçici kalemler bahis mevzuudur; tazminat üçüncü şahsın menfaatini tasfiyeye müteveccih ve üçüncü şahsa devir mükellefiyeti derhal muaccel olduğundan, alacaklının alacaklıları bu tazminattan faydalanamamalı, üçüncü şahıs tazminat alacağını ve eğer tahsil edilmişse tazminat bedelini masadan ayırabilmelidir.

b) Diğer bazı müellifler ise üçüncü şahsın ayırma hakkına mesned olarak HGB § 392 f. II yi (49) göstermekte (50) ve fakat bu hükmün taallük ettiği komisyon hali dışındaki üçüncü şahsın zararının tazmini hallerinde mezkûr hükmün kıyasen tatbikinin ne dereceye kadar caiz olduğu münakaşalı bulunmaktadır :

aa) Bir kısım müelliflere göre (51), HGB § 392 f. II nin komisyon akdinden gayri hallerde tatbiki suretiyle üçüncü şahsa ayırma hakkı tanınması doğru olmaz. Zira bu hüküm istisnâî bir mahiyet taşıdığından teşmiline cevaz yoktur. Bundan başka, bu hükmün teşmili kredi müessesesini de tehlikeye düşürür; çünkü alacaklının alacaklıları üçüncü şahsın zararına ait tazminat talebini de onun mamelekine dahil zannetmektedirler; üçüncü şahsa ayırma hakkı tanınmıca bu husustaki görünüşe itimadları boşa çıkmış olacaktır.

bb) Reinhardt'ın fikrinde (52), HGB § 392 f. II nin tatbik sa-

---

(49) BGB s 392 mucibince : «I. Komisyoncunun yaptığı bir hukukî muameleden doğan alacakları, müvekkil, borçluya karşı ancak temlikten sonra dermeyan edebilir. II. Şu kadar ki, bu alacaklar temlik edilmemiş olsalar dahi, müvekkil ile komisyoncu veya bu sonuncunun alacaklıları arasındaki münasebetlerde, müvekkilin alacağı gibi addolunurlar».

(50) Von Tuhr'a göre (Grünhuts Z. 25, sh. 575) başkasına ait şeylerin vedia olarak bırakılması ve müstevdaın akdî kusuruyla bunları yok etmesi halinde, malikin tazminat alacağını ayırma hakkının tanınması için Alman İflâs Kanunu s 38 e de kıyas yoluyla başvurulabilir; mezkûr hüküm mucibince, bir kimsenin başkasına ait şeyi satması ve sonra da iflâs etmesi halinde, malik semen alacağını masadan ayırabilir. Türk - İsviçre hukukunda da aynı mealde bir hüküm İİK. md. 189; (İsviçre İİK. md. 202) mevcuttur.

(51) Ezcümle H. A. Fischer, sh. 97, not 28; Jäger : Kommentar zur Konkursordnung, 6./7. Aufl. Berlin 1931, s 43, Nr. 53; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 575; aynı müellif Kr VJ Schr. Bd. 47, sh. 95.

(52) Sh. 119 - 121.

hası ticarî işler bahsinde HGB § 406 ve 415 ile oldukça genişletilmiş olmasına rağmen, bu hükmü kıyasen âdi işlerde tatbiki cevaz yoktur. Bu itibarla, ticarî olmayan münasebetlerde, ayırma hakkına mesnet bulmak için HGB § 392 f. II ye başvurulmamalı, üçüncü şahsın zararının tazmini talebinin mahiyetinden hareket olunmalıdır. Alacaklı bu tazminatın ancak üçüncü şahsa ödenmesini isteyebileceği cihetle onun iflâsı halinde bu tazminat alacağı onun mamelekine dahil sayılmamalı ve üçüncü şahsa bu alacağı masadan ayırma hakkı (Alman İflâs K. § 46) tanınmalıdır; eğer tazminat iflâs idaresince tahsil edilip mevcuda karışmışsa Alman İflâs K. § 59 b. 1 veya 3 e tevfikan bir masa borcunun mevcudiyeti kabul edilmelidir. Ancak Reinhardt (53), buraya kadar olan beyanlarından sonra, izahı müşkil bir geri dönüş yapmakta ve şunları söylemektedir : S nin (alacaklının) iflâsının, zarar münasebetleri üzerine tesir edebileceği ve Ü nün üçüncü şahsın vaziyetini ağırlaştırabileceği inkâr edilemez; eğer T taahhüt ettiği edayı gereği gibi yerine getirseydi, bu eda S nin mamelekine girecek (bir şey teslimi bahis mevzuu ise S bunun maliki olacak) ve S nin iflâsı halinde Ü ancak gameden bir hisse alabilecekti; T nin borcunu yerine getirmemesi Ü nün vaziyetini iyileştirmemeli ve Ü masadan tazminat alacağının, sadece normal ifa halinde gameden kendisine düşebilecek hisse nisbetinde temlikini isteyebilmelidir. Bu beyanın, Reinhardt'ın daha yukarıda naklettiğimiz fikirleriyle telifinin kabil olmadığı aşikârdır.

cc) Oberscheidt (54), HGB § 392 f. II de ifadesini bulan fikirden, üçüncü şahsın zararının tazminine dair alacak bahis mevzuu olduğu nisbette, medenî hukuk sahasında da faydalanılabileceği kanaatindedir. Müellife göre (55), § 392 nin kıyasen medenî hukuk sahasında tatbiki neticesinde kredinin tehlikeye düşmesi ihtimali, üçüncü şahsın zararının tazmini mevzuunda kısmen bertaraf olmaktadır. Bu itibarla, üçüncü şahsın iflâs idaresinden esas itibarıyla tazminat talebinin kendisine temlikini isteyebilmeli, üçüncü şahısla alacaklı ve onun alacaklıları arasındaki münasebette mezkûr tazminat alacağı üçüncü şahsa ait addolunmalıdır. Yalnız daha sonra

---

(53) Sh. 121 - 122.

(54) Die Schadensforderung aus dem Interesse eines Dritten unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse im Konkurse des klageberechtigten Vertragsgläubigers, Bonn 1928, sh. 30 vd.; hususiyle sh. 35.

(55) Sh. 37.

## § 10, I

Oberscheidt (56), üçüncü şahsa devredilecek tazminat alacağını, edanın objektif kıymetini aşan zarar miktarına hasretmek suretiyle tahdit eylemektedir; zira müellifin fikrince, alacaklının alacaklıları yapılacak edanın objektif kıymetinin onun mamelekine gireceğini kabul etmekte haklıdırlar.

Reinhardt'a nazaran (57), HGB § 392 f. II nin kıyasen medenî hukuk sahasında tatbiki bir kere kabul edildi mi, artık bu tatbikin, tazminat alacağının yalnız edanın objektif kıymetini aşan kısmına hasredilmesi doğru olmaz.

dd) Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarından bazıları da (58), HGB § 392 f. II nin istisnaî bir hüküm mahiyeti taşımasına rağmen, ticarî olmayan münasebetlerde üçüncü şahsın zararının tazminine müteallik alacaklar hakkında da kıyasen tatbik edilebileceği kanaatindedirler; zira bu müelliflere göre, istisnaî hükümler umumî bir hukukî fikrin ifadesini teşkil ettikleri takdirde, bu hükümleri kıyasen teşmile cevaz vardır. Diğer taraftan, kredinin tehlikeye düşmesi tehlikesi üçüncü şahsın zararının tazmini kabul edilen hallerde mevcut değildir; çünkü tamamlayıcı tefsir nazariyesine göre, alacaklı üçüncü şahsın menfaatini ancak bu menfaat borçlu tarafından bilinebilir olduğu takdirde tasfiye edebilir; üçüncü şahsın menfaati borçlu tarafından bilinebilir olunca, alacaklının alacaklıları da bu menfaatin mevcudiyetinden haberdar olabilirler. Kaldı ki, üçüncü şahsın zararının tazminine dair alacak hakkı, iktisaden alacaklının değil üçüncü şahsın mamelekine ait bulunmaktadır; alacaklının böyle mutemed vaziyetinde olduğu hallerde üçüncü şahsın ayırma hakkını haiz olacağı umumiyetle kabul edilen bir husustur.

ee) HGB § 392 f. II ye, Türk - İsviçre hukukunda BK. md. 393 (İBK. md. 401) tekabül etmektedir. BK. md. 393 ün, müvekkille komisyoncu ve onun alacaklıları arasındaki münasebetlerde komisyoncunun yaptığı akitten doğan alacakları müvekkilinmiş gibi sayan HGB § 392 f. II den daha ileri gittiğine ve müvekkilin komisyoncuya kanunî halefiyetini derpiş ettiğine ve bu halefiyetin komisyoncunun iflâsı halinde masaya karşı da ileri sürülebileceğine daha

---

(56) Sh. 38.

(57) Sh. 120.

(58) Ezcümle Rodig, sh. 46-47; Schott, sh. 56-57; Kunze, sh. 67; Nebelsieck, sh. 58-67.

yukarıda temas etmişik (59) .BK. md. 393 ün bir iyi tarafı da, komisyoncunun müvekkilden olan alacaklarını teminat altına almasıdır; filhakika, müvekkil ancak vasıtalı mümessile karşı olan muhtelif borçlarını ifa ettiği takdirde mümessilin onun hesabına yaptığı akitten doğan alacaklara kanunen halef olur.

BK. md. 393 teki esasın, vasıtalı temsil dışındaki üçüncü şahsın zararının tazmini hallerine de kıyasen tatbiki fikri bazı müellifler tarafından (60) ileri sürülmüştür; ancak bu müellifler, aşağıda II de temas edeceğimiz veçhile, bahis mevzuu kıyas neticesinde üçüncü şahsa doğrudan doğruya borçluya karşı talep hakkı tanımaya mütemayil görünmektedirler. Halbuki kanaatimizce, BK. md. 393, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin esasını halletmek ve üçüncü şahsa doğrudan doğruya talep hakkı tanımak için kendisine kıyasen başvurulabilecek bir hüküm değildir (61). Bu hükme sadece alacaklının tazminat alacağını üçüncü şahsa temlikten imtinayı veya iflâsı gibi hallere karşı üçüncü şahsı himaye etmek için kıyasen müracaat edilebilir; ancak, üçüncü şahsın zararının tazminini talep hakkı önce gene alacaklıya aittir; şu kadar ki, üçüncü şahsın alacaklıya karşı olan borçlarını yerine getirirse ona kanunen halef olur ve bu halefiyeti alacaklının iflâs masasına karşı da ileri sürebilir. Hulâsa, BK. md. 393, menfaatler vaziyetinin aynı olması dolayısıyla, vasıtalı temsil dışındaki üçüncü şahsın zararının tazmini hallerine de kıyasen tatbik edilmeli (62), ancak bu kıyastan, md. 393 ün derpiş ettiği kanunî halefiyetten daha ileri giderek, üçüncü şahsa iptidadan itibaren doğrudan doğruya borçluya karşı dâva hakkı tanımak neticesi çıkarılmamalıdır. Bu hal tar-

(59) Bk. yukarıda § 5, II.

(60) Ezcümle von Tuhr - Siegwart, § 68, not 123 ve buna ait metin; Barth, sh. 87, not 40 ve buna ait metin; Glasson, sh. 82; Wolf, sh. 304 ve 327; Tunçomağ, sh. 491; Arsebük, sh. 788.

(61) Bk. yukarıda § 5, II.

(62) BK. md. 393 ün teşmilî tatbiki aleyhinde bulunan Friedrich'e göre (sh. 87), kanunî halefiyet müted olmayan, fevkalâde bir neticedir; binaenaleyh kıyasen kanunî halefiyet kabul edilemez; kaldı ki, kanun iflâs masasından nelerin ayrılabilceğini tahdidî şekilde hususî hükümlerle (meselâ İsviçre İİK. md. 201, 203 gibi) tesbit eylemiştir; daha başka hallerde de ayırma hakkını tanımak kanun vazunun iflâstaki menfaatler vaziyetini kıymetlendirme tarzına aykırı düşer; yeni ayırma hakları ancak kanun vazunun yeni hükümler koymasıyla tanınabilir. Aynı fikirde von Tuhr, Kr VJ Schr. Bd. 47, sh. 95.

## § 10, I

zının bir üstünlüğü de, alacaklının üçüncü şahıstan olan alacakları için hapis hakkına müteallik menfaatini korumağa imkân bahşetmesidir.

### 5. Alacaklının tazminat alacağını üçüncü şahsa temlik mükellefiyeti; kanunî halefiyeti; action oblique.

a) Ekseriya alacaklı üçüncü şahsın zararının tazmini için dâva açmağa pek hevesli olmayacak, kendisine maddî bir menfaat temin etmeyecek olan bu dâvanın külfetlerine katlanmak istemeyecektir. Bu itibarla, tazminat alacağının bunda bizzat menfaattar olan üçüncü şahsa temlikli pratik bakımdan çok faydalı olacaktır. Alacaklının mezkûr alacağı rızasıyla üçüncü şahsa temlik etmesine bir mâni yoktur (63); ne alacağın mahiyeti buna mânidir (BK. md. 162; İBK. md. 164), ne de temlikle alacağın muhtevasında bir değişiklik husule gelir (BGB § 399) (64).

