

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

DOKTORA TEZİ

**TÜRK SORUMLULUK HUKUKUNDA YANSIMA ZARARI
KURAMI**

Hazırlayan

Seda İrem ÇAKIRCA

2502060236

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul 2011



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında **2502060236** numaralı **SEDA İREM ÇAKIRCA'nın** hazırladığı “**TÜRK SORUMLULUK HUKUKU'NDA YANSIMA ZARARI KURAMI**” konulu **YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 28.Maddesi **04.07.2011 Pazartesi** günü saat: **13.00'te** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **.....Kabulü.....**ne* **OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA .
PROF.DR.HÜSEYİN HATEMİ	Kabul M. Hatemi	Prof. Dr. Hüseyin Hatemi M. Hatemi
PROF.DR.HASAN ERMAN	Kabul	Prof. Dr. Hasan Erman
PROF.DR.AYDIN GÜLAN	Kabul	Ayhan Gülan
DOÇ.DR.EMRE GÖKYAYLA	Kabul	Emre Gökyayla
YRD.DOÇ.DR.BURCU KALKAN OĞUZTÜRK	Kabul	Burcu Kalkan Oğuztürk

ÖZ

Yansıma zararı kavramı ve söz konusu zararın giderimi problemi Türk sorumluluk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Haksız fiil sorumluluğunda, hukuka aykırı fiile doğrudan maruz kalmayan; sözleşmeden doğan sorumlulukta ise, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini talep edip edemeyeceği yansıma zararı sorununun özünü oluşturur. Bu çalışmanın amacı yansıma zararı kavramının içeriğini, hukuki temelini ve ortaya çıkış biçimlerine ilişkin açıklamalarda bulunduktan sonra olan ve olması gereken hukuk açısından eleştiriler ve öneriler getirmektir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak, Türk hukukunda yansıma zararına ilişkin hangi hukuki temel ve teorilerin geçerli olduğu üzerinde durulacaktır. Borçlar Kanunumuzda yansıma zararının tazmin edilmesinin kabul edildiği tek hal olan ve BK.m.45/f.2’de (YBKT.m.53/b.3) düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı ise özel olarak ele alınacaktır. Tezin her bölümünde, incelenen hukuki sorunlar ile ilgili olan özellikle İsviçre hukukundaki ve Alman hukukundaki yasal düzenlemeler, doktrindeki görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak, incelenmiş ve varılan çözümlerin, Türk hukukundaki sorunların çözümüne etkisi olup olmadığı araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zarar, yansıma zararı, üçüncü kişi.

ABSTRACT

The concept of consequential damage and the issue of its compensation has caused various debates in Turkish liability law and comparative law. The core problem of consequential damage is whether in tort law third person who is not directly subjected to an unlawful act and in law of contract third person who is not a part of a contract can claim indemnification. The purpose of this study is, primarily, to make a statement regarding to content of concept of consequential damage and its legal basis and its different emergences in addition to that to criticize and make proposals for the Turkish legal system, considering *de lege lata* and *de lege ferenda* approaches. In this context validity of the consequential damage's legal basis and theories about consequential damage will be elaborated considering comparative law as well as Turkish law. The only regulation that allows compensation of consequential damage in Turkish Code of Obligations; BK.m.45/f.3 (YBK.m.53/b.3) will be explained particularly. In each chapter of this dissertation especially the legal regulations, doctrine and jurisprudence of Swiss and German law systems will be analysed and the conclusions are inspected whether they are effective in solving the issues in Turkish law system.

Key words: Damage, consequential damage, third person.

ÖNSÖZ

Türk sorumluluk hukukunda yansımaya zararı konulu doktora tezinde, yansımaya zararının yasal dayanağı, özellikle koşulları ve yansımaya zararının tazmin edilmesine ilişkin talebin haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre ileri sürülüp sürülemeyeceği ve ileri sürülmesi halinde doğuracağı hukuki sonuçların belirlenmesi amaçlanmıştır. Her ne kadar tezin üst başlığı Türk sorumluluk hukuku olsa da, incelemelerimiz Borçlar hukuku çerçevesinde olacaktır. Çalışmanın yazım aşamasında yürürlükte olan Borçlar Kanunu değişmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmek üzere yayınlanmıştır. Yaşanan bu gelişme dolayısıyla çalışmanın ilgili kısımlarına 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile getirilen yenilikler ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer alan hükümlere karşılık gelen yeni hükümler metne işlenmiştir.

Türk hukukunda daha önce hiçbir monografide özel olarak ele alınmamış yansımaya zararı kavramını incelemek zorlayıcı olduğu kadar memnunluk vericiydi. Çalışmanın önemli bir kısmı Almanya’da, Rheinische Friedrich Wilhelms Universitaet Bonn’da gerçekleşmiştir. Lisanüstü çalışmalarımın başlangıcından buyana bana her türlü desteği veren, “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı Kuramı”ını tez konusu olarak seçmemde beni teşvik eden ve cesaretlendiren, her zaman olduğu gibi, çalışmalarım sırasında da verdiği akademik ve manevi desteği ile önümü açan Sayın Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye çok teşekkür ederim. Tezimin yazımı aşamasında önüme çıkan zorlukları aşmamda değerli fikirleri ile bana yardımcı olan değerli Hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Sevgi USTA’ya ve kısıtlı vaktine rağmen tezimi okuma inceliğini gösteren Sayın Yrd. Doç. Dr. Ferhat ERÇİN’e teşekkürü bir borç biliyorum.

Çalışmanın son halini verirken yaşadığım teknik zorlukları aşmamda, her zaman olduğu gibi, bana yardım elini uzatmaktan imtina etmeyen kuzenim, meslektaşım Av. S. Tuna ÇAKIRCA’ya minnettarım. Maddi ve manevi destekleri, sevgileri ile her zaman yanımda olan ve hakları asla ödenmeyecek olan sevgili annem Semra ÇAKIRCA’ya ve ablam Op. Dr. S. Esra ÇAKIRCA ARAN’a da minnet ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Son teŖekkürüm ise bu alıŖmanın yazımı sırasında aramızdan ayrılan babam Erdoğan ÇAKIRCA'ya olacaktır. alıŖmamı, hayatımın her aŖamasında maddi ve manevi olarak yanımda olduğunu hissettiren, yaŖadıđı zor hastalık sürecine rağmen desteğini, ilgisini üzerimden hiç eksiltmeyen sevgili babama ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZ	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR CETVELİ	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	11
ZARAR KAVRAMI AÇISINDAN YANSIMA ZARARININ	11
İNCELENMESİ.....	11
I. ZARAR KAVRAMI	11
A. Genel Olarak	11
B. Zarar Kavramına İlişkin Teoriler	14
1. Tâbii Zarar Teorisi	14
2. Fark Teorisi.....	15
3. Normatif Zarar Teorisi.....	17
4. Zarar Kavramını Açıklamaya Çalışan Teorilerin Değerlendirilmesi....	22
C. Zarar Çeşitleri	24
1. Maddi Zarar - Manevi Zarar	25
2. Mevcut Zarar - Müstakbel Zarar – Muhtemel Zarar.....	31
3. Olumlu Zarar- Olumsuz Zarar	33
4. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Zararlar	36
a. Genel Olarak	36
b. Culpa in Contrahendo Zararına İlişkin Olarak İleri Sürülen Teoriler... 44	
(1) Haksız Fiil Teorisi.....	44
(2) Sözleşme Teorisi	47
(3) Amaç Teorisi.....	48
(4) Bağımsız İşlem Teorisi.....	49
(5) Karma Teori	49
(6) Kendine Özgü Sorumluluk Teorisi	50
(7) Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç Teorisi.....	51

c. Değerlendirme.....	52
5. Güven Sorumluluğundan Doğan Zararlar.....	55
6. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar – Yansima Zararı	66
D. Taleplerin Yarışması Hali	70
II. YANSIMA ZARARININ ÖZELLİKLERİ	72
A. Zararın Niteliği Açısından	72
B. Zarar Gören Açısından.....	80
İKİNCİ BÖLÜM.....	83
MALVARLIĞI ZARARI VE MANEVİ ZARAR OLARAK.....	83
ORTAYA ÇIKAN YANSIMA ZARARI.....	83
I. MALVARLIĞI ZARARI OLARAK ORTAYA ÇIKAN YANSIMA ZARARI.....	83
A. Sözleşme Sorumluluğunda Malvarlığı Zararı Şeklinde Ortaya Çıkan Yansima Zararının Tazmini	84
1.Genel Olarak	84
2. Sözleşme Sorumluluğunda Yansima Zararının Tazmin Edilmemesi Kuralının Aşılması: Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumları.....	86
a.Genel Olarak	86
b. Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin Kurumu.....	89
c. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumu	97
d. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini İle Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Birbirinden Ayrılması.....	100
3. Sözleşme Sorumluluğunda Malvarlığı Zararı Şeklinde Ortaya Çıkan Yansima Zararı Örnekleri	104
a. Dolaylı Temsil.....	105
b. Hasar Riskinin Yasal Olarak Yüklenilmesi	108
c. Koruma İlişkileri	114
d. Yedieminlik İlişkileri.....	116
B. Haksız Fiil Sorumluluğu Alanında Malvarlığı Zararı Şeklinde Ortaya Çıkan Yansima Zararı	118
1. Yansima Zararı Açısından Haksız Fiil Sorumluluğunun Doğumu İçin Gerekli Olan Şartlar	118
a. Hukuka Aykırılık Unsuru	119

(1) Genel Olarak	119
(2) Hukuka Aykırılık Teorileri.....	120
(a) Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi.....	120
(b) Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi.....	124
(3) Hukuka Aykırılık ve Yansıma Zararı.....	127
b. İlliyet Bağı Unsuru.....	132
(1) Genel Olarak	132
(2) İlliyet Bağına İlişkin Teoriler.....	133
(a) Şart Teorisi	133
(b) Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	134
(c) Normun Koruma Amacı Teorisi.....	139
(3) İlliyet Bağı ve Yansıma Zararı	143
c. Kusur Unsuru	145
(1) Genel Olarak	145
(2) Kusur ve Yansıma Zararı	148
II. MANEVİ ZARAR OLARAK ORTAYA ÇIKAN YANSIMA ZARARI KAVRAMI	150
A. Genel Olarak Manevi Zarar Kavramı	150
B. Sözleşme Sorumluluğu Alanında Manevi Zarar Olarak Ortaya Çıkan Yansıma Zararı	152
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	165
TÜRK SORUMLULUK HUKUKUNDA YANSIMA ZARARININ GİDERİMİ 165	
I. MALVARLIĞI YANSIMA ZARARLARININ GİDERİMİ.....	165
A. Yansıma Zararının Giderimine Olanak Veren Özel Bir Hükmün Varlığı: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	165
1. Genel Olarak	165
a. Karşılaştırmalı Hukukta Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.....	167
(1). Türk ve İsviçre Hukuku.....	167
(2). Alman ve Avusturya Hukuku.....	170
b. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Özellikleri.....	175
c. Destekten Yoksun Kalma Sebebiyle Doğan Zararın Yansıma Zararı Olması.....	179
B. <i>De Lege Feranda</i> Çözüm Önerisi: Özel Bir Norm Olmaksızın Yansıma Zararının Tazmini Mümkün Müdür?	182

1. Genel Olarak Örtülü Boşluk Kavramı	182
2. Örtülü Boşluk Olarak Kabul Edilebilecek Yansımaya Zararı Halleri	184
3. Değerlendirme.....	188
II. MANEVİ YANSIMA ZARARLARININ GİDERİMİ.....	190
A. Yargıtay İçtihatlarında Sözleşme Dışı Sorumluluktan Doğan Manevi Yansımaya Zararının Giderimi	190
B. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zarar Alanında Yansımaya Zararının Tazmini	197
C. Şok Zararları	200
1. Alman Hukuku.....	202
2. Avusturya Hukuku	205
3. İsviçre Hukuku.....	207
4. İngiliz Hukuku	208
5. Türk Hukuku Açısından Şok Zararı Kavramının Değerlendirilmesi..	210
SONUÇ	213
I. Genel Sonuçlar	213
II. Yansımaya Zararının Tazmin Edilmesine İlişkin Çözüm Önerileri.....	214
1. Yansımaya Zararının Tazmin Edilmesi İçin Özel Bir Kural Getirilmesi ...	214
2. Tüzel Kişiliğe Manevi Tazminat Talebi İmkânı Tanınması.....	217
3. Hakkaniyet Sorumluluğunun Genelleştirilmesi	220
KAYNAKÇA.....	223
ÖZGEÇMİŞ	261

KISALTMALAR CETVELİ

ABGB.	:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.
Abs.	:	Absatz.
Abt.	:	Abteilung.
AcP.	:	Archiv für die Civilistische Praxis.
a.g.e.	:	Adı geçen eser.
a.g.m.	:	Adı geçen makale.
ALR.	:	Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.
aOR.	:	Bundesgesetz vom 14.Juni 1881 über das Obligationenrecht.
Art.	:	Artikel.
AT.	:	Allgemeiner Teil.
AtomG.	:	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) (BGBl I s.1565).
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
b.	:	Bent.
Bd.	:	Band.
BATİDER.	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
BGB.	:	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 08. 1896.
BGBl.	:	Bundesgesetzblatt (Deutsches).
BGE.	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes.
BGH.	:	Bundesgerichtshof.
BGHZ.	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BK.	:	818 sayılı Borçlar Kanunu.
bkz.	:	Bakınız.
bs.	:	Bası.
c.	:	Cümle.
C.	:	Cilt.
CCfr.	:	Code Civile Français.
CMR.	:	Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (Convention on the Contract For The International Carriage Of Goods By Road).

dn.	:	Dipnot.
Diss.	:	Dissertation.
DÜHFD.	:	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
E.	:	Esas.
Ed.	:	Editör/Editörler.
Einl.	:	Einleitung.
f.	:	Fıkra.
FamRZ.	:	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
FS.	:	Festschrift.
HaftplG.	:	Haftpflichtgesetz (BGBI I s.145).
HAVE.	:	Haftung und Versicherung.
HD.	:	Hukuk Dairesi.
HGB.	:	Handelsgesetzbuch Gesetz vom 10.05.1897 (RGBl. I S. 219)
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu.
İÜHFM.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
JA.	:	Juristische Arbeitsblätter.
JherJb.	:	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JR.	:	Juristische Rundschau.
JURA.	:	Juristische Ausbildung.
JuS.	:	Juristische Schulung.
JW.	:	Juristische Wochenschrift.
JZ.	:	Juristenzeitung.
K.	:	Karar.
Karş.	:	Karşılaştırma.
Komm.	:	Kommentar.
LG.	:	Landgericht.
LPartG.	:	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16. Februar 2001 (BGBI. I S. 266).
LuftVG.	:	Luftverkehrsgesetz (BGBI I s.266).
m.	:	Madde.
MDR.	:	Monatsschrift für Deutsches Recht.
MHAD.	:	Milletlerarası Hukuk Araştırmaları Dergisi.
MK.	:	4721 sayılı Medeni Kanun.

N.	:	Numara.
NJW.	:	Neue Juristische Wochenschrift.
Nr.	:	Nummer.
NZV.	:	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht.
OLG.	:	Oberlandesgericht.
OR.	:	Bundesgesetz vom 30. März 1911 über das Obligationenrecht.
ProdHG.	:	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz) (BGBl I s.2198).
Recht.	:	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis.
RG.	:	Resmi Gazete.
RGZ.	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rn.	:	Randnummer.
r+s	:	Recht und Schaden.
s.	:	Sayfa.
S.	:	Sayı.
SJZ.	:	Schweizerische Juristen Zeitung.
StGB.	:	Strafgesetzbuch.
SVG.	:	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958.
sy.	:	Sayıli.
T.	:	Tarih.
TTK.	:	Türk Ticaret Kanunu.
t.y.	:	Tarih yok.
UmweltHG.	:	Umwelthaftungsgesetz (BGBl I s.2198).
Urt.	:	Urteil.
vd.	:	Vorbemerkungen.
VersR.	:	Versicherungsrecht.
vs.	:	ve saire.
Y.	:	Yıl.
Yarg.	:	Yargıtay
YBK.	:	6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu .
YD.	:	Yargıtay Dergisi.
YHD.	:	Yargıtay Hukuk Dairesi.

YHGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YİBK.	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.
YKD.	:	Yargıtay Kararlar Dergisi.
YTTK.	:	6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu.
y.y.	:	Yayınlama yeri yok.
ZBJV.	:	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZEuP.	:	Zeitschrift für Europaeisches Privatrecht.
ZGB.	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907
ZHR.	:	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.
ZIP.	:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.
ZMR.	:	Zeitschrift für Miet und Raumrecht.
ZSR.	:	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZRP.	:	Zeitschrift für Rechtspolitik.

GİRİŞ

Başkasına zarar vermeme (*neminem laedere*) gibi genel bir yükümlülüğü ihlâl eden veya ifa etmeyi taahhüt ettiği edimi yerine getirmeyen kişi bu eylemleri sonucu verdiği zararı giderme borcu altındadır. Genel bir davranış kuralına uyulmaması halinde haksız fiil sorumluluğu, borca aykırılıkta ise borca aykırı davranıştan sorumluluk başka bir ifadeyle; sözleşmesel sorumluluk tazminat borcunun kaynağı olarak ortaya çıkar.

Sorumluluk hukukunun temelini oluşturan unsurların en önemlilerinden bir tanesi de zarar kavramıdır. Haksız fiil sorumluluğu alanında zarar yoksa haksız fiilden de söz edilemez. Zira zarara yol açan eylem hukuka aykırı sayılmasa (BK.m.52/f.3; YBK.m.63) veya kusur isnad edilemeyecek bir kimsenin fiili dolayısıyla bir zarar ortaya çıksa bile (BK.m.54; YBK.m.65) hakkaniyet gerektiriyorsa tazminat sorumluluğu doğabilir. Ceza sorumluluğu alanında ise hukuka aykırılık; ezcümle kanun kuralının ihlâli vazgeçilmezdir¹.

Zarar; genel olarak, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanabilir. Ancak yapılan bu tanımlama, maddi zarara ilişkin olarak değerlendirilmelidir. Oysa haksız fiil sorumluluğunda veya sözleşmeden doğan sorumlulukta ortaya çıkan zarar her zaman maddi zarar ile sınırlı kalmayabilir; manevi zarar şeklinde de ortaya çıkabilir. Haksız fiil sorumluluğunda zarar mutlak hak ihlâli şeklinde meydana gelir. Bu sebeple kişivarlığı mutlak hakkı olan kişilik hakkı değerlerinin ihlâli dolayısıyla ortaya çıkan manevi zarar da tipik haksız fiil zararıdır².

Zarar kavramı üzerindeki tartışmalar ve zararın farklı biçimlerde ortaya çıkması, kavramsal olarak da zarar türlerinin birbirinden ayrılması gerekliliğini doğurmuştur. Zarar kavramı sorumluluk hukukunda, genel olarak, maddi zarar-manevi zarar ayrımı ile açıklanmaya çalışılmışsa da, bu ayrımın yetersizliği

¹ Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, t.y., §14 N.7, 8 (Buradan sonra Hatemi/Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller şeklinde atıf yapılacaktır); Hüseyin Hatemi, M.Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.108.

² Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.164.

sebebiyle fiili zarar-kar mahrumiyeti-normatif zarar, mevcut zarar-müstakbel zarar, olumlu zarar-olumsuz zarar, doğrudan zarar-dolaylı zarar-yansıma zararı ayrımları ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada Türk hukukunda daha önce hiçbir monografide ana başlık olarak yer almamış bir konu olan yansıma zararı kavramı incelenecektir³.

Yansıma zararı, dolaylı zarar kavramının alt bir türü olarak ele alınsa da, dolaylı zarardan farklı bir kavramdır. Zira dolaylı zarar, dar anlamda haksız fiil zararının, mutlak hak ihlâli zararının, dışında kalan, mağdurun cismani zarara veya malvarlığı zararına uğradığında maruz kaldığı masraf ve doğrudan zarar *dolayısıyla* uğradığı kazanç kaybı zararıdır⁴. Yansıma zararında ise, zarara uğrayan doğrudan bir zarara uğramış değildir. Yansıma zararında; hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişiden başka bir kişinin aynı davranış sebebiyle uğradığı zarar söz konusudur. Başka bir ifadeyle; dar anlamda yansıma zararı mağdura karşı işlenen haksız fiilin, yansıma zararı mağdurunun da kazanç kaybına yol açması hallerinde söz konusu olur⁵. Yansıma zararı manevi zarar alanında da geniş anlamda kullanılabilir⁶.

Bir örnekle dolaylı zarar yansıma zararı ayrımını daha iyi açıklamak gerekirse; (A) (B)'nin sebep olduğu trafik kazası nedeniyle yaralanmış ve hastaneye kaldırılmıştır. (A)'nın hastanede trafik kazası sonrası mutad tetkiklerden geçmesi ve gerekli tedavinin yapılması sonucu oluşan masraf (B) açısından dolaylı zarar olarak nitelendirilir. (A)'nın hastane mikrobu kapması suretiyle bacağına kangren olması ve kesilmesi sonucu oluşan zarar ise, meydana gelen trafik kazasına bağlı olarak

³ İsviçre'de yansıma zararı konusunda 1977 yılında sadece sözleşme dışı sorumluluk hukukunu kapsamına alan bir doktora tezi yazılmıştır. Bkz.: Armin Frei, **Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht Eine rechtsvergleichende, rechtstheoretische Studie**, Diss., Zürich, 1977. Almanya'da ise 1967 yılında yazılan bir doçentlik tezinin konusunu yansıma zararı oluşturmaktadır. Bkz.: Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein, **Reflexschaden und Regressrechte**, Kohlhammer, 1967. Türk hukukunda ise Yeşim M. Atamer'in yüksek lisans tezinde yansıma zararına önemli ölçüde değinilmiştir. Bkz.: Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, 1996.

⁴ Beden bütünlüğü zedelenen kişinin iş görememesi; uğradığı trafik kazası sonucunda arabası hasar gören mağdurun iş yerine arabası yerine taksi ile gitmesi gibi kalemler dolaylı zarar olarak nitelendirilir. Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 16 N.9; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.125.

⁵ Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 16 N.11; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.126.

⁶ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.170; Hüseyin Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 10 N.10-12 (Metin içerisinde Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku şeklinde atf yapılacaktır).

ortaya çıkan, doğrudan zararının kapsamının genişlemesi halidir. Örnekte anılan trafik kazası sonucunda (A)'nın ölmesi halinde ise ailesinin, (A)'nın kendilerine sağladığı destekten mahrum kalmaları sonucunda oluşan zararları ise yansıma zararlarıdır. Dolayısıyla, yansıma zararı aynı zamanda üçüncü bir kişinin zararı niteliğindedir. Zira meydana gelen haksız fiilin mağdurundan başka bir kişi veya kişiler bu haksız fiil sebebiyle zarara uğramıştır.

Yansıma zararının aynı zamanda üçüncü kişinin zararı anlamına gelmesi, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu da karşımıza çıkarmaktadır. Üçüncü kişinin zararı probleminin hem sözleşme sorumluluğunda hem de haksız fiil sorumluluğu alanında klasik zarar kavramı ile çözümlenemeyeceği Antik Çağdan beri kabul edilmekteydi. Romalılar, borçlunun alacaklı ile üçüncü kişi yararına yapmış olduğu sözleşmeden doğan borca aykırı davranıştan kaynaklanan ve üçüncü kişinin maruz kaldığı zararın karşılanmasını kabul etmiştir⁷.

Haksız fiil sorumluluğunda ise kural üçüncü kişilerin uğradıkları zararın değil, doğrudan zarar gören mağdurun zararının tazmin edilmesidir. Bu ana kuralın yanında, haksız fiil sorumluluğu kapsamında meydana gelen zarar ile zarara sebebiyet verdiği iddia edilen eylem arasında illiyet bağının varlığı, eylemin hukuka aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve zarar verenin kusurlu olup olmadığı, tazminat sorumluluğunun belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Zira sadece bu şartların varlığı halinde haksız fiil sorumluluğunda tazminat yükümlülüğünden bahsedilebilir.

⁷ Romalıların bu öğretisi günümüzde *Lex Rhodia* ve dolaylı temsil olarak karşımıza çıkmaktadır. *Lex Rhodia*, deniz ticaret hukukunda halen daha etkili olan bir kuraldır. *Lex Rhodia*, yük taşıyan bir geminin, yüklerinin bir kısmını denize atmak suretiyle, içinde bulunduğu zor durumdan kurtulduğu durumlarda, denize atılan eşyaların sahibinin söz konusu eşyaların denize atılması sebebiyle oluşan zarara tek başına katlanmak zorunda olup olmadığı sorusuna cevap verir. Bu kurala göre, yarar ortak olduğuna göre zarar da ortak olmalıdır ve eşyaların sahibi söz konusu zararı tek başına taşımamalıdır. Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition**, Oxford, 1996, s. 407; Ingo Reichard, **Die Frage des Drittschadenersatzes im klassischen römischen Recht, Forschungen zum Römischen Recht**, Bd. 38, Köln, Weimar ve Wien, 1993, s. 286. *Lex Rhodia* günümüzde müşterek avarya kurumu ile karşılanmaktadır. Müşterek avarya kurumu, kaptana geminin fırtına gibi ani bir tehditle karşı karşıya kalması halinde, gemiden bazı yüklerin atılmasına karar verme yetkisi tanımaktadır (TTK.m.1024/f.5, m.1025, m.1184; YTTK.m.1272 vd.). Bu durumda, atılan yük tüm gemiyi kurtaracağı için, yük sahipleri ve gemi sahibi, atılan yük kime ait olursa olsun, gemideki toplam kıymet içindeki paylarına göre sorumlu olacaktır. Böylelikle, ani bir tehdit karşısında gemicilerin tereddüt etmeden hareket etmesi ve yapılan fedakârlığın hakkaniyete uygun biçimde paylaşılması sağlanmıştır. Ancak burada akdi bir sorumluluk olduğu için yansıma zararından söz edilemez.

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı fiile doğrudan maruz kalmayan üçüncü kişinin, söz konusu fiil nedeniyle zarara uğraması halinde meydana gelen zararının tazmin edilmesini talep edip edemeyeceği ise yansıma zararı sorununun özünü oluşturur. Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda yer alan sadece haksız fiile doğrudan maruz kalan mağdurun zararının tazmin edilmesi ve üçüncü kişinin zararı şeklinde ortaya çıkan yansıma zararının tazmin edilmemesi kuralına, Türk hukukunda kanun koyucu tarafından BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3)'de yer verilen destekten yoksun kalma tazminatı ile açık istisna getirilmiştir⁸. Söz konusu hüküm ile kanun koyucu, haksız fiil sorumluluğunda yansıma zararının varlığını ve tazmin edilebileceğini istisnai olarak da olsa kabul etmiştir.

Borçlar hukukumuzda BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3) kuralından başka tazmin edilebilir yansıma zararının varlığından söz edebilmek için geniş yoruma imkân veren hallerin belirlenmesi ve örtülü boşlukların doldurulması kurumundan yararlanma imkânının olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu tartışmaya çalışmanın *de lege lata* yansıma zararı hallerinin incelendiği kısmında ayrıntılarıyla değinilecektir.

Çalışmanın başlangıcında yansıma zararı ve bu zararın tazmin edilmesi sorununun daha iyi anlaşılabilmesi açısından sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu alanlarında yansıma zararının hangi şekillerde ortaya çıkabileceğini örneklenmesinde fayda vardır:

Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda ortaya çıkan yansıma zararına ilişkin olarak verilen en ünlü örnek, “Tenor Vakıyası”dır. Bu örneğe göre⁹; (B) (zarar veren), bir trafik kazasında ünlü tenor (A)'nın (zarar gören) beden bütünlüğünü ihlâl eder. Bu kaza sonucu A, özel bir tiyatrodaki oynayacağı başrolü icra edemeyecek duruma gelir. Sanatçının başarısı, ünü sebebiyle oyunun bütün biletlerinin satan ve

⁸ BK.m.45/f.2'nin İsviçre Borçlar Kanunundaki görünümü Art.45 Abs.3'dür. Burada da tıpkı Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi destekten yoksun kalan üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilmesi istisnai olarak kabul edilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda ise haksız fiil sorumluluğu alanında dolaylı olarak zarara uğrayan üçüncü kişinin (mittelbar Geschadigten) yansıma zararı şeklinde nitelendirilebilecek zararının tazmin edilmesi açıkça sadece §§ 844, 845 BGB'de kabul edilmiştir.

⁹ Frei, **a.g.e.**, s. 19.

büyük bir kazanç bekleyen tiyatro sahibi (Ü) (üçüncü kişi), A'nın sahneye çıkamaması sonucunda sattığı bütün biletleri iade etmek zorunda kalır. Ayrıca tiyatronun kafeteryasını işleten (D) de, tiyatro sahibi (Ü)'nün oyunun bütün biletlerini satması sebebiyle temsil gecesi kazanmayı ümit ettiği büyük bir kazançtan mahrum kalmıştır. Meydana gelen kaza sonucunda beden bütünlüğü zedelenen (A)'nın doğrudan zarara uğrayan kişi olarak (B)'den tazminat talebinde bulunabileceği konusunda bir şüphe yoktur. Ancak; oyun için bütün biletleri satmış olan tiyatro sahibi (Ü) ve tiyatronun kafeteryasını işleten (D)'nin, (B)'den söz konusu zararların tazminini talep edip edemeyecekleri sorusuna verilecek cevap yansıma zararının tazminat sorumluluğunun kapsamında olup olmadığına dair verilecek yanıtı göre farklılık kazanacaktır.

Sözleşme sorumluluğu alanında yansıma zararına dair verilebilecek en önemli örnek ise hasar riskinin yüklenilmesi (*obligatorische Gefahrentlastung*) hukuki kurumudur. Buna göre¹⁰; satıcı (S), alıcı (A)'ya 02.11.2008 tarihinde beş ton patates satmıştır. Patateslerin alıcı (A)'ya ulaşması için satıcı (S), 12.11.2008 tarihinde depo sahibi (D) ile anlaşmış ve patatesler (D)'nin deposunda saklanmak üzere (D)'ye teslim edilmiştir. Aynı akşam depoda yangın çıkmış ve bütün patatesler zarar görmüştür. Yapılan araştırma sonucunda depo sahibi (D)'nin kusurlu olduğu ve satıcı (S) ile yaptığı sözleşmenin koşullarına ağır bir şekilde aykırı davrandığı ortaya çıkmıştır. Somut olayda kimin mevcut zararın tazminini isteyebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Depo sözleşmesinin, depo sahibi (D) ile satıcı (S) arasında kurulduğu açıktır. Ancak satım sözleşmesinin kurulması ile birlikte hasar alıcı (A)'ya geçtiği için gerçekte satıcı (S)'nin, depo sözleşmesine aykırı hareket sonucunda ortaya çıkan bir zararı yoktur¹¹. Bu durumda alıcı (A),

¹⁰ Benzer bir örnek için bkz.: Ruben Perren, "Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation", **ZBJV 2004**, Band 140, s. 74 vd.; Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, 1963, s. 142, 143. (Buradan sonra "Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini" şeklinde atıf yapılacaktır).

¹¹ Her ne kadar çeşit borçlarında, çeşit telef olduğu zaman, onun yerine bir diğer eşini koymak mümkünse de (nevi telef olmaz-*genus non perit* ilkesi); BK.m.183/f.2'de yer alan "*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.*"düzenlemesi çeşit satımlarında, sözleşmenin kurulup hükümlerini doğrulabilmesi için satılanın ayrıca ayırt edilmiş olmasını gerekli kılmıştır. Buna göre örnek olayımızda satılanlar benzerlerinden ayırt edilerek bir depoda saklandıkları ve alıcıya söz konusu işlem ihbar edildiği andan itibaren satım sözleşmesi hükümlerini doğuracaktır.

zararının depo sahibi (D) tarafından tazmin edilmesini, depo sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen talep edebilecek midir?

Üçüncü kişinin zararının ortaya çıkabileceği hallere verilen diğer bir örnek ise; miras hukukuna dairedir. Buna göre¹²; miras bırakan tek mirasçısının yanında, arkadaşına çok sevdiğini bildiği, antika vazosunu belirli mal bırakma (MK.m.517)¹³ yoluyla vasiyet etmiştir. Antika vazunun, vasiyet alacaklısına teslim edileceği ana kadar zarar görmesi halinde, mirasçının vazunun maliki olmasına rağmen bir zararı olmayacaktır; çünkü vazo zarar görmemiş olsaydı vasiyet alacaklısına teslim edilecek ve mirasbırakanın terekesinden çıkacaktır. Bunun yanında, vazunun zarar görmesi sonucunda mirasçı; vazunun mülkiyetinin geçirilmesi yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır. Öte taraftan, vasiyet alacaklısı vazunun kırılması sebebiyle zarar görmüş olmasına rağmen, vazunun hali hazırda mülkiyetine sahip olmadığı için vazoya zarar veren kişiye karşı zararın tazmin edilmesi talebinde bulunamayacaktır. Bu durumun zarar veren kişinin haksız bir şekilde zenginleşmesine yol açacağı ve somut olay adaletine aykırı olduğu açıktır. Ancak zarar veren kişi söz konusu fiili kasten ve zarar verme kasdıyla yapmışsa (ıztırar kastı), bu zararlar BK.m.41/f.2 anlamında haksız fiil zararı olarak kabul edilebilmelidir. Bu ön kabulün varlığında ise söz konusu zararın giderilmesi gerekir¹⁴.

Söz konusu borcun gönderilecek borç olması halinde ise hasarın alıcıya geçebilmesi için, satıcının satılanı alıcıya göndermek amacıyla elin çıkarması gerekir. Örneğimizde, ortada gönderilecek bir borç var ise ve satıcı depo sahibine patatesleri teslim ile mallar üzerinden el çekmişse ancak hasar alıcıya geçmiş olur.

11.01.2011'de yasalanan Yeni Borçlar Kanunu'nda ise hasara ilişkin düzenleme önemli ölçüde değiştirilmiştir. 01.07.2012'de yürürlüğe girecek olan Kanunun 208. maddesinde satımda yarar ve hasar "*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir. Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişcesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer. Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.*" şeklinde ele alınmıştır. Yeni düzenleme yarar ve hasarın geçişini satıcıyı merkeze koyarak düzenlemişse de, yapılan düzenleme BK.m.183 hakkında doktrinde yapılan eleştiri ve tartışmaların dikkate alındığını gösterir nitelikte ve esas açısından olumludur. Bu konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz.: İkinci Bölüm, I, A, 3, b.

¹² Horst Hagen, **Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik**, 1971, s. 3; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.144.

¹³ Zahit İmre, Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 7.bası, Der Yayınları, İstanbul, s.53 vd. .

¹⁴ Yukarıda verilen örnekte, mirasçının vazunun yerine kaim olan tazminatı belirli mal alacaklısına vermesi gerektiği de düşünülebilir. Zira; söz konusu malın terekede yer almasını üçüncü bir kişinin haksız fiili önlüyorsa mirasçının elde ettiği tazminatı, kaim mal olarak vasiyet alacaklısına vermesi

Yukarıda verilen örneklerin hepsinde, borca aykırı davranıştan doğan sorumluluğun¹⁵ ve haksız fiil sorumluluğunun temel kuralları ile bağdaşmayan talepler mevcuttur. Söz konusu taleplerin kabul edilip, üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesi için ya kanunda yer alan açık bir hükümle söz konusu taleplerin kabul edilmiş olması ya söz konusu fiillerin koruyucu bir hukuk normuna aykırı olmaları ya da mevcut hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur unsurlarının sorumluluğun dogması için yetersiz kalmalarına rağmen üçüncü kişinin zararının karşılanmamasının dürüstlük kuralına; güvenin korunması ilkesine aykırı olması gerekmektedir¹⁶.

Yansıma zararına dair verilen örnekler çoğunlukla maddi zarara ilişkin olsa da, yansıma zararı özellikle sözleşme dışı sorumluluk alanında, üçüncü kişinin manevi zarar talebinde bulunmasının mümkün olup olmadığı tartışmalarında da karşımıza çıkar. BK.m.47 (YBK.m.55)'nin; "*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namiyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*" şeklindeki düzenlemesinde; haksız fiil sebebiyle hayatını kaybeden kişinin yakınlarının, doğrudan zarara uğrayan kişinin ölümü sebebiyle manevi bir zarara uğrayabilecekleri ve bu zararın tazmin edilmesini talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Yürürlükte olan hukuk açısından, zarar görenin yaşamını devam ettirmesi halinde, yakınlarının kendi adlarına manevi tazminat talebinde bulunması mümkün değildir.

gerekir. Belirli mal bırakma tasarrufuna konu olan eşya, misli bir eşya ise ortada tedarik vasiyetinin söz konusu olup olmadığı da araştırılabilir.

¹⁵ Burada unutulmaması gereken bir nokta ise, borca aykırı davranış ile sözleşme ilişkisinin alacaklı tarafının bir zararının oluşmadığı, buna karşın üçüncü kişinin zarara uğradığı bazı somut durumlarda, borçlunun borç ilişkisinin nisbiligi ve alacaklının menfaati dogması sebebiyle, mevcut zararı tazmin etmekten kurtulmasının adalete aykırı sonuçlar doğurabileceğidir.

¹⁶ Sorumluluğun dogması için gerekli şartların oluşmamasına rağmen, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini dürüstlük kuralına veya güvenin korunması ilkesine bağlamak ancak sözleşmeden doğan sorumluluk için geçerli olabilir. Zira haksız fiil sorumluluğunu doğuran ilişkiler çerçevesinde taraflar birbirileri ile güven ilişkisi içerisinde olmak zorunda değildirler. Kural olarak kişiler sadece başkasına zarar vermeme gibi genel bir yükümlülük altındadırlar. Oysa sözleşme sorumluluğunda, aktin tarafları borç ilişkisi içerisine girmekle birlikte dürüstlük kurallarına ve güvenin korunması ilkesine uygun davranmak yükümlülüğü altında olduklarını bilirler.