Ancak alacaklının rızasıyla tazminat alacağını devredebilmesi imkânının bulunması üçüncü şahsın menfaatlerini himaye için kâfi değildir; alacaklının temlikten imtina etmesi ihtimaline karşı üçüncü şahsı korumak için, tazminat talebini alacaklıya tanıyan müelliflerin çoğu, alacaklıya bir temlik mükellefiyeti yüklemeyi düşünmüşlerdir. Şu kadar ki, bu mükellefiyetin de mesnedi ve şümulü münakaşalıdır :

aa) Bazı müelliflere nazaran alacaklının üçüncü şahsın zararının tazminini talep edebileceği bütün hallerde, bu tazminat alacağını üçüncü şahsa devretmek mükellefiyeti de mevcuttur.

Bu fikirde olanlardan von Tuhr'a göre (65), temlik mükellefiyeti, S nin Ü lehine onun geniş mânâda iş göreni (*Geschäftsführer*)

---

(63) Von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 570; Reinhardt, sh. 122; Tä-gert, sh. 37; Schott, sh. 64. Buna mukabil Nebelsieck (sh. 53 - 56) daha yukarıda kaydettiğimiz gibi (bk. yukarıda not 31 ve buna ait metin), eğer alacaklının tazminatın yalnız üçüncü şahsa ödenmesini isteyebileceği fikri kabul edilirse, tazminat talebinin üçüncü şahsa devrine imkân kalmayacağı kanaatindedir. Oberscheidt'a göre de (sh. 44 - 47), tazminat talebinin devri ancak üçüncü şahsın alacaklının karşı âkide olan borçlarını da üzerine alması şartıyla kabildir.

(64) BGB § 399 mucibince, edanın ilk alacaklı yerine başkasına yapılması, onun muhtevasında değişiklik husule getirmeksizin mümkün de-gil ise, alacak temlik edilemez.

(65) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 573 - 574.

olarak akit yaptığı bütün hallerde, S ile Ü arasındaki münasebetten istihraç edilebilir. S nin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatinin bulunduğu hallerde dahi vaziyet böyledir. Hattâ S ile Ü arasında herhangi bir akdî münasebet bulunmasa, meselâ S hüsnüniyetli zilyed sıfatıyla Ü ye ait şeyi muhafaza için T ye vermiş olsa dahi, Ü nün şeyin iadesine dair aynî mahiyetteki dâva hakkı şeyin iade edilememesi halinde tazminat talebinin devrini de tazammun eder (66).

Alacaklının tazminat talebini üçüncü şahsa devretme mükellefiyetini umumî olarak kabul eden diğer müellifler (67), bu temlik mükellefiyetinin mesnedini çeşitli kanun hükümlerine doğrudan doğruya veya kıyasen müracaatta bulmaktadırlar. Bu müelliflere göre, alacaklının bir iş görme akdine müsteniden veya vekâletsiz iş gören sıfatıyla üçüncü şahsın işini gördüğü hallerde, muhtelif kanunî hükümler (ezcümle BGB § 667, § 675, § 681, HGB § 384 f. II, 407 f. II) iş görenin iş sahibi hesabına elde ettiği alacakları ona devir mükellefiyetini derpiş etmektedirler. Bu haller dışında da, aynî ikame ile alâkalı BGB § 281 in doğrudan doğruya veya kıyasen (68), tatbiki suretiyle eda yerine kaim olan tazminat alacağının üçüncü şahsa devri mükellefiyetinin mevcudiyetini kabul etmek mümkündür (69).

bb) Reinhardt da (70), üçüncü şahsın zararını tazmin alacağının doğduğu bir çok hallerde yukarıda zikri geçen kanunî hükümlere müsteniden temlik mükellefiyetinin mevcudiyetini teyid eylemektedir; ancak bu müellifin fikrinde, iş görme akitleriyle ve eda-

---

(66) Aksi fikirde Reinhardt, sh. 124, not 140 ve buna ait metin.

(67) Schott, sh. 64; Rodig, sh. 52 - 53; Nebelsieck, sh. 67 - 69; Kunze, sh. 19, 66; Oberscheidt, sh. 28 - 30; Larenz, sh. 165 - 166.

(68) Bk. Kunze, sh. 19 ve 66.

(69) Burada şu noktayı ehemmiyetle belirtelim ki, BGB s 281, üçüncü şahsın zararının tazmini talebinin umumî mesnedi olarak değil, sadece bu tazminat talebini üçüncü şahsa devir mükellefiyetinin mesnedi olarak kabul edilmektedir. Aynı fikirde Nebelsieck, sh. 69, not 2. Mezkûr hükmün üçüncü şahsın zararının tazmini talebinin umumî mesnedi olarak kabulü fikri için bk. yukarıda s 3, IV. Muhtevadan mahrum talep hakkının temlik nazariyesi için bk. yukarıda s 7, VII, 1. İsviçre hukukunda BGB s 281 e tekabül eden bir hüküm olmamakla beraber, Thorens (sh. 116 - 119), aynî ikame esasından hareketle benzer neticeye ulaşmaktadır.

(70) Sh. 123 - 125.

## § 10, 1

nın imkânsız hale gelmesiyle alâkalı haller dışında, BGB § 281 in teşmilî surette tatbikine ve umumî bir temlik mükellefiyetinin kabulüne cevaz yoktur.

Vekâlet ve vekâletsiz iş görme hallerinde BGB § 667 ye istinad etmek kabildir. Alacaklının kendisine yapılacak edayı üçüncü şahsa devretmekle mükellef bulunduğu hallerde de, bu eda borçlunun kusuruyla imkânsızlaşır, alacaklının üçüncü şahsın menfaatinin tazminine dair alacağını, BGB § 281 mucibince üçüncü şahsa devirle mükellef olduğu söylenebilir. Hattâ tazminat alacaklısının üçüncü şahsa yapacağı eda bir şey teslimine dair değil, fakat bir hizmet edası olsa dahi, onun bu edasını kusuruyla imkânsızlaştırana (meselâ işçiyi yaralayana) karşı olan tazminat alacağını BGB § 281 e müsteniden üçüncü şahsa (işverene) devirle mükellef olduğu fikri müdafaa edilebilir. Mezkûr hükmün tatbik alanını bu gibi üçüncü şahsın zararının tazmini hallerinde geniş tutmakta bir mahzur yoktur; çünkü tazminat üçüncü şahsın zararını telâfiye müteveccih olduğundan, temlik mükellefiyeti neticesinde üçüncü şahsın alacaktan hakkı bulunmayan bir fayda elde etmesi bahis mevzuu değildir.

Buna mukabil, yine Reinhardt'a göre (71), alacaklının (S nin) üçüncü şahsa (Ü ye) karşı aynı bir iade mükellefiyetinin bulunduğu hallerde, meselâ hüsnüniyetli zilyed S nin Ü ye ait şeyi muhafaza için T ye verdiği ve T nin akdî kusuruyla şeyin telef olduğu hallerde, BGB § 281 e müsteniden S nin tazminat alacağını Ü ye devirle mükellef olduğunun müdafaa edilebilmesi şüphelidir (72); bununla beraber zaten bu mevzuda BGB § 991 f. II tarafından Ü ye doğrudan doğruya T ye karşı dâva hakkı tanındığından BGB § 281 in tatbik edilip edilemeyeceği hususu pratik ehemmiyeti haiz değildir.

Reinhardt (73), üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü ve bilhassa alacaklının üçüncü şahsı hatır için akdî edadan faydalandığı hallerde de (74), alacaklının üçüncü şahsın zararının tazminine dair alacağını üçüncü şahsa devirle mükellef ol-

---

(71) Sh. 124.

(72) Aksi fikirde von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 574. Bk. yukarıda not 66 ve buna ait metin.

(73) Sh. 124 - 125.

(74) Meselâ bir kimsenin kiraladığı otornobile arkadaşını da alması gibi.

## § 10, I

madığı kanaatindedir. Müellife göre, temlikin alacaklının ihtiyarına bırakılmasında, hattâ alacaklının tazminat talebinden feragat edebilmesinde hakkaniyete aykırı bir cihet yoktur; zira Ü nün başlanğıçtan itibaren S ye karşı bir alacağı yoktur ve S nin Ü yü T ile yaptığı akitten faydalandırması arkadaşlık hislerine dayanmaktadır. Kaldı ki, bu gibi hallerde ekseriya tam üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyeti kabul edilerek, Ü ye doğrudan doğruya T ye karşı dâva açmak salâhiyetinin bahşedilmesi kabildir.

b) Türk - İsviçre hukukunda, iş görme akitlerinde temlik mükellefiyeti yerine BK. md. 393 f. I (İBK. md. 401 f. I) de derpiş edilen kanunî halefiyet (75), bahis mevzuudur. Bu hükmün kıyasen, üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edildiği bütün hallerde, alacaklı temlikten imtina edince tatbiki fikri, menfaatler vaziyeti gözönünde tutularak müdafaa edilebilir (76); ancak bu takdirde üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımaya çok yaklaşmış olacağı hatırdan çıkarılmamalıdır (77). Filhakika üçüncü şahsın alacaklıya karşı bir borcunun bulunmadığı ve binnetice bu borcu ödemesinin bahis mevzuu olmadığı hallerde kanunî halefiyet ne zaman vuku bulacaktır? Zararın doğduğu anda mı, alacaklının temlikten imtina ettiği anda mı? Zararın vuku bulduğu an mebde ittihaz edilecek olursa, kanunî halefiyet, üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak mânâsını taşır; temlikten imtina ânını ise tesbit, bilhassa borcunu kime ödeyeceğini bilmek isteyen borçlu için müşkildir (78).

c) Fransız hukukunda, alacaklının üçüncü şahsın zararına müteallik tazminat alacağını bizzat tâkip ve tahsil etmemesi ihtimaline karşı bir çare olarak, alacaklının alacaklısı vaziyetinde bulunan üçüncü şahısların, Fransız MK. md. 1166 ya müsteniden, alacaklı yerine kaim olarak onun alacağını ona ödenmek üzere dâva etmeleri kabildir; üçüncü şahsın kendisine değil, başkasından alacaklı olan borçlusuna ait alacak hakkını bu sonuncuya ödenmek üzere dâva etmesine «*action oblique*» veya «*action indirecte*» (dolayısıyla

---

(75) Bk. yukarıda s 5, II.

(76) Benzer fikir için bk. Tunçomağ, sh. 491.

(77) Karş. yukarıda not 62; von Tuhr, Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 576, (kanunî halefiyet hallerinin teşmili aleyhinde).

(78) Bk. von Tuhr, Grünhuts, Z. 25 (1898), sh. 581.



## § 10, I, II

dâva) adı verilmektedir (79). Bu dâva tazminat alacaklısının haretksizliğine karşı bir çare teşkil etmekle beraber, hükmolunan meblâğ dâvayı açan üçüncü şahsa değil, alacaklıya ödeneceği cihetle (80), mezkûr meblâğın üçüncü şahıs eline geçmesini tehlikeye düşüren halleri bertaraf etmemektedir (81). Bundan başka, zarara uğrayan şahıs tazminat alacaklısının *alacaklısı* vaziyetinde değilse Fransız MK. md. 1166 da tanınan haktan faydalanamayacaktır. Bu itibarla, Fransız hukukunda da, üçüncü şahsa, dolayısıyla dâva yerine, doğrudan doğruya dâva hakkı (*action directe*) tanımak temayülü gittikçe gelişmektedir (82).

Üçüncü şahıs (Ü), tazminat alacaklısının (S nin) alacaklısı ise, bu sonuncunun (S nin) tazminat alacağına haciz koydurarak da (Fransız hukukunda *saisie - arrêt*) (83), alacağını istifa edebilir. Bu imkân Türk - İsviçre hukukunda da mevcuttur.

### II — Tazminat talebinin doğrudan doğruya üçüncü şahsa tanınması fikri.

#### 1. Üçüncü şahsın doğrudan doğruya tazminat talebinin umumî olarak tanınması fikri.

Üçüncü şahsın borçludan doğrudan doğruya, alacaklının aracılığına hacet kalmaksızın tazminat isteyebilme salâhiyetini kanundan açıkça çıkarmağa pek imkân olmadığından, böyle bir salâhiyet tanımak isteyenler ya menfaatler vaziyetinden hareket etmekte, ya kanundaki bazı hususî hükümlere kıyas yoluna başvurmakta, yahut yazılı olmayan hukuka istinad etmekte, bazan da böyle bir salâhiye-

---

(79) Bu dâva hakkında tafsilât için bk. **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VII, no. 894 - 925; **L. Bosc** : Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur (actions indirectes et actions directes), thèse, Aix 1902; **Duley** : De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique, thèse, Dijon 1935.

(80) Karş. yukarıda § 4, not 110 a ait metin.

(81) **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VII, no. 896.

(82) **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VII, no. 925; **Solus** : Des actions directes, thèse, Paris 1914; **Binay** : L'action directe, thèse, Paris 1934.

(83) Bk. **Planiol - Ripert - Esmein**, t. VII, no. 896.

tin tanınmasını *de lege ferenda* teklif etmektedirler (84).

Üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanıyanların başında Müller - Erzbach'ın gelmekte olduğuna daha yukarıda (85), işaret etmiştik. Müller - Erzbach (86), önce vasıtalı temsil hallerinde, daha sonra da bütün üçüncü şahsın zararının tazmini hallerinde, üçüncü şahsa böyle bir hak tanımış ve bunun menfaatler vaziyetine uygunluğunu belirtmiştir. Müellif bazan teklif ettiği sistemin menfaatler vaziyetine göre ideal bir sistem olduğunu ifade etmekte, bazan da mer'i hukuk bakımından da bu sistemin tatbik edileceği fikrini müdafaa ettiği zannını uyandırmaktadır (87).

Endemann da (88), menfaatler vaziyetinden hareket ederek kanundaki bazı hükümlere kıyas suretiyle üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı bahsetmektedir (89).

Von Tuhr (90), alacaklının tazminat alacağını üçüncü şahsa temlikten imtina etmesi veya borç ödemek hususunda acze düşmesi gibi hallerde üçüncü şahsın vaziyetinin tehlikeye gireceğine, üçüncü şahsa kanunî halefiyet tanımının halefiyet ânını tesbitin arzedeceği güçlükler dolayısıyla yerinde olmayacağına işaret ettikten sonra, üçüncü şahsın zararının tazminine dair dâva hakkının temlike hacet olmaksızın bütün bu gibi zarar hallerinde üçüncü şahıs tarafından bizzat kullanılabilmesini caiz ve alman hukukunun âdilâne bir şekil alması için zarurî görmektedir. Von Tuhr'a göre (91), bu hal tarzı cüretkârca görünse bile, üçüncü şahıs lehine şartta da üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanınmaktadır; üçüncü şahsın zararının tazmininin bahis mevzuu olduğu hallerde de maddî adalet (*die materielle Gerechtigkeit*) üçüncü şahıs lehine şartta olduğu gibi akitlerin nisbîliği prensibine aykırı olarak, üçüncü şahsa doğrudan doğruya bir dâva hakkı tanınmasını gerektirmektedir. Yalnız bu hallerde mezkûr dâva üçüncü şahıs lehine şartta olduğu gibi tarafların iradesine değil, tazminat edasının hususî

---

(84) Saymen - Elbir'in (sh. 315; bk. yukarıda § 3, not 95 a) üçüncü şahıs tarifi kabul edilecek olursa, üçüncü şahsa doğrudan doğruya alacak hakkı tanımakla, o, üçüncü şahıs olmak sıfatını kaybedecektir.

(85) Bk. yukarıda § 8, V, 1 a.

(86) *Mittelbare Stellvertretung*, sh. 39; *Umbau*, sh. 35 - 36.

(87) Bk. yukarıda § 8, not 237 - 245 ve bunlara ait metin.

(88) *Lehrbuch* § 128, not 6; *Vortrag*, sh. 46 vd.

(89) Tafsilât için bk. yukarıda § 8, V, 1, c.

(90) *Grünhuts Z.* 25 (1898), sh. 581 - 584.

(91) *Grünhuts Z.* 25 (1898), sh. 583 - 584.

## § 10, II

mahiyetine dayanmaktadır. Kaldı ki, üçüncü şahıs lehine şartta da, üçüncü şahsın dâva hakkının dayandırıldığı tarafların iradesi, böyle bir dâva hakkının zarurî olduğu hallere ait vazih olarak tesbiti mümkün olmayan şartların saklanması için kullanılan bir örtüden (*Deckmantel*), zaruret halinde başvurulmuş bir çareden (*Notbehelf*) başka bir şey değildir.

Von Tuhr daha sonraki bir yazısında (92), üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâva hakkını BGB § 991 f. II ye (93) kıyas yoluyla da haklı göstermeğe çalışmaktadır.

Von Tuhr'un fikrinde (94), üçüncü şahsın dâva hakkı, alacaklının üçüncü şahsın zararının tazminine dair dâva hakkıyla aynı zamanda doğar; üçüncü şahısla alacaklı arasında, müteselsil alacaklılığa benzer bir vaziyet mevcuttur. Bu teselsül, gerçek anlamında aktif teselsülden şu bakımdan farklıdır : Burada üçüncü şahıs alacağın kendisine edasını isteyeceği gibi, alacaklı da edanın yalnız üçüncü şahsa yapılmasını talep edebilir, kendisine ödemedede bulunulmasını isteyemez. Bununla beraber, borçlu, alacaklıya da ödemedede bulunarak borçtan kurtulabilir ve bu takdirde üçüncü şahsa alacaklıya müracaat etmesini söyleyebilir; fakat üçüncü şahıs borçluya kendisinin hakikî menfaat sahibi olduğunu bildirdiği veya bunu bilip de alacaklıya vâki edanın üçüncü şahsın eline geçmesi tehlikesinin (meselâ alacaklının aczi yüzünden) ortaya çıktığını öğrendiği andan itibaren artık alacaklıya ödemedede bulunmamasıdır. Tatbikatta üçüncü şahıs dâva hakkını daha ziyade alacaklının kendisine temlikten imtina ettiği hallerde kullanacaktır; zira üçüncü şahsın, doğrudan doğruya dâva hakkını kullanması takdirinde, hem alacaklının onun zararının tazminini istemeğe salâhiyetli olduğunu, hem de bu husustaki talep hakkını ona temlike mecbur kılan bir hukukî münasebetin mevcudiyetini isbat etmesi gerekir; temlik halinde bu sonuncu hususu isbata lüzum olmadığından üçüncü şahıs temliki tercih edecektir. Diğer taraftan, üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanınmasının alacaklının ona karşı hapis hakkına müteallik menfaatinin ileri sürmek imkânını selbetmesi de, alacaklının dâvaya müdahale etmesiyle önlenebilir; zira hapis hakkına müteallik menfaatinin bahis mevzuu olduğu nisbette alacaklı da bizzat mutazarrır vaziyetindedir.

---

(92) Kr VJ Schr, 47 (1907), sh. 96.

(93) Bk. yukarıda § 6, not 79 a ait metin.

(94) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 582 - 583.

Rodig (95), *de lege lata* üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımağa cevaz olmadığını ifade ettikten sonra, *de lege ferenda* böyle bir hakkın kabulünün iktisadî münasebetlere ve menfaatler vaziyetine uygun olacağını, tazmin edilecek menfaatin iktisadî bakımdan hâmilî olan üçüncü şahsa hukuken de alacaklı vaziyetinin bahşedilmesinin temenniye şayan bulunduğunu söylemektedir.

Üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanıma taraftarı olan Alman müellifleri bu hususta Fransız ve İngiliz hukukunu da örnek göstermektedirler (96).

Alman hukukçularından Müller (97), Alman Temyiz Mahkemesinin çok tenkid edilen (98) bir kararına (99) müsteniden, üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâva hakkını, borçlu ile üçüncü şahıs arasındaki zımnî bir akitten çıkarmağa çalışmaktadır; böyle bir akdin kabulü, tamamiyle aslı olmayan bir faraziyeden ibarettir (100); zaten böyle bir akdin mevcudiyeti üçüncü şahıs sıfatını bertaraf eder; kaldı ki, çoğu zaman borçlu, üçüncü şahsın mevcudiyetinden dahi haberdar değildir.

Tamamlayıcı tefsir nazariyesi taraftarlarından Zirkel (101), bu tefsir neticesinde tam üçüncü şahıs lehine şartın mevcudiyeti neticesine varmakta ve üçüncü şahsa doğrudan doğruya talep hakkı bahşetmektedir (102).

İsviçre hukukunda Gelpke (103), üçüncü şahsın doğrudan doğruya tazminat talebini müdafaa edenlerdendir. Bu müellife göre, üçüncü şahsın tazminat isteme salâhiyeti onun aracı şahsa karşı olan alacak hakkına değil, hukuken himayeye şayan menfaatin üçüncü şahısta tezahür etmesine dayanır. Üçüncü şahsın doğrudan doğruya dâva hakkına sahip olmasının hakkaniyete aykırı neticeler doğurmasını, hâkim, BK. md. 43 ün kendisine verdiği salâhiyetlerle

(95) Sh. 59 - 60.

(96) Bu hususta bk. yukarıda s 6, I, 3; III, 3; V, 2.

(97) DJZ, 1906, Spalte 167.

(98) Bk. Endemann, Vortrag, sh. 49; Müller - Erzbach, Mittelbare Stellvertretung, sh. 12; Laband, DJZ, 1903, sh. 262 vd.; Staub, DJZ 1904, Spalte 49.

(99) RGE, 52, sh. 366 vd.

(100) Aynı fikirde Kunze, sh. 104 - 105.

(101) NJW, 1956, sh. 1676.

(102) Karş. yukarıda not 2.

(103) Sh. 59 - 63, hususiyle sh. 61 - 62.

## § 10, II

önleyebilir. Eğer aracı şahıs (S), üçüncü şahsın zararını tazmin etmişse, tazminat borçlusuna (T ye) karşı haksız iktisap dâvası açabilir. Aracı şahsın da bir zararı varsa, meselâ üçüncü şahsa karşı hapis hakkına müteallik menfaatini (*Retentionsinteresse*) ileri sürmek imkânını kaybetmişse, borçlunun üçüncü şahsa ödeyeceği tazminat da bu nisbette indirilir ve aracı şahıs da kendi zararının tazminini borçludan isteyebilir.

İsviçre hukukçularından Wolf da (104), şu hallerde üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanınması taraftarıdır :

1) Böyle bir hakkın tanınması aracı şahsın borçluya karşı izhar ettiği iradesine veya tahmin olunan maksadına (*mutmassliche Intentionen*) uygun ise (105);

2) Bu hak, sarih bir beyana veya hüsnüniyet kaidelerine müsteniden, mutazarrır üçüncü şahısla aracı şahıs arasındaki bir hukukî münasebetten çıkarılabiliyorsa (106);

3) Kendisi de tazminatla mükellef olan aracı şahıs, bu mükellefiyetini yerine getiremezse (107);

4) Aracı şahıs ile borçlunun yaptığı akit, üçüncü şahsın hukukî sahasına objektif olarak hukuka aykırı bir müdahale teşkil ediyorsa (108); bununla beraber aracı şahsın hüsnüniyetli olması halinde onun muhik menfaatleri haleldar olmamalıdır.

### 2. Üçüncü şahsa yalnız edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerde doğrudan doğruya tazminat talebi bahşedilmesi fikri.

Üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesi taraftarları, umumiyetle, bu gibi akitlerin bahis mevzuu olduğu hallerde üçüncü şahsa doğrudan doğruya akdî borçludan

---

(104) Sh. 327.

(105) Burada tamamlayıcı tefsir nazariyesine yakın bir görüş tarzı müşahede etmek kabildir.

(106) Wolf, burada S nin Ü ye tazminat alacağını takip ve tahsil için salâhiyet verdiği (sh. 302) veya böyle bir salâhiyetin hüsnüniyet kaidelerinden çıkarılabildiği (sh. 310 - 311) halleri kasetmektedir.

(107) Wolf (sh. 312), bu esası, aracı şahsın borç ödemediği aczi halini göz önünde tutarak koymaktadır.

(108) Wolf (sh. 312 - 326), burada aracı şahsın başkasına ait şey hakkında akit yapan hüsnüniyetli veya suiniyetli zilyed olması veya vekâletsiz iş gören sıfatıyla hareket etmesi hallerini gözönünde tutmaktadır.

## § 10, II

tazminat talebinde bulunmak salâhiyetini tanımaktadırlar (109). Bu nazariyenin esaslarını ve yalnız üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı şahsa müteallik zarar hakkında tatbik edildiğini daha yukarıda anlatmıştık; bu itibarla, burada o bahse (110) atıfla iktifa edeceğiz.

Gernhuber de (111), üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla şahsa müteallik bir zarara uğradığı hallerde, âdet hukukuna müsteniden doğrudan doğruya borçluya karşı dâva hakkına sahip olduğu kanaatindedir (112).

Üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler nazariyesi ve Gernhuber'in bahsettiği âdet hukuku kaidesi, Alman Temyiz Mahkemesinin, tamamlayıcı tefsir yoluyla, edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gören üçüncü şahıs lehine tam şart tanıyan içti-hadlarının inkişafı neticesinde ortaya çıktığından, üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı bahşedilmesi bu inkişafı izah edilebilir.

### 3. Üçüncü şahsa yalnız alacaklının tazminat talebini ileri sürmekten ve temlikten imtinai veya iflâsı gibi hallerde doğrudan doğruya dâva hakkı tanınması fikri.

Yalnız alacaklının tazminat talebini ileri sürmekten ve temlikten imtinai veya iflâsı gibi, üçüncü şahsın tazminatı tamamen veya kısmen elde edememesi tehlikesini doğuran hallerde, üçüncü şahsa doğrudan doğruya borçluya karşı dâva hakkı tanınması fikri İsviçre hukukunda von Tuhr tarafından (113), ortaya atılmış ve diğer bazı İsviçre müellefleri de (114), bu fikre iltihak etmişlerdir (115). Yanılmıyorsak, Federal Mahkeme bu mevzuda henüz içtihadını belirtmek fırsatını bulamamıştır (116).