11.01.2011 tarihinde yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısının 56. maddesinin 2. fıkrasında ise¹⁷, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği öngörülmüştür. Hukuka aykırı fiilin ölümle sonuçlanması halinde BK.m.47 hükmü uyarınca, üçüncü kişilerin manevi tazminat talebinde bulunmaları mümkündür. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasa, zarar görenin hayatta olması halinde bile yakınları, zarar gören adına değil kendi adlarına manevi tazminat talebinde bulunabilmelerine olanak tanımaktadır. Bu düzenlemenin manevi tazminat kurumunun ilkelerine ne kadar uygun olduğu ise, üzerinde durulması gereken diğer bir noktadır. Burada manevi zarar alanında bir yansıma zararı olup olmadığı konusu ileride ayrıntıları ile ele alınacaktır.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucunda üçüncü kişilerin manevi tazminat talebine sahip olup olmadıkları ise tartışmalıdır. Her ne kadar üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve üçüncü kişi yararına sözleşme kurumları ile sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, sözleşmenin nisbiliği ilkesine istisna oluşturacak şekilde mevcut sözleşmeden kaynaklanan talep haklarının varlığı kabul edilmekteyse de, bu kurumların kapsamına girmeyen kişilerin sözleşmeye aykırı davranış sonucu manevi zarara uğradıkları iddiasını ileri sürüp süremeyecekleri ayrıca ele alınmalıdır.

Türk sorumluluk hukukunda yansıma zararı kavramı incelenirken ilk olarak, tazminat borcunun en önemli unsuru olan zarar kavramı ele alınmalı ve zarar çeşitli açılardan sınıflandırılmalıdır. Ancak böyle bir tespit sonunda yansıma zararından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklığa varılacaktır. Bu sebeple çalışmanın ilk bölümünde genel olarak zarar kavramı ve türlerinden bahsedildikten sonra yansıma zararı kavramı ve özellikleri irdelenecektir. Söz konusu açıklamalar ile amaçlanan yansıma zararının kapsamı dışında kalan hallerin belirlenmesidir.

Borca aykırı davranıştan doğan sorumlulukta, Alman hukukunda olduğu gibi, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi için ortaya atılan kurumların kendi aralarında sınıflandırılması, yansıma zararının hangi koşullar altında oluştuğunun

¹⁷ 11.02. 2011’de yasalaşan Borçlar Kanunu’nun 56. maddesinin 2. fıkrası tam olarak “*Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” şeklindedir.

altının çizilebilmesi açısından kolaylaştırıcı olacaktır. Şöyle ki, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini sağlayan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme gibi kurumlar ile üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun birbirlerinden ayrılmasıyla birlikte sözleşmeden doğan sorumlulukta yansıma zararının çerçevesi de belirginleşecektir. Bu sebeple çalışmanın ikinci bölümünde ilk olarak, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarından yansıma zararı ile ilişkili oldukları ölçüde bahsedilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ayrıca hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur unsurları açısından yansıma zararı sonuçlu eylemler ele alınacaktır. Çalışmanın sistematik olarak doğru sonuçlar doğurabilmesi adına sağlam temeller üzerine oturtulması gerekliliği yadsınamaz bir gerçekliktir. Bu temeli oluşturmaya çalışırken de tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur unsurlarının varlıklarını çalışmanın teorik alt yapısını oluşturmak amacıyla kullanmak anlamlı olacaktır. Tazminat sorumluluğunun unsurlarının geniş bir biçimde incelenmesi çalışmanın kapsamını aşacağı ve yansıma zararı kavramının özünden uzaklaşmaya sebebiyet vereceği ihtimali nedeniyle, bu çalışmada kısaca zararın tazmin edilebilmesi için gerekli olan şartlardan; hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur unsurları üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise Türk hukukunda yansıma zararının gideriminin yürürlükteki ve olması gereken hukuk açısından incelenecektir. Bu bağlamda, *de lege lata*, yansıma zararının kanun koyucu tarafından açıkça kabul edildiği tek zarar biçimi olan destekten yoksun kalma zararı özel olarak ele alınacaktır. Destekten yoksun kalma zararı dışında kanunda yansıma zararına ilişkin bir düzenleme olmasa da, yansıma zararının giderimine ilişkin geniş yoruma imkân veren veya örtülü boşluğun varlığının kabul edilebileceği haller de var olan hukuk açısından göz önüne alınacaktır.

Çalışmanın genelinde yansıma zararına ilişkin yapılan değerlendirmeler, maddi zarara ilişkin olacağı için, olması gereken hukuk açısından ise özellikle manevi zararlara ilişkin yansıma zararının mümkün olup olmadığı ele alınacaktır. Söz konusu değerlendirme, hem sözleşme sorumluluğundan hem de haksız fiil

sorumluluğundan doğan manevi zararlar için ayrı ayrı incelenecektir. Şok zarar kavramına da bu başlık altında değinilecektir. Zira şok zararı nadir olarak maddi zarara sebebiyet verse de, çoğunlukla manevi zarara ilişkindir.

Olması gereken hukuk açısından yansıma zararı çeşitleri ele alınırken, Yeni Borçlar Kanunu ile yapılan değişiklikler de göz önünde tutulacaktır. Özellikle ağır bedensel zarar halinde, zarar gören hayattayken, zarar görenin yakınlarına manevi tazminat hakkı tanınması yoluyla manevi zararın kişisel olması kuralına getirilen istisna irdelenmesi gereken bir konu olarak çalışmanın son kısmında yer alacaktır. Belirli bir kanıya varmadan önce, doktrinde ve yargı kararlarında bu konuya dair yer alan görüşler incelenecek, son olarak olması gereken hukuk açısından en uygun çözümün ne olduğu bulunmaya çalışılacaktır.

Her ne kadar çalışmanın ana başlığı “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı Kuramı” olsa da, Türk hukukunda söz konusu konuya dair çalışmaların azlığı ve karşılaştırmalı hukuk araştırmasının çalışmayı önemli ölçüde zenginleştireceği gerçeği karşısında, Alman ve İsviçre hukuklarında yer alan görüşlere ve yargı kararlarına da çalışmanın bütününde yer vermek zorunluluğu hasıl olmuştur. Bu bağlamda çalışmanın genelinde hem Türk yargı kararlarına hem de Alman ve İsviçre mahkemelerinin kararlarına konu ile bağlantılı olduğu ölçüde yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR KAVRAMI AÇISINDAN YANSIMA ZARARININ

İNCELENMESİ

I. ZARAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Zarar, sadece sözleşme dışı sorumluluk alanında değil, borca aykırı davranıştan doğan sorumluluk alanında da karşımıza çıkan bir olgudur. Her iki sorumluluk alanında da, zarar çeşitli ayrımlara tâbi tutulmuşsa da, söz konusu kavramın tanımı kanun koyucu tarafından yapılmamıştır¹. Böylelikle zarar kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi doktrine bırakılmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi Alman hukukunda da, gerçekleşmesi muhtemel her duruma ilişkin bir zarar tanımı yapmanın zorluğu sebebiyle zarara ilişkin kanuni bir tanımlama mevcut değildir².

Zarar kavramına ilişkin olarak yapılacak tanımın ise hem hukuki hem de ekonomik temeller üzerinde oturtulması gerekir. Zira, iktisadi anlamda kişinin

¹ Buna karşın Avusturya Medeni Kanununda zararın tanımı yer almaktadır. § 1293 ABGB'de “*Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.*” şeklinde yer alan düzenleme ile zararın, bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya kişiliğinde meydana gelen her türlü kayıp olduğu belirtilmiştir. Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, **Kurzkomentar zum ABGB**, 2. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Bası, Wien, 2007, § 1293 Rn. 1 (Buradan sonra “Yazar adı/KBB” şeklinde atıf yapılacaktır.); Helmut Koziol, Rudolf Welser, **Bürgerliches Recht**, Band II, 13. Yenilenmiş Bası, Wien, 2007, s. 303.

² Herman Lange, Gottfried Schiemann, **Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Yayına Hazırlayan Joachim Gernhuber, Bd. I, 3. Yenilenmiş Bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, s. 26, dn.2; **J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadenersatzrecht)**, Berlin, 2005, Gottfried Schiemann, Vorbemerkungen zu §§249 ff, Rn. 35 (Buradan sonra “Staudinger/Schiemann” şeklinde atıf yapılacaktır.); Niklaus Lüchinger, **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Universitaets Verlag, Freiburg, 1999, §1 N. 52; Ulrich Magnus, **Schaden und Ersatz**, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1987, s.10, 11; Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I Maddi Zarar Olarak “Özel Kullanım Kaybı””, **BATİDER 1999**, C. XX, S.2, s. 75.

malvarlığında oluşan her azalma hukuk açısından zarar niteliği taşımayabilir³. Aynı şekilde, kişinin iradi davranışları sonucunda malvarlığında meydana gelmiş olan eksilmeler de zarar olarak kabul edilemez. Örneğin, bir satım sözleşmesi uyarınca satım bedelini ödeme borcu altına giren alıcının aktifinin azalması, söz konusu edim alıcının rızası ile gerçekleştiği için zarar niteliği taşımaz. Ancak satım sözleşmesi uyarınca elde edilmesi planlanan menfaatlere ulaşılmaması; başka bir ifadeyle malvarlığının artmasının engellenmesi (*lucrum cessans*) alıcı için zarar anlamını taşımaktadır⁴.

Zarar günlük kullanımda genel olarak, bir şeyin, bir olayın yol açtığı menfaat kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, ziyan anlamına gelir. Hukuki olarak ise çoğunlukla, kişinin malvarlığında; hukuken korunmuş değerlerinde isteği dışında meydana gelen azalmayı ifade eder⁵.

³ Örneğin; deprem, sel, heyelan gibi doğa olayları sonucunda oluşan zararlar tazminata konu olmazlar; meğer ki bu tip rizikolar başkası tarafından üstlenilmiş olsunlar. Aynı şekilde hukuka uygun fiiller sonucu meydana gelen zararlar da, kural olarak, tazmin edilmez. Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996, s.5 (Buradan sonra Nomer/Maddi Tazminat şeklinde atf yapılacaktır); Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarı, Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s.86; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 15 N.26 vd.; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3 N.32 vd., . Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.116-117.

⁴ Bu durum, doktrinde v.Tuhr tarafından ortaya atılan “beklentinin boşa çıkması teorisi”nin bir görünümü niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bölüm I, B, 3, dn.36.

⁵ Gottlieb Planck, Heinrich Siber, **Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz**, 5. Bası, 1913, s. 67; J. v. Staudingers, Alfred Werner, **J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse**, 10./11., Yenilenmiş Bası, 1967, s.9; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, 14. Bası, München, 1987, s. 426; Walter Erman, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Band I §§ 1-811, UKlaG**, Yayına Hazırlayan Harm Peter Westermann, 12. Yenilenmiş Bası, Köln, 2008, § 249 Rn. 14 (Buradan sonra “Erman/ Yazar adı” şeklinde atf yapılacaktır.); **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 68. Bası, München, 2009, § 249 Rn. 8 (Buradan sonra “Palandt/Yazar adı” şeklinde atf yapılacaktır.); Hıfzı Veldet, “Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 743.

Bu tanım dar anlamda zarar tanımı olarak kabul edilmektedir. Bazı yazarlar ise geniş anlamda zarar kavramı adı altında maddi ve manevi zararı birlikte ele almaktadırlar. Buna göre, geniş anlamda zarar hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların ve bunlara yapılan tecavüzün gerçekleşmesinden önceki ve sonraki halleri arasındaki farktır. Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, 1961, s.63 (Buradan sonra “Türk Mes’uliyet Hukuku” şeklinde atf yapılacaktır.).

Alman hukuku’nda “zarar” (*Schaden*) kavramının geniş anlamı ile kullanılabilmesi karşısında, bazı hukuk düzenlerinde maddi ve manevi zarar terimi ayrılabilir. Fransızca’da “tort” ve “dommage” ayrımı. Aynı ayrım İngilizce’de de “tort” ve “damage” şeklinde mevcuttur. Almanca’da “zarar”da değil giderimde bulunma konusunda farklı bir terminoloji karşımıza çıkmaktadır.YTBK’da para ile giderime “tazminat”, başka türlü giderimlere ise sadece giderim denilmektedir. Karş. : YTBK.m.56 ve 57.

Kişinin rızası dışında meydana gelen bu azalma, fiili zarar (*damnum emergens*) veya mahrum kalınan kâr (*lucrum cessans*) şeklinde gerçekleşebilir. Fiili zarar kişinin malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması hallerinde ortaya çıkar. Mahrum kalınan kâr ise, kişinin aktifinin artmasına veya pasifinin azalmasına engel olunması biçimlerinde meydana gelir.

Tazminata konu olabilecek zararın belirlenmesi için, tazminat sorumluluğunu doğuran hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesinden sonraki durum ile söz konusu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak olan durum karşılaştırılır. Başka bir ifadeyle, var olan fiili durum ile zarara sebebiyet veren olay olmasaydı içinde bulunulacak farazi durum arasında fark, tazminat sorumluluğunu doğuran zararı oluşturur.

Borçlar hukukunda, sadece maddi açıdan hesaplanabilen bir zarar anlayışı mevcut olduğu için, hukuki açıdan zarar kavramı ile maddi zarar anlatılmak istenir⁶. Kişi varlığı haklarının ihlâl edilmesiyle ortaya çıkan ve kişinin hissettiği acı, sıkıntı ve üzüntünün oluşturduğu manevi zarar⁷, Borçlar Kanunu sistemimizde maddi zarara nazaran ikincil kalmaktadır⁸. Bu sebeple çalışmanın ana konusunu oluşturan yansıma zararı kavramı incelenirken yapılan açıklamalar genel olarak maddi zararı kapsayacak niteliktedir. Manevi zarar açısından yansıma zararının varlığı ise çalışmanın ilerleyen kısımlarında özel olarak ve olması gereken hukuk açısından ele alınacaktır.

⁶ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 11.

⁷ M.Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006, s.498; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, 2006, s.473 (Buradan sonra Eren, Borçlar Hukuku şeklinde atıf yapılacaktır); M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 165; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.53; Ergüne, **a.g.e.**, s.12.

⁸ Alman hukukunda ise zarar kavramı manevi zararı da kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Öte yandan Türk/İsviçre hukukunun aksine, § 253 I BGB' de, manevi zarara uğrayan kişinin sadece kanunda belirtilen hallerde zararının nakden tazmin edilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.50; **Münchener Kommentar zum BGB Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432**, 5. Bası, München, 2007, Oetker, § 249, Rn. 16. (Buradan sonra "MünchKomm/Yazar adı" şeklinde atıf yapılacaktır); Ergüne, **a.g.e.**,s.11-12.

B. Zarar Kavramına İlişkin Teoriler

Kanunda zarar kavramının ne olduğuna ilişkin herhangi bir tanımlama yer almadığı için doktrinde zararın hangi ölçütlere göre belirleneceği tartışma konusu olmuştur. Zararın belirlenmesi için fiili durum ile farazi durum arasında bir karşılaştırma yapılmasının gerekliliği kural olarak kabul edilse de, söz konusu karşılaştırmanın neye göre yapılacağı konusunda farklı fikirler ortaya atılmıştır. Çalışmanın kapsamını genişletmemek adına bu teorilerden sadece en önemli olanlarına değinilmekle yetinilecektir.

1. Tâbii Zarar Teorisi

Alman hukukunda zarar kavramının tanımlanmamış olması, müşterek hukuk geleneğini takip eden hukuk öğretisini zararı, tabii zarar anlayışı ile açıklamaya itmiştir⁹. Tâbii zarar teorisine göre zarar, kişinin hayattayken sahip olduğu maddi ve manevi varlıklarında meydana gelen eksilme veya değişikliklerdir¹⁰.

Bu tanımlamaya göre, kişinin maddi ve manevi varlıklarında meydana gelen eksilmenin veya değişimin nasıl gerçekleştiğinin bir önemi yoktur. Zararın tespiti için bütün malvarlığı değil, doğrudan doğruya ihlâl uğrayan hak konusu varlığın kendisi ve onda meydana gelen olumsuz değişiklik dikkate alınır¹¹. Diğer bir deyişle ile sorumluluğu doğuran olay gerçekleşmeseydi hak konusu varlığın içinde bulunacağı durum ile var olan durumu arasındaki fark zararı oluşturur.

⁹ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.27; **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, Band 2, §§ 611-1296**, § 249 Rn. 8, Yayına Hazırlayanlar Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München, Verlag C.H. Beck, 2007 (Buradan sonra “KommBGB/Yazar adı” şeklinde atıf yapılacaktır).

¹⁰ Tâbii zarar teorisini ilk ortaya atan kişi olan H.A.Fischer, ilgili monografisinde zararı “*Einbusse, welche das Rechtssubjekt durch die Verletzung von Rechtsgütern erleidet*” şeklinde tanımlamıştır. Hans Albrecht Fischer, **Der Schaden nach dem BGB**, Jena, 1903, s.1 vd.

Fischer’in zarar kavramına ilişkin olarak yaptığı tanımlamanın benzerleri daha sonra, İkinci Dünya Savaşı’nın ardından da yapılmıştır. Söz konusu tanımlamalar için bkz.: Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.27, dn. 5 ve 6.

¹¹ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 7; Ergüne, **a.g.e.**, s. 19; Albrecht Zeuner, “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden” **AcP 1964**, 163, s.380.

Fark teorisine getirilen eleştirilerden doğan tâbii zarar teorisi kaynağını denkleştirme kurumundan alır¹². Tâbii zarar teorisi, maddi zararlarla birlikte manevi zararları da dikkate almak suretiyle, fark teorisinin sadece malvarlığı zararlarını ele alan kapsamındaki eksikliği gidermiş olmaktadır¹³. Öte yandan § 249 BGB’de yer alan, mümkün olduğu takdirde aynen tazmin ile zararın giderilmesi prensibi¹⁴, ancak tâbii zarar kavramı ile anlaşılabilir kılınmaktadır¹⁵. Buna karşın tâbii zarar teorisi de, mahrum kalınan kâr veya üçüncü kişilere karşı borç altına girme şeklinde meydana çıkan malvarlığı zararlarını açıklamakta yetersiz kaldığı için eleştirilmiştir¹⁶.

2. Fark Teorisi

Borçlar hukuku öğretisinde genel olarak kabul edilmiş, müşterek hukuk kaynaklı fark teorisine (*Differenzhypothese*) göre ise zarar, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumla, fiil sonucu meydana gelen durumu arasındaki farktan ibarettir¹⁷.

¹² Ergüne, **a.g.e.**, s. 19, dn.37; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 29.

¹³ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 29; Zeuner, **AcP 1964**, s.380.

¹⁴ **Jauering BGB Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar Christian Berger, Heinz-Peter Mansel, Rolf Stürmer, Othmar Jauernig, Astrid Stadler, Arndt Teichmann, 13. Bası, C.H.Beck, München, 2009, § 249 Rn.1 (Buradan sonra “Jauering/Yazar adı” şeklinde atıf yapılacaktır).

¹⁵ Öte yandan malvarlığında bir eksilme meydana gelmemesine rağmen, hak konusu varlıkta bir değişiklik meydana gelmişse de bir zarar ortaya çıkabilir ve bu zararın giderimi de aynen tazmin yoluyla olur. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 7.

¹⁶ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği kararlarında, genel olarak klasik zarar tanımını kullanmaktadır. Şöyle ki, mahkeme bir kararında “*Zarar, malvarlığının irade dışında azalmasıdır. Zarar, aktifin azalması, pasifin artması veya malvarlığının artmasına engel olunması şeklinde görülebilir ve genel görüş itibariyle malvarlığının mevcut durumu ile malvarlığının zarar doğmadan önceki durumu arasındaki farktır.*” ifadelerine yer vermiştir. Kararın orijinal metninde yer alan ifade şu şekildedir : “*Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwaertigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schaedigende Ereignis haette*”. Bkz.: BGE 116 II 444.

Aynı yöndeki ifadelerin bulunduğu diğer kararlar için bkz.: BGE 115 II 481; BGE 120 II 424; BGE 104 II 199; BGE 120 II 298; BGE 127 III 76. Peter Gauch, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, **recht**, 1996, s.226.

Çıkış noktası, Friedrich Mommsen'in 1855 yılında yayımlanan eseri¹⁸ olan fark teorisinin, bazı kısımları eleştirilip, büyük veya küçük değişikliklere konu olmuşsa da, Türk, İsviçre ve Alman hukuk doktrininde esas olarak kabul edilmiştir¹⁹. Fark teorisi çerçevesinde zarar kavramının kapsamına hem *damnum emergens* hem de *lucrum cessans* girmektedir. Zira zarar, malvarlığının fiili durumunda meydana gelen azalma ile varsayımsal olarak malvarlığında gerçekleşmesi beklenen artışın engellenmesinin toplamından oluşmaktadır²⁰.

Fark teorisinden, tipik akdi zarar alanında olumlu zararı açıklamada da yararlanılır. Şöyle ki; olumlu zarar; edim ifa edilse idi malvarlığının meydana geleceği durumu ile edimin ifa edilmemesi dolayısı ile meydana gelen malvarlığının durumu arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır²¹. Olumlu zararın hesaplanmasında, ticari satımlarda alıcının veya satıcının borçlu temerrüdüne

¹⁸ Friedrich Mommsen, **Beitraege zum Obligationsrecht II: Zur Lehre von dem Interesse**, 1855, s.3 vd. .

¹⁹ Türk hukuku için bkz.: Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.514; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 548; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 64; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.474; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 147; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 446.

İsviçre hukuku için bkz.: Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Bası, Zürich, Schulthess, 1988, s. 341(Bucher/Obligationenrecht şeklinde atıf yapılacaktır); Hermann Becker, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 2. Bası, Bern, 1941, Art. 41, Nr. 6; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II**, Bern, Staempfli Verlag AG, 1998, s. 26; Max Keller, Carole Syz, **Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen**, 5. bası, Zürich, Schulthess, 2001, s. 12; Max Keller, Sonja Gabi-Bolliger, **Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht**, 2. Bası, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s. 8; Heinz Rey, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich, Schulthess, 1995, Rn.151; Emil W. Stark, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Bası, Zürich, Schulthess, 1988, Rn. 4.

Alman hukuku için bkz.: Hagen, **a.g.e.**, s. 151; Heinrich Honsell, " Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht" , **JuS 1973**, Heft 2, s.69; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 27-28; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 8-9; Larenz, **a.g.e.**, s.480 vd.; Zeytin, **a.g.m.**, 77; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 16; Kurt Schellhammer, **Schuldrecht nach Anspruchgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil**, 5. Yenilenmiş Bası, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2003, Rn.1274; Günter Christian Schwarz, Manfred Wandt, **Gesetzliche Schuldverhaeltnisse Deliktsrecht-Schadensrecht-Bereicherungsrecht- GoA**, München, 2006, § 22, Rn.8 .

²⁰ KommBGB/Schubert, **a.g.e.**, § 249 Rn. 11; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.476; Honsell, **JuS 1973**, s. 70.

²¹ Olumlu zarar sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan zarar olarak da tanımlanabilir. Alacaklinın borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle ifadan vazgeçip olumlu zararının giderimini talep etmesi, sözleşmeden elde edeceği menfaatin kaybı dolayısıyla uğradığı zararın tazmini istemesi anlamına gelmektedir. Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 26 N.167; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.262 vd. .

düşmesinde fark kuramı benimsenmiştir (BK.m.188/f.2; YBK.m.213/f.2 ve BK.m.212/f.1; YBK.m.236/f.1)²².

Fark teorisi, malvarlığının bütününde değer itibariyle meydana gelen eksilmeleri esas almaktadır. Ezcümle fark teorisinde zarar, malvarlığında oluşan tüm olumsuz etkiler hesaba katılarak bütünsel olarak değerlendirilir²³. Ancak burada zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanında olumlu etkileri de dikkate alınır. Böylelikle yarar ile zarar denkleştirilmiş olur.

Bunun yanında fark teorisi, zarar verici olay olmasaydı içinde bulunulacak farazi durumun eylemsel olarak tesis edilmesini amaçlayan aynen tazmini açıklamakta yetersiz kalmaktadır²⁴.

3. Normatif Zarar Teorisi

Fark teorisinin katı kurallar içerisinde uygulanması her zaman istenen sonuçlar doğurmamaktadır. § 253 BGB’de manevi zararın tazmin edilmesinin kanunun öngördüğü haller ile sınırlı tutulmuş olması Alman hukuk öğretisi ve

²² Yasalaşan Borçlar Kanunu’nun 213.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farkın ödenmesini isteyebilir.*” ve 236. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Satıcı, satış bedelini ödemedede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın gidirilmesini isteyebilir.*” düzenlemeleri ile fark kuramı sadece ticari satımlara özgülenmiş istisnai bir yöntem olmaktan çıkmış ve ticari satımlar dışında da uygulanabilir hale gelmiştir.

Fark teorisinin karşısında yer alan mübadele (değişim) teorisi, borçlu ve alacaklının edimlerini ayrı olarak değerlendirmekte ve zararın sadece ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacağını ve hükmedilen tazminatla alacaklının ediminin mübadele edileceğini kabul etmektedir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.346. Mübadele teorisinin uygulanması ile ifadan vazgeçip olumlu zararının giderilmesini talep eden alacaklı da kendi edimini yerine getirmelidir. Mübadele teorisi böylelikle, fark teorisi uyarınca tazminat alacaklısının vermekten kurtulduğu kendi edimini ifa etmeye zorlamaktadır. Mübadele teorisinin akti adaletini sağlamaya elverişli olmadığı yönünde bkz.: Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 26 N.176; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.263-264.

²³Teoman Akünel, **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s.52, 53; Ergüne, **a.g.e.**, s . 17.

²⁴ Akünel, **a.g.e.**, s.58; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 21; Schellammer, **Schuldrecht nach Anspruchgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil**, 5., Yenilenmiş Basi, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2003, Rn. 1275; Ergüne, **a.g.e.**, s.18.

uygulamasını, zarar kavramını farklı bir şekilde açıklama yollarını aramaya itmiş ve normatif zarar kavramını (*der normative Schadensbegriff*) ortaya çıkarmıştır²⁵.

Normatif zarar kavramına; fark teorisi veya tabii zarar kavramı ile açıklanamayan zararlarda ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmüştür²⁶. Normatif zarar kavramının taraftarları zararı, hukuken şekillendirilmiş tipiklik unsuru olarak tanımlarlar.

Özellikle, uygun illiyet bağı eksikliği sebebiyle zarar verenin tazminat sorumluluğunun kabul edilmediği; bir tatil imkânının ortadan kalkması gibi karakter olarak maddi zarardan şüphe edilen veya motorlu bir aracı kullanma olanağının kaybolması gibi kişinin zararının zaman içerisinde ortaya çıkacağı durumlarda normatif zarar kavramına başvurulmaktadır²⁷. Normatif zarar kavramı ile yoksun kalınan değer yerine ikame edecek bir değer için masraf yapamayacak olan kişilerin de zararlarının tazmin edilmesinin sağlanması sebebiyle, söz konusu kavramın adil olduğu ileri sürülmüştür.

Normatif zarar teorisi, zarar kavramının belirlenmesinde sadece hukuki bir değerlendirmenin anlamlı olduğunu, malvarlığında iktisadi bir azalma olmamasına rağmen hukuki bir incelemeyle tazminat yükümlülüğüne yol açabilecek bir zararın varlığından söz edilebileceğini iddia etmektedir²⁸. Söz konusu teori malvarlığı kavramının kapsamını genişletmek suretiyle fark teorisinin yaratabileceği sıkıntıları ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.

Alacaklının hiçbir malvarlığı zararına uğramadığı durumlarda bile; telâfi ve yaptırım düşüncelerinin yanında normun konuluş amacıyla zararının tazmin

²⁵ KommBGB/Schubert, **a.g.e.**, § 249 Rn. 10; Schellammer, **a.g.e.**, Rn. 1276, 1277; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 17.

²⁶ Fark teorisinin tamamlanması ya da kaldırılması için yapılan bu çabaların ardında, toplumdaki ekonomik ve sosyal gelişmeler, insanları hayatlarını kolaylaştıran eşya ve hizmetlerin satın alınabilirliği ve bunun sonucunda söz konusu hizmet ve eşyaların toplumsal yaşamın vazgeçilemez unsurları haline gelmeleri yatmaktadır. Zeytin, **a.g.m.**, 77, 78.

²⁷ Dieter Medicus “Normativer Schaden”, **JuS 1979**, Heft 4, s.239.

²⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s.19.

edilmesi, normatif zarar teorisinin özünü oluşturur²⁹. Normatif zarar kavramına örnek olarak; bir taşıt aracının kullanılmaması sebebiyle oluşan zararlar³⁰; evli kadın ölümü veya yaralanması sonucunda ev işlerine yardımcı olamaması sebebiyle oluşan zararlar³¹; tatile çıkma olanağının ortadan kalkması sonucunda oluşan zararlar³² veya işgöremezlik halinde ücretin ödenmesine rağmen doğan zararlar³³ verilebilir³⁴. Normatif zarara dair verilen bu örneklerde araba malikinin, arabasını kullanamaması sebebiyle meydana gelen zararı dolaylı zarardır. Evli kadının ölümü veya yaralanması sonucunda ev işlerine yardımcı olamaması sebebiyle eşinin veya destek olduğu diğer kişilerin uğradığı zararlar ise yansıma zararlarıdır.

Kullanma olanağının kaybı dolayısıyla uğranılan yararlanma zararlarına ilişkin bir takım teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerden en önemli olanları; ticarileştirme teorisi (*Kommerzialisierungstheorie*)³⁵, beklentinin boşa çıkması

²⁹ Robert Neuner, “ Interesse und Vermögensschaden”, **AcP 1931**, Bd. 133, s. 306 vd. ; Walter Selb, **Schadensbegriff und Regressmethoden**, Heidelberg, 1963, s.50. Normatif zarar kavramının eleştirisi için bkz.: Medicus, **JuS 1979**, s.236 vd. .

³⁰ Eduard Bötticher, “Schadenersatz für entgangene Gebrauchsvorteile”, **VersR 1966**, Heft 13, s. 301-313; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.22, 23; Nomer, **Maddi Tazminat**, s.17 vd. .

³¹ Evli kadının ölümü halinde, ev işlerinin görülmemesi nedeniyle sağ kalan eş destekten yoksun kalma tazminatı adı altında zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Ancak eşin yaralanması halinde, ev işlerinin görülmesi için masraf yapan diğer eşin, malvarlığında böylelikle meydana gelen eksilmelerin tazmin edilmesini zarar veren kişiden talep etmesini, Alman Federal Mahkemesi normatif zarar kavramı ile olanaklı kılmıştır.

Türk hukukunda ise Medeni Kanun değişikliği sonrasında evlilik birliğini temsilde kadın ve erkek eşit haklara sahiptirler. Dolayısıyla, haksız fiil sonucunda yaralanan eşin değil de, ev işlerinin görülmesi için masraf yapan diğer eş kanuni bir yükümlülüğünü yerine getirmektedir. BK.m.51/f.2 uyarınca da zarar veren kişiye karşı, normatif zarar kuramına gitmeksizin, rücu olanağına sahip olmalıdır. Nomer, **Maddi Tazminat**, s.27-30.

³² Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.36; Nomer, **Maddi Tazminat**, s.30-32.

³³ Maruz kaldığı haksız fiil dolayısıyla işgöremez hale gelen işçinin ücretini almaya devam etmesi halinde malvarlığında herhangi bir eksilme meydana gelmez ve dolayısıyla fark kuramı uyarınca tazmin edilebilecek bir zarardan söz edilemez. Kanunun ödemede bulunan kişiye, zararı veren üçüncü kişiye karşı rücu imkânı tanınması halinde ortada bir sorun yoktur. Ancak Alman hukukunda, kanunen böyle bir imkânın tanınmamış olması nedeniyle, yapılan ödemenin normatif zarar kurumuna dayandırılarak tazmin edilebileceği fikri ileri sürülmüştür. Türk ve İsviçre hukuklarında ise BK.m.51(YBK.m.62; OR. Art.51), uyarınca sözleşmeden veya kanundan dolayı meydana gelen zararı karşılamakla yükümlü olan kişi, kural olarak ödediği miktarın tamamı için haksız fiil sorumlusuna rücu edebilir. Bu sebeple, Türk hukukunda işgöremezlik halinde ücretin ödenmesine rağmen doğan zararların tazmin edilebilmesi için normatif zarar kuramına başvurmaya gerek yoktur. Nomer, **Maddi Tazminat**, s.25-27.

³⁴ J. von Staudingers, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts**, Yenilenmiş 2008, Berlin, 2008, s.402 (Buradan sonra “Yazar adı /Staudinger/Eckpfeiler (2008)” şeklinde atıf yapılacaktır).

³⁵ Ticarileştirme düşüncesinde, bir eşyayı özel olarak kullanma olanağından yoksun kalınması halinde oluşan zararının tazminin talep edilemeyeceği tartışılmaktadır. Buna göre, mahrum kalınan

teorisi (*Frustrationstheorie*)³⁶ ve ihtiyaç teorisidir (*Bedarfstheorie*)³⁷. Bütün bu teoriler genel bir sınırlandırma ölçütü ortaya koyamamakla birlikte, sadece fark

yararın para karşılığı elde edilip edilemeyeceği veya bunun için bir piyasa mevcut olup olmadığına karar verilmelidir. Eğer o şey para ile satın alınabiliyorsa malvarlığına dahildir ve onun ihlâli malvarlığında zarara yol açar. Dolayısıyla bir aracın kullanılması imkânının ortadan kalkması malvarlığında bir eksilmeye yol açar. Bu zararın tespitinde ise, araç kiralamaya ilişkin pazarda, zarara uğrayan aracın niteliklerine benzer bir aracı kiralamak için gerekli olan bedel araştırılmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin “kiralık araç kararı” olarak bilinen kararı için bkz.: BGHZ 40, 345=VersR 1964, s.225. Martin Tolk, **Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schaeden, Darstellung und Versuch einer Kritik**, Berlin, 1977, s. 46.

Alman Federal Mahkemesi, NJW 1956, s.1234’de yer alan “deniz tatili” vakasında ticarileştirme düşüncesinin malvarlığı zararı dahilinde ele almış, daha sonra ise bu kavramı hukuki bir kavram olmaktan ziyade ekonomik bir kavram olduğuna karar vermiştir. Bkz.: Joachim Ströfer, **Schadenersatz und Kommerzialisierung, Grundprobleme der Grenzbereiche von materiellem und immateriellem Schaden unter besonderer Berücksichtigung des Vertragsrechts**, Berlin, 1982, s.61, dn. 142; Karsten Küppers, **Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Eine Untersuchung zur Kommerzialisierungstheorie und Frustrationstheorie**, Karlsruhe, 1976, s.18; Werner Schulte, **Schadenersatz in Geld für Entbehrungen, Die Entwicklungslinien der Rechtsprechung und ihre dogmatischen Grundlagen**, Berlin, 1978, s.48; Jürgen Brinker, **Die Dogmatik zum Vermögensschadenersatz, Differenzierungsdefizite, Ressourcenverwendungsplaene und das Wertproblem**, Berlin, 1982, s.215; Gottfried Schiemann, **Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts**, München, 1981, s. 29.

Ancak günümüz ekonomik hayatında her değer para ile elde edilebilir olması bu düşüncenin zayıf noktasını oluşturur. Dolayısıyla ticarileştirme düşüncesi sadece bir elek vazifesi sağlar. Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.19; **KommBGB/Grüneberg**, § 249, Rn. 10. Öte yandan malvarlığında eksilen şeyin, para karşılığında ikame edilmesi yeterli görülürse maddi ve manevi zararının ortadan kalkacağı da ticarileştirme teorisine getirilen eleştirilerden bir tanesidir. Nomer, **Maddi Tazminat**, s.19.

³⁶ Boşa gitmiş; işe yaramamış harcamaların malvarlığı zararı olarak tanınması yirminci yüzyılın başında von Tuhr tarafından ilk kez ortaya atılmıştır. Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd.I.**, 1907, § 18, Fn. 33a; Küppers, **a.g.e.**, s.8 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.255-258; Larenz, **a.g.e.**, s.505; **MünchKomm/Oetker**, § 249, Rn. 47; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.20.

Beklentinin boşa çıkması düşüncesinin altında, zarar verici olay sebebiyle boşa giden, yararlanılamayan harcamalar yatar. Meydana gelen hukuka aykırı fiil sonucunda kullanılmayacak hale gelen araç için ödenen vergi, sigorta ücreti gibi bedeller, boşa çıkan beklenti sonucunda ortaya çıkan zararlara örnektir. Her ne kadar öğretilerde bu görüşün taraftarları gittikçe güçlense de, yargı kararlarında beklentinin boşa çıkması düşüncesine karşı çekincelerin devam ettiği görülmektedir. Bkz. BGHZ 55, 146, 151 = NJW 1971, s. 796; BGHZ 65, 170, 1740 = NJW 1975, s. 2341; BGHZ 66, 277, 280 = NJW 1976, s. 1630; BGHZ 71, 234, 238 = NJW 1978, s. 1805; BGHS 99, 182, 196 = NJW 1987, s. 831; BGH NJW 1977, s. 2264; NJW 1978, s.2592, 2593; NJW 1979, s. 2034; NJW 1983, s.442.

Ancak bu görüşün taraftarları bile bu düşüncenin uygulanmasının sınırlandırılmasının gerekliliğinin farkındadırlar. Örneğin, Löwe, bu düşüncenin, zarar sonucu doğuran olay ile zarar arasında illiyet bağı olmaması sebebiyle, fark teorisi ile uyumlu olmadığını kabul etmektedir. Löwe aynı zamanda beklentinin boşa çıkması düşüncesinin sadece somut nesnelere için yapılan somut harcamalara hasredilmesi gerektiğini de ileri sürmektedir. Walter Löwe, “Schadenersatz bei Nutzungsgang von Kraftfahrzeugen”, **VersR 1963**, s.310 vd.; Walter Löwe, “Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?”, **NJW 1964**, Heft 16, s.704 vd. .

Gerçekten de zarar kalemi olarak kabul edilen harcamalar, zarar görenin iradesi ile yapılmıştır, dolayısıyla zarar verici olay ile masrafin yapılması arasında herhangi bir illiyet bağı yoktur. Kaldı ki, beklentinin boşa çıkması teorisi sözleşmenin geçerli olacağına duyulan güven sonucunda yapılan masrafların, olumsuz zarar kapsamında tazmininin mümkün kılınmasından yola çıkmıştır. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan sorumluluğa hâkim olan güven ilişkisinin haksız fiil sorumluluğunda

teorisi uyarınca, malvarlığında gerçek bir azalma meydana gelmediği için, tazmin edilemez nitelikte olan zararları karşılamaya yönelik açılımlar getirmektedirler³⁸.