Von Tuhr (117), Alman hukukunda üçüncü şahsın hakkının

(109) Bk. yukarıda s 6, IV, 3, not 136 ya ait metin.

(110) Bk. yukarıda s 6, IV, 3 ve s 8, IV, 3.

(111) Sh. 274.

(112) Bk. yukarıda s 8, V, 3, not 283 e ait metin.

(113) Von Tuhr - Siegwart, sh. 552 - 553, not 123 e ait metin.

(114) Ezcümle Glasson, sh. 82; Barth, sh. 87.

(115) Türk hukukunda da Arsebük (sh. 789, not 166 ve buna ait metin), von Tuhr'un fikrini benimsemiştir.

(116) Bk. Thorens, sh. 39 - 42.

(117) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 581 - 584. Yukarıda not 90 - 91 e ait metne bk.

## § 10, II

yukarıda zikri geçen haller dolayısıyla tehlikeye düşmesini, üçüncü şahsa sadece bu hallere münhasır olmaksızın, umumî surette doğrudan doğruya tazminat talebi bahşetmek için bir mucip sebep olarak ileri sürmekte, bu hallerin tesbiti borçlu için her zaman kolay olmayacağı cihetle, üçüncü şahsın doğrudan doğruya tazminat talebini mezkûr hallere hasretmemektedir. Buna mukabil, İsviçre hukukunda, von Tuhr (118), esas itibariyle tazminat talebini alacaklıya tanımakta ve onun kaideten tazminatı sadece üçüncü şahsa ödenmek üzere isteyebileceğini, ancak istisnaen üçüncü şahs alacaklıya tahsil salâhiyeti vermişse veya BK. md. 43 e göre tazminatın tarzını tâyin hususunda takdir hakkı bulunan hâkim, alacaklının aldığı tazminatı üçüncü şahsa vereceği kanaatinde bulunuyorsa, alacaklının tazminatın bizzat kendisine ödenmesini talep edebileceğini beyan eylemektedir. Diğer taraftan, von Tuhr'a göre (119), İBK. md. 401 f. I (BK. md. 393 f. I) (120), İBK. md. 399 f. III, (BK. md. 391 f. III) (121) ve İBK. md. 754, (TK. md. 309 f. I - II) (122) de ifadesini bulan fikrin kıyasen teşmili suretiyle, üçüncü şahsa, hiç olmazsa, alacaklının sebepsiz olarak tazminat talebini dermeyandan ve temlikten imtina etmesi veya alacaklıya karşı tâkibin ehemmiyetli güçlükler arzetmesi yüzünden, alacaklı vasıtasıyla tazminatı elde edemeyeceği hallerde, borçluya karşı doğrudan doğruya kendisine ait bir dâva hakkı tanınmalıdır.

Friedrich (123), yukarıda zikri geçen hükümlerin istisnaî mahiyet taşımaları itibariyle teşmiline cevaz olmadığı, zaten böyle bir teşmil hususunda hissedilir bir ihtiyacın da şimdiye kadar başgöstermediği, mamelekî kıymetleri hakkaniyet mülâhazalarıyla iflâs masasından ayırma imkânını tanıyan istisnaî hükümlerin hâkimin kanundaki boşlukları doldurması yoluyla genişletilmesinin doğru olmadığı, bu hususta yeni istisnaların tanınmasının borçlar ve eşya hukukunun prensiplerini tehlikeye düşüreceği fikrindedir.

Kanaatimizce, üçüncü şahsın zararının tazmininin esas itibariyle kabul edildiği hallerde alacaklıya üçüncü şahsa ödenmek üze-

---

(118) Von Tuhr - Siegwart, sh. 553, not 121 e ait metin.

(119) Von Tuhr - Siegwart, sh. 553 - 554.

(120) Bk. yukarıda § 5, II. İBK. md. 401 (BK. md. 393) ün kıyasen teşmili aleyhinde : Thorens, sh. 127.

(121) Bk. yukarıda § 4, II, 3.

(122) Bk. yukarıda § 4, III, 2.

(123) Sh. 88.

re tazminat talebinde bulunmak imkânı tanınması, borç münasebetinin nisbiliği prensibine hâlel getirmez ve aynı zamanda alacaklının icabında hâlis hakkına müteallik menfaatini de korumasını mümkün kılar. Alacaklının sebepsiz olarak tazminat alacağını tâkip ve üçüncü şahsa temlikten imtina etmesi halinde, üçüncü şahsın, ona karşı borçlarını yerine getirmiş olmak kaydıyla, ona kanunen hâlef olmasında da bir mahzur yoktur; zira zaten bu tazminat alacağı alacaklının mamelekinde kalmağa mahsus bir kıymet değildir. Bu hâlefiyet hususunda BK. md. 393 f. I in kıyasen tatbiki yoluna gidilebilir. Hâlefiyet ânını tesbitin güçlükleri, temlikten imtina halinde üçüncü şahsın alacaklıya temlik için bir mehil vermesi suretiyle bertaraf edilebilir; üçüncü şahıs, mehil zarfında alacaklı menfi cevap verirse, bu cevabı alınca, yahut alacaklı sükût ederse mehlin sonunda, borçluya artık alacaklıya ödemedede bulunmamasını bildirebilir; bu tebliğin vusulü ânı hâlefiyet ânı sayılabilir; iflâs halinde ise, iflâsın açılması ânı hâlefiyete mebde ittihaz edilebilir. Borç münasebetinin nisbiliği prensibine sıkı surette bağlı kalınmazsa hâlefiyeti gerektiren hallerde üçüncü şahsa doğrudan doğruya dâva hakkı tanımak ve bu hususta BK. md. 391 f. III ve TK. md. 309 f. I ve II yi kıyasen teşmil etmek de kabildir.

### III — Borçlunun ileri sürebileceği itirazlar.

#### 1. Takas itirazı.

Üçüncü şahsın zararını tazminle mükellef olan kimsenin (T nin), hakkını ihlâl ettiği kimseden, alacaklıdan (S den) olan bir alacağına binaen takas beyanında (124) bulunmasına cevaz olup olmadığı münakaşalıdır. Bu meselenin hal sureti, her şeyden önce, üçüncü şahsın zararını tazmin talebinin kimin tarafından ve kime ödenmek üzere ileri sürülebileceği hakkında kabul edilen görüş tarzına bağlıdır. Eğer üçüncü şahsa zararının tazmini için doğrudan doğruya talep hakkı tanınır ve hakkı ihlâl edilen kimseye (S ye), bu tazminatı istemek hususunda hiçbir salâhiyet bahşedilmezse, tazminat borçlusunun (T nin) S den olan alacağını Ü nün kendisinden

(124) Takasın teknik mânâda bir defi (Einrede) değil, bir itiraz (Einwendung) olduğu hakkında bk. von Tuhr - Siegwart, s 79, not 12 - 13 e ait metin, sh. 648.



### § 10, III

olan tazminat alacağıyla, taraflar aynı olmadığı cihetle, takas edememesi gerekir. Tazminat talebini yalnız hakkı ihlâl edilenin, alacaklının ileri sürebileceği kabul edilirse, takas edilecek alacakların alacaklı ve borçluları arasında hiç olmazsa şeklen aynıyet bulunacağı cihetle takas imkânı münakaşa edilebilir. Bu mevzuda aşağıdaki fikirler ileri sürülmüştür :

a) Tazminatı alacaklının kendisine ödenmek üzere isteyebileceği düşüncesinde olan bazı müelliflere göre (125), tazminat borçlusunun, alacaklıdan olan bir alacağına binaen, tazminat alacağını takas yoluyla ortadan kaldırmasına bir mâni yoktur (125a); tazminat alacağının üçüncü şahsın zararının tazminine müteallik olması takasa engel teşkil etmemelidir.

b) Tazminatı alacaklının (S nin) ancak üçüncü şahsa ödenmek üzere talep edebileceği görüşünün taraftarları (126), T nin S den olan bir alacağını, S nin Ü ye ödenmek üzere isteyebileceği tazminat alacağıyla takas edemeyeceği neticesine varmaktadırlar; bunlara göre, her iki alacağın mevzuları arasında mümaselet (*Gleichartigkeit*) mevcut olmadığı cihetle takas caiz değildir.

Tazminatı alacaklının kendisine ödenmek üzere isteyebileceği fikrinde olanlardan Nebelsieck (127), daha yukarıda da işaret ettiğimiz veçhile (128), tazminatın alacaklı tarafından yalnız üçüncü şahsa ödenmek üzere istenebilmesi görüşünü, borçluyu alacaklıya karşı olan takas imkânından mahrum etmesi bakımından tenkid etmektedir. Buna mukabil Kunze (129), alacaklının yalnız üçüncü şahsa tediye edilmek üzere tazminat talebinde bulunabilmesi neticesinde, bahis mevzuu takas imkânının ortadan kalkmasında hakkaniyete aykırı bir cihet bulunmadığı kanaatinde; zira, borçluya hasılası üçüncü şahsa tahsis edilmesi lâzım gelen bir alacağı alacaklının bir borcu dolayısıyla sukut ettirmek imkânı tanınırsa, bu tah-

---

(125) Ezcümle Krückmann, ACP, 139 (1934), sh. 65, not 30; Jher. Jb. 56 (1910), sh. 309; Nebelsieck, sh. 50 - 51.

(125a) Krückmann'ın fikrinde (Jher. Jb. 56 -1910-, sh. 310), borçlu, üçüncü şahsın zararının tazminine dair alacağı, üçüncü şahıstaki bir alacağıyla da takas edebilir. Aynı fikirde Endemann, Lehrbuch, 1, s 128, Anm. 7.

(126) Ezcümle Reinhardt, sh. 118 - 119; Kunze, sh. 62 - 63.

(127) Sh. 51 - 52.

(128) Bk. yukarıda not 28.

(129) Sh. 62.

sis cihetine aykırı hareket edilmiş ve tazminatın üçüncü şahsın eline geçmesi güçleştirilmiş ve hattâ bazan fiilen imkânsız hale sokulmuş olur.

Reinhardt'ın fikrinde de (130), borçlunun takas imkânının bulunmaması hakkaniyete aykırı değildir; çünkü, tazminat talebi doğmazdan önce, zaten borçlunun böyle bir takas imkânı yoktur; borçlunun akde aykırı hareketiyle bir tazminat borcu altına girmek suretiyle mevcut alacağıyla takas imkânını kazanması doğru olmaz. Kanaatimizce, Reinhardt'ın bu delili pek isabet arzetmemektedir; filhakika bu delil kabul edilecek olursa, tazminat borçlularının hiç bir vakit bu borçlarını daha önceden mevcut bir alacaklarına müsteniden takas yoluyla sukut ettirememeleri gerekir.

c) Von Tuhr (131), akdin in'ikadı ânında üçüncü şahsın menfaatlerinin bahis mevzuu olduğunu bilmeyen borçlunun, yaptığı akdin neticelerinin kendisi ile alacaklı arasında inkişaf etmesini, çözümlenmesini talep edebileceğini belirterek, borçlunun takas imkânından mahrum kalmasının neticesini hafifletecek bir hal çaresi teklif etmektedir. Borçlu (T), tazminatı üçüncü şahsa ödenmek üzere talep edebilecek olan alacaklıya (S ye), bir nevi *datio in solutum* teşkil edecek şekilde bir miktar para vereceği yerde (132), alacaklıya onda olan bir alacağını üçüncü şahsın zararının ödenmesi için karşılık olarak gösterebilir. Başka bir deyimle, borçlu, kendi mukabil alacağından feragat ederek, alacaklının bu alacak nisbetinde üçüncü şahsın zararının tazminini deruhte etmesini ondan talep edebilir. Burada, gerçek anlamında bir takas yoktur, zira alacaklar arasında mümaselet bulunmamaktadır. Kaldı ki, borçlunun mukabil alacağı da yaptığı beyanla kat'i olarak ortadan kalkmamakta, ancak alacaklı üçüncü şahsa tazminatı ödediği anda, bu alacak da kıymeti bu işe tahsis edilmiş olduğundan, sukut etmektedir.

Kunze (133), tamamlayıcı tefsir nazariyesini kabul ettiğinden, von Tuhr'un ileri sürdüğü, akitte üçüncü şahsın menfaattar bulunduğundan haberdar olmama keyfiyetinin, kendi nazariyesinden hareket edilirse bahis mevzuu olmayacağına işaret etmektedir. Diğer taraftan, yine aynı müellife göre, borçlunun, alacaklıdan üçün-

(130) Sh. 119.

(131) Grünhuts Z. 25 (1898), sh. 572.

(132) Bk. yukarıda not 22 - 23 e ait metin.

(133) Sh. 63.

## § 10, III

cü şahsa tazminatın ödenmesi işinin zahmet ve mes'uliyetini üzerine almasını talep edebilmesi, alacaklıya âdilane olmayan bir külfet yüklenmesini mucip olacağı cihetle tasvibe şayan değildir.

### 2. Üçüncü şahsın şahsı ile alâkalı bazı itirazlar.

Üçüncü şahsın zararının tazminine dair talep hakkı alacaklıya tanındığı takdirde, zararın tâyininde şahsı nazara alınan üçüncü şahsın, tazminatın tenkisi veya bertaraf edilmesi bakımından da şahsının, hususiyle müterafık kusur veya zarara rıza gösterme gibi şahsı ile alâkalı itirazların nazara alınıp alınmayacağı meselesi ortaya çıkar. Eğer tazminat talebi doğrudan doğruya üçüncü şahsa bahşedilirse, bu takdirde de hakkı ihlâl edilen kimsenin, alacaklının müterafık kusurunun veya zarar verici fiile rızasının tazminat talebi üzerindeki tesirini incelemek gerekir. Şimdi bu meseleleri ayrı ayrı ele alalım :

#### a) Üçüncü şahsın müterafık kusuru.

Gerek BGB § 254 de, gerek BK. md. 44 f. I (İBK. md. 44 f. I) de, tazminatın tenkisi sebebi olarak sarahaten «*mutazarrırın*» kusuru veya fiili zikredildiği ve zarar da üçüncü şahsa ait olduğu cihetle, bu hükümler, üçüncü şahsın zararının tazmini alacaklı tarafından talep edilse dahi, üçüncü şahsın müterafık kusurunun tazminatın tenkisi veya tazminata hiç hükmolunmaması bakımından nazara alınmasını gerektirir; kaldı ki, mezkûr hükümlerin lâfzındaki sarahat bir tarafa bırakılsa dahi, bunların gayesi de bizzat üçüncü şahsın kusuruyla sebebiyet verdiği zararın tazmininin borçluya yükletilmemesini gerektirir (134).

#### b) Üçüncü şahsın rızası.

Rızanın fiilin hukuka aykırılığını bertaraf edebildiği hallerde (135), mutazarrır üçüncü şahsın rızası, onun müterafık kusuru hakkında ileri sürdüğümüze benzer mülâhazalarla, tazminat mükellefiyetini ortadan kaldırmalıdır. Filhakika, üçüncü şahıs başkasının hakkının ihlâli dolayısıyla kendisine bahşedilen himayeden faydalanmak istemiyorsa, bu himaye de mevzuunu kaybedecektir (136).

---

(134) Reinhardt, sh. 125.

(135) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 31 - 32.

(136) Reinhardt, sh. 126; Blomeyer, sh. 226.

Üçüncü şahıs zarara uğradıktan sonra tazminattan vazgeçmişse, yine tazminat talebi ortadan kalkmalıdır; zira alacaklı, üçüncü şahıs lehine böyle bir talepte bulunarak onu istemediği bir meblâğı zorla almağa icbar edemez; tazminatı, üçüncü şahsın istememesine rağmen, alacaklı tahsil edip kendisine alıyorsa bir haksız iktisapta bulunmuş olur. Tazminat alacağı kendisine ait değildir diye, üçüncü şahıs bunun üzerinde feragat suretiyle tasarruf edemez tazminatta bir muhakeme yürütmek isabetli olmaz (137).

c) İhlâl edilen hak sahibinin, alacaklının müterafık kusuru veya rızası.

İhlâl edilen hak sahibinin veya alacaklının müterafık kusuru veya zarar verici fiile rızası nazara alınarak üçüncü şahsın zararına müteallik tazminat tenkis veya bu tazminata hükmolunmasından sarfınazar edilebilecek midir?

Alman doktrininde (138) ve mahkeme içtihadlarında (139), hâkim olan görüşe nazaran, alacaklı, üçüncü şahsın kanunî mümessili veya ifa için yardımcı şahsı olmasa dahi, BGB § 254 teşmilî bir surette tefsir edilerek, ihlâl edilen hak sahibinin, alacaklının müterafık kusuru da tazminatı tenkis sebebi olarak nazara alınmalıdır; gerçi, mezkûr hükümde «mutazarrırın kusurundan» bahsedilmekte ve ihlâl edilen hak sahibi veya alacaklı borçlunun fiilinden, akde aykırı hareketinden bir zarar görmemiş bulunmakta ise de, hak sahibine, akdî alacaklıya ait himayenin kendisine teşmilinden faydalanan üçüncü şahıs, bunun karşılığını teşkil eden mahzurlara da katlanmalıdır; binaenaleyh, üçüncü şahıs nasıl başkasının hakkını ihlâline istinad edebiliyor, başkasının yaptığı akdi ileri sürebiliyorsa, ihlâl edilen hak sahibinin, akdî alacaklının müterafık kusurunun ona karşı dermeyeran edilebilmesi de hakkaniyet icabıdır. Zaten bu esas BGB § 334 de de ifadesini bulmuştur; mezkûr hükme göre üçüncü şahıs lehine şartta, edayı taahhüt ettiren şahsa karşı olan ve akitten doğan itirazlar, lehdar üçüncü şahsa karşı da ileri sürülebilir.

---

(137) Reinhardt, sh. 126. Yukarıda not 25 e de bk.

(138) Reinhardt, sh. 125 - 126; Esser, s 88, 1, b; Kunze, sh. 57 - 58; Rodig, sh. 39 - 42; Schott, sh. 51 - 53; von Caemmerer, Festschrift Deutscher Juristentag, 1960, II, sh. 49, 61; Wussow : Unfallhaftpflichtrecht, 6. Aufl., Nr. 684, sh. 327. Bk. yukarıda § 8, not 195 ve buna ait metin.

(139) BGHZ, 33, sh. 250; OLG Breslau, JW, 1930, sh. 32, 43.

### § 10, III

Yalnız, üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akıtlarda üçüncü şahsa doğrudan doğruya tazminat talep etmek salâhiyetini tanıyan Larenz (140), üçüncü şahsın burada kendi zatına ait müstakil bir dâva hakkını haiz bulunduğunu, binaenaleyh akdî alacaklının müterafık kusurunun, alacaklı, üçüncü şahsın kanuni mümessili veya yardımcı şahsı olmadıkça, üçüncü şahsa karşı ileri sürülmesinin doğru olmayacağını beyan eylemektedir.

Türk - İsviçre hukukunda, adam ölmesi neticesinde yardımcıdan mahrum kalan şahısların, ölenden intikal etmeyen, müstakil bir dâva hakkına sahip oldukları kabul edilmekle (141), beraber, ölenin müterafık kusurunun veya rızasının yardımcından mahrum kalanların tazminat talebi bakımından da nazara alınacağı fikri müdafaa edilmektedir (142). Bu görüşü, Alman doktrininde hâkim olan kanaatin mucip sebebinin teşkil eden mülâhazalarla, kanunda derpiş edilmemiş olan üçüncü şahsın zararını tazmin hallerine de teşmil etmek, yani bütün bu hallerde, ihlâl edilen hak sahibinin veya alacaklının müterafık kusurunun üçüncü şahsa karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmek yerinde olur.

Eğer ihlâl edilen hak sahibi veya alacaklı ile üçüncü şahıs arasında bir hukukî münasebet mevcut ve hak sahibinin veya alacaklının müterafık kusuru bu münasebet mucibince üçüncü şahsa karşı da bir kusur teşkil ediyorsa, üçüncü şahıs tazminatın tenkisi veya ortadan kalkması dolayısıyla uğradığı zararın tazminini ihlâl edilen hak sahibinden veya alacaklıdan isteyebilir (143).

---

(140) Bd. I, sh. 121, not 6.

(141) Marti, sh. 73 vd.; Fehr, sh. 31 vd.; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s 13, sh. 299, not 13 ve buna ait metin.

(142) EGE 53 II 124; 64 II 423; Marti, sh. 109 vd.; Fehr, sh. 32 - 34; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s 20, not 38 ve buna ait metin; Tem. 4. H. D. 15.2.1947, E. 93/K. 582, Emsal, sh. 53.

(143) Reinhardt, sh. 126, not 146.

## NETİCE

I — Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, gerek akit dışı, gerek akdî mes'uliyette, tazminat talebinde bulunmağa salâhiyetli şahısların sahasının bazı prensiplerle tahdidi neticesinde ortaya çıkmaktadır.

Akit dışı mes'uliyette, tazminatın mes'uliyeti mucip fiil veya vakıya uygun illiyet rabitasıyla bağlı bütün zararlı neticeleri karşılayacağı esası kabul edildiği cihetle, tazminat borçlusunu çok ağır külfetler altına sokmamak için, onun, dolayısıyla zarar gören şahısların zararından mes'ul olmayacağı görüşü doktrinde ve mahkeme içtihadlarında hâkim bulunmaktadır. Ancak, hakkaniyet, bazı hallerde başkasının hukuken korunan bir varlığının ihlâlinden dolayısıyla zarar gören üçüncü şahısların da zararının tazminini gerektirmektedir. Böylece, akit dışı mes'uliyette, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, *dolayısıyla zarar gören şahsın zararının tazmin edilmeyeceği kaidesine* ne nisbette istisnalar tanımak gerektiği şeklinde kendini göstermektedir.

Akdî mes'uliyette ise, akde müsteniden tazminat isteyebileceklerin sahası, *akitlerin nisbiliği prensibiyle* sınırlanmaktadır. Akitte, borç münasebetinde taraf olmayanlar, borçlu tarafından akdin, borç münasebetinin kendisine yüklediği vazifelerin ihlâl edilmesi yüzünden zarar gördükleri takdirde, kaideten bu akde veya borç münasebetine dayanarak tazminat isteyemezler. Akdî mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi de, bu kaidenin istisnalarını, yahut daha doğru bir deyimle, akdin ihlâlinden zarara uğrayan üçüncü şahısların zararlarının telâfisine ne nisbette cevaz tanınması gerektiğini tesbitle alakalıdır.

Akitlerin nisbiliği prensibi, akit dışı mes'uliyette de ihlâl edilen hukukî varlık üzerinde sadece bir alacak hakkı bulunan üçüncü şahısların tazminat isteyebilmesine esas itibariyle engel olmaktadır.

## Netice

Üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin meydana çıkmasına yol açan veya bu meselenin hallini güçleştiren diğer bir esas da, *tazminatın hesaplanmasında yalnız tazminat alacaklısının kendi menfaatinin nazara alınabileceği esastır.*

Filhakika, üçüncü şahsın zararının bahis mevzuu olduğu hallerde, ekseriya, hukuken korunan varlığın veya akdin ihlâli yüzünden tazminat isteyebilecek vaziyette olan kimsenin kendisine ait mamelekî bir menfaat haleldar olmamakta veya onun tazmini gereken menfaati, üçüncü şahsın menfaatini karşılamamaktadır. Bu itibarla, ancak tazminat alacaklısının, yalnız kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği dogması reddedilir veya buna istisnalar tanırsa, üçüncü şahsın zararının, hukuken doğrudan doğruya korunan varlığı ihlâl edilen şahıs veya akdî alacaklı aracılığıyla tasfiyesi kabil olur. Şu halde, üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi, alacaklının yalnız kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği esasının sağlam bir mesnede dayanıp dayanmadığı veya bu esasa istisnalar getirmek mümkün olup olmadığı hususlarıyla da alâkalıdır.

II — Üçüncü şahsın zararının tazminini, bazı hallerde, mevcut kanunî hüküm ve müesseselere başvurmak suretiyle sağlamak kabilir.

Her şeyden önce, tazminat alacaklısı üçüncü şahsa karşı onun zararını tazminle mükellef ise, üçüncü şahsın zararı aynı zamanda alacaklı için de bir zarar teşkil eder; alacaklı, üçüncü şahsın menfaatinin kendisinin mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaati olarak ileri sürebilir.

Bir kısım hallerde de akde aykırı hareket eden borçlunun, bu yüzden zarar gören üçüncü şahsa karşı akit dışı mes'uliyeti bahis mevzuu olur. Borçlunun akde aykırı hareket tarzı, aynı zamanda, umumî bir vazife yükleyen bir hareket tarzı kaidesinin ihlâlini tazammun ediyorsa veya üçüncü şahsa zarar vermede, aynı zamanda, kusura dayanmayan akit dışı mes'uliyet hallerinden birinin şartları tahakkuk etmiş bulunuyorsa vaziyet böyledir. Borçlunun üçüncü şahsa karşı akit dışı mes'uliyeti bakımından, bilhassa, gerekli tedbirleri almaksızın başkalarını tehlikeye mâruz bırakıcı bir faaliyette bulunan veya piyasaya üçüncü şahıslar için tehlikeli ayıpları muhtevî mallar çıkaran kimsenin mes'uliyetine dair esaslar ehemmiyet taşır. Alacak hakkının ihlâli neticesinde zarar gören üçüncü şahsın, bazan da BK. md. 41 f. II ye (BGB § 826 ya) veya zilyedliğin hima-

## Netice

yesine veya iadesine dair esaslara müsteniden tazminat elde etmesi kabildir.

Üçüncü şahsın zararının tazmini için kanunî bir rücu hakkından veya kanunî halefiyetten faydalanabilmesinin imkân dahilinde olduğu haller de mevcuttur.

Aynî ikame esası, üçüncü şahsın zararının tazminine bir mesnet olarak değil, fakat sadece alacaklının üçüncü şahsın menfaatinin tazminini talep edebileceği kabul edilirse, bu talep hakkını üçüncü şahsa temlik mükellefiyetine mesnet olmak bakımından ehemmiyet arzedebilir.