Normatif zarar kavramı, fark teorisinin tanımladığı zarar kavramı ile karşılaştırıldığında daha detaylı bir yapıya sahiptir³⁹. Ancak; normatif zarar kavramı farklı olay grupları için bütünsel bir yapı (*Gesamtkonzept*) oluşturamaması sebebiyle fark teorisinden tamamen vazgeçilememiştir⁴⁰.

İsviçre hukukunda normatif zarar kavramı, güvenden ve hayal kırıklığından kaynaklanan zararlar altında ele alınmıştır. Örneğin, kişi kendi iradesiyle bir konser bileti almış ve dolayısıyla malvarlığında iradi bir eksilme meydana gelmiştir; buna karşın kendi isteğinin dışında geçirdiği bir kaza sonucunda konsere gidememişse

mevcut olmaması söz konusu teorisinin uygulanmasını olanaksız kılar. Nomer, **Maddi Tazminat**, s.22.

³⁷ Zeuner'in ortaya attığı bu teoriye göre, beden bütünlüğü zarar gören ve maddi zarara uğrayan kişi, kendisi bir harcama yapmadan önce, zararının para ile karşılanmasını talep edebilir. Buna göre, harcamalar kesinlikle, önemli bir ihtiyacı zorunlu kılan gereklilikte olmalı. Zeuner'in kullandığı anlamda ihtiyaç, düşüncesele öne alınan harcamaları kapsamaktadır. Buna göre, zarardan söz edebilmek için malvarlığında bir azalmanın varlığı aranmaz, doğan ihtiyaç doğrultusunda masraf yapmanın zorunlu olması yeterlidir. Örneğin, kaza sonucu bozulan aracın tamiri için maddi tazminata hükmedildiğinde, söz konusu bedelin tamir için kullanılması şart değildir. Önemli olan masraf yapma ihtiyacının doğmasıdır. Yazar aynı zamanda § 843 I BGB'yi bu teorisinin normatif karşılığı olarak görmektedir. Zeuner, **AcP 1964**, s. 380; 395. Bu teori ise, zarar göreni zenginleştireceği için eleştirilmiştir. Zira eski hale getirme ihtiyacı zararın bir sonucudur, zararın kendisi değildir. Nomer, **Maddi Tazminat**, s.20. Bunun yanında zarar görenin ihtiyacının subjektif ve sınırlarının belirsiz olması § 843 I BGB'yi genel bir kural olmaktan alıkoyar. Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.21.

³⁸ Bu teoriler örnek olarak; alınmış ama kullanılmamış bir tiyatro bileti, rezervasyonu ve ödemeleri yapılmış bir tatilin gerçekleşmemesi veya özel bir otomobilin kullanılmaması gibi, gerçekte malvarlığında irade dışı değil, kişinin kendi isteğiyle gerçekleştirdiği azalmalar halinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesinin hukuki alt yapısını oluşturmaya çalışırlar.

³⁹ Kanunların uygulanması söz konusu olduğunda, bütün zarar çeşitlerinin normatif olmasının zorunluluğu göz önüne alındığında, normatif zarar ve normatiflik kavramlarının farklı olarak ele alınması şarttır. Andreas Spickhoff, "Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff", **JZ 2002**, s.973; **MünchKomm/Oetker**, § 249, Rn. 23; Magnus, **a.g.e.**, s.303, dn.2.

⁴⁰ Alfons Bürge, "Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung", **Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag**, Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1992, s. 413-432; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Gözden Geçirilmiş Bası, Bern, 2003, § 14, Rn. 5; Heinrich Honsell, Friedrich Harrer, "Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht", **JuS 1985**, s. 165-167; Böttcher, **a.g.m.**, s.312.

Ancak Alman uygulaması zarar ile yararın denkleştirilmesi, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi ve kullanıma dair tazminatların kurulması gibi konularda normatif zarar kavramından yararlanmıştır. Bkz.: BGHZ 42, 378, 381 = NJW 1972, s.1703; BGHZ 59, 109, 110 = NJW 1972, s. 1703; BGH NJW 1969, s.1477, 1478; BGHZ 50, 304, 306 = NJW 1968, s.1823; BGHZ 54, 45, 50 = NJW 1970, 1411.

veya her kim kendi iradesiyle tatile gitmek istemiş, bunun sonucunda maaş kaybına uğramışsa; ancak tatile gidememişse burada irade dışında gerçekleşen normatif bir zarardan söz edilebilir⁴¹. İlk örnekte bilet parasının oluşturduğu zarar *damnum emergens*, ikinci örnekteki maaş kaybının yarattığı zarar ise *lucrum cessans* niteliğindedir⁴². Ancak; İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde normatif zarar kavramı, Alman hukukunda olduğu gibi manevi zararın tazmin edilmesinin kapsamı sınırlı olmaması; zarara uğrayan şey veya hakkın maddi değeri yanında bir de kullanma değerinin var olmaması; malvarlığına dahil olan değerlerin neler olduğunun bilinmesinin hukuk güvenliği açısından gerekli olması sebebiyle normatif zarar kavramı kabul görmemiştir⁴³.

4. Zarar Kavramını Açıklamaya Çalışan Teorilerin Değerlendirilmesi

Yukarıda anlatılmaya çalışılan teorilerin en önemli özelliği, zarar kavramını açıklarken kullandıkları tanımlamalar yetersiz kaldığı ölçüde, başka bir teoriye yollama yapmaktan çekinmemişlerdir. Başka bir ifade ile zarar kavramının farklı açılardan ele alınarak belirlenebileceği, daha da doğrusu belirlenmesi gerektiği gerçeğini yadsımamışlardır.

Örneğin, tâbii zarar teorisini savunanlar, tâbii zarar teorisinin aynen tazmin için uygulama alanı bulacağını, nakden tazmin için ise fark teorisine başvurmak gerektiğine işaret etmişlerdir⁴⁴. Aynı şekilde fark teorisinin kurucusu olarak kabul

⁴¹ Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen, Band II**, Bern, 2006, § 46 Rn.11 (Buradan sonra “Koller, Band II” olarak atf yapılacaktır.).

⁴² Koller, **Band II**, § 46 Rn.11; Gauch, **a.g.m.**, s.227.

⁴³ Alfred Keller, “Landesberichte: Die Schweiz”, **Deliktsrecht in Europa Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen**, Yayına Hazırlayan Christian v.Bar, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, s.13,14; Rona Serozan, “**Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**”, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, Zürich ve Bern 1980’den Ayrı Bası, Zürich 1981, s.447-497; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 548-558; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 344-345; Haluk Burcuoğlu, “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”, **DÜHFD**, Yıl: 1984, S. 2, s. 163-173.

⁴⁴ Fischer, **a.g.e.**, s.26. Oertman ve Neuner de tâbii zarar teorisini savunurken, fark teorisini reddetmemiş, kendi zarar anlayışlarının yanında fark teorisinin de tamamlayıcı bir işleve sahip olduğunu kabul etmişlerdir. Bkz.: Paul Oertmann, **Die Vorteilsausgleichung beim**

edilen Mommsen de, zarar verici olay sonucunda malvarlığından eksilen şeyin aynen tazmin edilmesi mümkünse, nakdi tazmin için gerekli olan değer belirleme yoluna gidilmesine gerek olmadığını kabul etmiştir⁴⁵.

Aslında iki farklı zarar kavramı değil, zararın tazmin edilmesi için ileri sürülen iki farklı tazminat şekli söz konusudur⁴⁶. Tâbii zarar teorisinde meydana gelen zarar aynen tazmin yoluyla, fark teorisinde ise nakden tazmin yoluyla giderilmektedir. Sonuç olarak ortada iki farklı tazminat biçimi vardır.

Bu bağlamda mevcut bir zararın nasıl tazmin edilebileceğini karar verirken söz konusu teorilerin birbirlerini dışlamadığını da göz önüne alarak, yeri geldiği ölçüde her iki zarar kavramından da yararlanmakta fayda vardır⁴⁷.

Normatif zarar teorisi ise Türk-İsviçre hukuk sistemleri ile bağdaşabilir nitelikte değildir. Zira Borçlar Kanunumuzun zarar olarak kabul ettiği şeyler malvarlığında meydana gelen eksilmelerdir. Malvarlığına dahil olan zarar gören şeyin veya hakkın maddi değerinin yanında kullanma değerinin olmadığı, böyle bir değer atfetmenin zarar görenin zenginleşmesi anlamına geleceği ise açıktır⁴⁸. Öte yandan Alman hukukunda kural olarak manevi zararın tazmin edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan normatif zarar kavramı, Türk-İsviçre hukuklarında manevi tazminat kurumunun Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde (YBK.m.56) açıkça düzenlenmiş olmasından ötürü kabul görmemiştir.

Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin, Guttentag, 1901, s. 8 vd.; 59 vd.; Neuner, **a.g.m.**, s. 286-287; 295; 307; 312 vd. . Ayrıca bkz.: Nomer, **Maddi Tazminat**, s.16.

⁴⁵ Mommsen, **a.g.e.**, s. 13.

⁴⁶ Nomer, **Maddi Tazminat**, s.16; Zeuner, **AcP 1964**,s. 383.

⁴⁷ § 249 BGB de, tazminat borçlusunu, tazminat yükümlülüğüne yol açan durum olmasaydı, içinde bulunacak farazi hali tesis etmekle sorumlu tutan söz konusu hüküm, zararın tespiti bakımından bir karşılaştırma yapılmasını öngörmüş olmakla fark teorisine yaklaşmakla birlikte, bu karşılaştırmanın hangi temelde yapılacağı hususunu açık bırakarak tâbii zarar teorisini de kapsam dışında bırakmamıştır. **MünchKomm/Oetker**, § 249, Rn. 18-20.

⁴⁸ Serozan, **Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**, s. 476.

C. Zarar Çeşitleri

Kanunda zarar tanımının yapılmamış olması, hukuk öğretisini zarar çeşitlerini belirlemek suretiyle zarar kavramını tanımlanma çalışmalarına sevk etmiştir. Bu bağlamda, Türk sorumluluk hukukunda yansıma zararının hangi koşullarda ortaya çıkabileceğini kavrayabilmek için zarar çeşitlerinin neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Zarar çeşitlerinin açıklanmasının diğer bir amacı ise hangi zararların yansıma zararı olarak kabul edilemeyeceğinin altının çizilmesidir.

Yukarıda zarar kavramı anlatılmaya çalışılırken yapılan bütün açıklamalar kural olarak maddi zarara ilişkindir. Zira gerçek anlamıyla zararın, yani kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmanın, maddi zarar üst başlığı altında değerlendirilebileceği kabul edilir. Kişinin şahsiyetine yapılan tecavüz sebebiyle duyduğu acı, üzüntü ve yaşam sevincinin azalması ise manevi zararı oluşturmaktadır. Bu sebeple, sorumluluk hukuku alanında zararlar arasında bir sınıflandırma yapılmak istendiğinde, başvuru en temel ayırım, maddi zarar- manevi zarar ayırımıdır⁴⁹.

Maddi zarar- manevi zarar ayırımından başka, mevcut zarar- müstakbel zarar- muhtemel zarar, olumsuz zarar- olumlu zarar, sözleşme görüşmelerinden doğan zarar, güven sorumluluğundan doğan zarar, doğrudan zarar- dolaylı zarar ve yansıma zarar olmak üzere çeşitli zarar görünüşleri doktrinde ele alınmıştır. BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1), BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2), BK.m.96 (YBK.m.112), *culpa in contrahendo* ve güven sorumluluğu'ndan hiçbirinin kapsamına girmeyen "üçüncü kişi" zararlarını ikinci bölümde kesin ve açık bir şekilde belirleyebilmek için, bu bölümde söz konusu sorumluluk türlerinden kaynaklanan zarar çeşitlerine, oluşum şartlarıyla beraber ele alınması gerekli görülmüştür. Böylelikle, aşağıda yer alan zarar çeşitleri ile yansıma zararı

⁴⁹ KommBGB/Schubert, **a.g.e.**, § 249 Rn. 16; MünchKomm/ Oetker, § 249, Rn. 24; Erman/Ebert, **a.g.e.**, § 249, Rn. 16; Harm Peter Westermann, Peter Bydlinski, Ralph Weber, **BGB- Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Yeniden Gözden Geçirilmiş Baskı, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2007, § 14 Rn. 3.

nitelemesine gerek olmayan haller belirtilecek ve bu şekilde yansıma zararının hangi hallerde ortaya çıkabileceği ortaya koyulacaktır.

1. Maddi Zarar - Manevi Zarar

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır⁵⁰. Doktrinde baskın olarak kabul edilmiş fark teorisine göre, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumla fiil sonucu meydana geldiği durum arasındaki fark, maddi zararı oluşturur⁵¹.

Maddi zarar kural olarak, malvarlığında meydana gelen eksilme (*damnum emergens*) veya malvarlığının aktifinin artmasının engellenmesi (*lucrum cessans*) şeklinde ortaya çıkar⁵². Başka bir ifade ile maddi zarar açısından yapılan en önemli sınıflandırma fiili zarar, mahrum kalınan kâr ayırımıdır

Sözleşme dışı sorumluluk alanında zarara yol açan fiil, malvarlığına dahil olan ve para ile ölçülebilen bir hakkın izdüşümü niteliğindeki nesnenin yok olmasına veya maddi değerinin azalmasına veya bir hakkın kaybedilmesine sebep olması malvarlığının aktifinin azalması şeklinde ortaya çıkan fiili zarar olarak kendini gösterir⁵³. Örneğin, kişinin malvarlığı içerisinde yer alan bir eşyanın kullanılamaz şekilde tahrip olması veya trafik kazasında yaralanan kişinin hastanede yapmış olduğu tedavi masrafları veya zarar görenin hayatını kaybetmesi halinde ise cenaze masrafları malvarlığının aktifini azaltacak nitelikteki bir maddi zarara sebebiyet verir.

Sözleşme sorumluluğunun geçerli olduğu somut durumlarda ise, sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkarılması nedeniyle amacına ulaşmamış;

⁵⁰ Maddi zarar kişinin, malvarlığına dahil olan, para ile ölçülebilen ve bunun sonucunda para ile tazmin edilebilen unsurlarında meydana gelen azalma olarak da tanımlanır. Koziol/Welser, **a.g.e.**, s. 303.

⁵¹ Fark teorisi için bkz.: Birinci Bölüm I, B, 2 .

⁵² Malvarlığı zararının Roma hukukundan itibaren tarihsel gelişimi için bkz.: Fatma Tülay Karakaş, Özlem Söğütü Erişgin, “Tarihsel Açından Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, **BATİDER**, 2006, C.XXIII, S.3., s. 157-181.

⁵³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.515; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.559; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.477.

malvarlığında eksilmeye yol açmış harcamalar fiili zarar kalemlerini oluşturur⁵⁴. Sözleşmenin kurulması için yapılan harcamalar, sözleşmenin geçersizliği nedeniyle sözleşmeye konu olan edimin başka bir şekilde temin edilmesi suretiyle yapılan giderler hep sözleşme sorumluluğunda oluşabilecek fiili zarara ilişkin örneklerdendir.

Zarar veren fiil sadece aktifin azalmasına değil, pasifin artmasına da sebebiyet vererek maddi zararın oluşmasına yol açabilir. Pasifin artması, bir borcun doğması veya artması şeklinde kendini gösterebilir. Bir kişinin üçüncü kişinin hilesi sebebiyle, normal şartlarda hiçbir şekilde yapmayacağı bir sözleşmeyi yapması ve söz konusu sözleşme uyarınca borç altına girmesi, üçüncü kişinin hilesine maruz kalan kişinin pasifinin artmasına neden olur⁵⁵.

Maddi zarar sadece malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde de ortaya çıkmaz. Kazanç kaybı, hayatın olağan akışı içerisinde kişinin malvarlığının aktifin artmasının engellenmesi de sözleşme dışı sorumluluk alanında maddi zarara sebebiyet verir⁵⁶. Örneğin; bir trafik kazası sonucu bacağı kırılan ünlü tiyatro sanatçısı bütün bir tiyatro sezonu çalışmamış ve kazanç kaybına uğramıştır. Ayrıca bacağına tam olarak iyileşmemesi sebebiyle, her zaman başrolde oynayan sanatçı artık sadece yardımcı rollerde oynayabilecektir; dolayısıyla geleceğe yönelik de kazanç kaybı söz konusudur. Kazanç kaybı dolayısı ile zarar niteliği de taşıyabilir. Daha önce de belirtildiği gibi; kazanç kaybı mağduru aynı zamanda haksız fiil mağduru ise dolaylı zarar oluşur. Ancak kazanç kaybı mağdur aynı zamanda haksız fiil mağduru değil, bir başka kişi ise yansıma zararı meydana gelir.

Ancak kazanç kaybı sadece malvarlığının aktifinin artmasına engel olunması ile ortaya çıkmaz; malvarlığının pasifinin azalmasına engel olunması yoluyla da kazanç kaybına sebebiyet verilebilir. Örneğin, (B), (A)'nın arabasını, kendi arabasının çıkışını engelleyecek şekilde park etmesi sebebiyle borçlarının

⁵⁴ Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.85.

⁵⁵ Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.65.

⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.559; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 478; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.515.

azalmasına yarayacak bir iş görüşmesi fırsatını kaçırmıştır. Bu durumda (B), (A)'nın hukuka aykırı fiili sebebiyle pasifinin azalması şansını kaçırmış ve maddi zarara uğramıştır⁵⁷.

Mahrum kalınan kârın maddi zarar çerçevesinde talep edilebilmesi için ilk olarak, zarara sebebiyet verici fiil olmasaydı elde edilecek olan muhtemel kazancın hukuka ve ahlâka uygun olması gerekir⁵⁸. Maddi zarar iddiasında bulunabilmenin ikinci şartı ise, söz konusu kazancın elde edilebilmesinin büyük bir ihtimal olarak görülmesidir⁵⁹.

Manevi zarar ise kişinin malvarlığının eksilmesi ile meydana gelmez⁶⁰. Maddi zararın aksine manevi zarar, kişilik hakkının koruması kapsamına giren değerlerin ihlâl edilmesi halinde ortaya çıkan zarardır. Kişilik hakkının ihlâl edilmesi sonucunda, kişinin manevi acı ve üzüntü duyması, yaşam zevklerinin azalması manevi zararı oluşturur⁶¹. Ancak kişilik hakkı ihlâllerinin aynı zamanda maddi zarara da yol açabileceği unutulmamalıdır. Şöyle ki, beden bütünlüğü zarar gören kişi hem maddi zarara (BK.m.46; YBK.m.54) hem de manevi zarara (BK.m.47; YBK.m.56) uğramış olabilir. Aynı şekilde, kişilik hakkının koruduğu değerlerin ihlâlinden hem maddi zarar hem de manevi zarar meydana gelebilir (MK.m.24a)⁶². Kişilik hakkının koruduğu değerlerin⁶³ ihlâlinden doğan manevi zarar, tipik haksız fiil zararı (doğrudan zarar); masraf ve kazanç kaybı zararı ise dolaylı zarardır.

⁵⁷ Jacob Joussen, **Schuldrecht I- Allgemeiner Teil**, Verlag W. Kohlhammer, 2008, Rn. 1078.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.344.

⁵⁹ Büyüksağış, **a.g.e.**, s.87.

⁶⁰ Hans Brox; Dietrich Walker Wolf, **Allgemeines Schuldrecht**, 32. Güncel Bası, München, 2007, § 29 Rn. 4.

⁶¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.679; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.149; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.167.

⁶² Ancak unutulmamalıdır ki, şeref ve haysiyet ihlâllerinde maddi zarar meydana gelmeksizin sadece manevi zarar ortaya çıkabilir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.515.

⁶³ Hüseyin Hatemi, **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, §8 N.39; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, §9 N.62.

Manevi zararın giderilmesini sağlayan manevi tazminatın amacı, doktrinde tartışmalı olmakla beraber⁶⁴, kişilik hakkının ihlâl edilmesi sonucunda mağdur olan kişinin yaşadığı fiziksel ve ruhsal acıların, mutsuzluk halinin ona bir miktar para ödenmesi yolu ile ortadan kaldırılmasıdır⁶⁵.

⁶⁴ Bir görüşe göre manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararı nakden veya aynen telafi etmektir. Bu görüş maddi tazminat ile manevi tazminat arasında paralellik kurmakta ve manevi tazminatı talep etme hakkını malvarlığı değerleri arasında değerlendirmektedir. Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.7-8.

Başka bir görüş ise manevi tazminatı özel hukuk cezası (privatstrafe) olarak görmektedir. Bu görüşe göre, manevi tazminat mağdurun failden intikam alma duygusunu yok edecek, bunun yanında faili gerçekleştirdiği haksız fiil sebebiyle cezalandıracaktır. Manevi tazminatın ceza hukuku anlamındaki yaptırımından farkını ise tazminat bedelinin Devlete değil, mağdura veya ölenin yakınlarına ödenmesi oluşturur. Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.8-9; Şeref Ertaş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof.Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, 1990, s.78; Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AÜHFD.**, C.30, Y. 1973, s.11.

Diğer bir görüş ise; manevi tazminatın mağdura manevi bir tatmin (Genugtuung) sağlamak amacına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş, manevi tazminatın amacını açıklamada tek başına yeterli olmasa da, doktrinde baskın olarak kabul edilen denkleştirme işlevine ek olarak benimsenebileceğini kabul edilmektedir. Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof.Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, s.85 vd.; Ertaş, **Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti**, s.82.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 679; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22/Ekim/1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 160; Gürsoy, **Manevi Zarar ve Tazmini**, s.8; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 13.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın günümüze kadar gelen kararlarında da, manevi tazminatın bir miktar parayla, zarar vereni cezalandırmak gibi bir amacının olmadığı, sadece mağdura yaşadığı fiziksel ve ruhsal acı ve ızdıraplar için bir karşılık, denkleştirme sağlamaya yaradığı vurgulanmıştır. İlgili kararlar için bkz.: BGE 63 II 158; BGE 123 III 15; 123 III 204.

Y. 17. HD., 26.06.2008 T., 2008/1969 E., 2008/ 3549 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.11.HD., 18.09.2006 T., 2006/3228 E., 2006/8879 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); YHGK., 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.4.HD., 26.10.2005 T., 2004/15251E., 2005/11929 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11 HD., 27.10.2005 T., 2004/12632 E., 2005/10414 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y. 11.HD., 20.06.2005 T., 2004/9884 E., 2005/6416 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.11.HD., 22.3.2005 T., 2004/6071 E., 2005/2628 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y. 13.HD., 07.10.2004 T., 2004/5746 E., 2004/13960 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.4.HD., 15.9.2003 T., 2003/4618 E., 2003/10015 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y. 11.HD., 26.05.2003 T., 2002/13104 E., 2003/5525 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.4.HD. 6.2.2003 T., 2002/10731 E., 2003/1451 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; YHGK., 27.12.2002 T., 2002/4-893 E., 2002/1035 K. (Yargı Dünyası, S.87, Mart 2003, s.54 vd.) ; Y.4.HD., 24.9. 2002 T., 2002/3928 E., 2002/9940 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.4.HD., 11.9.2002 T., 2002/4788 E., 2002/9087 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 24.10.2001 T., 2001/4-1016 E., 2001/757 K. (YKD., C.28., S.2, 2002, s.173 vd); Y.13.HD., 1.3.2001 T., 2001/1433 E., 2001/2234 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 24.5.2001 T., 2001/1557 E., 2001/5453 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 13.1.2001 T., 2000/10088 E., 2001/2350 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 25.2.1999 T., 1998/9677 E., 1999/1513 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.11. HD., 05.05.1997 T., 1997/564 E., 1997/3279 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.1.HD., 27.12.1994 T., 1994/6988 E., 1994/11776 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 1992/7276 E., 1993/12397 K., 2.11.1993 T. (YKD., C.20, S.3, Mart 1994, s.371-373); Y.HGK., 02.12.1987, 1987/9-368 E., 1987/891 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

Manevi tazminatın, BK.m.47 (YBK.m.56) uyarınca sadece nakdî olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir⁶⁶. BK.m.47'nin lafzî ifadesinden, manevi zararın sadece nakdî tazminat şeklinde giderilebileceği anlamı çıkarılmasa da, mehzaz kanununun 47. maddesinde yer alan açık düzenlemesinden bu sonuca varılmaktadır⁶⁷. BK.m.49 (YBK.m.58) çerçevesinde hükmedilecek manevi tazminatın mutlaka nakdî tazminat şeklinde olmasına da gerek yoktur. Zira hâkim BK.m.49/f.3 uyarınca, nâkdî tazminat yerine başka bir tazminat şekline veya nakdî tazminata ek olarak başka bir tazminat türüne karar verebileceği gibi kişilik hakkı ihlâlini kınayan bir karar veya söz konusu ihlâlün kınanması ve bu kararın basın yoluyla ilânına hükmetmekle de yetinebilir⁶⁸.

MK.m.25 uyarınca davacının kişilik hakkına dahil olan değerlerine karşı yapılan saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkilerini devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini hâkimden isteyebilir. MK.m.25/f.2 ise bütün bu taleplerle birlikte davacıya düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilmesine olanak tanımıştır. MK.m.25/f.2'de yer alan kınama kararı ile BK.m.49/f.3'de yer alan kınama kararı arasında bir takım farklılıklar mevcuttur.

Şöyle ki; MK m.25'te sadece hukuka aykırılığı tespit eden kararın yayımlanması söz konusu iken, BK m.49'da kınama kararının ilânı söz konusudur. Ayrıca kınama kararının ilânı için manevi tazminat koşullarının gerçekleşmesi gerekli iken MK m.25 çerçevesinde yapılacak kararın yayımlanması için buna gerek bulunmamaktadır. BK m.49 gereği kınama kararının ilânı basın yolu ile yapılacak

⁶⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.763; Gürsoy, **Manevi Zararın Tazmini**, s.33.

⁶⁷ Art.47 OR düzenlemesinde açıkça hâkimin manevi tazminat olarak uygun bir miktar paraya hükmedebileceği, "*eine angemessene Geldsumme als Genugtuung*" ifadesi ile açıkça ortaya konulmuştur.

Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 56. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğününin zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*" ifadesi ile mehzaz kanunda yer alan açık düzenlemeye gitmeksizin, manevi zararın kural olarak nakdi tazminat yoluyla giderilmesi anlayışını devam ettirilmiştir.

⁶⁸ Benzer bir düzenleme, yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 58. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.*" hükmü ile de getirilmiştir. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.173.

iken MK m.25 çerçevesinde yapılacak yayımlamanın nerede ve ne tarzda yapılacağını hâkim belirleyecektir⁶⁹.

Alman hukukunda ise, § 253 I BGB uyarınca, manevi zararlar, sadece kanunda açıkça belirtildiği sürece bir miktar para ile tazmin edilebilir⁷⁰. Bu durumda maddi zarar ile manevi zararı birbirinden ayırmaya yarayan ölçütlerden en önemlisi, zararın para ile ölçülebilir olup olmamasıdır⁷¹.

Çalışmamızın ana konusu oluşturan yansıma zararın, manevi zarara yol açıp açmayacağı, yansıma zararın varlığının kabulü halinde zarar görenin tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı meselesini ise, çalışmamız açısından sahip olduğu önem itibarıyla ileride özel olarak ele almak daha uygun olacaktır.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.164-165; Arıdemir, **a.g.e.**, s. 68, dn.302.

⁷⁰ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 24; Erman/Ebert, **a.g.e.**, § 249, Rn. 16 . § 253 I BGB'nin metni “ *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Faellen gefordert werden.*” şeklindedir. Bu ifade sebebiyle Alman hukukunda manevi zararların nakden tazmin edilmesi kural olarak sadece kanun tarafından açıkça öngörülen hallerde mümkündür. § 253 II BGB ve § 651 II BGB manevi zararın bir miktar para ile giderilmesine dair § 253 I BGB'de atf yapılan açık hükümlere örnektir. Bunun yanında, Alman yargısı kişilik hakkı ihlallerinde manevi zararın tazmin edilmesi hakkında istisnalar yaratmıştır. Bkz.: NJW 2000, 2195- Marlene Dietrich; NJW 2000, 2201- Der Blaue Engel.Wolfgang Fikentscher, Andreas Heineman, **Schuldrecht**, 10. Bası, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 2006, §52 Rn. 604 Fn.5.

⁷¹ Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 5., Yenilenmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, § 45 Rn. 883; Schellammer, **a.g.e.**, Rn. 1269.

2. Mevcut Zarar - Müstakbel Zarar – Muhtemel Zarar

Zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarara mevcut zarar denir⁷². Zararın hesaplandığı tarihte henüz gerçekleşmiş olmayan ama başka hiçbir unsurun eklenmesine gerek kalmaksızın ileride kesin olarak gerçekleşmesi beklenen zarar ise müstakbel zarardır. Müstakbel zarar ileride gerçekleşecek bir kazanç yoksunluğu olarak da ifade edebilir. Müstakbel zarara verilebilecek en güzel örnek, yansıma zararı ile de doğrudan ilgili olan, BK.m.45/f.2(YBK.m.53/b.3)'de düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatıdır⁷³.

Müstakbel zararın dava zamanasını süresinin ne zaman başlayacağı; başka bir ifade ile müstakbel zararın miktarının ve kapsamının ne zaman öğrenilmiş sayılacağı konusunda uygulamada birlik söz konusu değildir. Zararın öğrenilmesi onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamına gelmektedir⁷⁴. Zaman içerisinde değişmeyen, ilk doğduğu şekliyle varlığını devam ettiren bir zararın zarar gören tarafından öğrenilmesi, söz konusu zarara dayalı tazminat talebinde bulunabilmesi için yeterli olacaktır. Kendine özgü yapısı sebebiyle, sonradan değişme gösteren zararlarda ise, zararın kapsamı gelişmekte olan duruma göre belirlenir; gelişme sona ermedikçe zararın gerçekleştiği kabul edilmez⁷⁵.

⁷² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.518.

⁷³ Aynı şekilde BK.m.46/f.1'in "Cismani bir zarara düşer olan kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir." ifadesi de açıkça, ekonomik geleceğin sarsılmasına sebebiyet veren haksız fiil tazminatına ilişkin somut bir düzenleme getirmektedir. YBK.m.54 ise "Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar." düzenlemesi ile BK.m.46/f.1'de yer alan masraf kalemlerini ayrıntıları ile belirlemiştir.

⁷⁴ Büyüksağış, **a.g.e.**, s.89.

⁷⁵ Büyüksağış, **a.g.e.**, s.90. Buna karşın Yargıtay verdiği bir karara konu olan olayda, sezeryan ameliyatı sırasında verilen AIDS virüslü kan sebebiyle doğan çocuğu ve kendisi AIDS hastalığına yakalanan davacının devam eden bir zarara uğramadığını kabul edilerek ek tazminat talepleri reddedilmiştir. Y.4.HD., 23.10.2001 T., 2001/7908 E., 2001/10071 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası) . Söz konusu kararın karşı oy yazısında ise, "Kural olarak haksız eylemin meydana geldiği günde, zararda gerçekleşmiş olur. Ancak, haksız eylem nedeniyle zararın zaman içinde arttığı, gelişen bir durumun var olduğu hallerde, ilk eylemden sonra gerçekleşen zarardan gelişen duruma göre ayrı bir zararın da var olduğu ve istenebileceği kabul edilmek gerekir. Bunun içinde her somut olayda, zarar arttırıcı gelişen bir durumun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi

Özellikle beden bütünlüğünün ihlali gibi durumlarda, zarar görenin kazancı veya evlenme şansı gibi değerlerin kesin olarak belirlenmesini sağlayacak veriler olmadığı için her somut olayda, değişen verilere göre bir değerlendirme yapılmalıdır⁷⁶.

Henüz mevcut olmayan ancak, ek bir riskin gerçekleşmesi ile doğma ihtimali bulunan zarar ise muhtemel zarardır. Uğradığı haksız fiil sebebiyle, beden bütünlüğü ağır bir şekilde zedelene kişinin ameliyat sırasında ölmesi ihtimali karşısında doğabilecek zararlar muhtemel zarar kalemlerini oluşturur⁷⁷. Risk gerçekleşmeyip, muhtemel zarar doğmadıkça muhtemel zararın tazmini söz konusu olmayacaktır.

gerekmektedir. Somut olay ve olgular birlikte değerlendirildiğinde, davacıların almış buldukları bu ölümcül mikrop nedeniyle vücut ve ruh bütünlüklerinin zaman içinde ve giderek artmak suretiyle bozulduğu düşünüldüğünde, olayın seyrinde gelişen durumun var olduğu kabul edilmelidir. Bu hastalık veya vücuttaki zayıflık, ilk mikrobun alınması üzerine tüm sonuçları ile meydana gelmemiştir. Zamanın geçmesi ile hastalık ilerlemekte içinde yaşanan ortam itibarıyla boyutları ağırlaşmakta ve kişi giderek güçsüzleşmektedir. İlk zamanlarda, az da olsa gelir getirecek bir iş yapabilme olanağına sahip iken, giderek, kendi zorunlu gereksinmelerini dahi karşılayamaz, hatta başkalarının yardımına gereksinme duyacak konuma gelebilmektedir. Bu bakımdan hukuka aykırı eylem nedeniyle zararın zaman içinde giderek artacağı ve kısa sürede öldürücü noktaya götüreceği hastalığın doğal bir sonucudur.” ifadeleri iler haklı olarak davacıların somut olayın özelliği itibarıyla yeni gelişen duruma göre önceki miktara ilâve olarak maddi tazminat isteminde bulunabilecekleri iddia edilmiştir. Zira davacının küçük bir bebekken yakalandığı hastalığın sonuçlarının dava tarihi ile sınırlı kalmayacağı açıktır. Küçük çocuk hayatta kaldığı sürece, artarak katlanan hastalığının sonuçları ile maddi ve manevi olarak yüzleşmek zorunda kalacaktır. Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar sonucunda iç hukuk yollarını tüketen davacı anne-baba Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş ve bu dava sonucunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye’yi hatalı bularak 300.000 Euro maddi ve 78.000 Euro manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. (Başvuru No: 4864/05)

⁷⁶ Büyüksağış, **a.g.e.**, s.92, 93. Örneğin, işverenin ağır kusuru sonucunda ömür boyunca saçsız kalmak zorunda kalan bir genç kızın, aynı sosyal çevrede yaşayan ve yaşıtı olan genç kızlara göre evlenme ve para kazanma şansının azaldığı göz önünde bulundurularak maddi tazminat talebinde bulunabilmesine olanak tanınmalıdır. Y.10 HD., 20.05.1976 T., 1975/8355 E., 1976/3924 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtayın tazminatın miktarını belirlerken dikkate alınması gereken ölçütleri ortaya koyduğu kararlar için bkz.: Y.21.HD., 29.05.2006 T., 2006/3597 E., 2006/5349 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.10.HD., 07.12.2004 T., 2004/9937 E., 2004/11481 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.21.HD., 09.03.2004 T., 2004/569 E., 2004/2124 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.21.HD., 26.02.2004 T., 2004/899 E., 2004/1629 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası); Y.10.HD., 12.06.2003 T., 2003/4112 E., 2003/4878 K. (HukukTürk Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.518.

3. Olumlu Zarar- Olumsuz Zarar

Sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğu birbirinden ayıran en önemli nokta, sorumluluğun kaynağıdır. Daha açık bir ifadeyle; sözleşme dışı sorumluluğun aksine, sözleşme sorumluluğunun dayanağını geçerli bir sözleşme oluşturur. Sözleşme sorumluluğunun doğabilmesi için, borçlunun borca aykırı, kusurlu hareketi ile bir zarara sebebiyet vermiş olması gerekir. Sözleşme sorumluluğunda, kusurun karine olarak var olduğu kabul edilir. Meydana gelen zarar ile kusurlu eylem arasında olması gereken uygun illiyet bağının varlığına ise borç ilişkisi karine oluşturur⁷⁸.

Dar anlamda sözleşme zararı, sözleşme kuralları çerçevesinde giderimi istenebilen herhangi bir zarar değil, bir sözleşme borçlusunun edimini yerine getirmemesinden doğan zarardır⁷⁹. Sözleşmeden doğan sorumluluk açısından zarar, genel olarak, olumlu zarar ve olumsuz zarar olmak üzere iki ana başlık altında toplanabilir⁸⁰. Olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımı sözleşmeden doğan sorumluluk hukukuna özgü bir ayrımdır. Sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin tazminat taleplerinde, olumlu zarar- olumsuz zarar kavramları kullanılmamalı; söz konusu kavramlar yerine bu kavramları karşılayacak olan fiili zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kârdan (*lucrum cessans*) bahsedilmelidir⁸¹.

Olumlu zarar (*positive Interrese, Nichterfüllungsschaden*), alacaklının borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle uğradığı zararı ifade eder⁸². Olumlu zarar, alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde arz ettiği durumdur.

⁷⁸ Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 26 N.127; Koller, **Band II**, §47 Rn.16 vd. .

⁷⁹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 4 N.7 .

⁸⁰ Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, § 52 Rn. 608; Ergüne, **a.g.e.**, s.55 vd. .

⁸¹ Olumlu zararı *damnum emergens*, olumsuz zararı *lucrum cessans* olarak gören bir görüş için bkz.: Koller, **Band II**, §46 Rn. 9. Bu ayrım yerinde değildir. Zira tipik akdi zarar *lucrum cessans*'dir. Olumsuz zarar kapsamına giren masraf şeklinde ortaya çıkan zarar, geniş anlamda *damnum emergens*'dir.

⁸² Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, vor § 249 Rn. 16; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.65, Westermann/Bydlinski/ Weber, **a.g.e.**, § 14 Rn. 4; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 26 N.167; Ergüne, **a.g.e.**, s.55; Lüchinger, **a.g.e.**, N.114.

Başka bir ifadeyle; olumlu zarar olarak, alacaklı ifadaki menfaatinin tazminini talep edebilir. Olumlu zarar kural olarak bir miktar para ile tazmin edilir⁸³.

Olumsuz zarar (*negative Interesse, Vertrauensschaden, Frustrationsschaden*) ise, geçerli olarak kurulup, hüküm doğurduğuna inanılan bir akdin hüküm ifade etmemesi veya kurulacağına inanılan bir akdin kurulmaması sebebiyle uğranılan zarardır⁸⁴. Olumsuz zararda, alacaklı akdin geçerliliğine duyduğu güven sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Sözleşmenin kurulması için veya ifa sırasında yapılan masraflar tipik olumsuz zarar kalemlerini oluşturmaktadır⁸⁵.