Buna mukabil, üçüncü şahıs lehine şart, hele tamamlayıcı tefisir yoluna da başvurursa, bir çok hallerde, üçüncü şahsın zararını karşılamak imkânını bahşeder. Nâdir olarak ortaya çıkan bir takım ihtimallerde üçüncü şahsın zararının tazmini için vekâletsiz iş görme müessesesine de başvurulabilir.

III — Yukarıdaki umumî esaslar dışında, kanunun bazı hususî hükümlerinde üçüncü şahsın zararının tazmini bilhassa derpiş edilmiş ve üçüncü şahsa, mes'ul olan kimseye karşı, doğrudan doğruya dâva hakkı tanınmıştır.

Adam ölmesi halinde yardımcıdan mahrum kalanların tazminat talebiyle alâkalı BK. md. 45 f. II (İBK. md. 45 f. III; BGB § 844 f. II), vekilin vekilinin akde muhalefeti yüzünden müvekkilin ona karşı doğrudan doğruya tazminat talebini tanıyan BK. md. 391 f. III (İBK. md. 399 f. III), anonim şirket pay sahiplerine ve alacaklılarına, şirket kurucularına, idare meclisi âzalarına, müdürlerine, murakıplarına ve tasfiye memurlarına karşı tazminat dâvası açmak imkânını veren TK. md. 309 f. I ve md. 224 f. III (İBK. md. 754) bahsi geçen hususî hükümler meyanında sayılabilir. Diğer taraftan, kiralayana alt kiracıyı birinci kiracının yaptığı akde uygun olarak şeyi kullanmağa riayet ettirme salâhiyetini bahşeden BK. md. 259 f. III (İBK. md. 264 f. III) de, bu hususta sarahat ihtiva etmemesine rağmen, kanaatimizce, gayesi itibariyle, icabında kiralayanın alt kiracıya karşı tazminat talebini de tazammun etmektedir. Bu hükümler istisnaî mahiyet taşıdıkları cihetle, bunların teşmilen tatbiki suretiyle, üçüncü şahısların uğradıkları bütün zararların tazmininin gerekeceğini kabul etmek doğru olmaz. Şu kadar ki, bu hükümlerin kanunda yer almış olması, üçüncü şahsın zararının tazmin



## Netice

edilmeyeceği hususunda mutlak bir kaidenin konamıyacağını göstermek bakımından ehemmiyetlidir. Kanun üçüncü şahsın zararının tazmini hakkında bir takım istisnalar kabul edince, menfaatler vaziyetinin adalete göre takdirinin gerektirdiği diğer bazı hallerde de bu nevi zararın tazmini için yazılı olmayan hukuka müstenid başka istisnalar tanımak icap eder.

IV — Bir kimsenin hukuken korunan bir varlığının ihlâli neticesinde bir üçüncü şahsın zarara uğradığı ve bu zararın tazmininin adalete uygun olduğu, fakat bu husustaki tazminat talebini umumî esaslara, başka müesseselere veya mevcut kanun hükümlerine istinad ettirmenin kabil olmadığı durumlar da mevcuttur. Gerçek anlamında, dar anlamında üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi bu gibi durumlarda ortaya çıkar. Bahis mevzuu durumlarda üçüncü şahsın zararının tazmini, ancak mevcut prensipleri, mefhumları ve kanun hükümlerini zorlamak veya kanunda bu hususta boşlukların mevcut olduğu açıkça kabul edilerek yazılı olmayan hukuka başvurmak suretiyle sağlanabilir.

Dar anlamda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin kendisini gösterdiği durumların başlıcaları şu kategorilerde toplanabilir :

1. Vasıtalı temsil suretiyle yapılan mukavelelerde, temsil olunanın kendi hesabına aktedilen akitten doğan borcun ifa edilmemesi dolayısıyla zarara uğraması. Bu gibi hallerde, akdî alacaklı, vasıtalı mümessildir; fakat onun bir zararı yoktur. Temsil olunanın zararı vardır; fakat akitte taraf olmadığı için akdî tazminat talebinde bulunamaz.

2. Hasarın üçüncü şahsa intikal ettiği haller. Bu neviden hallerde bir alacak hakkı dolayısıyla ileride bir şeyin mülkiyetinin kendisine devredileceği şahsa, mülkiyetin intikalinden önce hasar intikal etmiş ve hasarın intikalinden sonra, fakat mülkiyetin devrinden önce şeye bir zarar ika olunmuş bulunmaktadır. Şeyi temlikle mükellef olan ve henüz malik vaziyetinde bulunan kimse, hasarın temellük edecek şahsa ait olması dolayısıyla, bir zarara uğramamıştır; buna mukabil, şeyi temellük edecek şahıs, bu hususta sadece bir alacak hakkına sahip olduğundan, zararının tazminini şeye zarar ika edenden isteyemeyecektir.

3. Üçüncü şahsa ait şeye taallük eden akitlerde karşı âkidin sadece akde aykırı hareketiyle şeye zarar ika ettiği haller.

Bu hallerin bir kısmında, başkasına ait şeyin fer'i zilyedliğinin devredildiği akitlerde karşı âkidin sırf akde aykırı bir hareketiyle şeye zarar vermesi bahis mevzuudur. Başkasına ait şeyin zilyedliğinin devredildiği akitler de başlıca iki surette ortaya çıkabilir :

a) Başkasına ait bir şeyin hüsnüniyetli, fakat gerçekte hakkı bulunmayan zilyedi, bu şeyin fer'i zilyedliğini, borç doğuran bir mukavele mucibince bir diğer şahsa devretmiş olabilir.

b) Başkasına ait bir şeyin mahdut bir aynî hakka yahut bir alacak hakkına binaen zilyedi olan kimse, bu şeyin fer'i zilyedliğini yine borç doğuran bir mukavele mucibince bir diğer şahsa temlik etmiş bulunabilir.

Her iki halde de, şeyin fer'i zilyedliğini devralan şahıs sadece mukavelenin kendisine yüklediği bir borca aykırı hareket ederek şeye zarar ika ederse, asıl malik, bu akitte taraf olmadığı için, ondan akdî tazminat talebinde bulunamaz.

Bazan da, başkasına ait şeyin zilyedliği devredilmeksizin, fer'i zilyedin onunla alâkalı olarak yaptığı bir mukaveleye karşı âkidin riayetsizliği, bu akitte taraf olmayan, şeyin malikinin zararını mucip olabilir.

4. Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı haller. Bu hallerde, borç münasebetinin mahiyeti icabı borçlunun edasına bağlı olan tehlikeler, en az alacaklı için olduğu derecede, onun çevresinde bulunan bazı üçüncü şahısları da tehdit eder, veya borçlunun edası için kullandığı yardımcı şahıslar, edanın yapılacağı alacaklıya ait sahadaki emniyet noksanlığından en az bizzat borçlu kadar zarara uğramak tehlikesine mâruz bulunurlar. Bu gibi durumlarda, üçüncü şahıs bir zarara uğradığı takdirde, onun bazan akit dışı mes'uliyete dair hükümlerden faydalanması mümkündür; fakat böyle bir imkân bulunmadığı veya mutazarrır üçüncü şahıs akdî mes'uliyete dair daha elverişli hükümlerden istifade etmek istediği takdirde, onun yapılan edayı derpiş eden akde istinad ederek tazminat isteyip isteyemeyeceği meselesi ortaya çıkar.

5. Zincirleme akitlerde ilk akdin ihlâli dolayısıyla, bu akde nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde olan, sonraki akitlerin taraflarından birinin zarara uğraması. Muayyen bir şeye taallük etmek ve her seferinde taraflardan biri değişmek üzere birbirini tâkiben müteaddit akitler yapılabilir. Bu zincirleme akitlerden birinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi dolayısıyla sonraki akitlerden biri-

## Netice

nin karşı tarafının zarara uğraması mümkündür. Bazan mutazar-  
rın kendisiyle akit yaptığı şahıstan tazminat isteyebilmesi ve onun  
da kendi karşı âkidine mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaa-  
tine müsteniden rücu edebilmesi kabil olur. Fakat bazan da, kabul  
ettiği bir mes'uliyetten beraet şartı veya aralarındaki akdin mahi-  
yeti (meselâ bağışlama) icabı, yahut da hakkının kullanılması için  
gerekli bazı muameleleri vaktinde yapmaması yüzünden, mutazar-  
rın kendisine şeyi devir taahhüdünde bulunan kendi borçlusunu  
mes'ul tutması imkân dahilinde değildir; bu takdirde, mutazar-  
rının taraf olmadığı daha önceki akdin borçlusundan tazminat elde edip  
edemeyeceği meselesi ortaya çıkar.

V — Dar mânâda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin  
ortaya çıktığı hallere bir çare bulmak için, bu mevzuda ileri sürülen  
ve tafsilâtıyla nakletmiş bulunduğumuz çok sayıdaki nazariyelere  
bir yenisini ilâve etmekte bir fayda görmemekteyiz. Ancak bu naza-  
riyelerin tetkiki, bize, bu mevzuda yol gösterebilecek bir takım hu-  
susların tesbiti imkânını bahşelemektedir.

Filhakika, mezkûr nazariyelerin yakından tetkiki, alacaklının  
kendi menfaati kisvesi altında üçüncü şahsın menfaatini ileri sür-  
mesinin sağlam mesnetlere dayanmadığını göstermektedir.

Tesbit edebileceğimiz diğer bir husus da, alacaklının yalnız  
kendi menfaatinin tazminini isteyebileceği dogmasının mutlak bir  
mahiyet taşımadığıdır. Reinhardt'ın belirttiği gibi (1), Alman MK.  
nın metninden bu dogmanın kabul veya reddi aleyhinde bir delil  
çıkarmak doğru olmaz. Türk - İsviçre hukukunda vaziyet daha da  
sarihtir. BK. md. 96 (İBK. md. 97) mucibince, «alacaklı hakkını  
kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine  
hiç bir kusurun isnad edilemeyeceğini isbat etmedikçe, *bundan  
mütevellid zararı tazmine mecburdur*». Bu hükümde, tazmin edile-  
cek zararın, alacaklının zararı olduğuna dair bir sarahat yoktur;  
başka bir deyimle zararın, borcun hiç veya gereği gibi (2) ifa edil-  
memesinden doğması kâfidir; fakat bu zararın kime ait olduğu be-  
lirtilmemiştir. Mezkûr hükmün kaleme alınış tarzından, müellifle-  
rin ittifakla, alacaklının üçüncü şahsın menfaatini ileri sürmesine

---

(1) Bk. yukarıda s 8, not 79 - 80 e ait metin.

(2) Bk. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 399.

## Netice

mâni olmadığı neticesini çıkardıklarına da daha yukarıda işaret etmiştik (3).

BK. md. 41 f. I (İBK. md. 41 f. I) e göre de, «gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur». Gerçi bu hüküm mucibince sadece kendisine haksız surette zarar ika edilen şahsın zararı tazmin edilebilecektir ve ilk bakışta doğrudan doğruya korunan hukukî varlığın sahibi bu varlığın ihlâlinden bir zarar görmemişse, tazminat istenemeyeceği istidlâl olunabilir. Şu kadar ki, hukuka aykırılık rabıtası mefhumu kabul edilir ve ihlâl edilen normun sadece hukukî varlığını koruduğu şahsı değil, üçüncü şahsın mamelekî menfaatlerini de korumak gayesini güttüğü sabit olur ise, üçüncü şahıs da hukuka aykırı surette zarar görmüştür; binaenaleyh, zararı tazmin edilmelidir denilebilir (4). Bütün mesele ihlâl edilen normun hangi hallerde üçüncü şahsın menfaatini korumak gayesini istihdaf ettiğini, üçüncü şahsın menfaatinin hangi hallerde himayeye şayan olduğunu tesbit edebilmektedir; bunu da hâkim, menfaatler vaziyetini adalet hissine göre tartarak yazılı olmayan hukuktan çıkaracaktır. Bu hususta hâkim, MK. md. 1 deki kanun vazı gibi hareket salâhiyetini kullanacak ve gerekli kaideyi tesbit ederken yerli ve yabancı doktrinden ve mahkeme içtihadlarından faydalanacaktır. Zaten BK. md. 41 in de, hukuka aykırılığı tesbit bakımından, hâkime icabında yazılı olmayan hukuka başvurmak salâhiyetini bahşeden bir açık norm (*Blankett-norm, Generalklausel*) olduğu umumiyetle kabul edilmektedir (5).

Hülâsa, alacaklının yalnız kendi menfaatini ileri sürebileceği dogması, mutlak, istisnaları bulunmayan bir esas değildir. Zaten üçüncü şahıs lehine şart müessesesi ve kanunun üçüncü şahsın zararının tazminini sarahaten derpiş ettiği haller de, mezkûr zararın tazmini hususunda istisnalar kabul edilebileceğini göstermektedir. Böylece, üçüncü şahsın zararının tazminine engel olan prensiplerden biri, muayyen hudutlar dahilinde olmak kaydıyla bertaraf edilmektedir.

(3) Bk. yukarıda § 8, not 80.

(4) Thorens'e göre (sh. 124 - 125, 128) BK. md. 41 in lâfzından, bu hüküm mucibince, yalnız ihlâl edilen normun koruduğu şahsın zararının tazmininin istenebileceği istihraç olunamaz.

(5) Bk. Merz, ZbJV, Bd. 91 bis., sh. 306, 310, 325; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 17, 25 - 26.

## Netice

Bir başka prensipten, akit dışı mes'uliyette üçüncü şahsın zararının tazminine engel olan, dolayısıyla zarar gören şahsın zararının tazmin edilemeyeceği prensibinden de, yukarıda BK. md. 41 dolayısıyla bir nebze temas ettiğimiz gibi, onun yerine hukuka aykırılık rabıtası mefhumuna müracaat suretiyle sarfınazar etmek kabildir.

Üçüncü şahsın zararının tazminini güçleştiren sonuncu prensibin, akitlerin, borç münasebetinin nisbiliği prensibinin arzettiği engelin de, üçüncü şahsın menfaatini ileri sürmek hakkını alacaklıya tanımak suretiyle, kenarından geçmek fikri müdafaa edilebilir. Alacaklının tazminatı kendisinde alkoyması tehlikesi, onun tazminatı yalnız üçüncü şahsa ödenebilmek üzere isteyebileceği esası konulmak suretiyle önlenabilir. Alacaklının tazminat alacağını bizzat ileri sürmekten ve bunu üçüncü şahsa temlikten imtina veya iflâs etmesi mahzurlarına karşı da, BK. md. 393 f. I - II (İBK. md. 401 f. I - ) deki kanunî halefiyet ve iflâsta ayırma hakkına dair esasları kıyasen teşmili yoluna gitmek veya mümkün olan hallerde aynı ikame esasına başvurmak düşünülebilir.

VI — Üçüncü şahsın zararının tazmini hangi hallerde adalete uygun olacaktır? Hâkim, bu husustaki esasları yazılı olmayan hukuktan nasıl çıkaracaktır? Daha yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hâkim, bu faaliyetinde, yabancı doktrin ve mahkeme içtihadlarından, bilhassa mevzuu iyice işlemiş olan Alman doktrininden ve mahkeme içtihadlarından faydalanabilir; bundan başka, yabancı doktrin ve mahkeme içtihadlarını nazara alarak tesbit edeceğimiz aşağıdaki esaslar, hâkime yol gösterebilir.

Filhakika, kanaatimizce, dar mânâda üçüncü şahsın zararını tazmin meselesinin ortaya çıktığı ve doktrin ve yabancı mahkeme içtihadları tarafından tazminatın hakkaniyete uygun görüldüğü başlıca kategoriler ele alınıp, bunların müşterek unsurları tecrid etmek suretiyle bazı esaslara ulaşmak mümkündür. Böylece mevcut mefhumlardan ve esaslardan istidlâl (tümdengelim) yerine, içtimai hayatın ihtiyaçlarından istikra (tümevarım) yoluyla ortaya çıkarılabilecek esasların birincisi şudur :

Üçüncü şahsın, ihlâl edilen varlığa veya hiç yahut gereği gibi yerine getirilmeyen edaya, velevki dolayısıyla taallük eden bir hakkı yüzünden ve ihlâl edilen varlığın sahibi veya alacaklı ile üçüncü şahıs arasında ihlâl veya ademi ifa ânında mevcut bir hukukî münasebetin tâbi olduğu hükümler neticesinde, vâki ihlâlden veya ademi ifadan doğan zarar, varlığın sahibinin veya alacaklının mamele-

## Netice

ki yerine, üçüncü şahsın mamelekinde kendini gösterirse, ihlâl edilen varlığın sahibi veya alacaklı üçüncü şahsın zararının tasfiyesini talep edebilmelidir.

Bu esası biraz açıklayalım : Üçüncü şahsın ihlâl edilen varlığa doğrudan doğruya taallük eden bir hakkı başkasına ait şeye dair yapılan akitlerde, hususiyle başkasına ait şeyin fer'i zilyedliğinin devrini tazammun eden akitlerde bahis mevzuu olur; bu gibi hallerde, üçüncü şahsın şey üzerinde mülkiyet hakkı mevcuttur. Vasıtalı temsil, hasarın üçüncü şahsa intikali ve zincirleme akitlerde ise üçüncü şahsın ihlâl edilen varlığa veya hiç yahut gereği gibi yerine getirilmeyen edaya dolayısıyla taallük eden bir hakkı, bir alacak hakkı karşısında bulunulur.

Ihlâl edilen varlık sahibi veya alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî münasebetin (6) tâbi olduğu hükümler neticesinde, normal olarak ihlâl edilen varlık sahibinin veya alacaklının mamelekinde doğması lâzım gelen zarar, üçüncü şahsın mamelekinde kendisini gösterir. Vasıtalı temsile, hasarın alacak hakkı dolayısıyla üçüncü şahsa intikaline dair esaslar, başkasına ait şeyin zilyedliğinin devrini tazammun eden akitlerde hüsnüniyetli zilyedin mes'uliyetine müteallik hükümler, başkasına ait şeyin fer'i zilyedinin salâhiyetine uygun olarak bu şey hakkında yaptığı akdin karşı tarafa yüklediği vazifelerin yerine getirilmemesinden mes'ul olmaması, zincirleme akitlerde ilk akdin alacaklısı ile sonraki akdin alacaklısı arasındaki mes'uliyetten beraet şartları veya ikinci akdin ivazsız mahiyeti gibi hususlar, normal olarak ihlâl edilen varlık sahibinin veya alacaklının mamelekinde doğması gereken zararın, üçüncü şahsın mamelekinde doğmasını intaç ederler.

Koyduğumuz esasa giren hallerde, üçüncü şahsın zararının tazmininin kabul edilmesi, akdin in'ikadı veya zararın ikâi ânında üçüncü şahsın menfaatinden haberdar olmasa dahi, borçluya hakkaniyete aykırı ağır külfetler yükleyici mahiyette değildir; zira borçlu, ihlâl edilen varlık sahibi veya alacaklının yerine üçüncü şahsın zararını tazmin edecektir; ortada üçüncü şahısla alakalı münasebetler olmasaydı, borçlu, tazminatı nasıl olsa, ihlâl edilen varlık sahibine veya alacaklıya ödeyecekti. Gerçi üçüncü şahsın menfaati, bu şahısların menfaatinden daha şümüllü olabilir; fakat böyle bir risk alacağın temliki halinde de mevcuttur ve kanun vazı bu riski nor-

---

(6) Bu hukukî münasebetin mahiyeti hakkında tafsilât için bk. yukarıda s 9, II, 1.

## Netice

mal saymış, temellük edenin alacağıın yerine getirilmemesinden doğan zararını, temlik edenin ifaya olan menfaatiyle tahdit etmemiştir.

Koyduğumuz esas, kısmen Reinhardt'ın nazariyesinden (7) mülhem olmakla beraber, onun gibi zincirleme akitlerde birden fazla üçüncü şahsın zararını nazara almağa imkân vermemektedir. Tägert'in nazariyesinde (8) olduğu gibi yalnız ihlâl edilen hak sahibi veya alacaklı yerine zarar gören, bunların zararının kendisine aktarıldığı ilk üçüncü şahsın zararı tazmin edilecektir. Bundan başka, Reinhardt'ın kabul ettiği gibi alacaklı ile üçüncü şahsın aynı ihlâlden olan zararlarının birbirlerine eklenmesine de cevaz tanımamaktayız. Üçüncü şahsın zararı, ancak alacaklı yerine üçüncü şahısta doğduğu takdirde tazmin edilmelidir.

Zincirleme akitlerde ilk âkidin ayıplı edasından, sonraki âkitlerden birden fazlası zarar görmüşlerse, bunlar, ya zararları için kendi karşı âkitlerine müracaat etmeli ve onlar da mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatlerini ileri sürerek kendilerinden öncekilere rücu etmeli veya kendi karşı âkidini mes'ul etme ve onun da borçlusuna rücuu imkânı yoksa, piyasaya tehlikeli ayıpları muhtevi mal çıkaranların akit dışı mes'uliyeti hakkındaki esaslara (9) başvurulmalıdır.

Diğer taraftan, zincirleme akitlerde ikinci akdin alacaklısının zararının tazmininin birinci akdin borçlusundan istenebilmesi için, Tägert'in yaptığı gibi (10), ikinci akdin ivazsız olması şartını koymamaktayız; ikinci akdin ivazlı olması, ancak bunun borçlusunun meselâ bir mes'uliyetten beraet şartından faydalanması da kabildir.

Koyduğumuz birinci esas, yalnız vasıtalı temsil, hasarın üçüncü şahsa intikali, başkasına ait şeyin zilyedliğinin devri ve zincirleme akitlerde sonraki âkitlerden birinin zarara uğraması hallerine kabili tatbiktir. Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğradığı haller için, ya üçüncü şahıs lehine koruyucu hükümler husule getiren akitler mefhumuna (11) başvurulabilir, veya ileriye doğru cesaretli bir adım atarak Gernhuber'in vazettiği şu esas (12) benimsenebilir :

(7) Bk. yukarıda § 8, II.

(8) Bk. yukarıda § 8, III.

(9) Bk. yukarıda § 3, II, 2.

(10) Bk. yukarıda § 8, not 158 e ait metin.

(11) Bk. yukarıda § 6, IV, 3 ve § 8, IV, 3.

(12) Bk. yukarıda § 6, not 157 - 159 a ait metin ve § 9, II, 2.

## Netice

Borç münasebetinin mahiyeti icabı borçlunun edasına bağlı olan tehlikeler, en az alacaklı için olduğu derecede, onun çevresinde bulunan bazı üçüncü şahısların da şahıslarını veya mallarını tehdit ediyor veya borçlunun edası için kullandığı yardımcı şahıslar edanın yapılacağı alacaklıya ait sahadaki emniyet noksanlığından en az bizzat borçlu kadar zarara uğramak tehlikesine mâruz bulunuyorlarsa, edanın gereği gibi yapılmamasından veya emniyet noksanından dolayı zarara uğrayan bu üçüncü şahıslar veya borçlunun yardımcıları da doğrudan doğruya borçluya veya alacaklıya karşı tazminat talebinde bulunabilmelidirler.

Müşahede olunduğu üzere, Gernhuber'in üçüncü şahısların yalnız şahsî varlıklarının ihlâli hakkında kabul ettiği bu esası, biz, onların mamelekî varlıklarının da ihlâline teşmil etmiş bulunmaktayız.

VII — Teklif ettiğimiz iki esas ancak, hâkimin kanun vazı gibi hareket ederek kanundaki boşlukları doldurması veya bu esasların teşriî yoldan kanuna eklenmesi ile tatbik alanına konulabilir. Bu mevzuda, Türk - İsviçre hukukunda, üçüncü şahsın zararının tazmininin bazı kategorileri (meselâ vasıtalı temsil, edaya yakınlık) için dahi olsa, Alman hukukunda olduğu gibi, mahkeme içtihadlarıyla teessüs etmiş bir âdet hukukundan bahsedilemez. Bu itibarla, dar mânâda üçüncü şahsın zararının tazmini meselelerine hal suretleri bulmak hususunda, Türk ve İsviçre mahkemelerine pek de kolay olmayan vazifeler terettüp etmektedir. Bu mahkemelelerin içtihadlarının, Almanya'da ilk zamanlarda olduğu gibi alacaklının kendi menfaati kisvesi altında üçüncü şahsın menfaatini ileri sürmesine göz yumulması veya daha sonradan yapıldığı gibi tamamlayıcı tefsir yoluna başvurulması suretiyle, hâkimler için daha az cüretkârane yollardan da geliştirilmesi kabildir.

De lege ferenda, dar mânâda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin ortaya çıktığı muhtelif kategoriler için, ayrı ayrı çeşitli hal suretleri kabul edilmesi de düşünülebilir.

Ezcümle vasıtalı temsilde, Fransız ve Anglo - Amerikan sistemlerinden mülhem olunarak müvekkilin, vasıtalı mümessil tarafından onun hesabına yapılan akde müsteniden doğrudan doğruya alacaklı vaziyetine gireceği kabul edilebilir. Ancak böyle bir hal tarzı, vasıtalı temsille vasıtasız temsilin neticeleri arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır. İki mefhumun bu bakımdan birbirine karışmasında bir mahzur görülmesi dahi, müvekkilin doğrudan doğruya



## Netice

alacaklı vaziyetine girmesini akitlerin nisbiliği prensibiyle de telif etmek kabil olmayacaktır. Anglo - Amerikan hukukunda dahi, vasıtalı temsilde müvekkilin doğrudan doğruya karşı âkitle alacaklılık borçluluk münasebetine girmesinin izahında müşkilât çekildiğine ve bu esasen tahdidi temayülü bulunduğuna daha yukarıda işaret etmiştik (13). Bu itibarla, vasıtalı temsille vasıtasız temsil arasındaki farkın kaldırılmasının istikbalin sistemi olduğu hususundaki beyanları ihtiyatla karşılamak lâzımdır.