Yukarıda verilen tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere, olumlu zarar sözleşmede kararlaştırılmış olan ifanın hiç ya da gereği gibi gerçekleşmemesinden kaynaklanır. Olumsuz zarar ise sözleşmedeki ifa menfaatini değil, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu veya kurulacağı veya geçersizliğine rağmen ifa edileceğine dair duyulan güvenden kaynaklanır⁸⁶. Olumlu zarar da geniş anlamda bir güven ihlâlinden kaynaklansa da, burada var olan güven olumsuz zarar da olduğu gibi sözleşmenin geçerliliğine değil, sözleşmede kararlaştırılan borcun gereği gibi ifa edileceğine yöneliktir⁸⁷.

Çoğu kez olumsuz zararın miktarı, olumlu zarardan azdır; ancak istisnai durumlarda olumsuz zarar olumlu zarardan daha fazla olabilir⁸⁸. Kural olarak, alacaklının olumlu veya olumsuz zararı talep etmek konusunda bir seçim hakkı vardır⁸⁹. Sözleşmeyi feshetme hakkını düzenleyen BK.m. 106/f.2

⁸³ Erman/Ebert, **a.g.e.**, § 249, Rn. 17.

⁸⁴ Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, vor § 249 Rn. 17 ; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.64; Koller, **Band II**, §46 Rn.11; Dieter Medicus, Stephan Lorenz, **Schuldrecht I Allgemeiner Teil Ein Studienbuch**, 18. Yenilenmiş Bası, München, 2007, § 59 Rn.711; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 29 Rn. 9; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 26 N.167; Ergüne, **a.g.e.**, s.40.

⁸⁵ Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, § 52 Rn. 608.

⁸⁶ Ergüne, **a.g.e.**, s.57; Lüchinger, **a.g.e.**, N.329.

⁸⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s.57-58; Lüchinger, **a.g.e.**, N.193.

⁸⁸ Koller, **Band II**, §46 Rn.32; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 59 Rn.711; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, § 14 Rn. 4 ; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 29 Rn. 10.

⁸⁹ Koller, **Band II**, §46 Rn.24.s

(YBK.m.125/f.1)⁹⁰’de yer alan; “Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep veya akdi fesh edebilir.” ifadesi ile sözleşmeden dönmenin hükümlerini ele alan BK.m.108/f.2 (YBK.m.125/f.2)’ deki “Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.” düzenlemesi, alacaklının olumlu veya olumsuz zararı isteme konusunda seçim hakkın olduğunu açıkça göstermektedir⁹¹.

Buna karşın kanun koyucu yaptığı düzenlemeler ile özel olarak olumsuz zararın isteneceği belirtiliyorsa, alacaklı olumlu zararı isteyemez⁹². Öte yandan alacaklı olumlu zarar ile olumsuz zararı beraber isteyemez. Olumlu ve olumsuz zarar birbirine eklenerek talep edilemez; söz konusu zarar tipleri birbirinin alternatifi olacak niteliğe sahiptirler⁹³.

⁹⁰YBK.m.125/f.1 “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.”; YBK.m.125/f.2 ise “Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.” ifadeleri ile yürürlükteki Borçlar Kanunumuzla paralel bir düzenleme getirmektedir.

⁹¹ İsviçre Borçlar Kanununda da alacaklının olumlu zararı veya olumsuz zararı seçim hakkı, Art. 107 Abs. 2’de yer alan “Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten.” ifadesi ve Art. 109 Abs. 2 “Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.” düzenlemesi ile belirtilmiştir. Koller, **Band II**, §46 Rn.24.

⁹² Alacağın temlikini düzenleyen BK.m. 171/ f.2 (YBK.191/f.2) (Art. 173 Abs. 2 OR) “Temlik, kanun icabı vaki olmuş ise evvelki alacaklı, ne alacağın mevcudiyetine ne de borçlunun eda kabiliyetine kefilidir.” ve ayıp sebebiyle sözleşmenin feshini ele alan BK.m.205/f.2 (YBK.m.219, Art.208 Abs.2 OR) “Bayiin müşteriye almış olduğu semeni faiziyle beraber iade ettikten başka mebiin tamamen zaptı halinde olduğu gibi muhakeme masrafiyle müşterinin mebia vaki olan masrafları ödemesi lazımdır. Bayi bunlardan maada müşteriye ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmeğe mecburdur.” sadece olumsuz zarar kalemlerinin istenebileceğine dair kanuni düzenlemelere örnek olarak verilebilir. Koller, **Band II**, §46 Rn.24.

⁹³ Marc Leonhard, “Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung”, **AcP 1999**, Band 199, s. 691; Ergüne, **a.g.e.**, s.70 vd. ; Lüchinger, **a.g.e.**, N.215-216.

Alman hukukunda, Türk/ İsviçre hukukunun aksine, olumsuz zararın sadece olumlu zararı aşmayan kısmı için tazminat talep edilebileceği şeklinde bir sınırlama vardır⁹⁴. Diğer bir ifadeyle; Alman hukukunda olumsuz zararın üst sınırını olumlu zarar çizmektedir. Alman hukukunda Borçlar Kanunu alanında 2002 yılında yapılan değişiklikler sırasında da olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımı kaldırılmamış; sadece “olumlu” ve “olumsuz” terimleri kullanılmamıştır⁹⁵.

4. Sözleşme Görüşmelerinden Kaynaklanan Zararlar

a. Genel Olarak

Türk sorumluluk hukukunda yer alan sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk ikili ayrımının, gelişen ve değişen hukuki işlem trafiği karşısında yetersiz kaldığı aksi iddia edilemeyecek bir gerçekliktir. Şöyle ki; hem sözleşmeden doğan sorumluluk için gerekli olan borca aykırılığın hem de sözleşme dışı sorumluluğun doğabilmesi için aranan hukuka aykırılığın⁹⁶ tam olarak bulunmadığı hallerde, bütün bu eksikliklere rağmen zarara sebebiyet veren bir davranış söz konusu olabilir.

İşte bu gibi bir durumda, söz konusu davranışın sebebiyet verdiği zararın tazmin edilmemesi, hakkaniyet duygularını zedeleyen bir niteliğe sahiptir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu da işte tam bu noktada, hakkaniyet düşüncesinin gerekli kıldığı bir sorumluluk alanı yaratmayı amaçlamaktadır. Bazı durumlarda da, mutlak hak ihlâli varsa haksız fiil borç ilişkisi doğar, ne var ki daha elverişli olan borca

⁹⁴ Alman hukukundaki bu sınırlama kaynağını, § 122 ve 179 II BGB hükümlerinden almaktadır. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.64; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 59 Rn.712; Looschelders, **a.g.e.**, § 45 Rn. 888, Brox/Walker, **a.g.e.**, § 29 Rn. 10.

⁹⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 72. 2002 yılında yapılan değişiklikte dahi Alman hukukunda vazgeçilmeyen olumlu zarar- olumsuz zarar ayrımının Türk hukukunda da terk edilmemesi gerektiği; sadece BK.m.108/f.2 hükmünün değiştirilerek veya BK.m.26/f.2'nin de dayandığı hakkaniyet ilkesi ışığında düzeltici yoruma tâbi tutularak BK.m.26/f.2'ye benzer bir ifadeye kavuşturulması yönündeki bir görüş için bkz.: Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 26 N.168. Ancak yeni Borçlar Kanunu ile hakkaniyet sorumluluğunun değil de tehlike sorumluluğunun genelleştirilmiş olması bu önerinin gerçekleşmesini zorlaştırmıştır. Hatemi/Gökayla, **a.g.e.**, s.142.

⁹⁶ Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğu için, borca aykırılık, *culpa in contrahendo* sorumluluk kuramı kabul edilmeseydi akit bulunmadığı için söz konusu olabilirdi.

aykırılık düzenlemesinin de haksız fiil sorumluluğu ile yarışması için *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ihtiyaç duyulur.

Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen kusurlu davranış anlamına gelmektedir⁹⁷. Türk hukukunda *culpa in contrahendo* kavramını açıklayan birçok ifade⁹⁸ kullanılmışsa da, diğer hukuk sistemlerinde de olduğu gibi, Latince bir ifade olarak *culpa in contrahendo* tabiri, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışı nitelendirmek için tercih edilmektedir⁹⁹. *Culpa in contrahendo*, bir kanun normu olarak ilk kez, 5 Şubat 1794 tarihli Prusya Genel Ülke Kanununun (ALR) birinci bölümünün beşinci alt başlığı altındaki § 284'de kullanılmışsa da, o dönemde yoğunlukla Roma hukuku¹⁰⁰ üzerine çalışmalarda bulunan bilim insanlarının dikkatini çekmemiştir¹⁰¹.

⁹⁷ *Culpa in contrahendo* Latince'den Türkçeye birebir çevrildiği zaman, sözleşme akdedilmesi sırasındaki kusur ifadesi ortaya çıkmaktadır. Zira *culpa* kelimesinin Türkçe karşılığı kusur; *contrahendo* kelimesinin karşılığı ise sözleşmenin akdedilmesidir. Ümit Gezder, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2009, s.10; Burcu (Kalkan) Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, 2008, s.73 vd. .

⁹⁸ Bu ifadeler örnek olarak; “akdin müzakeresi safhasında kusurlu davranış” (Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.321); “akde takaddüm eden müzakerelerde kusurlu olarak hüsniniyet kaidelerine aykırı hareketlerde bulunmak” (Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s.403); “akit öncesi kusurlu davranışlar” (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.1305); “sözleşme öncesi kusurdan ötürü sorumluluk” (Rona Serozan, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Kocayusufpaşaoğlu /Hatemi/Serozan/Arpacı, III. Cilt, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.211) (Buradan sonra “İfa Engelleri” şeklinde atıf yapılacaktır.) verilebilir.

⁹⁹ Rainer Gozenbach, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1987, s.4.

¹⁰⁰ Roma hukukunda sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan zararların tazminine ilişkin genel düzenleyici bir kurala rastlanmamaktadır. Joachim Frick, **Culpa in contrahendo- Eine rechtsvergleichende und kolloisionsrechtliche Studie**, Diss., Zürich, 1992, s.105; Thomasz Giaro, “*Culpa in contrahendo* : eine Geschichte der Wiederentdeckungen”, **Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des Deutschen Privatrechts (1896-1914)**, Yayına Hazırlayanlar Ulrich Falk ve Heinz Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2000, s. 115. v. Jhering’in de işaret ettiği üzere, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan zararların tazminine ilişkin taleplerin, sözleşme sorumluluğuna dair kurallar çerçevesinde tazmin edilmesi ancak Bizans döneminde kabul edilmiştir. v. Jhering bu kabulüne destekleyici olarak, Corpus Iuris Civilis’de yer alan bazı dava örneklerini vermektedir. Rudolf von Jhering, “*Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, **JherJb**, 4 1861, s.9 -13. Bu örneklerden ilki “*Bile bile bir kimse, kutsal, dinsel veya kamuya ait bir yeri, örneğin bir alanı, bir kiliseyi satın alırsa işlem geçerli değildir, fakat satıcı tarafından aldatılmak suretiyle onları kutsal veya kamuya ait olmayan yerler zannederek satın alırsa, elde edilmesi gerekeni elde edemediği için alıcının davasını açmaya yetkili olur ve bu suretle aldanmamış olmasının gerektirdiği menfaati elde eder. Hür bir kimseyi köle olarak satın alırsa, hukuki durum aynıdır.*” şeklindeki Inst. 3, 23, 5 numaralı *res extra commercium* satımına dair metindir. Metnin çevirisi için bkz.: **Institutiones**, Çeviren Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968, s. 269. İkinci örnek ise, miras bırakanın halen daha yaşıyor olması sebebiyle, var olmayan bir terekeye dair malların satımı sonucunda oluşan tazminat hakkına ilişkindir (*hereditas non existens*). v.Jhering, **a.g.e.**, s.13. Söz konusu iki olay incelendiğinde, her iki olaya konu olan sözleşmelerin batıl olduğu ve bu sebeple zarar gören alıcıya, sadece gerçek durumdan haberdar olmaması halinde dava hakkı tanındığı görülecektir. İlhan Ulusan, “*Culpa in Contrahendo*

Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışın, hukuki bir kurum olarak açıklanması ise, v. Jhering'in "sözleşme görüşmeleri sırasında kusur veya batıl ya da kurulmamış sözleşmelerde tazminat" isimli çalışması ile mümkün olmuştur¹⁰².v. Jhering söz konusu makalesinde, bir sözleşmenin kurulma aşamasında kendi kusuruyla hataya düşmek suretiyle, sözleşmenin geçersizliğine veya hiç kurulmamasına sebep olan tarafın, karşı tarafın bu durum karşısında uğradığı zararından hangi şartlar altında sorumlu olacağını bulmaya çalışmıştır¹⁰³. Söz konusu çalışmalar sonucunda v. Jhering, sözleşme dışı sorumluluk hukuku araçlarının, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış sebebiyle oluşan zararın tazmini için gerekli olan şartları yerine getirmediği ve zarara sebebiyet veren kusurun sözleşme görüşmeleri sırasında; sözleşme ile ilişkili olarak ortaya çıktığından hareketle sözleşmeden sorumluluğu uyarınca tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹⁰⁴. v. Jhering sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan

Üzerine", **Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan**, C.I, İstanbul, 1982, s.295; Kai Kindereit, "Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf- Rudolf von Jhering und die "*culpa in contrahendo*"", **Zivilrechtliche Entdecker**, Yayına Hazırlayan Thomas Hoeren, München, 2001, s.122.

¹⁰¹ Helmut Heinrichs, "Bemerkungen zur *culpa in contrahendo* der Reform, Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Band I, München, 2007, s. 422; Volker Emmerich, "Zur gegenwaertigen Stand der Lehre von *culpa in contrahendo*", **Jura 1987**, s.561. v. Jhering de, ALR § 284'de sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte, Prusyalı hukukçuların bu hüküme gerekli olan önemi vermemelerinden yola çıkarak, kanun koyucunun söz konusu hükmü koyarken, hükmün anlamının hangi sonuçları doğurabileceğini düşünüp düşünmediğini tartışmıştır. v. Jhering, **a.g.m.**, s.44. Bununla birlikte *culpa in contrahendo*ya ilişkin teorisini gerekçelendirirken ALR § 284 vd. hükümlerden yararlanmıştı. v. Jhering, **a.g.m.**, s.39 vd.

¹⁰² v. Jhering, **a.g.m.**, s.1 vd. .

¹⁰³ v. Jhering, bu arayışının sonucunda, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu hareketi ile sözleşmenin hiç kurulmamasına veya geçersiz olarak kurulması suretiyle, karşı tarafın zarara uğramasına sebebiyet veren tarafın, sözleşme dışı sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde sorumlu tutulamayacağına, zira sözleşme dışı sorumluluğa dair aranan şartların gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. v. Jhering, **a.g.m.**, s.7-8. v. Jhering bu açıklamalarını yaparken Roma hukukunda yer alan ve sadece mülkiyet hakkının ihlali sonucu doğan zararların tazminini düzenleyen *lex Aquilia*'dan yola çıkmaktadır. *Lex Aquilia* mülkiyet mutlak hakkının ihlâl edilmesinden doğan zararları kapsamına almakla birlikte herhangi bir mutlak hak ihlalinin var olmadığı, saf malvarlığı zararlarının tazminini kapsamamaktadır. Athanassios K. Pouliadis, **Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, Betrachtung zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts**, Berlin, 1982, s. 31, 32; Kindereit, **a.g.m.**, s.121.

¹⁰⁴ v. Jhering, **a.g.m.**, s.25. v. Jhering sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış sebebiyle bir sorumluluk doğması halini sadece geçersiz sözleşmeler için gerekli görmüş, geçerli olarak kurulmuş sözleşmeler için ise, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gerek olmadığını kabul etmiştir. v. Jhering, **a.g.m.**, s.20. v. Jhering geçersizlik sebeplerini genel olarak üçe ayırarak incelemiştir. Buna göre bir sözleşmenin geçersizliği sözleşme taraflarının ehliyetsizliğine, sözleşmenin konusunun imkânsızlığına ve tarafların sözleşme kurma iradesindeki eksikliğe dayanabilir. v. Jhering, **a.g.m.**, s.44-56.

doğan sorumluluğu geçersiz sözleşmeler ile, sorumluluğun kapsamını ise olumsuz zarar ile sınırlaması doktrinde tartışma konusu olmuştur¹⁰⁵.

Sözleşme görüşmeleri sırasında, dürüstlük kuralına aykırı olarak ortaya çıkan hak veya kişi varlığı haklarının ihlâli, bizi *culpa in contrahendo* sorumluluğuna götürür¹⁰⁶. Dürüstlük kuralından kaynaklanan *culpa in contrahendo* sorumluluğu; sözleşme görüşmeleri sırasında aydınlatılması gereken meseleleri açıklamama, yanlış bilgilendirmede bulunma¹⁰⁷, gerekli özeni göstermeme, sözleşme yapma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerine başlamak veya görüşmeleri sürdürmek suretiyle oluşan zararın tazmin edilmesini öngörmektedir.

Kural olarak, kimse herhangi bir sözleşme yapmak zorunda olmasa da; sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların bu görüşmeleri ciddi bir şekilde yürütmeleri ve birbirlerine karşı belirli bir sadakat çerçevesinde hareket etmeleri ve söz konusu görüşme sürecini zedelememeleri gerektiği kabul edilir¹⁰⁸. Burada tazmin edilecek olan zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına ve hükümlerine

¹⁰⁵ Giaro, **a.g.m.**, s. 118; Theodor Bühler- Reimann, “Zur Problem der “*culpa in contrahendo*””, **SJZ 1979**, Heft 23, s.365, 366.

v. Jhering’in sadece hükümsüz kurulmamış ya da geçersiz hukuki işlemler açısından sorunu ele alması; başka bir ifade ile *culpa in contrahendo*yu sınırlı bir çerçevede incelemesi ve dolayısıyla taraflar arasında yöneltmesi gerekli irade beyanları, özellikle de bağlayıcı icap sonrasındaki aşama ile kayıtlı kalması da eleştirilmiştir. Ulsan, **a.g.m.**, s.286.

Alman hukukunda ise “sözleşmenin kurulması sırasındaki kusur” isimli eserinde Franz Leonhard, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sadece geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmelerde var olacağını savunmuştur. Leonhard’a göre geçerli bir sözleşmenin yokluğunda *culpa in contrahendo* sorumluluğundan söz edilemez. Franz Leonhard, **Verschulden beim Vertragsschluss**, Berlin, 1910, s.3 vd.

¹⁰⁶ Peter Gottwald, “Die Haftung für *culpa in contrahendo*”, **JuS 1982**, Heft 12, s. 877.

¹⁰⁷ Dürüstlük kuralı, sözleşme görüşmesinin taraflarını, sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilecek durumları birbirlerine bildirmekle yükümlü kılar. Ancak burada genel, herkesin bilebileceği bir aydınlatma yükümü yoktur. Kural olarak, her tarafın sözleşme görüşmeleri sırasında kendisinden kaynaklanan geçerlilik gereklerini bildiği kabul edilir. Sadece her kim, sözleşmenin geçerlilik şartlarından söz etmiş ve/veya söz konusu şartlar hakkında yanlış bilgilendirmede bulunmuşsa *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğar. Unutulmaması gereken nokta ise, yanlış bilgilendirmede bulunmanın sadece gerçekler hakkında yalan söyleyip, hile yapmakla oluşmayacağı, hakkında bilgi verilmesi gereken gerçekleri saklamak suretiyle de meydana gelebileceğidir. Emmerich, **a.g.m.**, s.563.

¹⁰⁸ Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Band I**, Bern, 2006, §28 Rn.6. (Buradan sonra “Band I” olarak atıf yapılacaktır.); Frick, **a.g.e.**, s.37; Karl Larenz, “Bemerkungen zur Haftung für “*culpa in contrahendo*””, **Beitraege zum Zivil und Wirtschaftrecht Festschrift für Kurt Ballerstedt**, Berlin, 1975, s.400 vd.; Claus –Wilhelm, “ Ansprüche wegen “pozitiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, **JZ 1965**, s. 476 (Canaris/JZ 1965 şeklinde atıf yapılacaktır) .

doğuracağına duyulan güvenden kaynaklanan zarardır¹⁰⁹; diğer bir ifade ile olumsuz zarardır¹¹⁰. Bazı durumlarda da haksız fiil borç ilişkisi doğmuştur, ne var ki daha elverişli olan akdi sorumluluk düzenlemesine de ihtiyaç duyulmaktadır¹¹¹.

Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluk Türk borçlar hukuku'nda, kabul için bir süre belirleyerek icapta bulunan kişinin sorumluluğunu düzenleyen BK.m.3 (YBK.m.3, Art.3 OR), gaipler arasında yapılan icabı hüküm altına alan BK.m.5 (YBK.m.5, Art.5 OR), ihmâl sebebiyle ortaya çıkan hatayı ele alan BK.m.26 (YBK.m.35, Art. 26 OR), tamamen zapt halinde alıcının haklarını düzenleyen BK.m.192/f.2 (YBK.m.217, Art.195 Abs.2 OR), satım sözleşmesinin feshi halinde alıcının haklarını ele alan BK.m.205/f.3 (YBK.m.229/f.2, Art. 208 Abs.3), vediaanın kullanılmasının sorumluluğunu düzenleyen BK.m.464/f.2 (YBK.m.562, Art.473 Abs.3 OR) ile kabul edilmiştir¹¹². Fakat, Türk/İsviçre borçlar hukukunda özel olarak sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir norm yoktur¹¹³.

¹⁰⁹ Söz konusu güvenden doğan zarar, sözleşme taraflarından birinin yanlış beyanına duyulan güven sonucunda sözleşmenin kurulmasını umut etmek şeklinde ortaya çıkabilir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açacak güven, ancak yeterli güven temellerinin varlığı halinde haklı ve korunmaya değerdir. Götz von Craushaar, "Haftung aus *culpa in contrahendo* wegen Ablehnung des Vertragschlusses- BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr.28", **JuS**, 1971, Heft 3, s.128.

¹¹⁰ Koller, **Band I**, §28 Rn.36; Frick, **a.g.e.**, s.21; **BGB Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, 3. Yenilenmiş ve Geliştirilmiş Bası, Lucterhand, Köln, 2008, § 311 Rn. 47 (Buradan sonra "PWWKomm/Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır) ; v. Craushaar, **a.g.m.**, s.129.

¹¹¹ Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 27; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.273.

¹¹² Gozenbach, **a.g.e.**, s.8. Bu düzenlemelere konu olan olaylarda sözleşme kurulmuş ve fakat daha sonra geçersiz kılınmış veya iptal edilmiştir. Zira taraflardan biri sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenmiş, diğer taraf ise sözleşmeyi geçersiz kılmak suretiyle bu güveni boşa çıkarmıştır. Kırca'ya göre hata, hile veya tehdit sonucu yapılan sözleşmeye izin veya icazet verilmesi suretiyle söz konusu sözleşmenin geçerli hale geleceğini düzenleyen BK.m.31(YBK.m.39, Art.31 OR), temsil yetkisine ilişkin belge veren kişinin, bu belgeyi geri almadan temsil yetkisini geri aldığı durumda, yetkisiz temsilci geçersiz bir sözleşmenin kurulmasına sebebiyet vermişse, karşı tarafın bundan doğan zararını, belgeyi geri almayandan tazmin edilmesini hüküm altına alan BK.m.36/f.2 (YBK.m.44, Art.36 Abs. 2 OR) ve temsil ilişkisinde icazetin bulunmaması halini açıklayan BK.m. 39 (YBK.m.47, Art.39 OR) de *culpa in contrahendo* Borçlar Kanunun'daki yansımalarındandır. Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s.139.

¹¹³ Türk-İsviçre Borçlar hukuku sisteminde *culpa in contrahendo* sorumluluğunu düzenleyen genel bir hükmün olmaması doktrin ve yargıyı *culpa in contrahendo*ya dair genel bir düzenleme yaratmaya itmiştir. Bühler- Reimann, **SJZ 1979**, s.358.

Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı ile de *culpa in contrahendo* sorumluluğu hüküm altına alınmamıştır. Yeni Borçlar Kanunun'da Almanya'da hukuki bir dayanağa (BGB § 311 II) kavuşturulmuş olan *culpa in contrahendo* kurumuna, borcun kaynaklarından biri olarak yer verilmemiş olması, *culpa in contrahendo* kavramı hakkında var olan tartışmaların sona ermesini engellemiştir¹¹⁴.

Doktrinde, kanunun açıkça düzenlediği ve temelini *culpa in contrahendo* düşüncesinde bulan, yukarıda anılan hükümlerin, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan zararların tazmininde de kıyasen uygulama alanı bulması gerektiği kanaati mevcuttur¹¹⁵. Yargıtay da verdiği kararlarla *culpa in contrahendoyu* tazminat yükümlülüğüne sebebiyet veren bir olgu olarak kabul etmiştir¹¹⁶. Ancak unutulmamalıdır ki; sözleşme görüşmeleri sırasında var olan kusurlu davranış, sözleşmenin kurulmasından sonra borca aykırılığın doğmasına yol açmışsa, artık *culpa in contrahendo* sorumluluğundan değil, borca aykırılık sebebiyle oluşan sözleşme sorumluluğundan söz edilebilir.

Alman hukuku'nda ise *culpa in contrahendo* sorumluluğu¹¹⁷, 2002 yılında yapılan borçlar hukuku reformuna kadar¹¹⁸, sözleşme kurma niyeti olmaksızın yapılan irade beyanına duyulan güveni veya geçerli olduğuna dair güveni düzenleyen § 122 BGB, mevcut olmayan bir temsil yetkisine duyulan güveni ele

¹¹⁴ Yeni Borçlar Kanunun'da *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ve güvene sorumluluğuna yer verilmemesi hakkındaki eleştiriler için bkz.: Hüseyin Hatemi, "Borçlar Kanunu Tasarısı", **Güncel Hukuk**, Şubat 2009, s.13; Hüseyin Hatemi "Borçlar Kanunu Tasarısı Ne Olacak?", **Güncel Hukuk**, Aralık 2010, s.11.

¹¹⁵ Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "*Culpa in Contrahendo*" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, **YD**, 1985, C.IX, S.3, s. 241.

¹¹⁶ 19 HD. 28.04.2005, E. 2005/1932, K. 2005/4790; 13 HD. 13.11.1995, E.1995/9375, K.1995/9860 (HukukTürk Mevzuat- İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁷ § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz'de ağır kusur sebebiyle sorumluluk başlığı altındaki "*Haftung bei grobem Verschulden ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlaessigen Vertragsverletzung des Verwenders oder auf einer vorsatzlichen oder grob fahrlaessigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht; dies gilt auch für Schaeden aus der Verletzung von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen*" ifadesi ile *culpa in contrahendo* sorumluluğu açıkça düzenlenmiş ve *culpa in contrahendo* kurumunun hali hazırda yargı ve doktrinde örf ve adet hukuku olarak kabul edilmesi sebebiyle üzerinde bir tartışma yapılmaksızın benimsenmiştir. Heinrichs, **a.g.m.**, s.422.

¹¹⁸2002 yılında yapılan borçlar hukuku reformundan önce, Alman hukukundaki *culpa in contrahendo* sorumluluğunun dayanağının haksız fiil esası mı yoksa sözleşme esası mı olduğuna ilişkin tartışmalar için bkz.: Dieter Medicus, "Die *culpa in contrahendo* zwischen Vertrag und Delikt", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, 1989, s.206 vd. .

alan § 179 BGB, başlangıçtaki kusurlu imkânsızlıktan doğan sorumluluğu düzenleyen § 307 BGB ve sözleşmenin konusunun kanuna aykırı olması sebebiyle, kusuru ile buna neden olan tarafı imkânsız bir edimi taahhüt eden gibi sorumlu kulan § 309 BGB uyarınca dolaylı olarak uygulama alanı bulmaktaydı¹¹⁹. *Culpa in contrahendo* hakkında, BGB’de genel bir düzenleme olmamasından doğan boşluk, doktrin ve yargı¹²⁰ tarafından, söz konusu sorumluluğun örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmesi suretiyle doldurulmuştu¹²¹.

Sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluğunun eksik kalan noktalarını tamamlamak suretiyle adaleti sağlamak görevini üstlenen ve örf ve adet hukuku olarak uzun zamandır kabul gören *culpa in contrahendo*, 2002 yılında yapılan BGB değişikliği¹²² ile ortaya çıkan yeni § 311 II ve III BGB düzenlemesi aracılığıyla yasal temellerine kavuşmuştur. § 311 II BGB, kişinin § 241 II uyarınca borç ilişkisi kaynaklı yükümlülüğünü doğurabilecek üç durumu formüle etmiştir¹²³. § 311 II

¹¹⁹ **MünchKomm/Emmerich**, §311 Rn. 56; Palandt/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311 Rn. 11; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 14 Rn. 103; Wolfgang Sonnabend, **Die Typen der Culpa in Contrahendo-unter besonderer Berücksichtigung des Inhalts des Schadensersatzanspruchs**, Diss., Bielefeld, 1984, s.5; Hans Stoll, “Tatbestände und Funktionen der Haftung für *culpa in contrahendo*”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, Tübingen, 1978, s.436.

¹²⁰ Alman Yüksek Mahkemesi, BGB’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte *culpa in contrahendo* sorumluluğunu, kanunun açıkça öngördüğü meselelerle sınırlı olarak uygulamış; kanunun açıkça öngörmediği durumlarda ise *culpa in contrahendo* sorumluluğunu uygulamak konusuna şüpheli bir şekilde yaklaşmıştır. Markus Schütz, **UN-Kaufrecht und Culpa in Contrahendo**, Frankfurt am Main, 1996, s. 80. Yüksek Mahkeme, BGB’de düzenlenmeyen, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışlardan doğan zararlara karşı ilk olarak sözleşme dışı sorumluluk hukukunun kurallarını uygulamayı tercih etmiş, ancak zamanla sözleşme dışı sorumluluk hukukunun araçlarının yetersizliğinden kurtulmak amacıyla kurulması amaçlanan sözleşmenin ön etkisi adı altında *culpa in contrahendo* sorumluluğunu kabul etmiştir. Schütz, **a.g.e.**, s.80, 81. Yüksek Mahkeme, “Muşamba Rulosu Vakası (Linoleumteppich Fall)” olarak bilinen ünlü kararında ise daha da ileriye giderek, sözleşme görüşmeleri sırasında beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi ile sonuçlanan kusurlu davranışların sözleşme dışı sorumluluk hukuku çerçevesinde değil, sözleşme sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, ifa yardımcısı konumunda olan tezgahların, mağazaya gelen müşterinin üzerine ağır kumaş toplarını düşürmek suretiyle beden bütünlüğünü ihlâl etmesine yol açması sebebiyle, mağaza sahibini sözleşme dışı sorumluluk kuralları içerisinde (§ 831 BGB) değil, sözleşme sorumluluğu içerisinde (§ 278 BGB) tazminat ödemeye mahkum etmiştir. RGZ 78, 239 vd. . Mahkeme bu ünlü kararından sonra, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun kaynağı olarak geçerli veya geçersiz bir sözleşmenin var olmasına dair arayışından vazgeçmiş; BGB’de açıkça yer alan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dair düzenlemelerin kıyas yoluyla ilgili vakialarda uygulanabileceğini kabul etmiştir.

¹²¹ Karl Larenz, “*Culpa in contrahendo*, Verkehrssicherungspflicht und “Sozialer Kontakt” ”, **MDR 9/1954**, s. 516; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 5 Rn.1; Fikentscher/ Heinemann, **a.g.e.**, §19 Rn. 86; Looschelders, **a.g.e.**, § 10 Rn. 181.

¹²² Değişikliğe dair ayrıntılı bilgi için bkz.: Palandt, **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts**, München, 2002.

¹²³ **MünchKomm/Emmerich**, §311 Rn. 65; Looschelders, **a.g.e.**, § 10 Rn. 184; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, § 11 Rn. 1.

BGB ifadesi ile “sözleşme görüşmelerine başlanması”¹²⁴, “bir tarafın sözleşmenin kurulacağına dair bir güven uyandırarak, diğer tarafın haklarını, hukukça korunan menfaatlerini ve diğer çıkarlarını etkilemesi”¹²⁵ veya “benzer hukuki ilişkilere girmek”¹²⁶ aracılığıyla sözleşme görüşmeleri sırasında da bir borç ilişkisinin kurulabileceğini kabul edilmiştir. Böylelikle § 241 II BGB anlamında bir borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin meydana geleceğini de ortaya koyulmuştur. Başka bir ifade ile, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kapsamı sözleşme görüşmeleri sırasında yaratılan güvenin ihlâl edilmesi olgusunu aşmıştır.

§ 311 III BGB’de ise biraz daha ileri giderek, § 311 II BGB anlamında bir sözleşme benzeri borç ilişkisinin sadece sözleşme tarafı olacak kişiler arasında değil, yarattıkları özel güven sayesinde sözleşme görüşmelerini ya da sözleşmenin kuruluşunu önemli ölçüde etkileyen üçüncü şahısları da kapsayacağını altını çizmiştir¹²⁷.

Doktrinde, *culpa in contrahendo* hukuki kurumunun kavramsal çerçevesi hakkında herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte; söz konusu sorumluluğa ilişkin Türk/İsviçre hukukunda ve 2002 BGB değişikliğine kadar Alman hukukunda da, genel bir hüküm bulunmaması, sözleşme görüşmeleri sırasında bir tarafın kusuru sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararların hangi hukuki sebebe dayanılarak ve ne ölçüde tazmin edileceği sorununu ortaya çıkarmıştır.

Doktrinde bu sorunlara çözüm bulmaya çalışılırken, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğine dair çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Söz konusu teoriler aşağıda, çalışmanın kapsamını genişletmemek amacıyla, ayrıntılarına girmeksizin anılmaya çalışılacaktır.

¹²⁴ **MünchKomm/Emmerich**, § 311 Rn. 70; Palandt/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311 Rn. 22; Looschelders, **a.g.e.**, § 10 Rn. 185; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 5 Rn.5; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, § 11 Rn. 8.

¹²⁵ **MünchKomm/Emmerich**, §311 Rn. 71; Palandt/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311 Rn. 23; Looschelders, **a.g.e.**, § 10 Rn. 186; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 5 Rn.6; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, § 11 Rn. 12.

¹²⁶ Burada artık sosyal veya toplumsal ilişki yeterli görülmemektedir. **MünchKomm/Emmerich**, §311 Rn.74; Palandt/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311 Rn. 24; Looschelders, **a.g.e.**, § 10 Rn. 187; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 5 Rn.4; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, §19 Rn. 87.

¹²⁷ § 311 III BGB’de düzenlenen güven sorumluluğuna ilişkin eleştiriler ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Birinci Bölüm I., C., 5.

b. *Culpa in Contrahendo* Zararına İlişkin Olarak İleri Sürülen Teoriler

(1) Haksız Fiil Teorisi

Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağının haksız fiil esasına dayandığını savunan bir görüşe göre¹²⁸; sözleşme görüşmelerinin başlanması ile görüşmenin tarafları arasında sözleşmesel bir ilişki meydana gelmez, dolayısıyla bu durumda sözleşme ilişkisine ilişkin kuralların uygulanmasına olanak yoktur. Buna göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, kişinin başkalarına zarar vermeme (*neminem laedere*); davranışlarında gerekli özeni gösterme şeklindeki genel yükümlülüklerini ihlâl etmesi halinde ortaya çıkar¹²⁹. Sözleşme görüşmeleri sırasında söz konusu yükümlülüklerin ihlâl edilmesi ile tazminat sorumluluğunun doğmasının hukuki dayanağını ise BK.m.41(YBK.m.49, Art.41 OR)'de düzenlenen haksız fiil sorumluluğu oluşturur¹³⁰. Zira sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirlerine iradelerini açıklarken, yanlış anlamaya sebebiyet vermekten kaçınmaları, herkesten beklenen genel bir özen yükümünün gereğidir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağını haksız fiil esasına dayandıranlar da kendi aralarında ayrışmaktadır. Bir görüş *culpa in contrahendo*nun kendisinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmekte¹³¹, başka bir görüş ise *culpa in contrahendo* sorumluluğunu tehlike ilkesinden doğan genel davranış yükümlülüklerinin ihlâli olarak ele almakta¹³², diğer bir görüş ise sözleşmenin

¹²⁸ Bu görüşü savunanlar için bkz.: Gozenbach, **a.ge.**, s.19, dn. 4'te anılan yazarlar; Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, Freiburg, 1988, s.82; Rudolf Thiemann, **Culpa in Contrahendo-ein Beitrag zum Deliktsrecht**, Gelsenkirchen, 1984, s.148.

¹²⁹ Roland Brehm, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Abt. 1, Allgemeine Bestimmungen. Teilbd. 3, Unterteilbd. 1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41 - 61 OR**, erl. von, 3., Gözden Geçirilmiş Bası, 2006, Art.41 Rn 50.

¹³⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin geçmişte verdiği bu yöndeki kararları için bkz.: BGE 36 II 203; BGE 40 II 372; BGE 45 II 554; BGE 49 II 64.

¹³¹ Bu görüş, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışın kendisinin hukuka aykırı olduğunu ve söz konusu davranışın başkasına zarar vermeme yükümlülüğünü ihlâl ettiğini kabul etmektedir. Ulsan, **a.g.m.**, s.302.

¹³² Bu görüş de sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışın, başkasına zarar vermeme yükümlülüğünü ihlâl ettiği ön kabulünden hareket etmekle birlikte, sözleşme görüşmeleri içerisinde

geçerli bir şekilde kurulacağına dair karşı tarafta uyandırılan güvenin dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde boşa çıkarılmasını hukuka aykırı olarak kabul etmektedir¹³³.

Haksız fiil görüşünü savunanların eksik bıraktığı en önemli nokta, sözleşme öncesi görüşmelerde tarafların sahip olduğu karşılıklı görev ve yükümlülüklerin, haksız fiil esaslarının tâbi olduğu soyut ve genel düzenlemelerle açıklanamayacak kadar özel ve somut olduğudur¹³⁴. Zira sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların dürüstlük kurallarından kaynaklanan davranış yükümlülükleri herkese değil, birbirlerine karşıdır. Tarafların sözleşme görüşmelerine başlamış olmaları, genel davranış kurallarının ötesinde, daha özel ve somut koruma yükümlülüklerinin karşılıklı olarak yerine getirilmesini gerekli kılar.

Culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil esasına bağlamanın zarar gören açısından da birtakım zayıf yönleri mevcuttur¹³⁵. Öncelikle, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış sebebiyle oluşan zararın tazmini BK.m.60'a uygun olarak, bir yıllık haksız fiil zamanaşımına tâbi olacaktır¹³⁶. Sözleşme sorumluluğu esasının kabul edilmesi halinde ise BK.m.125 (YBK.m.146)

giren tarafları, haksız fiil ilişkisine göre birbirlerine daha yakın olmaları sebebiyle, kendi aralarında daha fazla bir özen yükümlülüğüne sahip olduklarını iddia etmiştir. Merz, **a.g.e.**, s.86.

¹³³ Bu görüş, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışın dürüstlük kuralını ihlâl ettiğini ve dürüstlük kuralının ihlâl edilmesinin haksız fiil oluşturduğunu ileri sürmüştür. Keller/Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.38; Max Keller, Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht I-Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel, Frankfurt am Main, 1983, s. 37; Heinz Rey, "Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortfildung", **Festschrift für Max Keller zum 65.Geburtstag**, Zürich, 1989, s.231.

¹³⁴ Ulsan, **a.g.m.**, s. 303; Rona Serozan, "*Culpa in Contrahendo*, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **MHAD.**, 1968, s.121 (Buradan sonra "Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi" şeklinde atıf yapılacaktır.).

¹³⁵ *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğini haksız fiil sorumluluğuna dayandırmak hem haksız fiil sorumluluğunun işlevlerine aykırılık teşkil edecek hem de haksız fiil sorumluluğunun elverişsiz şartları sebebiyle adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Zira sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte taraflar arasında, haksız fiil sorumluluğunda olmayan, özel bir ilişki (Sonderverhaeltnis) tesis edilmektedir. Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 8. Bası, Schulthess, Zürich, 2003, N. 979 (Buradan sonra Gauch/Schlupe/Schmid olarak atıf yapılacaktır); Kırca, **a.g.e.**, s.140; Gezder, **a.g.e.**, s.75.

¹³⁶ 6098 sayılı Kanun'un 72. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*" bir yıllık zamanaşımı süresinin alt sınırı iki yıla çıkarılmıştır.

uygulama alanı bulacak ve sözleşmeden doğan talep haklarına ilişkin on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Öte yandan, zararın ispatı açısından, zarar gören kişi karşı tarafın kusuru olduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Oysa sözleşme sorumluluğunun varlığı kabul edilirse, ispat yükü BK.m. 96 (YBK.m.112, Art.97 OR) uyarınca yer değiştirecek ve zarara sebebiyet veren taraf kusursuzluğunu ispat etmediği sürece tazminat sorumluluğundan kurtulamayacaktır.

Yardımcı kişilerin sorumluluğu açısından ise; haksız fiil esaslarına uygun olarak BK.m.55 (YBK.m.66, Art.55 OR) uygulama alanı bulacak ve yardımcı kişi çalıştıran taraf, zarara sebebiyet veren yardımcı kişiyi seçmede ve gözetmede hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkati ve özeni gösterdiğini veya söz konusu dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile aynı zararın meydana gelmesine engel olamayacağını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Sözleşme sorumluluğunun kabulü halinde ise BK.m.100 (YBK.m.116, Art.101 OR) uygulanacaktır¹³⁷.

Öte yandan Türk/İsviçre hukukuna hâkim olan objektif hukuka aykırılık teorisi dahilinde, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu ile özdeşleştirmek mümkün değildir¹³⁸. Zira böyle bir ön kabul hukuka aykırılık kavramının, her dürüstlük kuralına aykırı davranışı BK.m.41/f.1 (Art. 41 Abs. 1 OR) anlamında hukuka aykırı kılacak şekilde genişletilmesine yol açacaktır. Böyle bir kabul ise sorumluluk hukukunun temellerini sarsacağı gibi haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluk arasındaki ayrımı belirsizleştirecektir. Sadece kazanç kaybı zararı veya masraf söz konusu ise, haksız fiil zararı yoksa, ancak BK.m.41/f.2 şartlarının var olduğu hallerde haksız fiil teorisinin dayanağı olur.

Haksız fiil teorisinin sakıncalı tarafları, 2002 yılında Alman hukukunda yapılan kanun değişikliği sırasında da göz önünde tutulmuştur. § 311 II BGB ile § 241 BGB anlamında borç ilişkisinin nasıl geldiğini ortaya koyulmuştur. Buna göre,

¹³⁷ Frick, **a.g.e.**, s.19; Looschelders, **a.g.e.**, § 10 Rn. 182; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 5 Rn.3; Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2006, s.72.

¹³⁸ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **a.g.e.**, N. 980; Kirca, **a.g.e.**, s. 141, Gezder, **a.g.e.**, s.76.

sözleşme görüşmelerine başlamakla (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*) ve bir tarafın hukuki işlemsel bir ilişki nedeniyle diğer tarafın haklarını, hukuki değerlerini ve menfaatlerini etkileyebilecek bir durum yaratmasıyla veya bu duruma diğerinin güvenmesiyle oluşan bir sözleşme süreci ve benzer işlemsel temaslarla § 241 II BGB anlamında borç ilişkisi meydana gelir. Böylelikle Alman hukukunda *culpa in contrahendo* kavramı § 241 II BGB'den kaynaklanan ve yükümlülük doğuran bir borç ilişkisi haline gelmiştir.

(2) Sözleşme Teorisi

Yukarıda anılan sebeplerden ötürü, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan zararın, her somut olayda haksız fiil esasları çerçevesinde tazmin edilmesi adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden hareketle, doktrinde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kaynağının sözleşmesel sorumluluk olduğu kabul eden sözleşme teorisi ortaya atılmıştır¹³⁹. Sözleşme teorisi kural olarak, sözleşme görüşmelerini sözleşmenin bir parçası olarak ele alır. Bunun sonucu olarak da, sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleşen kusurlu bir davranış, sözleşmeye aykırılık ile aynı şekilde değerlendirilir¹⁴⁰. Diğer bir ifade ile sözleşme görüşmelerinin, sözleşmenin bir parçası olduğunu ve sonuçları bakımından sözleşmeden ayrı tutulamayacağı iddia edilmiştir¹⁴¹.

Sözleşme görüşü taraftarları¹⁴² da kendi aralarında çeşitli ayrımlara uğramışlarsa da, kural olarak sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleşen kusurlu davranış, sözleşmenin ihlâl edilmesine yol açan borca aykırı bir davranışla bir tutarlar.

¹³⁹ Franz Leonhard, **Verschulden beim Vertragsschluss**, Berlin, 1910, s.42. Ancak bu görüş geçerli bir sözleşmenin var olmadığı durumlarda uygulama alanı bulmamalıdır. Bühler-Reimann, **SJZ 1979**, s.362; Gozenbach, **a.g.e.**, s.82

¹⁴⁰ Dolayısıyla bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa, borca aykırılığını düzenleyen kurallar, başka bir ifadeyle BK.m.96-108 arası hükümler kıyasen uygulanmalıdır.

¹⁴¹ Bu teori, haksız fiile ilişkin genel düzenleyici bir norm içermeyen (BK.m.41, Art.41 OR gibi) Alman hukukunda daha fazla taraftar bulmuştur. Gozenbach, **a.g.e.**, s. 22; Christian von Bar, "Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag", **JuS 1982**, Heft 9, s.637 vd. .

¹⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.979; Becker, **a.g.e.**, Art.26 N. 11; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 251; Gozenbach, **a.g.e.**, s. 82.

(3) Amaç Teorisi

Culpa in contrahendo sorumluluğunu, sözleşme sorumluluğuna bağlayan görüşlerden bir tanesi amaç teorisi (Zielvertragstheorie)¹⁴³. Amaç teorisine göre, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine karşı sahip oldukları görev ve yükümlülükler, kurulması planlanan sözleşmeden ayrı olarak düşünülemez¹⁴⁴. Başka bir ifade ile sözleşme görüşmeleri ile kurulacak olan sözleşme bir bütünlük oluşturur. Böylelikle sözleşme sebebiyle sorumlu olan borçlu, sözleşme görüşmeleri sırasındaki davranışlarından da sorumludur.

Bu görüşün eleştirilen noktası ise, sözleşme görüşmelerinin, geçerli bir sözleşme ile tamamlanmaması halinde, ortaya çıkan zararı karşılamada yetersiz kalmasıdır¹⁴⁵. Zira amaç teorisi sadece geçerli bir sözleşmenin kurulması halini göz önüne alarak oluşturulan bir teoridir.

¹⁴³ Leonhard, **a.g.e.**, s. 58; v. Jhering, **a.g.m.**, s.27; Ulusan, **a.g.m.**, s.305; Cem Baygın, “*Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **AÜHFD.**, 2000, C.IV., S.1-2, s.348. Aynı teori, doktrinde başka şekillerle de adlandırılmıştır. Bkz.: “Kurulacak (Hedeflenen) Sözleşme Kuramı”, Huriye Reyhan Demircioğlu, **Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, 2009, s.77; “Doğacak Akit Nazariyesi”, Ali Naim İnan, “*Culpa in Contrahendo*-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma 2”, **AD.**, 1954, S.8, s.999; “Tasarlanan Sözleşme Teorisi”, Gezder, **a.g.e.**, s. 65 vd. .

¹⁴⁴ Leonhard, **a.g.e.**, s.42 vd.; Baygın, **a.g.m.**, s.348.

¹⁴⁵ Edgar Herz, *Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung*, Berlin , 1935, s.32; Ulusan, **a.g.m.**, s.306; Yılmaz, **a.g.m.**, s.245; Bühler-Reimann, **SJZ 1979**, s.362; Gozenbach, **a.g.e.**, s. 21.

(4) Bağımsız İşlem Teorisi

Diğer bir sözleşme kuramı olan bağımsız işlem kuramı ise, amaç teorisinin aksine sözleşme görüşmeleri ile kurulması planlanan sözleşme arasında bir ayırım yapar. Buna göre, sözleşme öncesi görüşmeler ayrı bir hukuki işlem niteliğine sahiptir ve dolayısıyla sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış, yapılması amaçlanan sözleşmeden bağımsız bir sorumluluğa sebebiyet verir¹⁴⁶. Başka bir ifade ile sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu olarak verilen zararlardan kaynaklanan tazminat talebi, tek taraflı veya iki taraflı bir hukuki işlemden kaynaklanmaktadır.

Bu görüş sözleşme görüşmeleri ile kurulması hedeflenen sözleşmeyi birbirinden kesin bir şekilde ayırmakta ve sözleşme görüşmelerini bağımsız, özel bir hukuki işlem olarak ele almaktadır. Sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların birbirlerine karşı çeşitli yükümlülüklerle sahip oldukları kabul edilse de, tarafların açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bir sözleşme kurmak iradesine sahip olmamalarına rağmen, böyle bir sözleşmenin kurulduğundan ve *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kaynağının bu sözleşme olduğundan söz etmek sözleşme hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil eder¹⁴⁷. Zira bağımsız işlem teorisi varsayımsal taraf iradelerini yeterli görmek suretiyle bir sözleşme ilişkisi tesis etmektedir.

(5) Karma Teori

Karma teori, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliğinin haksız fiil veya sözleşme teorileri çerçevesinde değerlendirilememesi gerektiğini iddia etmektedir. Başka bir ifade ile karma teori, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan tazminat talebinin kaynağını, ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğu olarak görmektedir.

¹⁴⁶ Ulsan, **a.g.m.**, s.307; Herz, **a.g.e.**, s.33; Baygın, **a.g.m.**, s.349.

¹⁴⁷ Herz, **a.g.e.**, s.36,37; Bühler-Reimann, **SJZ 1979**, s. 362; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 21; İnan, **a.g.m.**, s. 1007; Ulsan, **a.g.m.**, s. 308; Baygın, **a.g.m.**, s.350.

Jaeggi'ye göre¹⁴⁸, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışın dayanağını araştırmaya gerek yoktur. Bunun yerine, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda doğan zararın tazmin edilmesinin koşulları ve tazminat alacağıının içeriğinin hangi biçimlere (*Modalitaet*) bağlı olduğu araştırılmalıdır. Dolayısıyla kusuru ispat yükü, yardımcı kişilerden sorumluluk ve zamanaşımı gibi meseleler ayrı ayrı ele alınmalı ve farklı sorumluluk türlerine dair hükümlerin aynı olaya uygulanabilmesine olanak verilmelidir. Jaeggi'nin biçim olarak tanımladığı unsurlar: Zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk ve ispat yüküdür.

Başka bir ifade ile tazminat alacağıının haksız fiil esasına göre mi yoksa sözleşme sorumluluğu esasına göre belirleneceğinin her somut olayda en makul çözümün elde edilebileceği şekilde çözümlenmek gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁹. Jaeggi, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda talep zamanaşımına haksız fiil zamanaşımını (BK.m.60) ; yardımcı kişiden sorumlulukta ise BK.m.100'ü uygulamayı öngörmesi¹⁵⁰, Borçlar Kanunu sistemimizin öngördüğü sisteme uygun değildir. Zira hukuka aykırı davranış hem haksız fiilin hem de sözleşme sorumluluğunun şartlarını içeriyorsa, davacı yarışan taleplerden birini tercih etmelidir¹⁵¹. Kaldı ki BK.m.98/f. 2 (YBK.m.114)'nin "*Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlerde tatbik olunur.*" hükmü haksız fiillere ilişkin hükümlerin sözleşme sorumluluğuna kıyasen uygulanmasını öngörmüşse de, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin haksız fiil sorumluluğuna kıyasen uygulanmasını haklı kılmaz.

(6) Kendine Özgü Sorumluluk Teorisi

Culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme ve haksız fiil teorileriyle tatmin edici olarak açıklanamaması, söz konusu sorumluluğun kaynağının pozitif

¹⁴⁸ Peter Jaeggi, " Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung", **Festgabe für Wilhelm Schönenberger**, Freiburg, 1968, s.193-195.

¹⁴⁹ Wilhelm Schönenberger, Peter Jaeggi, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teil 1a Allgemeine Einleitung**, Zürich, 1993, s.405. Bu görüşe göre, sorumluluğun tek kaynağı BK.m.41 (OR Art. 41)'de yer almaktadır. Jaeggi, **a.g.m.**, s. 193.

¹⁵⁰ Yazarın savunduğu bu görüş İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul görmüştür. BGE 101 II 269; BGE 104 II 94; BGE 108 II 421.

¹⁵¹ Bühler-Reimann, **SJZ 1979**, s. 364; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 80; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.979; Yılmaz, **a.g.m.**, s.247; Yalman, **a.g.e.**, s.79, 80.

hukuk metinlerine dayandırılması fikrini ortaya çıkarmıştır. Buna göre, sözleşme görüşmeleri ayrı bir hukuki ilişki oluşturur ve bu hukuki ilişki kanuni borç ilişkisi niteliğindedir¹⁵².

Bu görüş¹⁵³, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında bir sorumluluk alanı inşa eden, MK.2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanan kendine özgü bir sorumluluk alanı yarattığını iddia etmektedir. Diğer bir ifade ile *culpa in contrahendo* sorumluluğunu tam olarak ne sözleşme sorumluluğundan ne de haksız fiil sorumluluğundan doğmaktadır. Bu görüşün, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu gereğinden fazla genişlettiği ve öngörülemeyen sonuçlara sebebiyet verebileceği açıktır.

Türk pozitif hukukunda, BK.m.26 (YBK.m.30 vd.)'da düzenlenen hata kurumu ve BK.m.39/f.1(YBK.m.47)'de ele alınan yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, geçerli bir sözleşme kurulmadan önce verilen zararların tazmin edilmesine dair örnekler olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁴. Ancak sözleşme görüşmelerinin sadece kanuni bir borç ilişkisi olarak ele alınması, haksız fiil ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin kanundan soyutlandığı izlenimi verdiği ve *culpa in contrahendo*ya temel arama çabalarına son vereceği sebebiyle eleştirilmiştir¹⁵⁵.

(7) Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç Teorisi

Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisine göre¹⁵⁶ ise, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kaynağı, taraflar arasındaki edim ilişkisinden

¹⁵² Bu görüş yasal borç ilişkisi olarak da adlandırılabilir. Ulsan, **a.g.m.**, s. 309 vd.; İnan, **a.g.m.**, s. 1011 vd.; Herz, **a.g.e.**, s.43 .

¹⁵³ Bucher, **Obligationenrecht**, s.286. Yazar yardımcı kişilerden sorumluluk ve tazminat alacağının zamanaşımı bakımından borca aykırılık kurallarının (BK.m.100 ve 125) uygulanmasının uygun olacağı kanaatindedir. Bucher, **Obligationenrecht**, s.288.

¹⁵⁴ İnan, **a.g.m.**, s. 1012.

¹⁵⁵ Ulsan, **a.g.m.**, s.311.

¹⁵⁶ Sözleşme ilişkisinde yer alan koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden bağımsızdır. Koruma yükümlülüklerinin kaynağını dürüstlük kuralları oluştururken, edim yükümlülüklerinin kaynağı doğdukları borç ilişkisidir. Koruma yükümlülükleri ile edim yükümlülüklerinin birbirinden bağımsız oldukları Alman hukukunda pozitif düzenlemelerle de kabul edilmiştir. Şöyle ki; § 241 BGB sadece koruma yükümlülüklerinden oluşan borç ilişkilerinin varlığını kabul etmiştir. Aynı şekilde, § 311 BGB düzenlemesinin § 241 II BGB'ye yaptığı atıfla, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte koruma yükümlülüklerinin doğacağı ele alınmıştır. Edim yükümlülüklerinden

bağımsızdır. Sözleşme görüşmelerine girilerek, birbirlerinin güvenliğini dikkate almalarını gerektirecek kadar yakın ilişki içinde olan kişi, karşı tarafın gerek kişi varlığına gerek malvarlığına zarar vermemek için her türlü özeni gösterme borcu altındadır¹⁵⁷.

Culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların birbirine karşı uymakla yükümlü oldukları özel davranış kalıplarının ihlâlinden doğar. Söz konusu davranış yükümlülüklerinin, bir kişinin kişi ve mal varlığı değerlerini başka bir kişinin etki alanına sokan hukuken korumaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temas ile kurulduğu kabul edilir. Tarafların birbirilerine karşı olan davranış yükümlülükleri, sözleşme görüşmeleri sırasında başlar, hukuki muamele kurmaya yönelik olan icap ve kabulleri ile kurulan sözleşme sırasında ve hatta sözleşmenin gereği olan karşılıklı borçlar ifa edildikten sonra bile devam eder. Böylece, haksız fiil sorumluluğunun çerçevesini sözleşmeden doğan sorumluluğun çerçevesi yararına daraltmakta ve böylece BK.m.96, 100 ve 125'in uygulama alanını genişletmektedir.

Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına da hâkimdir. Swissair olarak anılan ve ileride ayrıntılı olarak ele alınacak kararından (BGE 120 II 331) itibaren Federal Mahkeme, istikrarlı bir şekilde, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu haksız fiil ile borca aykırılık arasında bir uygulama alanı olan güven sorumluluğu olarak nitelendirilmiş ve bunun sözleşme sorumluluğuna daha yakın olduğu vurgulanmıştır.

c. Değerlendirme

Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağının, her şeyin ötesinde MK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralı olduğu açıktır¹⁵⁸. Sözleşmenin tarafları,

bağımsız borç ilişkileri ise kısaca, taraflar arasında geçerli bir edim ilişkisi kurulmadan önce de var olan ve kimi durumlarda edim ilişkisinin sona ermesinden sonra da varlığını sürdüren, sadece koruma yükümlülüklerini içeren borç ilişkileridir. Serozan, **Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s.120. Burada tarafların icap ve kabulünden soyutlanmış, hukuken korumaya değer bir amaca yönelmiş bir sosyal temasla başlayan ve sadece tarafları değil, tarafların etki alanına ve güven ilişkisine giren üçüncü kişileri de kapsamına alan bir borç ilişkisi söz konusudur. Serozan, **Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s.121, 122.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.36.

¹⁵⁸ Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s.103.

birbirlerine karşı, sözleşmeyi kurup kurmamak veya belirli şartlarla kurmak konusundaki kararını etkileyebilecek noktalar doğru bilgi vermek, aydınlatıcı açıklamalarda bulunmak ve karşı tarafın kişi varlığını ve malvarlığını zarardan koruyacak tedbirleri almak zorundadırlar.

Şöyle ki, hukuki muamele kurmak amacıyla sosyal temas içerisine giren taraflar, birbirlerine karşı güven sorumluluğu altındadırlar. Başka bir ifadeyle sözleşme görüşmelerine başlamak taraflar arasında bir borç ilişkisi meydana getirecektir. Söz konusu güven ilişkisi taraflara dürüstlük kuralları uyarınca bazı yükümlülükler yükler. Sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralının yüklediği koruma yükümlülüklerinin ihlâli *culpa in contrahendo* sorumluluğunu doğuracaktır. Ancak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sınırlarının uçsuz bucaksız bir hale getirmekten de kaçınılmalıdır.

Örneğin, alışveriş yapmak amacıyla bir süper markete giden kişi, süper markette yerde bırakılan sebze kabuğuna basıp, beden bütünlüğünü ihlâl edecek şekilde yaralanırsa, süper market sahibinin zarar gören müşteriye karşı BK.m.96'dan kaynaklanan, tazminat sorumluluğu vardır. Söz konusu sorumluluğun kaynağı, henüz satım sözleşme yapılmamış olsa bile, sözleşme görüşmeleri aşamasında süper market sahibinin, sözleşme tarafını koruma ve özen gösterme yükümlülüğünü ihlâl etmesidir¹⁵⁹. Ancak süper markette alışveriş yapmak maksadıyla değil, yağmurdan kaçmak için veya bir arkadaşı ile buluşmak amacıyla bulunan kişinin yaralanması halinde ise *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gitmemek gerekir. Zira söz konusu kişinin süper markette bulunmasının amacı, sözleşme görüşmelerinde bulunmak değildir¹⁶⁰.

Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış, sözleşme görüşmelerinin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye de zarar verebilir. Kural olarak, üçüncü kişi sözleşme görüşmeleri sırasında bir yükümlülüğün ihlâli sonucunda zarara uğramışsa, söz konusu zararın tazmin edilmesini borçludan talep edemez. Zira sorumluluk hukukunun temel ilkelerine göre, borç ilişkisi nisbi bir ilişkidir ve

¹⁵⁹ Medicus, **FS für Max Keller**, s.210; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §311 Rn. 35, 36.

¹⁶⁰ PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §311 Rn. 37.

üçüncü kişilere talep hakkı vermez. Ancak bazı durumlarda, istisnai olarak, üçüncü kişinin sözleşme görüşmeleri sırasında uğradığı zararın tazmin edilmesi mümkün olabilir. Özellikle üçüncü kişi alacaklının koruma alanı içerisindeyse ve üçüncü kişiye verilen zarar genel bir davranış yükümlülüğüne aykırılıktan değil, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanıyorsa, üçüncü kişinin *culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan zararı tazmin edilir.

Örneğin, henüz ergin olmamış bir kız çocuğu annesi ile birlikte, hiçbir alışveriş yapma niyeti olmaksızın, markete gitmiş ve etrafa yayılmış sebze kabuklarına basmak suretiyle düşmüş ve bacağına kırmışsa, bu durumda *culpa in contrahendo* sorumluluğunun koruma alanı, sözleşme yapma niyeti olmayan küçük kızı da kapsamalıdır¹⁶¹.

Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yükümlülükler kural olarak sadece sözleşme görüşmelerinin taraflarını kapsasa da, § 311 III BGB¹⁶² düzenlemesi ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirilmiştir. Buna göre; *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğabilmesi için sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında borç ilişkisinin oluşması şart değildir. Sözleşmenin tarafı olmayan ve olmaya da niyetlenmeyen üçüncü kişiler de sözleşmenin kurulmasına dair bir güven yaratmış ve sözleşme görüşmeleri sırasında veya sözleşmenin kurulması anında önemli bir etkide bulunmuşsa, bu üçüncü kişi ile ona güvenen kişi arasında da § 241 II BGB uyarınca bir borç ilişkisi meydana gelmiş demektir¹⁶³.

Başka bir ifade ile üçüncü kişi kendisine duyulan özel kişisel güvenden yararlanarak veya dolaylı ekonomik menfaatleri aracılığıyla sözleşme görüşmelerinin başlamasına veya sözleşmenin yapılmasına sebebiyet vermişse

¹⁶¹ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hukuki kurumu, somut olayda *culpa in contrahendo* sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, § 311 Rn. 38; KommBGB/Sutschet, **a.g.e.**, § 311 Rn. 110.

¹⁶² § 311 III BGB uyarınca “§ 249 II BGB’ye göre yükümlülük getiren bir borç ilişkisi, sözleşmenin tarafı olmayan kişiler arasında da meydana gelebilir. Böyle bir borç ilişkisi, özellikle üçüncü bir kişinin özel bir ölçüde kendisi için güven sağladığı ve böylece sözleşme görüşmelerine veya sözleşmenin kurulmasına önemli ölçüde etki ettiği takdirde meydana gelir.”

¹⁶³ Bu hüküm ile birlikte güven sorumluluğu Alman hukukunda, *culpa in contrahendo* gibi borcun kaynaklarından biri olarak kabul edilmiştir. Palandt/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311 Rn. 60; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §311 Rn. 63 vd.; KommBGB/ Sutschet, **a.g.e.**, § 311 Rn. 114 vd. .

güven yarattığı kişi ile arasında bir borç ilişkisi doğacaktır. Bu düzenleme ile güven sorumluluğunun, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen düzenlemenin içerisine yayılmaya çalışılmıştır. Oysa güven sorumluluğu ile *culpa in contrahendo* sorumluluk arasında nitelik farkı vardır. Güven sorumluluğu çoğunlukla *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bir parçası olarak kabul edilse de, bunlardan birisi bir diğerinin alt kavramı değildir¹⁶⁴.

Öte yandan meydana gelen zarar *culpa in contrahendo* sorumluluğunun şartları gerçekleşmesi sebebiyle tazmin edilebiliyorsa, yansıma zararının mevcut olmayacağı unutulmamalıdır.

5. Güven Sorumluluğundan Doğan Zararlar

Güven her bireyin, gündelik hayattaki ilişkilerinde talep ettiği bir unsurdur. Örneğin, ikinci el araba almak isteyen bir kişi, satıcının sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kurallarına uygun olarak hareket edeceğine; almak istediği araba hakkında gerçeğe uygun açıklamalarda bulunacağına güven duymaktadır. Aynı şekilde, süper markete alışveriş yapmaya giden müşteri, süper market sahibinin gerekli güvelik önlemlerini aldığına ve dolayısıyla alışveriş yaparken başına bir şey gelmeyeceğine güvenir.

Dikkat edilmesi gereken nokta ise, güven sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile karıştırılmamasının gerekliliğidir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu için aranan şartlar arasında yer alan “güven” kavramı güven sorumluluğu ile örtüşse de, *culpa in contrahendo* şartları gerçekleştiği her durumda, güven sorumluluğundan bahsedilmemesi gerekir¹⁶⁵.

Tarafların birbirlerine karşı duydukları güvenin hangi aşamada korunacağı ve söz konusu güven sorumluluğunun kaynağının ve şartlarının neler olduğu ise tartışmalıdır. Güven sorumluluğu kavramının, mutlak olarak kabul edilmiş bir

¹⁶⁴Yeni Borçlar Kanun’da da *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yer verilmemesinin eleştirisi için bkz.: Hatemi, **Güncel Hukuk Aralık 2010**, s.12; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.278, 279.

¹⁶⁵ Corinne Widmer “Vertrauenshaftung – Von der Gefaehrlichkeit des Überflüssigen”, **ZSR**, 120, 2001, 120, 125; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 251-252. Karşı görüş için bkz.: Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 170, 171.

tanımının olmaması ve sınırlarının belirsizliği, hukuk güvenliği açısından kargaşaya yol açabilecek niteliktedir. Güven sorumluluğuna dair tartışmaları, İsviçre ve Alman hukukları açısından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır; zira her iki hukukta da güven sorumluluğu farklı aşamalardan geçerek günümüze kadar gelmiş ve kabul edilmiştir.

İsviçre hukukunda, yasa koyucu tarafından borcun kaynaklarının; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve yetkisiz temsil ile sınırlanmasının yetersizliği ve sebep olabileceği adaletsizlikler, doktrin ve uygulamayı, yeni borç kaynakları araştırmaya itmiştir. Söz konusu eksikliği ortadan kaldırmak amacıyla; *culpa in contrahendo*, fiili borç ilişkisi ve güven sorumluluğu kavramları, üç yeni borç kaynağı olarak sayılmaya başlanmıştır¹⁶⁶.

İsviçre hukukunda, güven sorumluluğunun hukuki bir kurum olarak ifade edilmesi ise, söz konusu kavramın Federal Mahkeme kararlarında kullanmasından sonra mümkün olmuştur¹⁶⁷. Federal Mahkeme, hukuka aykırılık kavramının yazılı olmaması aracılığıyla, sorumluluk için gerekli olan hukuk aykırılık şartlarından feragat ederek, güvenden kaynaklanan yeni bir sorumluluk tipi yaratmıştır¹⁶⁸.

Culpa in contrahendo sorumluluğunu hukuki yapısına ilişkin ortaya atılan sorular, şüphesiz bir şekilde güven sorumluluğu ile ilişkilidir. Güven sorumluluğunun, sözleşme sorumluluğundan ziyade, haksız fiil sorumluluğuna; bu bağlamda da, özel olarak eser sahibinin kusursuz sorumluluğuna yaklaştığı kabul eden bir görüş¹⁶⁹ olduğu gibi, güven sorumluluğunun ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğunun yapısına ait olduğunu ileri süren bir görüş¹⁷⁰ de vardır. Güven

¹⁶⁶ Eugen Bucher, “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, Bern, 2005, s.236 (Bucher/Vertrauenshaftung şeklinde atıf yapılacaktır).

¹⁶⁷ Esas olarak güven sorumluluğu kavramı İsviçre hukukuna Alman hukukundan ithal edilmiş bir kavramdır. Canaris tarafından geliştirilen güven sorumluluğu kavramı, Federal Mahkeme kararlarında yer aldıkça, İsviçre hukuk doktrini tarafından tartışılmaya ve kısmi olarak kabul görmeye başlamıştır. Ernst A. Kramer, “Der Einfluß des BGB auf das schweiz, und österreichische Privatrecht”, **AcP 2000**, 200, s. 379. Hans Peter Walter, “ Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?”, **ZSR 2001**, 120, s.82; Hans Peter Walter, “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, **ZBJV 1996**, 132, s.273 vd. .

¹⁶⁸ Brehm, **a.g.e.**, Art.41 Rn 53e.

¹⁶⁹ Bucher, **Vertrauenshaftung**, s.244,245, 254.

¹⁷⁰ Brehm, **a.g.e.**, Art.41 Rn 53e. Mevcut bir sözleşmenin yokluğu sebebiyle sözleşme sorumluluğuna gidilemiyor; müzakere, sosyal temas olmadığı için *culpa in contrahendo* sorumluluğuna da başvurulamıyor; mutlak hak ihlâli olmadığı için BK.m.41/f.1’in koşulları oluşmamış ve

sorumluluğunun kabul edilmesi şeklindeki bu riskli adımın, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu yanında, yeni bir sorumluluk kaynağı yaratmasının pozitif hukuk ile bağdaşır olup olmadığı ise şüphelidir¹⁷¹.

İsviçre Federal Mahkemesi ilk kez, güven sorumluluğu kavramından 1994 tarihli “Swissair” olarak anılan kararında¹⁷² söz etmiştir. Söz konusu karara konu olayda, İsviçre Havayolları A.Ş. (Swissair) 1987 yılında IGR Holding Golf and Country Residences AG (IGR) adıyla devre mülk hizmeti sunan bir şirket kurmuştur. IGR, her yıl peşin olarak ödenecek belirli bir miktar kira bedeli karşılığında, müşterilerine, golf sahalarının yakınında lüks devre mülkleri yapmayı taahhüt etmiştir. IGR Holding söz konusu devre mülklere ilişkin reklamlarında ve belgelerinde, Swissair’in logosunu kullanmak suretiyle ana şirket ile olan ilişkisini vurgulamıştır. Wibru Holding AG (Wibru), 90.000 Frank ödeyerek IGR ile devre mülk sözleşmesi yapmıştır. Yapılan bu sözleşmeden sonra Swissair, IGR’yi başka bir şirkete satmıştır. Devralan şirket, yönetim güçlükleri sebebiyle IGR tarafından vaat edilen hizmetlerin sağlanamayacağını, IGR ile sözleşme yapmış ve ödemedeki bulunmuş olanların paralarının iade edileceğini bildirmiştir. Vaat edilen bedellerin ödenmemesi üzerine lüks devre mülkleri yapma sözleşmesine taraf olan Wibru Holding, uğradığı zararların tazmini Swissair’den talep etmiştir.

Dava ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş olsa da, İsviçre Federal Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını bozarak; yapılan reklamlar

BK.m.41/f.2’nin şartları da yoksa BK.m.36/f.2 geniş yorumlanarak BK.m.365/f.2 için yapıldığı gibi kıyasen uygulanması veyahut kanuna *culpa in contrahendo* ve güven sorumluluğu için birer kural konulması önerilmiştir. Hatemi, **Güncel Hukuk Aralık 2010**, s.11-12; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.278, 279.

¹⁷¹ Schwenzer, **a.g.e.**, § 52 Rn. 03; **Berner Kommentar**, Art.41 Rn.53f. Güven sorumluluğunun hukuk bahçesinde yabancı bir ot mu yoksa bir çiçek mi olduğu, yargı kararları ve doktrinde yapılacak tartışmalarla belirlenecektir. Walter, **ZSR 2001**, s.100. Güven sorumluluğunun, İsviçre hukuku’ndaki genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Art.41 Abs.1 OR’nin varlığı sebebiyle gereksiz olduğu yönünde bkz.: Widmer, **a.g.m.**, s. 105. Hatemi ise, güven sorumluluğunun uygulama alanının, zarar gören ile zarar veren arasında asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin bulunmadığı; zarar görenin asli edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi bakımından da üçüncü kişi durumunda olduğu olaylar olduğunu kabul etmektedir. Hüseyin Hatemi, “Emeklilik Dersi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr.Aydın Aybay’a Armağan, 2007/2, İstanbul, 2007, s. 557, 558. Oğuztürk de aynı yönde, güven sorumluluğunun korumasına hak kazanan kişinin, üçüncü bir kişi olduğunu ve bu gibi durumlarda asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinden söz edilemeyeceğini; yani *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yer olmadığını ileri sürmektedir. Oğuztürk, **a.g.e.**, s.251, 252.

¹⁷² BGE 120 II 331.

aracılığıyla, yavru şirketin iflası veya zor duruma düşmesi halinde, ana şirketin söz konusu zararı teminat altına alacağı güveninin yaratılması sebebiyle, ana şirketin dürüstlük kuralından doğan güven sorumluluğuna gidilebileceğinde yola çıkılarak, davayı kabul etmiştir. Zira Swissair'in uyandırdığı güven, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda da bir sorumluluk sebebi olabilir. Burada *culpa in contrahendo* sorumluluğunun genişletilmesi söz konusudur. Davaya konu olan olayda, Swissair güven yaratacak herhangi bir açıklamada bulunmamış olsa bile, yavru şirketin reklâmlarında kendisi ile olan bağlantısını açığa çıkarmasına göz yummuştur. Bu sessiz kalış, karşı tarafa haklı bir güven uyandırmış ve Swissair'in dürüstlük kurallarından doğan koruma ve açıklama yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi nedeniyle güven sorumluluğuna gidilmesine yol açmıştır. Mahkeme Wibu Holdingin salt ekonomik menfaatlerinin kaybı kadar bir tazminat miktarı belirlemiştir¹⁷³. Federal Mahkemeye göre, haklı güvenin uyandırılması ile sözleşme görüşmeleri ilişkisine benzeyen özel bir bağlantı meydana gelir. Bu özel bağlantıdan ise dürüstlük kuralına dayanan koruma ve özen yükümlülükleri ortaya çıkar. Tazminat sorumluluğunun kaynağı ise ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğudur. Somut olayda sadece güven ile ortaya çıkan bir güven sorumluluğu söz konusudur¹⁷⁴.

Federal Mahkemenin aynı ekseninde verdiği başka bir kararı ise, 10 Ekim 1995 tarihli kararıdır¹⁷⁵. Karara konu olan olayda; ulusal güreş takımına girebilmek için gerekli olan bütün şartları yerine getiren ve kamuoyuna uluslararası yarışmalarda İsviçre'yi temsil edecek güreşçi olarak tanıtılan, serbest stilinde güreşen sporcu, dünya şampiyonasının başlamasından dört gün önce, federasyon başkanı tarafından, hazırlık kampına seçim şartlarında değişiklik yapılarak, hazırlık kampından çıkarılmıştır. Davacı güreşçi, güreş takımına seçilmek için yaptığı masraflar sebebiyle uğradığı maddi ve manevi zararının İsviçre Güreş Federasyonu

¹⁷³ Söz konusu kararın Türk hukukuna etkisi açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 209. maddesi dikkate değerdir. TTKT.m.209'a göre hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur. Madde gerekçesinde doğrudan Swissair kararına atıf yapılarak, şirketler topluluğunun (konzern'in) toplumda ve tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülke olduğunun altı çizilmiştir. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, çevrimiçi, 18/01/2010).

¹⁷⁴ Walter, **ZJBV 1996**, s. 277; Walter, **ZSR 2001**, s.85. İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bu kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz.: Oğuztürk, **a.g.e.**, s.185 vd. .

¹⁷⁵ BGE 121 III 350, 355.

tarafından karşılanmasını talep etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Güreş Federasyonunun davaya konu olan olaylar zincirinde çelişkili davranışlarda bulunduğu karar vermiştir. Öte yandan dünya şampiyonasına objektif olarak az bir süre kala, ulusal takıma seçim şartlarının değiştirilmesinin dürüstlük ilkesine aykırı olduğu da ortaya koyulmuştur. Sonuç olarak tazmin edilmesi istenen, sporcunun boşa giden hazırlık harcamalarından doğan zararının, MK.m.2 (Art.2 ZBG)'den kaynaklanan güven sorumluluğu çerçevesinde giderilmesi talebi onaylanmıştır. Zira İsviçre Güreş Federasyonu, davacıya uyandırdığı haklı güveni, dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde boşa çıkarmıştır.