Hasarın üçüncü şahsa intikali dolayısıyla dar mânâda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesinin meydana çıktığı halleri de, hasarın mülkiyetten önce geçmesine dair kaideleri, hasarın mülkiyetle beraber geçeceği şeklinde tadil etmek suretiyle bertaraf eylemek mümkündür. Zaten satışta, hasarın akdin in'ikadı ânında alıcıya intikali kaidesi çok tenkide uğrayan ve doktrinin veya mahkeme içtihadlarının kabul ettiği istisnalarla tatbik sahası gittikçe daraltılan bir kaidedir (14). Hattâ, BK. md. 183 f. I değiştirilmeksizin, genişçe bir tefsir tarzıyla, hasarın akdin in'ikadıyla alıcıya geçmesi kaidesinin halin icabından neş'et eden istisnaları arasında, üçüncü şahsın zararının tazmininin bu kaide yüzünden tehlikeye düştüğü hallerin sokulması da hatıra gelebilir.

Başkasına ait şeyin fer'i zilyedliğinin devrine taallük eden akitler kategorisine gelince, bu akitler hüsnüniyetli zilyed tarafından yapıldığı takdirde, şeyin akit mucibince kendisine teslim edildiği fer'i ve vasıtasız zilyed de, gerçek malike karşı iade ile mükellef zilyed durumundadır; bu fer'i ve vasıtasız zilyed suiniyetli ise, zaten MK. md. 908 mucibince şeye ika ettiği her türlü zarardan gerçek malike karşı mes'uldür; eğer fer'i ve vasıtasız zilyed hüsnüniyetli ise, onun mevcudiyetine kani olduğu hakkının sınırları dairesinde hareket etmesi lâzımdır; onun hakkının sınırları ise, hüsnüniyetli zilyedle yapmış olduğu mukavele ile tâyin edilmiştir; binaenaleyh, bu mukavelenin kendisine yüklediği mükellefiyetleri yerine getirmeyerek şeye bir zarar ika edecek olursa, hakkının sınırlarını aşmış olur ve gerçek malike karşı MK. md. 906 f. I mucibince mes'ul olur. Bu tefsir tarzının (15), kabulüne cevaz olup olmadığı tereddütlere yol açacak olursa, başkasına ait şeyin hüsnüniyetli zilyedinin

(13) Bk. yukarıda s 8, not 247 - 250 ye ait metin.

(14) Bk. yukarıda s 6, 67 ve buna ait metin.

(15) Bk. yukarıda s 6, not 81 ve buna ait metin.

## Netice

şeyin fer'i ve vasıtasız zilyedliğini bir mukavele ile kendisine devrettiği kimsenin, bu mukavele hükümlerine aykırı hareket ederek şeye verdiği zarardan gerçek malike karşı mes'ul olacağı, BGB § 991 f. II de (16) olduğu gibi sarahaten kanunda ifade edilmelidir.

Başkasına ait şeyin mahdut bir aynı hakka veya alacak hakkına binaen fer'i zilyedi olan şahsın borç doğuran bir mukavele ile şeyin fer'i ve vasıtasız zilyedliğini bir diğer şahsa devretmesi hallerinde, onun bu devre salâhiyeti yoksa, diğer tarafın mukaveleye riayetsizlikle şeye verdiği zarardan zaten malike karşı mes'ul olacak ve mes'uliyetten kurtulmaya müteallik menfaatiyle diğer tarafa rücu edebilecektir; başkasına ait şeyin fer'i zilyedinin şeydeki fer'i ve vasıtasız zilyedliğini devre salâhiyetli olduğu hallerde, alt vekâlette müvekkilin alt vekile karşı haiz bulunduğu doğrudan doğruya dâva salâhiyetine (BK. md. 391 f. III e) kıyasen, şeyin malikine ikinci fer'i zilyede karşı bu sonuncunun birinci fer'i zilyedle yaptığı mukaveleye riayetsizliğine binaen doğrudan doğruya dâva hakkı tanınabilir. Kıyas yoluna gitmenin münakaşayı mucip olması ihtimaline karşı, bu hususta da sarih bir hüküm konulabilir. Nitekim BGB § 691 de vedia akdinde caiz olan ikame halinde böyle bir esas kabul edilmiştir (17).

Üçüncü şahsa ait şeyin zilyedliği devredilmeksizin bu şeyle alâkalı olarak yapılan mukavelenin yüklediği mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi yüzünden şeyin zarara uğraması halinde de, üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zararın tazminine dair esas tatbik edilebilir (18).

Üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü hallerde ona akdî tazminat talebi bahşedilmek istenilmesi, umumiyetle akdî mes'uliyetin mutazarrır için daha elverişli hükümlere tâbi olmasından, bilhassa yardımcı şahısların fiilinden mes'uliyet bahis mevzuu olduğu takdirde, Alman hukukunda, mes'ul olan şahsın akit dışı mes'uliyette daha kolay kurtuluş beyyinesi getirerek tazminat mükellefiyetinden sıyrılabilmesinden ileri gelmektedir. Bu itibarla, akdî mes'uliyetle akit dışı mes'uliyet arasındaki farklar de lege ferenda kaldırıldığı, hususiyle her iki mes'uliyet sahasında yardımcı şahısların fiillerinden doğan mes'uliyetten kurtulmak hususu aynı

---

(16) Bk. yukarıda § 6, III, 2.

(17) Bk. yukarıda § 4, not 65.

(18) Karş. yukarıda § 6, III, 4 ve IV, 1 g.

## Netice

esasa tâbi tutulduğu takdirde, üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla uğradığı zararın tazmini meselesi de ehemmiyetini hemen hemen tamamen kaybeder. Zaten Türk - İsviçre hukukundaki yeni görüşlere nazaran, yardımcı şahısların fiillerinden doğan akdi mes'uliyette de borçlu, yardımcı şahsın hareket tarzında kendisi bulunsaydı, bu hareket tarzı kendisi için dahi kusurlu sayılmayacak idiyse, bunu isbat ederek mes'uliyetten kurtulabilir (19). Gerçi, bu kurtuluş beyyinesi BK. md. 55 dekinden farklıdır; fakat her halde bu kurtuluş beyyinesini getirebilecek olan borçlunun vaziyeti, BK. md. 100 e binaen mes'ul olduğu takdirde hiç kurtuluş beyyinesi getiremeyeceği görüşünün kabulünden daha iyidir ve kurtuluş beyyinesi bakımından akit dışı mes'uliyetle akdi mes'uliyet arasındaki fark hafiflemiştir. İleride yardımcı şahısların fiilinden mes'uliyet hususunda, gerek akdi, gerek akit dışı mes'uliyette hiç kurtuluş beyyinesi tanınmayan bir sisteme gidilip gidilmeyeceği hususunda bugünden bir şey söylenemez; her halde böyle bir sistem, ancak sigorta ile müterafık olarak kabul edilirse, mes'ul olan şahıs için daha tahammülü kabil bir mahiyet taşır. Akdi mes'uliyetle akit dışı mes'uliyete dair esaslar tevhid edilmediği takdirde, üçüncü şahsın edaya yakınlığı dolayısıyla zarar gördüğü haller, yukarıda halen mer'i hukuk bakımından tesbit ettiğimiz ikinci esas (20) dahilinde kanunen tanzim edilebilir.

Zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini hususunda, yukarıda formüle ettiğimiz birinci umumî esas dışında, bunu aşan bir hüküm konulmasının, borçluyu aşırı külfetlere sokacağı cihetle isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Fransız hukukundaki gibi, ilk akitten doğan tazminat taleplerinin de, şeyin bir nevi teferuatı olarak onunla birlikte sonraki akitlerin alacaklılarına intikal etmesine cevaz veren bir hükmün kabulü, de lege ferenda dahi, bize uygun görünmemektedir. Zaten zincirleme akitlerde üçüncü şahsın zararının tazmini bakımından en ziyade pratik ehemmiyet arzeden ayıplı bir malın tedavüle çıkarılması mevzuu, piyasaya başkalarına zarar verebilecek mallar çıkarmanın akit dışı mes'uliyeti hakkındaki esasların (21) inkişafıyla halledilebilecek bir mahiyet arzettiğidir.

---

(19) Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, sh. 444 - 445.

(20) Bk. yukarıda VI, not 12 ye ait metin.

(21) Bk. yukarıda § 3, II, 2.

**Prof. Dr. HALUK TANDOĞAN'IN DİĞER  
YAYINLARI**

- Velâyetten doğan kanun ihtilâfları**, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi cilt III (1946), sayı 2-4, sh. 505-531.
- La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats**, Thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit de Genève, 1952, (Prix Joseph des Arts), sh. 309.
- Türk hukukunda mecralar**, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt IX (1952), sayı 3-4, sh. 135-165, cilt X (1953), sayı 1-4, sh. 613-644.
- Ölünceye kadar bakma akdinin borçlunun ölümü sebebi ile feshi**, Ankara Barosu Dergisi, 1953, sayı I, sh. 26-31; 1957, sayı 4, sh. 145-148.
- Devlet hesabına okuyanların taahhütleri için kefalet**, Ankara Barosu Dergisi, 1953, sayı 3, sh. 208-216.
- Bir taraflı gayrimenkul satış vaadlerinin muteberliği**, Ankara Barosu Dergisi, 1954, sayı 5, sh. 437-443.
- Hapis hakkının temliki**, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XI (1954), sayı 3-4, sh. 222-230.
- Vekâletsiz iş görme**, Doçentlik Tezi, Ankara 1957, sh. XXVIII + 363.
- Miras sebebiyle istihkak dâvası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XII, sayı 1-2, 1956, sh. 268-284.
- Vekâletsiz iş görenin ücret talebi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XII, sayı 1-2, 1956, sh. 384-391.
- Otelcilerin mes'uliyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XII, sayı 3-4, 1956, sh. 201-239.

- Yeni Ticaret Kanununa göre anonim şirketlerde hissedarların sahip olacağı rey sayısının tahdidi**, Ankara Barosu Dergisi, 1957, sayı 1, sh. 13 - 16.
- Yeni Ticaret Kanununun mer'iyete girmesinden önce itibarî kıymeti 50 liradan aşağı olan hisse senetleri hakkında**, Ankara Barosu Dergisi, 1957, sayı 2-3, sh. 65 - 67.
- İsviçre Borçlar Kanunu Kısım III - V ve Haksız Rekabete Dair Federal Kanun tercümesi**, Ankara 1958, sh. XIV + 212.
- Anonim şirket esas mukavelelerinin yeni Ticaret Kanununa uydurulması için yapılan umumî heyet toplantılarında nisap**, Ankara Barosu Dergisi, 1958, sayı 1, sh. 1 - 5.
- Bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilecek durumda bulunduğu gayrimenkulü kendi malı imiş gibi kiraya vermesi** (kendi menfaatine vekâletsiz iş görmede, iş sahibinin talep haklarının müruruzamanı), Ankara Barosu Dergisi, 1958, sayı 5, sh. 273 - 279.
- Müşterek hesaplar**, Ankara 1959, sh. VI + 31 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Konferanslar Serisi, No. 6).
- Garanti mukavelesi** (Mahiyeti ve benzeri hukukî münasebetlerden tefriki), Ankara 1959, sh VI+59 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Monografi Serisi No. 2).
- Üzerinde intifa hakkı bulunan tasarruf mevduatına çıkan ikramiyeler**, Ankara Barosu Dergisi, 1959, sayı 3, sh. 134 - 137.
- Anonim Şirketlerde hissedarların umumî heyete iştirak ve rey haklarının esas mukavele ile tahdidi** (Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 27 Nisan - 3 Mayıs 1959, Tebliğler - Müzakereler - Yabancı Dilde Hulâsalar, Ankara 1960, sh. 98 - 117, 497 - 501).
- Bankaların ipotekli borç senedi rehni mukabilinde kredi açmaları**, Ankara Barosu Dergisi, 1960, sayı 1, sh. 10 - 12.
- Batı Avrupa memleketleri hukukunda akit mefhumunun XX. asırdaki tekâmülü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII (1960), sayı 1-4, sh. 319 - 326.
- Hükmî şahısların anonim şirket idare meclisinde temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt I (1961), sayı 1, sh. 3 - 35.

- Trafik Kanununun hukukî mes'uliyete dair hükümlerine yapılan yeni tâdillerin tahlil ve tenkidi,** Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt I (1961), sayı 1, sh. 75-91.
- Borçlar Hukuku Dersleri, umumî ve hususî hükümler,** Teksir edilmiş notlar, Ankara 1961, sh. 269+158.
- Türk mes'uliyet hukuku (Akit dışı ve akdî mes'uliyet)** Ankara 1961, sh. XXXIII + 538.
- Bankaların verdikleri teminat mektuplarının hukukî mahiyeti,** Ankara 1962, sh. 27.
- Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit turc, comparé avec le droit suisse,** Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt 1 S. (1962) sh. 510-542.
- Almanya'da hukukçuların yetiştirilmesi sistemi ve bunda yapılması düşünülen reform,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XIX (1962), S. 1-4, sh. 461-478.
- Bankaların carî hesap suretiyle ikrazat mukavelelerinin hukukî mahiyeti hakkında içtihad notu,** Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. II. S. 1 (1963), sh. 85-88.