Mahkemenin yukarıda anılan iki kararına konu olan olaylarda, ünlü kumaş satın almak için mağazaya giren müşterinin, mağaza sahibinin bir çalışanın hatası sebebiyle raflardan düşen kumaş toplarıyla zarar görmesinden doğan zarara (Muşamba Rulosu Vakıası)¹⁷⁶ ilişkin vakıada olduğu gibi, beden bütünlüğünün zedelenmesi ile sonuçlanan bir zarar yoksa da, ortada maddi bir zarar söz konusudur. Söz konusu zararların, Art. 41 Abs.2 OR uyarınca da tazmin edilebileceği ileri sürülmüşse de¹⁷⁷, güven sorumluluğundan daha iyi bir sorumluluk dayanağı bulunamayacağına dair bir görüş de vardır¹⁷⁸.

Federal Mahkeme, banka hukukundan doğan taleplere ilişkin, 23.06.1998 tarihinde verdiği kararında¹⁷⁹ da güven sorumluluğunu uygulamıştır. Söz konusu karara göre, bankanın müşterilerine karşı açıklama ve aydınlatma yükümü vardır. Vekâlet sözleşmesi dışındaki durumlarda aydınlatma ve açıklama yükümleri güven ilkesine dayanır ve yabancı menfaatlerin dürüst bir şekilde gerçekleşmesini sağlar. Sözleşme kurulmadan önce olduğu gibi sözleşme kurulduktan sonra da sözleşmeden bağımsız olarak varlığını sürdüren kanuni borç ilişkisi kavramından yola çıkan Federal Mahkeme koruma yükümlülüklerinin ihlâlinin güven sorumluluğunu oluşturduğunu açıkça kabul etmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁶ 07.12.1911 tarihli RGZ 78, 239.

¹⁷⁷ Schwenger, **a.g.e.**, § 52 Rn. 03.

¹⁷⁸ Bucher, **Vertrauenshaftung**, s.255.

¹⁷⁹ 4c.410/1997.

¹⁸⁰ Kırcı, **a.g.e.**, s.153. Oğuztürk ise Federal Mahkemenin verdiği kararı, güven unsurunun özel bağlantıdan doğan belirli bir ölçüye varması ve sözleşmenin kurulmasını önemli derecede etkilemesi halinde güven sorumluluğuna yol açacağı düşüncesi ile eleştirmiştir. Yazar güven sorumluluğunun

07.01.1999 tarihli Monta-Rosa kararına¹⁸¹ konu olan olay ise, şekil şartlarına uyulmayarak yapılmış olan bir taşınmaz satım sözleşmesi ve bu satışı ilişkin kredi sözleşmesinin taraflar arasında sözleşmesel bir bağ yaratıp yaratmayacağına ilişkindir¹⁸². Federal Mahkemenin kararlarında sıklıkla kabul ettiği üzere, şekil şartlarına uygun olarak yapılmayan taşınmaz satım sözleşmesi geçersizdir ve bu sözleşmeye dair hiçbir talepte bulunulmaz.

Davaya konu olan olayda taşınmaz satım sözleşmesini geçersiz kılan sebep, sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmış olmasıdır. Taraflar geçersiz olan söz konusu satım sözleşmesine bağlı olarak bir de kredi sözleşmesi yapmıştır. Alıcı kredi sözleşmesi uyarınca ödemesi gereken geri kalan bedeli, sözleşmenin şeklen geçersiz olduğunu iddia ederek ödememiştir. Federal Mahkeme, ilk olarak kredi sözleşmesinin de bağlı bulunduğu taşınmaz satım sözleşmesinin şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerektiğine karar vermiştir. Şekil eksikliğine sahip de olsa satım sözleşmesinin taraflar arasında özel bir bağ yarattığını ve bu hukuki bağ sebebiyle tarafların birbirlerine karşı sadakat ve dürüstlük kuralları çerçevesinde davranması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸³. Federal Mahkeme sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu kabul etse de, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlâl ettiğinden yola çıkarak, alıcının geri kalan bedeli ödemesine, güven sorumluluğunu uygulayarak karar vermiştir¹⁸⁴. Ancak Federal Mahkemenin güven sorumluluğunun kapsamını bu kadar genişleterek uygulaması eleştirilmiştir¹⁸⁵.

culpa in contrahendo sorumluluk veya sözleşmesel sorumluluğun bir alt kavramı olarak değerlendirilemeyeceğini böyle bir değerlendirmenin güven sorumluluğunu belirsiz kıldığını ifade etmiştir. Karara konu olan olayda güven sorumluluğunun değil, dönülmüş veya feshedilmiş bir sözleşme sebebiyle tartışılan yan edim yükümlülüklerin varlığına işaret eden Oğuztürk, dar anlamda güven sorumluluğunun mevcut olmadığını vurgulamıştır. Oğuztürk, **a.g.e.**, s.198.

¹⁸¹ Karar yayınlanmamıştır; ancak özeti için bkz.: ZBJV, 135/1999, s.173 vd. .

¹⁸² Eugen Bucher, "Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann; BGE vom 7.1.1999 ("Monte Rosa-Fall") ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung", **recht**, 2001, s.65 vd. (Bucher/recht şeklinde atıf yapılacaktır) .

¹⁸³ Jörg Schmid, "Vertrauenshaftung bei Formungültigkeit", **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, Bern, 2005, s. 422.

¹⁸⁴ Davalının Art. 2 Abs. 2 ZGB uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı ile mi, Art. 41 OR uyarınca mı korunacağını Federal Mahkemenin açık bıraktığı yönünde bkz.: Schmid, **a.g.m.**, s.422.

¹⁸⁵ Bucher, **recht**, s.67; Schwenger, **a.g.e.**, § 52 Rn. 04; Oğuztürk, **a.g.e.**, s.200.

23 Aralık 2003 tarihli kararında Federal Mahkeme bir kez daha, ilke olarak, güven sorumluluğunu kabul etmiştir¹⁸⁶. Bilirkişi raporu hazırlayan bir kişinin, üçüncü kişilere karşı sorumlu olup olmayacağı meselesi davada tartışılmıştır. Davaya konu olan olayda, mimar bilirkişi, rapor hazırlamak ile görevlendirildiği binanın saçağında, çatısında ve mutfağında nemden kaynaklanan problemleri raporunda belirtmemiştir. Söz konusu bina, mimarın hazırladığı rapor ışığında, üçüncü bir kişiye satılıp devredilmiştir. Binayı satın alan kişi, saçağın, çatının, mutfağının bilirkişi raporunun aksine tamire ihtiyacı olduğunu fark etmiş ve gerekli olan tamiraty yaptırmıştır. Tamirat sebebiyle oluşan zararının bilirkişi tarafından tazmin edilmesi talebi ise, bilirkişinin sözleşme dışındaki üçüncü kişiye karşı uyandırılan güven sebebiyle sorumlu olabileceği kabul edilmişse de somut olayda sorumluluk talebine onay verilmemiştir. Zira somut olayda mahkeme, davacının iki yıl önce hazırlanmış bir bilirkişi raporuna güvenerek ev satın almasının sonuçlarına kendisinin katlanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁸⁷.

Yukarıda anılan kararların¹⁸⁸ ışığında güven sorumluluğunun sınırları ve oluşum şartları belirlenmeye çalışıldığında, akla ilk gelen şart, alacaklı ve borçlu

¹⁸⁶ 4.C 230/2003, BGE 130 III 345. Alman Federal Mahkemesi 10.11.1994 tarihinde benzer bir karar vermiştir. (BGHZ 127, 378, 380 = JZ 1995, s.306=NJW 1995, s.392.) Karara konu olan olayda, evini satmak isteyen malik mimar bir bilirkişi ile anlaşmak suretiyle evinin satım işleminin kolaylaşmasını amaçlamıştır. Mimar bilirkişi verdiği raporunda, evin durumunun iyi olduğunu ve önemli olarak nitelendirilebilecek herhangi bir tamirata ihtiyacı olmadığını belirtmiştir. Mimar bilirkişinin hazırladığı raporu da göz önünde bulunduran alıcı, söz konusu evi satın almıştır. Satım işleminin gerçekleşmesinden on ay sonra alıcı, evin çatısında nemden kaynaklanan önemli zararlar olduğunu fark etmiştir. Bu sebeple alıcı, evin değeri hakkında verdiği yanlış rapor sebebiyle uğradığı zararların tazminini mimar bilirkişiden talep etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi burada, satıcı ile bilirkişi arasındaki sözleşmenin, üçüncü kişi konumundaki alıcıyı koruyucu etkisini kabul etmiştir. Satıcı ile alıcının menfaatlerinin çatışması bu aşamada önemini yitirmiştir. Üçüncü kişilere karşı özel bir güven sağlayan kişi hazırladığı bilgilerin üçüncü kişiler tarafından da kullanılabilceğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, vermiş olduğu bilginin objektif olarak ve tüm bilgi ve tecrübesi ile hazırlanmamasından doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Kırcı, **a.g.e.**, s.83.

¹⁸⁷ Olayda mimar bilirkişi davaya konu olan eve ilişkin raporunu 1994 yılında hazırlamış, alıcı ise evi 21 Kasım 1996'da satın almıştır. Evin içerisinde yapılması gereken tadilatların ortaya çıkması ise yaklaşık on ay sonra, 21 Ağustos 1997'de gerçekleşmiştir. Bilirkişi raporunun hazırlanmasından yaklaşık iki yıl sonra gerçekleşen satım işleminde, alıcının 1994 tarihli rapora güvenmesi, katlanması gereken körü körüne güveninin (*Vertrauensseligkeit*) sonucudur.

¹⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin güven sorumluluğuna ilişkin olarak verdiği diğer kararlar için bkz.: Oğuztürk, **a.g.e.**, s.184 vd. .

arasında bilerek, istenerek kurulmuş, özel bir güven ilişkisinin varlığıdır¹⁸⁹. Güven, tek başına, bir davranış kuralı olarak bütün koşullarda ileri sürülemez. Şöyle ki; sisteme veya işlem trafiğine duyulan inanç; başka bir ifade ile iyi niyetle herkese güvenmek, özel hukuk açısından sorumluluğun kurulabilmesi için yeterli değildir¹⁹⁰. Güven, borçlu tarafından haklı olarak uyandırılmış ve bir hukuki ilişkinin doğmasına sebebiyet vermiş olmalıdır. Güven sorumluluğunun doğması için ise, borçlu tarafından uyandırılan güvenin dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde ihlâl edilmiş olması gerekir¹⁹¹.

Her ne kadar Federal Mahkeme, somut olay adaleti ve pratik ihtiyaçlar doğrultusunda güven sorumluluğu kavramını kararlarında kullanmaktaysa da, İsviçre hukukunda güven sorumluluğunun bir borç kaynağı olarak kabul edildiği söylenemez. Başka bir ifade ile İsviçre hukukunda Federal Mahkemenin olumlu kararlarına rağmen, güven sorumluluğu konusunda doktrinde var olan uzlaşmazlık devam etmektedir. Yasalaşan Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da, güven sorumluluğuna, borcun kaynakları arasında yer verilmemiştir¹⁹².

Alman hukukunda güven sorumluluğunun gelişiminin ve sonuç olarak kanunda bir borç kaynağı olarak yer almasının, zamansal olarak, iki gruba ayrılarak ele alınmasında yarar vardır. Bu ikili ayrımın kilit noktasını Canaris'in 1971 'de yayınlanan, güven sorumluluğuna dair eseri oluşturur¹⁹³. Canaris öncesindeki güven sorumluluğu öğretisi ise kendi içerisinde üç gruba ayrılarak incelenebilir.

¹⁸⁹ Söz konusu ilişki istenmeden, tesadüfî bir şekilde kurulmuş bir ilişki olmamalıdır. Walter, **ZSR 2001**, s.97; Widmer, **a.g.m.**, s.115.

¹⁹⁰ Walter, **ZSR 2001**, s.98.

¹⁹¹ Widmer, **a.g.m.**, s.114; Schmid, **a.g.m.**, s.423.

¹⁹² Hatemi'ye göre bu çekingeliğin sebebi Alman öğretilerinde ve buna bağlı olarak BGB'de güven sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğundan net bir şekilde ayrılmamış olmasıdır. Yazar, güven sorumluluğunu kavramını ilk kez ayrıntılı bir şekilde alan Canaris'i Amerikayı keşfedip (güven sorumluluğunu) fakat Hindistan (*culpa in contrahendo* sorumluluğu) zanneden Christopher Columbus'a benzetmektedir. Ayrıca borçlar hukuku alanında 2002 yılında yapılan değişikliklerin, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ve güven sorumluluğu kavramları arasında yaşanan kargaşayı BGB'ye yansıtması ve aktarması sebebiyle Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayanların söz konusu kurumları Borçlar Kanunu'na taşımakta çekingen davrandıklarını ileri sürmüştür. Hatemi, **Güncel Hukuk Aralık 2010**, s.11-12.

¹⁹³ Claus-Wilhelm Canaris, **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht**, München, 1971.

Heinrich Stoll, sözleşmeden ve kanundan doğan borç ilişkilerinin dışında, § 242 BGB temellerine dayanan, sözleşme benzeri bir güven sorumluluğunun var olduğunu ortaya koymuştur¹⁹⁴. Buna göre sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında, sözleşmenin kurulmasının öncesinde bile, karşılıklı dürüstlük kurallarından doğan yükümlülüklerin var olduğu sözleşme benzeri bir ilişki mevcuttur. Söz konusu yükümlülüklerin ihlâl edilmesi halinde oluşan zarar ise; sözleşme sorumluluğunun ilkeleri çerçevesinde tazmin edilecektir. Stoll, taraflar arasındaki güven ilişkisini, dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükler olarak tanımlamaktadır¹⁹⁵. Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine tamamen bağlanmak istememeleri; kendilerinin menfaatine en çok yarayacak olan seçenekler arayışında olmaları, bu teorinin zayıf yönü olarak anılmaktadır¹⁹⁶.

Güven sorumluluğunun, kanundan doğan bir borç ilişkisinden kaynaklandığı görüşü ise Larenz tarafından ortaya atılmıştır. Buna göre; güven sorumluluğu sözleşme veya sözleşme benzeri bir borç ilişkisinden kaynaklanmaz; tarafların yükümlülük isteklerinden bağımsız, kanundan doğan bir borç ilişkisinden doğar¹⁹⁷. Bu görüşün başlangıç noktası; taraflardan birinin kişi varlığının sözleşme görüşmelerine başlanması ile zarar görebileceği ve dolayısıyla özel olarak korunması gerektiğidir¹⁹⁸. Bununla birlikte, tarafların içerisinde buldukları güven ilişkisi, ilk olarak sözleşme görüşmelerine başlanması ile değil, tarafların birbirlerinin hukuki alanlarına girmeleriyle birlikte başlar¹⁹⁹.

Bir örnek ile açıklamak gerekirse, bir dükkâna gelen olası sözleşme tarafı olan kişi, dükkân sahibinin çalışanının dikkatsizliği sebebiyle yaralanırsa, dükkân sahibi genel haksız fiil sorumluluğu sebebiyle sözleşme hukuku çerçevesinde sorumlu olur. Bunun sonucunda; yanında yardımcı çalıştıran kişi, haksız fiil

¹⁹⁴ Heinrich Stoll, “Abschied von der Lehre der positiven Vertragverletzung”, **AcP 1932**, 136, s. 288.

¹⁹⁵ Stoll, **AcP 1932**, s.298.

¹⁹⁶ Kurt Ballerstedt, “Zur Haftung für *culpa in contrahendo* bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter”, **AcP 1950-1951**, 151, s. 503

¹⁹⁷ Larenz, **MDR 1954**, s.515.

¹⁹⁸ Larenz, **MDR 1954**, s.517.

¹⁹⁹ Larenz, **MDR 1954**, s.515. Larenz söz konusu güven ilişkisinin sadece borç ilişkisinin tarafları arasında geçerli olmadığını, borç ilişkisinin alacaklı olan tarafına olan yakınlığı sebebiyle korunması gereken üçüncü kişilerini de kapsadığını belirterek, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye giden yolu açmıştır. Larenz, **MDR 1954**, s.518.

sorumluluğunda yardımcı kişinin yol açtığı zararı tazmin etmekten kurtulmaya olanak tanıyan § 831 BGB'den yararlanamaz ve sözleşme hukuku çerçevesinde § 278 BGB uyarınca sorumlu olur. Müşteri kasaya gider ve almış olduğu hizmetin bedelini ödeyerek, bir sözleşme kurarsa, o zaman sözleşme hukukundan doğan özel yükümlülükler devreye girer. Larenz güven sorumluluğunun başka bir kişinin hukuki alanına giriş ile başlayacağı görüşü ile Stoll'un güven sorumluluğu için belirlediği alanı, hukuki işlemin etki alanını genişletmek suretiyle artırmış olmaktadır.

Güven sorumluluğunu kendine özgü bir hukuki kurum olarak nitelendirenler ise²⁰⁰; güven sorumluluğunun kanuni düzenlemelerden veya irade açıklamalarının karşılıklı olarak açıklanmasından değil fiili olarak yaratılmış olan bir güven görünüşünden doğduğunu kabul ederler. Bu sebeple, katî olarak hangi koruma, muhafaza, açıklama veya dürüstlük yükümlülüklerinin meydana geldiği veya gelmediği; bu sebeple talep edilen ve teminat altına alınan güven uyarınca belirlenir. Söz konusu hukuki görünüş, somut güvenin temellerini oluşturur²⁰¹. Başka bir ifade ile taraflardan bir tanesi davranışlarıyla veya açıklamalarıyla güvenilir olduğu izlenimini oluşturur; diğer taraf ise bu güven talebinde kullanılmalıdır. Bu görüşe göre, güven sorumluluğu hukuki işlem doktrininden bağımsız olmalıdır²⁰².

Canaris de güven sorumluluğunu, kendine özgü ve bağımsız bir hukuki kurum olarak açıklamaktadır²⁰³. Güven, hukuki işlemler trafiğinde, tarafların açıklamalarından ve hareketlerinden doğar ve bu vasıta ile güven sorumluluğundan doğan talebin var olmasına yol açar. Örneğin; bir kişi otelde rezervasyon yaptırır ve otel sahibi de bu beyana güvenerek oteldeki bir odayı rezervasyon yapan kişi için ayırırsa; ancak yapılan rezervasyona karşılık konuk hataya düştüğünü ileri sürerek rezervasyonu kısa bir zaman aralığında iptal ederse, otel sahibinin rezervasyona duyduğu güven sebebiyle oluşan zararını tazmin etmek zorundadır.

²⁰⁰ Ballerstedt, **a.g.m.**, s.506.

²⁰¹ Ballerstedt, **a.g.m.**, s.508.

²⁰² Ballerstedt, **a.g.m.**, s.508.

²⁰³ Canaris, **a.g.e.**, s.411 vd. Canaris bu çıkarımda bulunurken, başlı başına birer hukuki kurum olan *culpa in contrahendo*, akdin müspet ihlali ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi tek bir çatı altında toplayarak, haklı güvenin korunması olgusunu tek bir sorumluluk anlayışı olan güven sorumluluğuna dönüştürmüştür. Canaris, **JZ 1965**, s. 475 vd. .

Canaris güven sorumluluğunun temelini oluşturan güvenin korunması olgusunu, pozitif güvenin korunması ve negatif güvenin korunması şeklinde ikiye ayırarak incelemiştir. Güvenen kişinin, güvenine uygun bir talep hakkı elde etmesi halinde güvenin pozitif olarak korunması söz konusudur²⁰⁴. Kişinin güvendiği duruma hiç güvenmemiş olsaydı içinde bulunacağı konuma gelmesini sağlayan; başka bir ifade ile haklı güveninin boşa çıkması sebebiyle uğradığı zararların tazmin edilmesi yoluyla güveninin korunmasına ise, negatif güvenin korunması denir²⁰⁵.

Canaris hukuken korunmaya eğer olan güvenin hangi özelliklere sahip olması gerektiğini belirlemiştir²⁰⁶. Buna göre ilk olarak, güven duyan kişinin iyi niyetli olması gerekir²⁰⁷. Gerçek somut durumu ve hukuki konumu bilen kişi, artık hukuki görünüşe güvenden bahsedemez; aynı şey düşüncesizce güvenen kişi için de geçerlidir.

Örneğin; bir kıyafet mağazası sahibi satıcı, sözleşme görüşmelerine başladığı müşterisinin, kıyafet satın alma niyetini sadece taktiksel olarak açıkladığını bildiğinde, müşterinin sözleşme yapma isteğine dair bir güven duyduğunu iddia edemez. Söz konusu güvenin hukuki açıdan korumaya değer bir güven olması gerekliliği de bu noktada iyice açığa çıkmaktadır.

Güven sorumluluğunun doğum için gerekli olan ikinci şart ise, güven duyulacak olayı bilmenin gerekliliğidir. Başka bir ifade ile güven duyan kişi açısından güven duyulan somut olayın oluşumu karşı tarafça

²⁰⁴ Canaris, **a.g.e.**, s.5. Oğuztürk'e göre ise, güvenin pozitif olarak korunması güven sorumluluğunun kapsamına değil, hukuki görünüşe güvenin korunması kapsamına girer. Oğuztürk, **a.g.e.**, s.122. Pozitif güven korunmasının güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilmesi için sorumluluk kavramının sorumluluk sujesine yüklenen her türlü yükümlülükle ilişkilendirilmesi halinde; yani ifa ile tazminat yükümlülüğü arasında bir fark gözetilmediği takdirde mümkün olabileceği konusunda bkz.: Demircioğlu, **a.g.e.**, s.169, 170.

²⁰⁵ Canaris, **a.g.e.**, s.5. Negatif anlamda güvenin korunmasının dar anlamda güvenin korunmasının kapsamına gireceğine dair görüşler için bkz.: Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 122; Demircioğlu, **a.g.e.**, s.170.

²⁰⁶ Canaris, **a.g.e.**, s.503 vd. .

²⁰⁷ İyiniyetin varlığı olmazsa olmaz bir niteliğe sahip olduğundan, güvenen kişiyi iyiniyetli olmadığı durumlarda, onun lehine bir güven sorumluluğunun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Canaris, **a.g.e.**, s.504.

öngörülebilir olmalıdır²⁰⁸. Öte yandan söz konusu güven, hukuki bir ilişkinin temelini oluşturmalıdır; yani duyulan güvenin güvenen kişinin tasarrufunda etkili olmalıdır²⁰⁹. Diğer bir şart ise; hukuki muameleye duyulan güven ile söz konusu güven sonucu yapılan yatırım arasında illiyet bağı olması gerektiğidir²¹⁰.

2002 yılında Almanya'da yapılan borçlar hukuku reformu ile *culpa in contrahendo* sorumluluğunun kapsamında yer alan koruma yükümlülükleri ve içerikleri § 311 II BGB ile § 311 III BGB ile ise § 311 II BGB'de yer alan yükümlülüklerin sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler için de geçerli olacağı düzenleme altına alınmıştır. Türk hukukunda ise pozitif koruma MK.m.3'ün amaca göre yorumuna, Almanya'da ise dürüstlük ilkesine (*Treu und Glauben*) dayanır. Güven sorumluluğu, BK.m.36/f.2 (YBK.m.44/f.2)'de olduğu gibi pozitif koruma devreye girmiyorsa söz konusu olur²¹¹.

6. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar – Yansıma Zararı

Uygun illiyet bağı ve hukuk aykırılık bağı kuramları uyarınca bir fiil yol açtığı bütün zararlar değil, ancak söz konusu fiil ile bağlantı içerisinde bulunan zararlar tazmin edilir²¹². Sorumluluğun kapsamını daraltmak için ortaya atılan bu kuramlar ileride daha ayrıntılı olarak ele alınacağı için burada sadece uygun illiyet bağı kuramına göre zararın tazmin edilmesinin kural olarak doğrudan zarar ile dolaylı zararı kapsadığını belirtmekte yarar vardır.

Doğrudan zarar, dolaylı zarar ayrımı kendini, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasındaki yakın veya uzak illiyet bağında gösterir²¹³. Aslında doğrudan zarar ile dolaylı zarar arasındaki ayrım, sözleşme dışı

²⁰⁸ Canaris, **a.g.e.**, s.491 vd. .

²⁰⁹ Canaris kişinin duyduğu güvenin etkisi ile yaptığı işlemler için güven yatırımı (*Vertrauensinvestition*) ifadesini kullanmaktadır. Canaris, **a.g.e.**, s.510.

²¹⁰ Duyulan güven ile hukuk işlem arasında illiyet bağının aranması, temel sorumluluk hukuku kurallarından kaynaklanmaktadır. Zira güven sorumluluğunun oluşabilmesi için de, fiil, zarar, zarar ile fiil arasında illiyet bağı ve kusurun varlığı şarttır.

²¹¹ Hatemi, **Güncel Hukuk Aralık 2010**, s.12; Oğuztürk, **a.g.e.**, s.255 vd. .

²¹² Büyüksağış, **a.g.e.**, s.93.

²¹³ Heinrich Honsell, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 3. Bası, Zürich, 2000, § 1, Rn. 44.

sorumluluk hukukunda pratik ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte değildir; çünkü her iki zarar çeşidi arasında belirgin bir sınır söz konusu değildir²¹⁴. Alman Medeni Kanununda dolaylı zarar-doğrudan zarar ayrımı yer almamıştır, bu ikili ayırım illiyet bağı ana başlığı altında gelişmiş ve ortaya çıkmıştır²¹⁵.

Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiil sebebiyle araya ilâve bir sebep girmeksizin uğradığı zarardır. Bu durumda doğrudan zarar gören, zarara sebebiyet veren fiil nedeniyle hukuki değerleri ihlâl edilmesinin sonuçlarını bizzat yaşayan kişidir²¹⁶. Başka bir deyişle, doğrudan zarara uğrayan kişi, beden bütünlüğünün bozulması sonucu yaralanan kişi, bir eşyanın hasara uğraması sonucu oluşan zararda söz konusu eşyanın maliki, bir sözleşme ilişkisinin ihlâl edilmesi halinde ise sözleşmenin diğer tarafıdır²¹⁷.

Örneğin, bir bisiklet ile motorlu bir araç çarpışmıştır. Meydana gelen kaza sonucunda, bisiklet sürücüsü yaralanmış ve hastaneye götürülmek zorunda kalmıştır. Bu durumda bisiklet sürücüsünün bisikleti ve giysileri hasara uğramışsa veya herhangi bir manevi zararı varsa bütün bu kalemler doğrudan zarar niteliğindedir. Bisiklet sürücüsünün yaptığı hastane ve bakım masrafları ve hastanede kaldığı günlerde çalışamadığı için meydana gelen kazanç kaybı zararı ise dolaylı zararını teşkil eder.

Dolaylı zarar ise hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak, ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır²¹⁸. BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) ve m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2) anlamında bir hukuka aykırılık söz konusu olduğu sürece, dolaylı zarar da sözleşme dışı sorumluluğun kapsamı dahilinde olacaktır²¹⁹. Dolaylı zarara verilebilecek en iyi örnek; malvarlığının

²¹⁴ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 94; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.70; KommBGB/ Schubert, **a.g.e.**, § 249 Rn. 41.

²¹⁵ Söz konusu ayırım gerçek anlamını özellikle varsayımsal nedensellikte ve şok zararlarında ortaya koyar. Erman/ Ebert, **a.g.e.**, § 249, Rn. 18.

²¹⁶ Schwenzler, **a.g.e.**, § 14, Rn. 19; Schellammer, **a.g.e.**, Rn. 1268; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.52.

²¹⁷ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 96; KommBGB/ Schubert, **a.g.e.**, § 249 Rn 41; Palandt/ Heinrichs, **a.g.e.**, vor § 249 Rn. 15 .

²¹⁸ Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 22, Rn.53.

²¹⁹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 4, N. 15.

artmasını sağlayacak kazancın engellenmesi; bir nesneden yararlanma şansının ortadan kalkması ve meydana gelen haksız fiil sonucunda yapmak zorunda kalınan masraflardır²²⁰.

Dolaylı zarara örnek olarak, iki oğlu askeri bir uçağın düşmesi sonucunda hayatını kaybeden bir babanın, söz konusu kaza sebebiyle yaşadığı zararı ele alan bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı verilebilir. Baba oğullarının ölümüne yol açan kazayı duyduğu anda bir şok geçirmiş ve yüzde elli iş göremez hale gelmiştir. Federal Mahkeme kararını verirken, babanın beden bütünlüğünün zedelenmemesine rağmen, uğradığı şok sebebiyle akıl sağlığının zarar görmesini ve yüzde elli oranında iş göremez hale gelmesini yani mutlak hakkının ihlâl edilmiş olduğunu göz önünde tutmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 112 II 118 numaralı kararında, babanın zararını yansıma zararı olarak değil, dolaylı zarar olarak ele almıştır²²¹. Oysa babanın bizzat ve doğrudan uğradığı zarar dolaylı zarar değil doğrudan zarar olarak ele alınabilir (BK.m.47, YBK.m.56). Babanın meydana gelen kaza sebebiyle yaptığı tedavi masrafları ve kazanç kaybı zararı ise dolaylı zarardır.

Yansıma zararı ise bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı kazanç kaybı zarardır²²². Zarar gören kişinin mutlak hakkı ihlâl edilmemiş veya fail zarar verme kasdı ile bu zararı vermemişse dolaylı zarar değil, yansıma zararı ortaya çıkar. Yansıma zararlarından failin sorumlu tutulabilmesi için hem zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekir.

Haksız fiil sebebiyle zarar görenler ile yansıma yoluyla zarar görenleri birbirilerinden ayırmak için, zarar görenlere doğrudan mağdur, yansıma yoluyla zarar görenlere ise dolaylı mağduru da denilmektedir²²³.

²²⁰ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 96; **KommBGB/ Schubert**, **a.g.e.**, § 249 Rn 41; **Palandt/ Heinrichs**, **a.g.e.**, vor § 249 Rn. 15.

²²¹ Söz konusu karar ve Federal Mahkemenin aynı mesele hakkında verdiği kararlar için bkz.: Keller, **Haftpflichtrecht im Privatrecht**, s.142 vd. .

²²² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.517; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.1 vd. .

²²³ Çağlar Özel, “Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **AÜHFD.**, 2001, s.81 vd.; Büyüksağış, **a.g.e.**, s.98. Ancak böyle bir ifade dolaylı zarar ile yansıma zararının karışmasına yol açabileceği için yansıma yoluyla zarar görenlere yansıma mağduru denilmesi daha uygun olacaktır.

Sözleşme dışı sorumluluk alanında yansıma zararına dair verilen en bilindik örnek ünlü “Tenor Vakıası”dır. Bu örneğe göre, ünlü bir tenorun uğradığı haksız fiil uyarınca ölmesiyle beraber, tiyatro sahibinin tiyatrosunu bir süre çalıştıramaması, tenorun eşi ve çocuklarının tenorun desteğinden yoksun kalmaları, tenorun öldürülmesi sonucunda ortaya çıkan yansıma zararı kalemleridir. Türk Borçlar Hukuku düzeninde sadece BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3)’de “*Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.*” ifadesi ile örnekte yer alan tenorun eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalma zararlarının tazmin edilmesi kabul edilmiştir. Tiyatro sahibinin zararının ise uygun illiyet bağının varlığı kabul edilse bile, hukuka aykırılık unsurunun yokluğu sebebiyle tazmin edilemeyeceği Türk sorumluluk hukukunda baskın olarak kabul edilmektedir. Oysa hakkaniyet sorumluluğu genel ilke olarak kabul edilseydi; yansıma zararının tazmini hakkaniyet sorumluluğunun kıyasen uygulanması yoluyla mümkün olabilirdi.

Aynı zamanda bir kişinin maruz kaldığı zarar sebebiyle, başka bir kişinin sadece ekonomik menfaatlerinin zedelenmesi de yansıma zararına örnek teşkil edebilir. Bu durumda yansıma zararı haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanabileceği gibi, sözleşmenin ifa edilmesinden beklenen faydanın elde edilememesi sonucunda da ortaya çıkabilir²²⁴.

Yansıma zarar şeklinde ortaya çıkan ekonomik kayıplara örnek olarak, ünlü bir futbol oyuncusunun trafik kazası sonucunda ölmesiyle birlikte futbol oynadığı kulübün maruz kaldığı zararlar verilebilir. Zira yıldız futbolcunun ölmesi ile birlikte, kulübün maçlarına daha az taraftar gelmeye başlayacak ve bu sebeple kulüp daha az kazanç elde edecektir. Başka bir yönden ise söz konusu futbolcunun yerini ikame edecek başka bir futbolcu satın almak zorunda kalacak ve hiç ummadığı malvarlığının aktifinin bu şekilde azalmasına da katlanacaktır²²⁵. Bu örnekte futbolcu haksız fiilin doğrudan mağduru, futbol kulübü ise futbolcunun maruz kaldığı zararın kendisine yansması yoluyla zarar gören dolaylı mağdurdur.

²²⁴ Büyüksağış, **a.g.e.**, s.98.

²²⁵ Benzer bir örnek için bkz.: Frei, **a.g.e.**, s.19.

Türk sorumluluk hukukunda²²⁶, tek bir kanun maddesi ile varlığı açıkça kabul edilen yansıma zararının, yalnızca açık kanuni düzenlemenin varlığı halinde mi yoksa sorumluluk hukukunun aradığı koşulların sağlanması durumunda da tazmin edilip edilemeyeceği çalışmamızın cevabını bulmaya çalışacağı en önemli sorulardandır. Diğer bir ifade ile yansıma zararının tazmin edilemez olduğu dogması sadece belirli bir hukuk normunun varlığı halinde mi yıkılacaktır, yoksa herhangi bir hukuk normu ihlali olmadığı hallerde, tazminat hukukunun sorumluluk için aradığı gerekli koşullar yerine gelmişse yansıma zararının tazmin edilebileceği kabul edilecek midir?

Yansıma zararının tazmin edilebilir olup olmadığına ancak; sözleşme dışı sorumluluğun doğum şartlarından, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının irdelenmesi aracılığıyla ulaşılabılır. Bu iki unsurdan yansıma zararının tazmin edilebilir olup olmadığı düğümünü esas olarak çözecek olan, hukuka aykırılık kavramı ve söz konusu kavrama verilen anlamdır.

D. Taleplerin Yarışması Hali

Yarışma; talep doğuran hakların veya aynı amaç için tanınmış olan yenilik doğuran hakların bir arada bulunması halinde, yığılma ise aynı talep sonucuna götüren birden fazla sebebin varlığı halinde değil, farklı hukuki sonuçlara yönelen hukuki sebeplerin birbirine eklenerek istenebildiği durumlarda söz konusu olur²²⁷. Kişinin sahip olduğu birincil hakları, diğer haklardan ayıran özelliklerinden bir tanesi; birincil hakların talep doğuran haklardan olmalarıdır. Talep hakları, genel olarak, kendi içinde mutlak ve nisbi talep hakları olmak üzere ikiye ayrılır. Mutlak talep hakları; kişilik hakkı ihlallerinden doğan talepler ve malvarlığı mutlak

²²⁶ Her ne kadar yansıma zarar sadece BK.m.45/f.2de yer alan destekten yoksun kalma tazminatı ile varlığını ortaya koymuşsa da, Yargıtay çocuğu yaralanan bir babanın çocuğunun tedavisi için yaptığı masrafları tazmin edilebilir yansıma zararı olarak nitelendirmiştir. Yargıtay, babanın çocuğun yaralanması sebebiyle dava açmak ve açılan davayı takip etmek için birçok kez şehre gelmesi sonucunda, kendi işlerini görememesinden kaynaklanan kazanç kaybının tazmin edilmesini kabul etmiştir. (Y.HGK. 38.06.1974 T., 1973/4-131 E., 1973/795 K.)Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.564, dn. 52.

²²⁷ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14 N.18; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 27; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.269 vd. .

hakkının ihlâlinden doğan talepler şeklinde sınıflandırılırken, nisbi talep hakları sorumluluk borç ilişkisinden doğan talepler ve yükümlülük borç ilişkisinden doğan talepler olarak alt gruplara ayrılır²²⁸.

Sorumluluk borç ilişkileri; dar anlamda haksız fiil borç ilişkisi, kusursuz sorumluluk borç ilişkisi, ahlaka aykırı eylem ve zarar verme kastından doğan sorumluluk ve güven sorumluluğu olarak dörde ayrılırlar. Sorumluluk borç ilişkileri kendi aralarında ne yığılırlar ne de yarışılırlar. Sorumluluk borç ilişkilerinden hangisinin şartları gerçekleşmişse, somut olaya o sorumluluk borç ilişkisinin hükümleri uygulanır.

Yükümlülük borç ilişkileri ise; asli edim yükümleri doğuran borç ilişkileri, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde alt bölümlere ayrılabilir. Sözleşme ilişkisinden doğan ifa yükümlülükleri yerine getirilmezse, yükümlülük borç ilişkisi, sözleşmesel sorumluluk borç ilişkisine dönüşür. Sözleşmesel yükümlülük borç ilişkisi, sözleşmesel sorumluluk borç ilişkisine dönüşmediği sürece sözleşme dışı sorumluluk borç ilişkisi veya *culpa in contrahendo* sorumluluk borç ilişkisi ile yarışması veya yığılması söz konusu olmaz²²⁹.

Sözleşmesel yükümlülük borç ilişkisi, sözleşmesel sorumluluk borç ilişkisine dönüştüğü zaman, sözleşmesel sorumluluk borç ilişkisi ile haksız fiil sorumluluğu borç ilişkisinden doğan taleplerin birbirleri ile yığılmasa da, yarışabilmeleri mümkün olmalıdır. Şöyle ki; hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş ise, sözleşmeden doğan tazminat talebi istenmeksizin, mağdur yararına, taleplerin yarışmasının kabul edilmesi mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; hem sözleşme sorumluluğu hem de haksız fiil sorumluluğu için geçerli olan zamanaşımı sürelerinin dolmamış olmasıdır.

²²⁸ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.269.

²²⁹ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.270.

Zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması halinde ise, sadece cismani zararın varlığı halinde yarışmanın mümkün olduğu kabul edilebilir²³⁰.

Sözleşmesel sorumluluk borç ilişkisi ile *culpa in contrahendo* borç ilişkisinin yarışması düşünülemez; çünkü bir sözleşme geçerli olarak kurulmuşsa, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun oluşturduğu asli edimden bağımsız borçlar, sözleşmenin yan edimleri haline gelir. Ancak sözleşmeden dönüldüğü halde, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi için uygulanacak hükümler ile *culpa in contrahendo* sorumluluk borç ilişkisi yarışabilir²³¹.

Sözleşme sorumluluk borç ilişkisi ile güven sorumluluğunun yarışması ise; yükümlülük borç ilişkisinin varlığı halinde söz konusu olamaz. Sözleşme ilişkisinin iptali halinde ise, akla *culpa in contrahendo* sorumluluğu gelir; güven sorumluluğu değil. Güven sorumluluğu diğer sorumluluk ilişkileri ile yarışmayan kendine özgü bir borç ilişkisi olarak görmek gerekir²³².

II. YANSIMA ZARARININ ÖZELLİKLERİ

A. Zararın Niteliği Açısından

Yansima zararı sözleşmesel sorumlulukta ve haksız fiil sorumluluğunda *dolayısı ile* zarar olarak ortaya çıkar. Sözleşme yükümlülüğünün ihlâl edilmesine veya haksız fiile yol açan eylem her zaman sadece doğrudan zarara sebebiyet vermeyebilir. Şöyle ki, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi, sözleşmeye konu olan edime alacaklı kadar yakın olması nedeni ile sözleşmenin ihlâl edilmesi sonucunda zarar görmüş olabilir. Bu durumda üçüncü kişi sözleşmenin ihlâl edilmesi dolayısı ile bir zarara uğramış olmaktadır.

²³⁰ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14 N.7; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 27, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.271, 272.

²³¹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14 N.8, 9; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 27; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.273.

²³² Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.275- 279.

Sözleşme sorumluluğunda yansima zararının ortaya çıkışı olumsuz zarar şeklindedir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına ve dolayısıyla hüküm ifade etmesine duyulan güven sebebiyle yapılan ve boşa çıkmış masraflar olumsuz zarar niteliğindedir²³³. Yukarıda verilen “Tenor Vakıası”nda olduğu gibi, sahnelenecek olan oyunun bütün biletlerinin satılmasına güvenerek kafeteryasına yiyecek ve içecek alan kafeterya işletmecisinin; tiyatro sahibinin temsilinin biletlerinin satılması için yaptığı reklam masrafları oyunun sahnelenmesi sonucunda oluşan olumsuz zarar kalemleri olarak değerlendirilmelidir.

Haksız fiil sorumluluğunda ise meydana gelen hukuka aykırı fiilin yarattığı zarar sadece doğrudan mağdur üzerinde doğmamaktadır. Mağdurla birlikte, onunla olan kişisel veya iktisadi ilişkisi sebebiyle üçüncü bir kişi de zarar görmüş olabilir. Bu bağlamda haksız fiil borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişinin kazanç kaybı yansima zararı olarak ortaya çıkar²³⁴.

Ancak yansima zararı *dolayısı ile* zararın bir alt kümesi olarak değerlendirirken, dolaylı zarar açıklanırken yukarıda ifade edilen illiyet bağının yakınlığı veya uzaklığı tartışmasına girilmemelidir. Zira yansima zararının varlığından söz edilmesine sebep olan illiyet bağının yakınlığı veya uzaklığı değildir. Yansima zararını *dolayısı ile* bir zarar olarak nitelendirmemiz, meydana gelen zararın sadece bir kişiyi değil, doğrudan mağdur dışında üçüncü kişilere de sirayet etmesidir. Zarar verici olayla zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisinin dolaylılığı yansima zararı doğrudan zarardan ayırır. Yansima zararını dolaylı zarardan ayıran ise hukuka aykırı fiil sonucunda birbirinden farklı birden çok kişinin zarar görmesidir. Yansima zararı haksız fiil sorumluluğunun şartı olan BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) veya BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2, ahlaka aykırılık) şartlarının bulunmayışı, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, güven sorumluluğu veya sözleşme sorumluluğu için gerekli şartların mevcut olmaması halinde ortaya çıkar.

Yansima zararının diğer bir özelliği ise çoğunlukla malvarlığı zararı olarak ortaya çıkmasıdır. Sözleşmesel sorumlulukta olumsuz zarar olarak ortaya çıkan

²³³ Ergüne, a.g.e., s.38.

²³⁴ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.154; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.517; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.1 vd. .

yansıma zararı, sözleşme dışı sorumlulukta ise kazanç kaybı şeklinde kendini gösterir. Yukarıda verilen örneklerin hepsinde, sözleşme ilişkisine veya haksız fiil borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişinin malvarlığında rızası dışında bir eksilme meydana gelmiştir. Söz konusu eksilme fiil zarar veya mahrum kalınan kâr olarak meydana gelse bile netice itibariyle her durumda üçüncü kişinin malvarlığında bir azalmaya sebebiyet verecektir. Yoksun kalınan kâr; hayatın normal akışı içerisinde malvarlığında meydana gelebilecek artışın, zarar verici olay sebebiyle kısmen veya tamamen ortadan kalkmasıyla meydana gelir. Yoksun kalınan kâr ile zarar verici olay arasında uygun illiyet bağının varlığının kabul edilmesi tazminat sorumluluğunun doğması için yeterlidir²³⁵.

Bu bağlamda yansıma zararı, şahsa veya eşyaya verilen zararların dışında kalan ve sadece kişinin malvarlığında bir eksilmeye yol açan saf malvarlığı zararı (*reiner Vermögensschaden*) niteliğinde de ortaya çıkabilir²³⁶. Başka bir ifadeyle, yansıma zararına uğrayan kişinin ne beden bütünlüğü bozulmuş ne de bir eşyası kaybolmuş veya kırılmışsa; yansıma zararının mağduru olan kişinin malvarlığında, başka bir kimsenin doğrudan maruz kaldığı zarar nedeniyle, eksilme meydana gelmiş demektir. Yansıma zararının saf malvarlığı zararı ve kazanç kaybı şeklinde ortaya çıktığı hallerde yansıma zararına uğrayan kişinin hukuka aykırılık bağıını ispat etmesi gerekmektedir.

Objektif hukuka aykırılık teorisine göre malvarlığı mutlak bir hak olmadığı gibi mutlak olarak korunan değerler arasında da yer almaz²³⁷. Böylelikle malvarlığında meydana gelen eksilme tek başına hukuka aykırılığın doğması için yeterli kabul edilmeyecektir. Saf malvarlığı ve kazanç kaybı zararı şeklinde ortaya çıkan yansıma zararının tazmin edilebilmesi, zarar verenin kanun tarafından açıkça öngörölmüş olan koruyucu bir normu ihlâl etmesi halinde mümkündür. Menfaat ihlâlüne özel bir hükümle sonuç bağlanması ise pozitif hukuk sistemimizde sıklıkla karşılaşılan bir durum olmaktan çok, istisnaidir. Zira Türk hukukunda objektif hukuka aykırılık kuramı benimsenmekle birlikte sadece mutlak bir hakkı zedeleyen

²³⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s.298 vd. .

²³⁶ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 401, dn. 507; Kırca, **a.g.e.**, s.9.

²³⁷ Objektif hukuka aykırılık teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İkinci Bölüm, I, B, 1, a, (2), (b).

eylemin hukuka aykırı olacağı kabul edilmiştir²³⁸. Mutlak olarak korunmayan hakların ihlâl edilmesi halinde, yansıma zararında çoklukla görüldüğü üzere, örneğin malvarlığı zararlarında meydana çıkan zararın tazmin edilebilmesi için söz konusu menfaatin ihlâlini (belirli bir davranışta bulunmak veya belirli bir davranışta bulunmaktan kaçınmak gibi) yasaklayan emredici bir hukuk kuralının bulunması ve bu kuralın ihlâl edilmesi gerekir.

Saf malvarlığı zararlarının genel haksız fiil sorumluluğu uyarınca tazmin edilmemesinin en önemli sebebi, zarar verenin önceden bilinemeyecek ve sınırları belli olmayan tazminat talepleri ile karşı karşıya bırakmamaktır. Aksi bir kuralın kabulü halinde, haksız fiil sorumluluğunun sınırları zarar veren açısından öngörülemeyecek şekilde genişlemiş olacak ve haksız fiil sorumluluğunun temelleri sarsılacaktır. Bu durum ise hukuki muamelelerin gerçekleştirilmesinde tarafları tereddütlere sürükleyecektir. Zira günümüz liberal ekonomik hayatında, hukuki muamelede bulunacak olan taraflar maruz kalacakları riskleri önceden öğrenmek istemekte ve bu bilgiler doğrultusunda menfaatlerinin gerçekleştirilmesi için çaba sarfetmektedirler²³⁹. Objektif hukuka aykırılık teorisi de saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmesine, kural olarak, olanak tanımayarak kişi ve hukuki muamelede bulunma özgürlüğünü korumuştur.

Ticaret hayatının gelişmesi ve değişmesiyle birlikte, kişiler arasındaki rekabet malvarlığının ihlâl edilmesiyle sonuçlanabilir. Örneğin köprü altından geçerken bir lokomotif kazanının patlaması nedeniyle köprüünün yıkılması ve trafiğin bir süre kapanması sonucu yol üzerinde bulunan bir benzin istasyonu sahibinin vasıtaların bu süre içinde bu yoldan geçmemeleri sebebiyle akaryakıt satamamaktan mütevellit uğradığı zararın tazmini için T.C.D.D.Y. na karşı açtığı dava, haksız fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığının anlaşılması neticesinde reddedilmiştir. Hukuk Genel Kurulunun²⁴⁰, yerel mahkemenin kararını

²³⁸ Emredici bir hükümle mutlak olarak korunan, sadece taraflar arasında değil herkes açısından geçerli olacak bir koruma sağlayan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren haklara örnek olarak eşya üzerinde tam bir hâkimiyet sağlayan mülkiyet hakkı veya intifa, irtifak, rehin hakları gibi sınırlı aynı haklar veya kişilik hakları verilebilir.

²³⁹ Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s.351.

²⁴⁰ HGK.21.6.1974 T. 970 /T -59 E.974/744 K. .(www.hukukturk.com arşivi)

onarken verdiği karar sonuç itibariyle doğru da olsa, bu sonuca varırken kullanılan gerekçeler yerinde değildir. Zira aslında burada olay ile zarar arasında bir illiyet bağı mevcut ve fakat hukuka aykırılık bağı mevcut değildir.

Yargıtay ileriki yıllarda önüne gelen benzer bir olayda verdiği kararın gerekçelendirmesini ise farklı şekilde yapmıştır²⁴¹. Şöyle ki, davaya konu olan olay 1974 yılında HGK.'nun kararının temas ettiği olaya çok benzemektedir. Davalılar veya bunlardan birinin eylemi ile yol kaymış; bir süre trafiğe kapalı kalmış ve yol üzerinde birahanesi bulunan davacı, söz konusu zaman zarfında işletmesine müşteri gelmemesi nedeniyle mahrum kaldığı karı tazminat olarak istemiştir. Burada davalıların ihlâl ettiği kuralın MK.'nun 738. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Bu madde hükmüne göre, bir mülk sahibi kaza ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek veya üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Yargıtay davalıların yaptıkları inşaatın temel hafriyatı sebebiyle toprak kaymasına yol açmaları ve bunun sonucunda yolun kapanmasını MK.m.738'in (EMK.m.662) ihlâli olarak ele alınıp alınamayacağını incelemiştir. Ancak davalılar tarafından ihlâl edilen bu norm, sadece komşu arsa maliklerinin haklarını korumak için kanun koyucu tarafından ihdas edilmiştir. Yolun kapanması sonucu kazanç kaybına uğrayan işletme sahibinin ise MK.m.738 hükmü anlamında komşu niteliğinde bir kişi olmaması nedeniyle olayda davalılara yüklenmesi gereken bir tazminat sorumluluğuna gidilmemiştir. Burada yukarıda anlatıldığı gibi işletme sahibinin mutlak bir hakkı ihlâl edilmediği gibi, kendisini koruyucu bir hukuk normunun varlığından da (MK.m.738 gibi) söz edilemez²⁴².

Yukarıda verilen her iki örnek haksız fiil sorumluluğuna ilişkin de olsa, malvarlığı zararı sözleşme ilişkisi içerisinde olmayan üçüncü kişi üzerinde de doğabilir. “Vasiyetname (Testament)” vakıası olarak da bilinen olay ise²⁴³, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin ihlâli sebebiyle üçüncü bir kişinin zarar

²⁴¹ Y. 4. HD. 08/01/1979 T., 1978/13144 E., 1979/38 K. . .(www.hukukturk.com arşivi)

²⁴² Aynı yol kenarında işletme sahibi olan kişileri, Medeni Kanunu'nun komşuluk düzenlemesinin amaca göre yorumlanması yoluyla komşu sayılıp sayılamayacağını ve böylelikle yansıma zararının tazmin edilip edilemeyeceği çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntıları ile ele alınacaktır.

²⁴³ BGH 06/07/1965, NJW 1965, s.1955; BGHZ JZ 1966, s. 141 vd. .

görmesi haline örnektir. Söz konusu olayda, miras bırakan bütün malvarlığını resmi bir vasiyetname ile kızına bırakmak üzere, avukatla bir vekâlet sözleşmesi yapmıştır. Muris ile avukat arasındaki sözleşme uyarınca, hem muris hem de murisin kızı avukattan en kısa zamanda resmi vasiyetnamenin hazırlanması için gerekli olan işlemleri yapmasını istemiştir. Ancak avukatın yapılan çağrılarını cevapsız bırakması ile birlikte, muris resmi vasiyetname yapılmadan önce vefat etmiş ve tüm malvarlığını bırakmak istediği kızı; kendi yeğeni (muris torunu) ile birlikte mirasçı olmuştur. Bunun üzerine murisin kızı, mahrum kaldığı miras payı nedeniyle uğradığı zararın muris ile arasındaki vekâlet sözleşmesini ihmali ile ihlâl eden avukat tarafından tazmin edilmesini talep etmiştir. Federal Mahkeme burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu kullanmak suretiyle, vekâlet sözleşmesinin sözleşmenin amacına ve dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde ihlâl edildiği sonucuna varmış ve davalı avukatın üçüncü kişi konumunda olan davacı kızın zararını tazmin etmesine karar vermiştir.

Federal Mahkeme böyle bir karar vermekle birlikte, sözleşmede yer alan edim yükümlülüklerinin ihlâli sebebiyle üçüncü bir kişinin zarara uğraması halinde üçüncü kişiye sözleşme hukukuna dayanan doğrudan bir talep hakkı tanımıştır. Bunun sonucunda edimin üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması açısından çok büyük ve özel bir önem taşıdığı durumlarda üçüncü kişi sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunacaktır. Söz konusu korumanın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme aracılığıyla gerçekleşmesi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile tam üçüncü kişi yararına sözleşme arasındaki ayrımın silinmesine yol açacaktır. Zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, üçüncü kişiye sözleşmeden doğan edimin ifasını doğrudan borçludan talep etme yetkisi vermemektedir. Üçüncü kişiye böyle bir hak tanımak hem sözleşmenin nisbiliği kuralını tamamen ortadan kaldıracığı gibi hem de borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğunu öngörülemez ölçüde genişletmek anlamına gelecektir²⁴⁴.

Yukarıda verilen örneklerin hepsinde zarar gören üçüncü kişinin hem mutlak bir hakkı ihlâl edilmemiş hem de eylemin ihlâl ettiği hukuk normu üçüncü kişiyi korumaya yönelik değildir ve üçüncü kişinin sadece salt ekonomik menfaati

²⁴⁴ Aynı yönde bkz.: Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N.34; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.120.

zedelenmiştir. Meydana gelen zarar ile hukuka aykırı eylem arasında illiyet bağının varlığı olsa bile bu durumda hukuka aykırılık bağının eksikliği nedeniyle üçüncü kişinin zararı tazmin edilmez. Ancak “Vasiyetname” vakiasında olduğu gibi MK.m.2’de düzenlenmiş olan dürüstlük ilkesine veya objektif özen yükümüne veya genel davranış yükümlerine aykırı eylemin varlığı eksik olan hukuka aykırılık unsurunu tamamlayabileceği ileri sürülmüştür²⁴⁵.

Saf malvarlığı zararlarının, dolayısı ile yansıma zararını MK. m. 2’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı eylemin varlığı halinde tazmin edilebilir olarak kabul eden görüşe göre²⁴⁶, dürüstlük kuralına aykırılık hukuka aykırılığı oluşturur. Dürüstlük kuralını haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel bir sorumluluk normu halini getirmek ise çeşitli sakıncalar doğuracaktır. İlk olarak haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören ile zarar veren arasında özel bir hukuki bağ olduğunu ve bu bağ sebebiyle birbirlerine karşı dürüst davranma yükümlülüğü altında kaldıklarını iddia etmek, haksız fiil sorumluluğunun temelleri ile çelişmektedir. Zira haksız fiil sorumluluğunun doğması için zarar veren ile zarar gören arasında özel bir hukuki bağa ihtiyaç yoktur²⁴⁷. Zarar gören ile zarar veren arasındaki sosyal temas *culpa in contrahendo* şartlarını sağlıyorsa, bu durumda da yansıma zararından bahsetmeye gerek olmayacaktır. Dürüstlük kuralının temel bir koruma normu olduğunun kabulü halinde sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ayırım sona erecek ve saf malvarlığı zararları ortada sözleşme veya koruyucu bir norm olmasa bile tazmin edilebilecektir. Bu durum işlem güvenliğini sarsacağı gibi, haksız fiil sorumluluğunun ise ucu belirsiz bir şekilde genişlemesine yol açacaktır.

Objektif özen yükümünün ihlâlinin belirlenmesinde ise makul ve mantıklı bir kişinin somut olaydaki davranış biçimi dikkate alınır. Şöyle ki; makul bir kişinin aynı durumda zarar verici davranışın tehlikesini önceden görüp yapmayacağı davranış zarar veren tarafından yapılmışsa, zarar verenin eylemi hukuka aykırı

²⁴⁵ Kırca, **a.g.e.**, s.40 vd.

²⁴⁶ Keller/Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.38.

²⁴⁷ Kırca, **a.g.e.**, s.41.

olarak kabul edilir. Objektif özen yükümünün ihlâlini hukuka aykırı sayan görüş²⁴⁸, saf malvarlığı zararının tazminine olanak sağlamakla zarar türleri arasında eşitliği sağlamaktadır. Zira bu görüş, saf malvarlığı zararının tazmini için gerekli olan koruma normunun varlığını aramamaktadır. Böylelikle koruma normunun aramanın ve söz konusu normu somut olaya uygulamada hâkim yaratacağı subjektifliğin sakıncaları ortadan kalkacağı iddia edilmiştir²⁴⁹. Zarar verici her davranışta sorumluluğu kabul etmeyerek ve sadece objektif özen yükümüne aykırı olan davranışını hukuka aykırı saymakla, zarar verenin menfaati açısından da olumlu bir durum yaratmaktadır.

Genel davranış yükümlerine aykırılığı hukuka aykırı sayan görüş ise, genel davranış yükümlerinin yazılı olmayan hukuktan kaynaklanan bir koruma normu olduğunu ve söz konusu yükümlerin ihlâli halinde hukuka aykırılık meydana gelmektedir²⁵⁰. Böylelikle genel bir davranış kuralını ihlâl eden kişinin davranışı, ayrıca ihlâl edilen değer ne olduğuna bakılmaksızın hukuka aykırı sayılacaktır. Bunun sonucunda herhangi bir koruma normunu ihlâl etmeyen bir kişi, genel bir davranış kuralını ihlâl etmiş ise haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Mutlak hak ihlâl i yoksa genel davranış kuralı ancak ızzar kasdı varsa BK.m.41/f.2 anlamında ihlâl edilmiş sayılır.

Yukarıda anılan görüşlerden hepsi, saf malvarlığı zararlarının diğer hukuki menfaatlerle eşit şekilde korumayı amaçlamak birlikte, malvarlığı ihlâlini, haksız fiil koruması altına almayı hedeflemektedir. Bütün bu görüşler, objektif hukuka aykırılık teorisinin kabul edildiği İsviçre/Türk hukuk sistemi için uygun değildir. Söz konusu görüşlerin kabulü, haksız fiil hukukunun temellerine aykırı bir şekilde sorumluluğun önemli ölçüde genişlemesine yol açacaktır. Haksız fiil hukuku belirli menfaatlerin herkese karşı güvence altına alınmasını hedeflemektedirken, MK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralını geniş yorumlayarak haksız fiil sorumluluğunun kaynağı haline getirmek sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu ayırımının yok sayılması anlamına gelmektedir.

²⁴⁸ Franz Werro, “Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art.41 OR” **ZSR 1997**, s.366, 367.

²⁴⁹ Werro, **ZSR 1997**, s. 367; Widmer, **ZSR 2001**, s.112.

²⁵⁰ Widmer, **ZSR 2001**, s.112; Schwenger, **a.g.e.**, N.50.25.

Malvarlığını koruyan normun hukukun hangi alanında yer aldığı bir önemi yoktur. Önemli olan, söz konusu norm ile zarar görenin korunmasının amaçlanmasıdır. Başka bir ifadeyle; norm bireysel bir korumayı amaçlamalıdır. Zira genel bir koruma normunun varlığı tazminat sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Örneğin; A eşinin trafik kazası sonucunda ölmesi sebebiyle eşinin maddi desteğinden mahrum kalmıştır. A'nın eşinin ölümü sebebiyle manevi bütünlüğü dışındaki ekonomik menfaatlerinin zedelenmesi destekten yoksun kalma zararını oluşturmaktadır. BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3) ise ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu nedenle uğradıkları zararların tazmin edilmesini failden talep edebileceklerini düzenlemektedir. Bu bağlamda BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3) ölenin desteğinden mahrum kalanların uğradıkları saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmesine olanak tanıyan bir koruma normu niteliğindedir.

Her ne kadar yansıma zararının maddi zarar ile özdeşleştirilmesi mümkünse de, böyle bir değerlendirme eksiktir. Zira yansıma zararı manevi zarar olarak da karşımıza çıkabilir. BK.m.47'de yer alan düzenleme ile kanun koyucu haksız fiil sebebiyle hayatını kaybeden kişinin yakınlarının, doğrudan zarara uğrayan kişinin ölümü sebebiyle manevi bir zarara uğradıklarını kabul etmektedir.

B. Zarar Gören Açısından

Yansıma zarar dolaylı zarardan farklı olarak takip eden zarar şeklinde ortaya çıkmaz. Yansıma zararında, zararın bir tek ya da birden çok kişi üzerine yansıması söz konusudur. Böylelikle doğrudan zarar gören dışında, sözleşme veya haksız fiil ilişkisine taraf olmayan üçüncü bir kişi yansıma zararın uğramaktadır.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, yapılan kazılar sonucunda bir elektrik kablosunun zarar görmesi halinde doğrudan zarara uğrayan elektrik kablosunun mülkiyetine sahip olan kişidir. Elektrik kablosunun maliki olan kişinin işletmesi bu sebeple üretim kaybına uğramışsa, ortaya çıkan malvarlığı zararı kabloların malikinin dolaylı zarar olarak nitelendirilir. Kabloların sahibi ile işletmenin sahibi özdeş değilse, işletme sahibinin uğradığı malvarlığı zararı yansıma zararıdır. Zira

başlangıçtaki zarar gören (kabloların maliki) ile bağlantılı olarak işletme sahibi dolayısı ile bir zarara uğramıştır.

Üçüncü bir kişi üzerinde doğan yansıma zararından söz edebilmek için, doğrudan mağdur ile arasında zararın doğmasından önce oluşmuş bir ilişkinin varlığı gereklidir. Yukarıda anılan örnekten yer alan, işletme sahibi ile elektrik kablosunun maliki arasındaki ticaret ilişkisi bu gerekliliği karşılamaktadır. Aynı şekilde destekten yoksun kalanlar ile destek arasında zararın doğmasından önce mevcut olan yakınlık, yardımlaşma geçmişi yansıma zararın ortaya çıkması için gerekli olan ilk saldırının mağduru ile bağlantılı olma koşulunu yerine getirmektedir²⁵¹.

Başka bir örnek ise mevcut sözleşmenin üçüncü kişinin korkutması sonucunda meydana gelmesi olabilir. Bu durumda sözleşmenin BK.m.29 uyarınca iptal edilmesi halinde tazminat yükümlülüğü korkutma eylemini gerçekleştiren üçüncü kişinin üzerindedir. Ancak sözleşmenin iptal edilmesine maruz kalan iyi niyetli taraf, korkutmayı gerçekleştiren üçüncü kişiden sözleşmenin iptal edilmesi sonucunda uğradığı zararların tazmin edilmesini haksız fiil sorumluluğu kuralları uyarınca isteyemez. Zira sözleşmenin tarafı olan ve korkutmadan haberi olmayan iyi niyetli kişinin sözleşmenin iptali sonucunda oluşan zararı, üçüncü kişinin sözleşmenin diğer tarafını korkutma eyleminden kaynaklanan, yansıma zararıdır. Burada iyiniyetli sözleşme tarafının haksız fiil sorumluluğuna başvuramamasının sebebi, üçüncü kişinin korkutma eylemini kendisine karşı değil, sözleşmeyi iptal eden tarafa yönelik olmasıdır. Hukuka aykırılık bağının eksikliği sebebiyle iyiniyetli sözleşme tarafı haksız fiil sorumluluğuna dayanamayacaktır²⁵².

Yansıma zararına ilişkin bu örnekte de görüleceği üzere, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin korkutması sonucunda sözleşmenin iyiniyetli tarafı, haksız fiil ilişkisinde üçüncü kişi konumundadır. Haksız fiil ilişkisi, korkutmanın mağduru sözleşmeyi iptal eden taraf ve sözleşmenin yapılmasına yol açan korkutma

²⁵¹ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.154.

²⁵² Ergüne, **a.g.e.**, s.175.

eylemine gerçekleştiren; sözleşmenin tarafı olmayan nc kişi arasında gerekleřmektedir²⁵³.

Sözleşmenin iptaline muhatap olan iyi niyetli taraf ile korkutma fiilini gerçekleştiren nc kişi arasında, korkutma fiilinin ve sözleşmenin kurulmasından önce bir işlem teması mevcutsa sözleşmenin iptaline muhatap olan tarafın borca aykırılık hükümlerine başvurma olanağı kabul edilebilir. Korkutma eylemini gerçekleştiren nc kişi bu fiili ile sözleşmenin iptaline muhatap olan taraf ile arasındaki işlemsel temastan kaynaklanan davranış yükümlülüklerine de aykırı davranmışsa sözleşme sorumluluğunun sonuçları ile karřılařabilir²⁵⁴.

²⁵³ Ergüne, **a.g.e.**, s.175.

²⁵⁴ Ergüne, **a.g.e.**, s.175, dn.89.

İKİNCİ BÖLÜM

MALVARLIĞI ZARARI VE MANEVİ ZARAR OLARAK

ORTAYA ÇIKAN YANSIMA ZARARI

I. MALVARLIĞI ZARARI OLARAK ORTAYA ÇIKAN YANSIMA ZARARI

Yansima zararı, dolaylı zarardan farklı olarak, bir kişinin beden bütünlüğünün ya da malvarlığının ihlâl edilmesi sebebiyle üçüncü bir kişinin uğradığı zarar şeklinde ortaya çıkar. Zira dolaylı zarar, dar anlamda haksız fiil zararının dışında kalan, mağdurun cismani zarara veya malvarlığı mutlak hakkı ihlâli zararına uğradığında maruz kaldığı masraf ve doğrudan zarar dolayısıyla uğradığı kazanç kaybı zararıdır. Yansima zararında ise zarara uğrayan doğrudan zarara uğramış değildir. Yansima zararı, mağdura karşı işlenen haksız fiilin yansima zararı mağdurunun da kazanç kaybına uğraması hallerinde söz konusu olur. Diğer bir deyişle; bir kişinin doğrudan maruz kaldığı zarar sebebiyle, üçüncü bir kişinin ekonomik menfaatlerinin zedelenmesi; kazanç kaybına uğraması yansima zararına örnek oluşturur. Çalışmamızın bir önceki bölümünde ayrıntıları ile incelendiği üzere, yansima zararı çoğunlukla saf malvarlığı zararı veya kazanç kaybı zararı olarak kendini gösterir. Yansima zararı, haksız fiil sonucunda gerçekleşebileceği gibi sözleşme borcunun gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Daha açık bir ifadeyle; yansima zararının sadece haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkabileceği düşüncesi eksiktir; zira sözleşme sorumluluğu alanında da üçüncü kişinin yansima zararına uğraması mümkündür.

Sözleşme sorumluluğu alanında sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan malvarlığı zararının tazmin edilmesi, sözleşmenin nisbiliği ve sözleşme ilişkisinden doğan zararın tazmininde alacaklının menfaati ilkeleri sebebiyle, kural olarak mümkün değildir. Haksız fiil zararında ise, objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, üçüncü kişinin mutlak bir hak ihlâli söz konusu değilse (mülkiyet hakkının veya beden

bütünlüğünün ihlâl edilmesi gibi), meydana gelen malvarlığı zararının tazmini için üçüncü kişiyi özel olarak koruyan bir normunun varlığı şarttır. Dolayısıyla yansıma zararının malvarlığı zararı şeklinde ortaya çıktığı sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu alanlarında tazmin edilmesinin koşulları farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda söz konusu sorumluluk tipleri açısından, çalışmanın konusunu oluşturan yansıma zararının tazmin edilmesinin şartları ayrı ayrı incelenecektir. Söz konusu inceleme yapılırken, mevcut hukuk düzeni içerisinde ortaya çıkabilecek yansıma zararı hallerinden de örneksene yapılmak suretiyle yararlanılacaktır.

A. Sözleşme Sorumluluğunda Malvarlığı Zararı Şeklinde Ortaya Çıkan Yansıma Zararının Tazmini

1.Genel Olarak

Borçlar hukukumuzda hâkim olan en temel prensip, hukuki ilişkilerin süjesi olan bireyler arasında eşitliğin ve serbest iradenin varlığının gözetilmesidir. Liberal ekonomi ve politikaların da etkisi ile kanun koyucu bireyler arasındaki ilişkileri irade serbestisi (*Privatautonomie*) ilkesinin güvencesinde kurmuştur. Bu ilke çerçevesinde kişiler hukuki ilişkilerini düzenlemekte serbesttirler¹. Diğer bir ifade ile bireyler akdetmeyi arzuladıkları sözleşme tipini, sözleşmenin tarafını, koşullarını, içeriğini belirleme konusunda özgürdürler².

Sözleşme ilişkisi sadece alacaklı ve borçlu arasında hukuki bir bağ oluşturur ve bu bağdan kaynaklanan haklar ve borçlar kural olarak sadece o borç ilişkisinin tarafları arasında (*inter partes*) geçerli olur³. Borç ilişkisinin nisbiliği (*Das Prinzip*

¹ Kişilerin sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğünün teminatı sadece Borçlar Kanunumuzda yer alan hükümler değildir. 1982 tarihli Anayasamızın 48.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” şeklindeki düzenleme ile sözleşme serbestisi anayasal güvence altına da alınmıştır.

² Jörg Neuner, “ Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen”, **JZ 1999**, Heft 3, s.126.

³ Borç ilişkisinin sadece tarafları arasında hak ve borç doğuracağı prensibi kaynağını Roma hukukundan alır. Roma hukukunda geçerli olan *res inter alios acta aliis neque nocet prodest*, Türkçe’ye “sözleşmeye taraf olanlar arasında geçenler sözleşme ilişkisine taraf olmayanlara zarar veremez” şeklinde çevrilebilir. İngilizcede kısaca “*res inter alios* ” kuralı olarak bilinen bu prensip için bkz.: Black’s Law Dictionary (Black, C., ed.), St. Paul, West Publishing Co., 6. bs., 1990, s. 1310; Zimmermann, **a.g.e.**, s.1 vd.; Nilgün Başalp, “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

der Relativitaet des Schuldverhaeltnisses) adı verilen bu ilke doğrultusunda sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler, kural olarak, sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir talepte bulunamazlar ve dolayısıyla tarafı olmadıkları bir sözleşme nedeniyle hak sahibi olmadıkları gibi borç altına da giremezler⁴. Her ne kadar, Türk/İsviçre borçlar hukukunda sözleşmenin nisbiliği ilkesi açıkça düzenlenmemişse de, BK.m.109 vd. hükümlerinin varlığı söz konusu ilkenin kanun koyucu tarafından da benimsendiğini ve desteklendiğini göstermektedir⁵. Sözleşmenin sadece tarafları arasında (*inter partes*) geçerli olacağı prensibi bir takım sonuçlar doğurmaktadır⁶. Bu sonuçlardan en önemlisi, borç ilişkisinin sadece tarafları arasında hükümlerini doğurmasıdır. Başka bir deyişle ile alacaklı sözleşmeden doğan alacak talebini sadece borçluya karşı ileri sürebilecek, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere böyle bir talepte bulunamayacaktır⁷.

Kuramı İle Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan Cilt I**, İstanbul, 2010, s.442; Neuner, **JZ 1999**, s.126.

Ancak Roma hukukunda sözleşmenin nisbiliği ilkesi günümüzden daha katı bir şekilde uygulanmaktaydı. Şöyle ki, bir sözleşmenin tarafları dışında üçüncü bir kişi için hüküm ifade etmesi mümkün olmadığı gibi söz konusu sözleşmede üçüncü bir kişinin yararına herhangi bir hüküm bulunması da yasaktı. Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.1; Kırca, **a.g.e.**, s.34. Oysa günümüzde Türk/İsviçre borçlar hukukunda yer alan BK.m.111 (OR. Art.112) hükmü ile taraflar üçüncü kişi lehine tam sözleşme yapmak suretiyle, üçüncü kişiye sözleşmeden kaynaklanan doğrudan talep hakkı tanıyabilmektedirler. Dolayısıyla BK.m.111’in sözleşmenin nisbiliği ilkesine getirilen istisnalardan bir tanesi olduğu kabul edilebilir. Ernst A.Kramer, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18, Bd. VI, 1.Abt.**, Bern, Staempfli Verlag, 1986, Einl. N. 59 (Buradan sonra BernK/Kramer şeklinde atıf yapılacaktır.); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.220.

⁴ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.20 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş 4üncü Bası, İstanbul, 2008, § 2 N.23; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.21; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.60; Kırca, **a.g.e.**, s.32 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.20; Schellhammer, **a.g.e.**, Rn. 1165; Fikentescher, **a.g.e.**, Rn.50; **BernK-Kramer**, Einl. N.44; Rosemarie Winterfeld, **Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, Diss., Bonn, 1983, s.3; Neuner, **JZ 1999**, s.126, 127.

⁵ Kırca, **a.g.e.**, s.35; **BernK/Kramer**, Einl. N.45; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.21, dn. 86. Alman hukukunda da sözleşmenin nisbiliği ilkesi açıkça düzenlenmemiştir ve fakat §§ 241, 305 BGB gibi hükümlerden söz konusu ilkenin varlığı çıkarılabilir. Neuner, **JZ 1999**, s.126.

⁶ Sözleşmenin nisbiliği ilkesi hukuki işlem güvenliğini korumakla birlikte, sözleşme sorumluluğunun ucu belirsiz bir şekilde genişletilmesine de engel olmaktadır. Roland Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts**, Zürich Üniversitesi, Diss., 2004, s. 129.

⁷ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.21; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.17; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N.23, 24; **BernK/Kramer**, Einl. N.44; Neuner, **JZ 1999**, s.127.

Sözleşmenin nisbiliği kuralından çıkarılabilecek ikinci sonuç ise; sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesinin sadece alacaklı tarafından talep edilebileceği ve dolayısıyla sözleşme ilişkisi içerisinde yer almayan üçüncü kişinin sözleşme sebebiyle zarar görmesi halinde zararının tazminini talep etmesinin kural olarak mümkün olmamasıdır⁸. Zira sözleşme sadece tarafları arasında hak ve borç doğuran nisbi bir hukuki muameledir. Bunun sonucunda sözleşmenin ihlali sebebiyle, kural olarak, sadece sözleşmenin tarafları zarar görür. Alacaklının menfaati ilkesi (*Der Grundsatz des Glaebigerinteresses*) de denilen bu prensip ile borçlunun öngöremeyeceği (*unübersehbar, unberechenbar*) veya bilinebilir (*erkennbar*) olmayan taleplerle, adalete aykırı bir şekilde, karşılaşmasına engel olunması amaçlanmıştır⁹.

2. Sözleşme Sorumluluğunda Yansıma Zararının Tazmin Edilmemesi Kuralının Aşılması: Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumları

a.Genel Olarak

Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin sözleşmenin ifa sürecinde zarar gören üçüncü kişi açısından anlamı, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca zararının tazmin edilmesini talep edememesidir. Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin varlığı borç ilişkisi sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişinin zararının karşılanmasını ancak haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁰. Oysa

⁸ Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s.21; Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s.17; Kırca, *a.g.e.*, s.35; BernK/Kramer, Einl. N.44; Neuner, *JZ 1999*, s.127.

⁹ Sözleşmenin nisbiliği ilkesi gibi, alacaklının menfaati ilkesi de sorumluluğu sınırlandırma fonksiyonuna sahiptir. Keller, *Anwendungsfalle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, s.131.

¹⁰ Sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu karşılaştırıldığında kanun koyucunun zarar gören tarafa sözleşme sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilebilecek zararı olması halinde, daha etkin bir koruma sunduğu gözlemlenmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille bir zararın oluşması ve söz konusu zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Sözleşme dışı sorumluluk hükümlerinin cereyan edebilmesi için gerekli olan hukuka aykırılığın varlığı için ya mutlak bir hakkın ya da bir koruma normunun ihlâl edilmesi şarttır. Sözleşmesel sorumluluk alanında ise mutlak bir hakkın ihlâl edilmesi sorumluluğun doğması gerekli değildir. Öte yandan yardımcı kişilerin fiilerinden sorumluluk bahsinde de sözleşmeden doğan sorumluluğa dair hükümler zarar gören için daha elverişli çözümler sunmaktadır. BK.m.55

günümüzde sosyo-ekonomik ilişkilerin birbirleri ile iç içe geçmesiyle birlikte, üçüncü kişi konumundaki kişilerin sözleşmenin konusu olan edimin yarattığı tehlikeye yakınlıkları yadsınamayacak düzeye gelmiştir. Bütün bu yakınlığa rağmen, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğu hükümleri ile yetinmek zorunda kalması her zaman adil sonuçlar doğurmayabilir¹¹.

Bu bilgiler ışığında sözleşme sorumluluğunda yansıma zararının tazmin edilmesinin önünde borç ilişkisinin nisbiliği prensibinin büyük bir engel olarak yer aldığı açıktır. Sözleşmeye taraf olmayan ve bu sözleşme nedeniyle yansıma zararına uğrayan kişinin uğradığı zarara sözleşmenin nisbiliği ilkesi sebebiyle katlanması gerekecektir. Sözleşme sorumluluğu alanında yansıma zararının varlığının ve tazmin edilebileceğinin kabul edilmesi, sözleşme hukukuna hâkim olan bu ilkeye istisna getirilmesi halinde mümkün olabilecektir. Zira her durumda sözleşme ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişinin zararını haksız fiil hükümlerine göre talep etmesi adalete uygun sonuçlar doğurmayabilir. Ekonomi ve ticaretin gelişmesi ve bununla birlikte karmaşıklaşması sözleşme ilişkisinin sadece tarafları arasında hüküm ifade etmesini zorlaştırmaktadır¹².

(YBK.m.66) uyarınca kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle yardımcı kişinin vermiş olduğu zararı tazmin etmekten kurtulma şansı varken, BK.m.100 (YBK.m.116) çerçevesinde yardımcı kişinin borca aykırı davranışından ötürü borçlu kusur şartı aranmaksızın sorumlu tutulmaktadır. İspat yükü açısından ise, sözleşmesel sorumlulukta borçlu kusursuzluğunu ispat etmek zorundayken (BK.m.96, YBK.m.112), haksız fiil sorumluluğunda zarar gören failin kusurunu ispat etmekle yükümlüdür (BK.m.41, YBK.m.49). Sözleşmeden doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna oranla daha etkin bir koruma sağlaması zamanaşımı sürelerinde de kendini gösterir. Şöyle ki; borca aykırılık halinde zamanaşımı süresi BK.m.125 (YBK.m.146) uyarınca on yılken, haksız fiil sorumluluğunda ise BK.m.60 (YBK.m.72 uyarınca zamanaşımı süresinin alt sınır iki yıla çıkarılmıştır) uyarınca bir yıldır. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.379 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N.11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.982; Kırca, **a.g.e.**, s.36 vd.; Keller, **Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 4, 5.

¹¹ Kanun koyucunun söz konusu düzenlemesinin hukuki bir katılık anlamına geldiği yönünde bkz.: Serozan, **Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 116; Yeşim Atamer, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, **YD. 1996**, C.22, s.107.

¹² Şöyle ki, karmaşıklaşan ekonomik ve sosyal ilişkiler her sözleşmenin tarafları dışındaki kişileri de az ya da çok etkilemesi genel olarak kabul edilmektedir. Zira sözleşme ilişkisine sosyal olarak yakında bulunan kişilerin hukuki menfaatlerinin bu sözleşme sebebiyle ihlâl edilmesinin yüksek bir olasılıktır. Joachim Gernhuber, “Drittwirkungen im Schuldverhaeltnis Kraft Leistungsnaeh: Zur Lehre von den Vertraegen mit Schutzwirkung für Dritte”, **Festschrift für Arthur Nikisch**, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1958, s.249 vd.; Winfred Puhle, **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation**, Frankfurt am Main, 1982, s.7, 32.

Sözleşme ilişkisinin tarafı olmamakla birlikte sözleşmenin konusu olan edime veya sözleşmenin taraflarına sosyo-ekonomik açıdan yakın konumda olan kişilerin söz konusu sözleşmenin ihlâl edilmesi nedeniyle zarara uğradıklarında sadece haksız fiil sorumluluğuna başvurabilmeleri hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir¹³. Ancak sözleşmesel sorumluluğa dair hükümlerin etkin korumasından sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin de yararlanmasına olanak tanımanın, sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını muğlaklaştırma tehlikesine yol açabileceği unutulmamalıdır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine doğrudan kanun koyucu tarafından istisnalar¹⁴ getirildiği gibi, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişinin zararının tazmini bu hususun sözleşmede özel olarak belirtilmesi halinde de mümkündür¹⁵.

Aşağıda sözleşmenin nisbiliği ilkesine ve sözleşmen ilişkisinin nisbiliği ilkesinden meydana gelen alacaklının menfaati ilkelerine¹⁶ istisna getiren iki önemli

¹³ Rona Serozan, “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimleri”, **Prof.Dr.Yavuz Alangoya’ya Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s.716.

¹⁴ Kanun koyucunun sözleşmenin nisbiliği ilkesine getirdiği istisnaların başında şerh verilmek suretiyle etkisi kuvvetlendirilen nisbi haklar gelmektedir. MK.m.1009’a göre arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, geriaml sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunda açıkça öngörülen nisbi haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. Böylelikle kanunda belirtilen bu haklar şerh işleminden sonra taşınmaz üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Bunun sonucu olarak da bir sözleşmenin ifa edilmesini talep edecek olanın sadece o sözleşmenin tarafları olacağı kuralına istisna getirilmiş olmaktadır. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N.41.

Öte yandan kira ilişkisinde alt kiracı kiralananı kiracıya tanınandan başka bir şekilde kullandığı takdirde, kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya karşı kullanabilir (BK.m.259/f.3, YBK.m.322/f.3) Kanunun söz konusu açık hükmü dolayısıyla alt kira sözleşmesi sözleşmenin tarafı olmayan başka bir kişi için alacak meydana getirmekte ve böylelikle sözleşmenin nisbiliği ilkesi aşılmaktadır. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.119 vd. .

Borçlar Kanununda alt kiraya ilişkin düzenlenen hükmün özdeşi, alt vekâlet ilişkisi için de geçerlidir. Şöyle ki, BK.m.391/f.3 (YBK.m.507/f.3) hükmü vekilin kendi yerine ikame ettiği kişiye karşı sahip olduğu bütün haklara müvekkilin de sahip olduğunu vurgulamaktadır. Böylelikle müvekkil, vekil ile alt vekil arasındaki ilişkiye dayanarak, sözleşme ilişkisinin tarafı olmaksızın talepte bulunabilmektedir. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.94 vd. .

BK.m.332/f.2 ise iş sahibinin iş güvenliğine aykırı hareket etmesi sonucunda işçinin ölmesi halinde onun desteğinden mahrum kalanların meydana gelen zarara ilişkin taleplerinin sözleşmeye aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tâbi olacağını açıkça düzenlemiştir.

¹⁵ Taraflar yapacakları sözleşme ile üçüncü bir kişinin de menfaatini gözetebilirler. BK.m.111 (YBK.m.129) kendi adına sözleşme yapan bir kimsenin üçüncü bir kişi lehine bir borç şart ettiği takdirde, söz konusu borcun ifasını üçüncü şahıs iki tarafın niyetine veya örf ve adet uyarınca borcun ifasını şahsen talep edebilir. Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.1; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.69 vd. .

¹⁶ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn.650; Rainer Traugott, “Risiko und Haftungsgrund bei Drittschaeden”, **ZIP 1997**, s.872.

kurum, üçüncü kişinin zararının tazmini ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmeden kaynaklanan yansıma zararının tazmine olanak verip vermedikleri açısından incelenecektir.

b. Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin Kurumu

Kimi hallerde borçlunun sözleşmeyi ihlâl etmesi sebebiyle alacaklı değil, üçüncü bir kişi zarara uğramaktadır. Bu durumda alacaklının sözleşmeden kaynaklanan talep hakkı olmasına rağmen, tazminat talebine konu teşkil edecek bir zararı bulunmamaktadır. Buna karşın sözleşme dışı üçüncü kişinin sözleşmeden kaynaklanan bir zararı vardır ve fakat sözleşmeye taraf olmadığı için söz konusu zararın tazminini talep hakkı yoktur. Diğer bir ifadeyle, talep hakkına sahip olan kişi ile zarara uğrayan kişi özdeş değildir¹⁷. Alacaklının talep hakkına sahip olmasına rağmen zararının olmaması, buna karşın üçüncü kişinin zararı olmasına rağmen talep hakkı olmamasından yararlanacak olan kişi, zarara sebebiyet veren borçludur.

Sözleşmenin ihlâli sebebiyle zarara uğrayan ve fakat tazminat talebinde bulunma hakkı olmayan üçüncü kişinin aynı zamanda bir mutlak hakkı veya hukuken korunan bir menfaati zedelenmişse, söz konusu üçüncü kişinin haksız fiil hükümleri uyarınca zararını tazmin ettirmesi mümkündür. Ancak üçüncü kişinin zararı saf malvarlığı zararı veya kazanç kaybı şeklinde ortaya çıktığında zararını haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin ettirmesi hukuka aykırılık unsurunun yokluğu sebebiyle olanaklı değildir. Oysa somut olay adaleti böyle bir durumda borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulmamasını gerektirir. Bu sebeple ilk olarak Alman hukukunda, doktrin ve yargı kararları aracılığıyla üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi (*Drittschadensliquidation*) kurumu, alacaklının menfaati ilkesine istisna getirmek suretiyle oluşturulmuştur¹⁸. Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunda alacaklı, kendisinin değil üçüncü bir kişinin maruz kaldığı zararın

¹⁷ Puhle, **a.g.e.**, s.76; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.862; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn. 650; Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s.44.

¹⁸ Ernst von Caemmerer, “Das Problem des Drittschadenersatzes”, **ZHR 1965**, 127, s. 241; Urs Verweyen, “Gegenlaeufige Entwicklungstendenzen bei der Drittschadensliquidation”, **JURA 2006**, Heft 8, s.571; Hans Ulrich von Schroeter, “Die Haftung für Drittschaeden”, **JURA 1997**, Heft 7, s. 343.

tazmin edilmesini, tazminat bedelini üçüncü kişiye ödemek kaydıyla, talep etmektedir¹⁹. Üçüncü kişinin değil de, alacaklının bu talepte bulunma hakkında sahip olmasının sebebi ise üçüncü kişinin sözleşme ilişkisinin tarafı olmamasıdır²⁰.

Alman hukukunda üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumu ilk kez, BGB yürürlüğe girmeden önce²¹, 1855 yılında Lübeck Yüksek Temyiz Mahkemesi tarafından ortaya atılmıştır²². Karara konu olan ve “tahta mantar vakası” olarak anılan olayda, Bremen yakınlarındaki Delmenhorst’da mantar fabrikası sahibi olan bir kişi, Porto’dan bir miktar tahta şarap mantarı sipariş etmiş ve bir nakliye firmasını siparişe konu olan şarap mantarlarının nakliyesini gerçekleştirmesi amacıyla görevlendirmiştir. Nakliye şirketi de, taşıma işlemini gerçekleştirmesi ve yüklerin Cuxhaven limanına varıldığında boşaltılması için bir gemiciyi görevlendirmiştir. Gemi Cuxhaven’a vardığı halde, gemici, şiddetli soğuk sebebiyle mantarların altında yer alan Porto şarabının zarar görme ihtimalinden endişe ettiği için boşaltma yapmaktan kaçınmıştır. Yükün boşaltılması ancak Hamburg’ta yapılabilmıştır. Nakliye şirketi, gemicinin sözleşme alacaklısı olarak, yukarıda anılan gecikme nedeniyle herhangi bir zarara uğramamış, buna karşın mantarların alıcısı olan fabrika sahibi önemli bir zarara uğramıştır. Fabrika sahibi, nakliye şirketi ve gemici arasında yapılan sözleşmenin tarafı olmayan, bir üçüncü kişi olsa da, kendisine zararının tazmin edilmesi olanağı tanınmıştır²³. Daha açık bir ifade ile mahkeme kararında nakliye şirketi söz konusu zararın tazmin edilmesini, fabrika sahibinin yararına talep etmeye yetkili olarak görmüştür.

¹⁹ **J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)**, Berlin, 2005, Gottfried Schiemann, Vorbemerkungen zu §§249 ff, Rn. 62 (Buradan sonra “Staudinger/Schiemann” şeklinde atf yapılacaktır.); Puhle, **a.g.e.**, s.86; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.348 vd. .

²⁰ Doktrinde üçüncü kişinin zararının tazmini doğrudan borçludan talep edebileceği yönünde bir görüş daha vardır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.862.

²¹ Jörg Neuner, “Die Entwicklung der Haftung für Drittschaden „, **Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)** , Yayına Hazırlayanlar Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt, Rechtsprechung Band 14, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, s.193-201.

²² SeuffA 11 (1857) Nr. 36, 84.

²³ Winterfeld, **a.g.e.**, s.2, dn.1; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 345, 346.

Alman hukukunda yargı²⁴ ve doktrin tarafından üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun dogmatik temellerinin bulunmasına dair bir takım öneriler ileri sürülmüşse de, bu öneriler herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesi tarafından desteklenmemiştir²⁵. Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine dair hukuki temeller bulma çabaları ilk olarak, yukarıda anılan, Lübeck Yüksek Temyiz Mahkemesi tarafından 1855 yılında verilen kararla bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Menfaatlerin özdeşliği teorisi²⁶ olarak da anılan teorisini oluştururken Zimmermann, söz konusu karara dair yapmış olduğu incelemesinde, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini, zarar gören üçüncü kişi ile talep hakkına sahip olan sözleşme tarafının menfaatlerini eş tutan sorumluluk hukuku düşüncesinden yola çıkmıştır. Böylelikle zarar görenin üçüncü kişinin menfaatinin yüksekliği oranında talep hakkına sahip olduğunu kabul ederek, tazminat talebinde bulunmasını belirli bir temele oturtmaya çalışmıştır²⁷. Buna göre komisyon sözleşmesinde, komisyoncu ile komisyon sözleşmesinin diğer tarafının menfaatleri arasında hiçbir ayırım yoktur. Zimmermann bu değerlendirmelerde bulunurken görüşlerini komisyon sözleşmesi ile sınırlamıştır.

Windscheid²⁸ ise, Zimmermann'ın bu görüşünü, komisyon sözleşmesi ile sınırlı olmaktan çıkarmaya çalışmıştır. Sözleşme ilişkisinin tarafı olan alacaklı üçüncü bir kişinin menfaati için hareket etmişse sözleşmeden doğan talebinin

²⁴ Alman Yüksek İmparatorluk Mahkemesi ve İmparatorluk Mahkemesi söz konusu kararı izleyen kararlarında (ROHGE 11, 259 (1873); 14, 400 (1874); 17, 79 (1875); 22, 253 (1877) ve RGZ 22, 125), dolaylı temsil ilişkisinde temsil olunanın zararının temsilci aracılığı ile talep edilmesini taşıma ve komisyon sözleşmeleri özelinde kabul etmiştir. Federal Mahkeme ise İmparatorluk Mahkemesinin bu görüşünü geliştirerek, üçüncü kişinin zararını tazmin kurumunu satımda hasar riskine katlanılması, üçüncü kişiye ait bir malın oluşturduğu sözleşmelerde, sözleşme tarafının sözleşmeye aykırı olarak korumakla yükümlü olduğu mala zarar vermesi hallerine doğru genişletmiştir. BGHZ 25, 258; 40, 100; BGH NJW 1968, s.1568, WM 1987, s.582; NJW 1989, s.3099. Keller, **Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s.47.

²⁵ Micael Junker, **Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht- Ein Beitrag zum Problem des Drittschadensersatzes**, Münchener Universitaetsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 85, München, 1991, s. 4.

²⁶ Puhle, **a.g.e.**, s.87.

²⁷ Zimmermann, "Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Kommissionär, ohne dass dabei des Kommissionsverhältnisses Erwähnung geschah, kontrahirt hat, zum Ersatz des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Kommittenten erwachsenden Schadens", **Neues Archiv für Handels**, 1. Band, 1858, s. 48–82; Junker, **a.g.e.**, s.5; Puhle, **a.g.e.**, s.87, 88.

²⁸ Bernhard Windscheid, **Lehrbuch des Pandektrechts**, İkinci Bölüm, 9. Bası, Frankfurt, 1906, § 258 Nr. 3.

içeriğini, söz konusu üçüncü kişinin maruz kaldığı zarar oluşturur. Böylelikle kişi başkasının menfaati için hukuki işlem yapmakla birlikte, hesabına hukuki işlem yaptığı kişinin menfaatini kendi menfaati haline getirmiş olur²⁹. Menfaatlerin söz konusu özdeşliği, alacaklının üçüncü kişinin zararını zarar verenden talep etmesine olanak tanır. Ancak menfaatlerin özdeş olamayacağına dair eleştiriler de mevcuttur. Buna göre, somut olayda temsil edenin, hukuki muameleye konu olan malı iade yükümlülüğü ile temsil ettiği üçüncü kişinin zararının tazmin etme yükümlülüğü birbirine denk, birbiri ile karşılaştırılabilir değildir; dolayısıyla menfaatlerin özdeşliği kabul edilemez bir niteliğe sahiptir³⁰.

von Tuhr ise, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kavramını, temsil eden ve temsil edilen arasındaki ortak ama geçici menfaatler aracılığıyla haklı çıkarmaya çalışmıştır³¹. Temsil eden, temsil edilene karşı iade (teslim) yükümlülüğü altında olduğu için, borçlunun temsil edene yapmış olduğu ifa, temsil edenin malvarlığında sadece geçici bir süre için yer alır. Başka bir deyişle borçlunun temsil edene yapmış olduğu ifa, temsil edilenin malvarlığına geçene kadar, temsil edenin malvarlığını geçiş yolu olarak kullanır³². Söz konusu geçici menfaat, sözleşmeye konu olan ediminin objektif değeri ile sınırlıdır. von Tuhr'un üçüncü kişinin zararının dogmatik temellerini bulmak adına ortaya attığı bu görüş, pozitif hukukta yeterli bir temeli olmadığı için kabul görmemiştir.

Öte yandan Reinhardt, yeni bir zarar kavramı ileri sürmek suretiyle üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun gereksizliğini kanıtlamaya çalışmıştır³³. Söz konusu yeni zarar kavramı, alacaklının menfaati dogması ile örülmüş olan geçerli zarar kavramından farklı olarak, somut menfaat kavramından yola çıkmaktadır³⁴.

²⁹ Windscheid, **a.g.e.**, § 258 Nr. 3 ; Junker, **a.g.e.**, s. 5; Puhle, **a.g.e.**, s.88.

³⁰ Rudolf Reinhardt, **Ersatz des Drittschadens**, Mannheim, 1933, s. 20, Hagen, **a.g.e.**, s. 11; aynı görüşte olan daha güncel çalışmalar için bkz.: Junker, **a.g.e.**, s.5; Perren, **ZBJV 2004**, s.63.

³¹ Andreas von Tuhr, "Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Vertragen", **Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart**, Band 25, 1898, s.536.

³² von Tuhr, **a.g.m.**, s.531.

³³ Reinhardt, **a.g.e.**, s.71.

³⁴ Junker, **a.g.e.**, s.6.

Sübjektif teori olarak adlandırılan başka bir görüşün başlangıç noktası ise tarafların iradeleridir. Buna göre, üçüncü kişinin zararının tazmini ancak, söz konusu tazminat talebinin taraflarca açıkça veya zımni olarak kabul edilmesi halinde mümkündür³⁵. Taegert ise hasarın geçişi veya zarar kavramları ile üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin hukuki temellerini bulmaya çalışmıştır³⁶. Üçüncü kişinin zararının tazmininin, tazminat alacağına temlik ile borçlu hiçbir yarar sağlamamalıdır. Başka bir yönden ise, borçlu üçüncü kişinin zararını tazmini ile hukuki muamelenin diğer tarafının zararının tazmini halinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma da düşmemelidir. Taegert de sonuç itibarıyla, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunu alacaklının menfaati dogmasının örf ve adet hukuku ile yumuşatılması olarak görmektedir³⁷. Taegert'in görüşleri yargı³⁸ ve doktrin³⁹ tarafından da kabul görmüştür. Ancak üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine dair bütün olay gruplarında bu görüşün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır⁴⁰.

Hagen; sadece dolaylı temsil vakalarında, üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceğini kabul etmiştir⁴¹. Hagen gibi Peters da, sadece komisyon sözleşmesine konu olan dolaylı temsil hallerinde üçüncü kişinin zararının tazmin kurumunun gerekli olduğunu iddia etmiştir⁴².

Yukarıda da ifade edildiği gibi sözleşme sorumluluğu kuralları uyarınca, şekli de olsa, talep hakkına sahip olan ancak hiçbir zarara uğramayan sözleşme tarafıyla; zarara uğrayan ama talep hakkı olmayan üçüncü kişinin, bu durumundan

³⁵ Junker, **a.g.e.**, s.6; Perren, **ZBJV 2004**, s.63. Bütünüyle varsayımsal düşünceler ileri süren bu görüşün, şüphesiz bir şekilde geçerli olabileceğini kabul eden bir görüş için bkz.: Christian Armbrüster, "Vertragliche Haftung für Drittschaeden-qua vadis Helvetia?", **Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Norm und Wirkung**, Bern, 2005, s.76.

³⁶ Hans Taegert, **Die Geltendmachung des Drittschadens**, Abhandlung aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht, Heft 1, Heide i. Holst, 1938, s. 35.

³⁷ Taegert, **a.g.e.**, s. 37 .

³⁸ BGHZ 40, 91, 99; BGHZ 51, 91, 93; BGHZ 49, 356.

³⁹ Dieter Medicus, **Bürgerliches Recht**, 21. Yenilenmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, Rn. 842;

⁴⁰ Bu görüşe eleştirel bir şekilde yaklaşanlar için bkz.: Walter Selb, " Kritik formaler Drittschadensthesen", **NJW 1964**, Heft38/39, s.1765 vd.; Hagen, **a.g.e.**, s.68 vd. .

⁴¹ Hagen, **a.g.e.**, s. 285; aynı düşüncede Winterfeld, **a.g.e.**, s. 15.

⁴² Frank Peters, "Zum Problem der Drittschadensliquidation", **AcP 1980** ,180, s.350.

zarar veren borçlunun avantaj sağlamaması gerektiği düşüncesi de üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun ortaya çıkmasının sebeplerinden biridir⁴³. Bu hakkaniyet düşüncesinin özü, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun dürüstlük kuralları temelleri üzerine oturması ile tamamlanır⁴⁴. Ancak üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun, alışılmışın dışında ve sonuç odaklı bir yapısının olması sebebiyle, hukuki temellerinin halen daha tartışmalı olması şaşırtıcı değildir⁴⁵.

Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun, örf ve adet hukuku olarak kabul gördüğü de iddia edilmektedir⁴⁶. Örf ve adet hukukunun varlığından söz edebilmek için, belirli bir toplumda uzun yıllar boyunca ve tartışmasız olarak kabul edilmişlik şarttır. Oysa üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun kabul edilebilirliği, gerekliliği hakkında, birçok tartışma mevcuttur. Bu şartlar altında üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun, örf ve adet hukuku olarak kabul edildiğini ileri sürmek iddialı bir görüş olacaktır⁴⁷. Güncel doktrin ise üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun hukuki temellerini bulma çabalarını bir kenara bırakarak, kendini belirli olay grupları ile sınırlamaktadır⁴⁸.

İsviçre hukuku ise Alman hukukunun aksine üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna karşı, ilk aşamada, kuşkucu ve mesafeli bir yaklaşım sergilemiştir. Üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceğini ise, kendi adına ancak başkası hesabına bir hukuki muamelede bulunan kişinin, söz konusu hukuki muamele sonucunda oluşan edim borcunun ifa edilmesinden sadece geçici bir

⁴³ Ulrich Bündenbender, **Vorteilausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung**, Tübingen, 1996, s.68; Neuner, **JZ 1999**, s.129. Aynı düşünce, ev sahibinin, aralarındaki kira sözleşmesi uyarınca kiracısının evi istediği gibi kullanmasına engel olan üçüncü kişiden, oluşan zararı talep edebilmesine de olanak vermektedir. Bkz.: Christopher Woitkewitsch, “Der Haftungsausschluss durch Dritte bewirkte Mietmaengel- ein Fall der Drittschadensliquidation ?”, **ZMR 2004**, s.403; Keller, **Anwendungsfalle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s.47.

⁴⁴ Neuner, **JZ 1999**, s.129.

⁴⁵ Bündenbender, **a.g.e.**, s.69.

⁴⁶ Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor § § 249-253, Rn. 124; Taegert, **a.g.e.**, s. 149.

⁴⁷ Aynı yönde bkz.: Bündenbender, **a.g.e.**, s.73.

⁴⁸ Perren, **ZBJV 2004**, s.64; **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 148; Michael Junker, “Das ‘wirtschaftliche Eigentum’ als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB” , **AcP 1993**, 193, s. 348 vd. .

menfaatinin olmasına bağlamışlardır. Günümüzde ise hukuki temeller bulma arayışından büyük ölçüde vazgeçilmiştir. von Caemmerer tarafından da işaret edildiği üzere, hukuki zorluklar sadece nisbilik prensibini kesin, itiraz edilemeyen temel bir kural olarak görüldüğü zaman ortaya çıkmaktadır⁴⁹. Prensip olarak alacaklının üzerinde doğması beklenen zararın, hukuki muameleye taraf olmayan üçüncü bir kişi üzerinde doğması halinde, borçlunun bu durumdan yararlanıp, sorumluluktan kurtulmasının adaletle aykırı olduğu kabul edilmekte ve üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine olanak sağlanmaktadır.

Başka bir görüş ise Art. 97 Abs. 1 OR'nin üçüncü kişinin zararı sebebiyle sorumluluğu kapsam dışında bırakmadığını ileri sürmüşlerdir⁵⁰. Kanunun üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi hakkında bir düzenlemeye sahip olmadığını; ama bunu engelleyen de bir düzenlemenin bulunmadığından yola çıkarak, üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceğini iddia etmişlerdir. Tandoğan ise, yasa koyucunun üçüncü kişinin zararının tazmin edilmeyeceği prensibinden çeşitli istisnalar vesilesiyle vazgeçtiğinden hareketle, üçüncü kişinin zararının tazmin edilebileceğini kabul etmiştir⁵¹. Yasa koyucunun üçüncü kişinin zararının tazmin edilemeyeceği prensibine getirdiği istisnaları ise; Art. 45 Abs. 3 OR'de yer alan destekten yoksun kalma tazminatı; Art. 754 OR'de düzenlenen, idare organlarının alacaklıların veya hissedarların zararlarını tazmin etme yükümlülüğü; Art. 399 Abs. 3 OR hükmünde ele alınan, vekilin müvekkiline karşı sahip olduğu zararı tazmin yükümlülüğü ve Art. 262 Abs. 3 OR'de kiraya verenin doğrudan alt kiracıya karşı talep hakkında bulunabilmesi olarak dört kalemde ele almıştır. Ancak, adalet düşüncesinin gerektirdiği durumlarda, yazılı olmayan hukuka dayanan başka istisnaların da yaratılabileceğini ileri sürmüştür.

Yasada yer alan istisnaların yanı sıra üçüncü kişinin zararının tazmini hukuki kurumunun, sözleşme taraflarının anlaşmasıyla ve hâkimin yasada açık bir hüküm olmaması halinde örf ve adet hukukunu uygulayacağı, örf ve adet hukukunun dahi bulunmadığı hallerde kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaktıysa ona

⁴⁹ von Caemmerer, **ZHR 1965**, s.241 vd. .

⁵⁰ Perren, **ZBJV 2004**, s.65, dn. 43'de anılan yazarlar.

⁵¹ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.75 vd. .

göre karar vereceği durumlarda (Art. 1 Abs. 2,3 ZGB) da ortaya çıkabileceği tartışmasız olarak kabul edilmektedir⁵².

Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumu, Alman ve Türk/İsviçre Medeni Kanunlarında açıkça düzenlenmemiştir. Söz konusu kurumun yasalarda düzenlenmemiş olması bir hukuk politikası olarak da algılanabilir⁵³. Zira sözleşme ilişkisi içerisinde, sadece sözleşmenin tarafı olan kişiye karşı sorumlu olduğunu düşünen sözleşme borçlusunun, sorumluluğunun önceden tahmin edilemez bir şekilde genişletilmesinin bir sınırı olmalıdır. Her borç ilişkisinin üçüncü bir kişinin zararına yol açabileceği ve ortaya çıkan bu tip bir zararın sözleşme borçlusu tarafından koşulsuz olarak tazmin edilmesinin kabulü işlem güvenliğinin korunmasına olanak vermez.

Yasada yer almayan bu kurumun hukuki temelleri ve uygulama alanının sınırları halen daha tartışma konusudur⁵⁴. Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna getirilmesi gereken sınırlamalar doktrin tarafından söz konusu kurumun çeşitli olay gruplarına ayrılarak, hangi koşullar altında kabul edilebileceğinin belirlenmesi suretiyle oluşturulmuştur⁵⁵. Yapılan bu ayrıma göre üçüncü kişinin zararının tazmini, dolaylı temsil (*mittelbare Stellvertretung*), hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi (*obligatischer Gefahrentlastung*), yedieminlik (*Treuhand*) ve koruma ilişkileri (*Obhutverhaeltnisse*) hallerinde, kimi durumlarda tartışmalı olmakla birlikte, kabul edilmiştir⁵⁶. Sözleşmeden kaynaklanan yansıma zararının, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumundan yararlanmak suretiyle gideriminin sağlanıp sağlanamayacağını çalışmanın ilerleyen kısımlarında, yukarıda anılan olay gruplarına ilişkin örnekler üzerinden araştırılacaktır.

⁵² Koller, **Band II**, § 61 Rn.18 .

⁵³ Alman Hukukunda BGB’de üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin genel bir düzenlemenin olmamasının, kanun koyucunun bilinçli olarak bıraktığı bir yasa boşluğuna dayandığına ve söz konusu durumun metodolojik bir seçim olduğuna dair bir görüş için bkz.: Neuner, **JZ 1999**, s.126.

⁵⁴ Hukuki temelleri yaklaşık 155 yıldır tartışma konusu olan üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi sorunu hakkında tek tip bir çözüm bulunması beklenmemelidir. Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, Vorbem zu §§ 249 ff Rn 62.

⁵⁵ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.128 vd.; von Caemmerer, **ZHR 1965**, s.256; Puhle, **a.g.e.**, s.76, 77.

⁵⁶ Neuner, **JZ 1999**, s.131; Verweyen, **JURA 2006**, s.572; Neuner, **Die Entwicklung der Haftung für Drittschaeden**, s.202.

c. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumu

Sözleşmeye taraf olmamakla birlikte sözleşmenin tarafları ile belirli bir yakınlık ilişkisi içerisinde olan ve sözleşmenin ihlâl edilmesiyle birlikte zarara uğrayan üçüncü kişinin zararını sözleşme borçlusundan, sözleşme hükümleri uyarınca tazmin edilmesini olanak veren üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu ilk kez Alman hukukunda etkili bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır⁵⁷.

Alman İmparatorluk Mahkemesi ilk olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunu kullanmak suretiyle, zarar gören üçüncü kişinin haksız fiil hükümleri korunması sonucu ortaya çıkan adaletsizlikleri gidermeye çalışmıştır⁵⁸. İmparatorluk Mahkemesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye ilişkin oluşturduğu içtihat Federal Mahkeme tarafından da bir süre devam ettirilmişse de; söz konusu içtihadın hukuki dayanağına dair yapılan eleştiriler⁵⁹ doğrultusunda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin dayanağını sözleşmenin tamamlayıcı yorumu olarak değiştirmiştir⁶⁰. Bu görüşe göre, sözleşmede boşluk sadece tarafların bir konuyu düzenlemedikleri zaman değil, ayrıca boş bıraktıkları nokta sebebiyle sözleşmenin amacına ya da tarafların istedikleri şekilde ulaşılmaması halinde de söz

⁵⁷ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun Alman hukukunda gelişmesine olanak veren, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin zarar gören üçüncü kişinin yürürlükte olan haksız fiil hükümlerinin etkin olmayan koruma şemsiyesinden ziyade sözleşme hukukuna göre korunması amacıyla aldığı kararlar olmuştur. Keller, **Anwendungsfalle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 4, 5; Nil Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, XII Levha, 2009, s.14 vd. .

⁵⁸ RGZ 87, s.64 vd.; RGZ 91, s.21, 24; RGZ 127, s.218; RGZ 152, s.175. Puhle, **a.g.e.**, s.32; Keller, **Anwendungsfalle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 6; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.15; Başalp, **a.g.m.**, s.452.

⁵⁹ Federal Mahkemenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi belirlemesine ilişkin yapılan eleştirilen başında söz konusu iki kurumun oluşum şartlarının farklılığı gelir. Şöyle ki, tam üçüncü kişi yararına sözleşme üçüncü kişiye sözleşmeden kaynaklanan asli bir edim talep hakkı tanımaktadır. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmenin amacı üçüncü kişiye asli bir edim yetkisi tanımak değil, sözleşme sorumluluğuna dair hükümlerden yararlanma olanağı vermektir. Karl Larenz, "Anmerkung zu BGH, Urt.v. 25.4.1956-VI ZR 34/55", **NJW 1956**, s. 1193; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.15; Kırca, **a.g.e.**, s.84.

⁶⁰ BGH NJW 1965, s.1757, 1758; BGH NJW1971, s.1933 vd. ; BGH NJW 1975, s.867 vd. . Bu yöntem ile sözleşme taraflarının iradesi, aslında kararlaştırmadıkları ancak sözleşmenin amacına ve dürüstlük kurallarına uygun olarak menfaat dengesi gözetildiğinde, düzenleyecekleri varsayılan bir şekilde tamamlayıcı yorum yoluyla doldurulmuş olmaktadır. Ernst von Caemmerer, "Vertraege zugunsten Dritter", **Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag**, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1978, s. 317.

konusu olur⁶¹. Mahkemenin bu görüşü, haklı olarak, sözleşmenin üçüncü kişiye talep yetkisi tanımadığı halde, tamamlayıcı yorum yoluyla olmayan bir taraf iradesini varmış gibi kabul edilmesi anlamına geleceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶².

Ancak doktrinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağını bulma çabaları Federal Mahkemenin bu içtihadı ile de bitmemiş örf ve adet hukuku⁶³, hâkimin hukuk yaratması⁶⁴, bütünsel yasal borç ilişkisi⁶⁵, koruma

⁶¹ BernK/Kramer, Art.18 N.213; Puhle, **a.g.e.**, s.37.

⁶² Zira tamamlayıcı yorum başvurulabilmesi için sözleşmede bir boşluğun varlığı gereklidir. Üçüncü kişiye talep hakkı tanımayan bir sözleşmede boşluğun varlığından, tarafların rızası hilafına söz edilmemelidir. Gernhuber, **a.g.m.**, s.264, 265, Puhle, **a.g.e.**, s.37; Hans Berg, “Vertraege mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, **JuS 1977**, Heft 6,s.363; Werner Urban, “**Vertrag**” mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation-Vergleichende Untersuchung zur Integration in ein System des vertraglichen Drittschutzes, Verlag Josef Eul, Bergisch Gladbach, Köln, 1989, s.105; Kırca, **a.g.e.**, s.95-98.

⁶³ Gernhuber’in savunduğu bu görüşe göre, her sözleşmenin üçüncü bir kişi için “sosyal bir etkisi” vardır. Borç ilişkisinin bu sosyal etkisini göz ardı ederek, sözleşme sebebiyle zarar gören kişinin zararının haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin edilmesi adalet duygusuna aykırıdır. Kanununda bu adaletsizliği giderici bir düzenleme olmaması, doktrini borç ilişkisinin sözleşmeye dahil olan koruma yükümlülüklerini de kapsayacak şekilde genişletmeye yönlendirmiştir. Yazar Alman yargısının bazı sözleşme tipleri için (taşınma, konut kirası ve hekimlik sözleşmesi gibi)bu yönde vermiş olduğu kararların örf ve adet hukuku niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Gernhuber, **a.g.m.**, s.249 vd. .

Gernhuber’in bu görüşü doktrinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun dogmatik temellerini belirlemek açısından uygun olmadığı, içtihadta halen daha çok tartışmalı olan bu kurum açısından örf ve adet hukukunun oluşmadığı gerekçeleri ile eleştirilmiştir. Claus –Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen “pozitiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, **JZ 1965**, s.475, 478.

⁶⁴ Alman hukukunda baskın olarak kabul edilen görüş üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin dogmatik temelini hâkimin dürüstlük kuralına dayanarak yarattığı hukuka dayandırmaktadır. Bu görüşe göre; § 241 BGB hükmünde düzenlenen sözleşmenin nisbiliği prensibi nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme konusunda mevcut bir kanun boşluğundan söz edilemez. Tarafların asli edimlerini yerine getirme borcunun yanında dürüstlük kuralından kaynaklanan koruma yükümlülüklerini de ifa etmeleri gerekir. § 242 BGB’de yer alan dürüstlük kuralı bu bağlamda hâkime hukuk sınırları içerisinde ve fakat kanunun üstünde (*extra legem*) hukuk yaratma yetkisi vermektedir. Karl Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6. Bası, Berlin, 1991, s. 413, 414.

İsviçre/Türk hukukunda hâkime hukuk yaratma yetkisi MK.m.1/f.2 uyarınca verilmişse de, hâkime hukuk yaratarak kanunu düzeltmesi, başka bir ifadeyle, kanun üstünde hukuk yaratma yetkisi verilmemiştir. Hâkim sadece kanunun gelişen koşullar içerisinde yetersiz kalması veya kanun koyucunun kanunu yaparken yanılması veya kanun hükmün uygulanmasının açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği durumlarda sadece kanun hükmünü uygulamaktan kaçınabilecektir. Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, s.101.

⁶⁵ Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi kaynağını doğrudan kanundan; dürüstlük kuralından alır. Buna göre koruma yükümlülükleri edim yükümlülüklerinden bağımsız bir niteliğe sahiptir. Canaris “bütünsel yasal borç ilişkisi” (*einheitliches gesetzliches Schuldverhaeltnis*) görüşü çerçevesinde sözleşmenin tarafları ile üçüncü kişi arasında dürüstlük kuralına dayanan yasal bir borç ilişkisinin varlığına işaret etmiştir. Canaris’e göre borç ilişkisi sadece asli edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinden meydana gelmez, bu iki yükümlülüğünden daha geniş bir alanı kapsar. Canaris, **JZ 1965**, s. 480. Sözleşmenin tarafları arasında kurulan koruma yükümlülüğü ilişkisi

yükümlülükleri ve edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi⁶⁶ kurumları da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin dogmatik temeli olarak gösterilmiştir.

Türk hukukunda ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu, sosyal temastan doğan yasal borç ilişkisi görüşünün etkisi ile edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi altında kabul görmüştür⁶⁷. Türk/İsviçre hukukunda taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin kurulabilmesi için taraflar arasında işlemsel temasın başlaması yeterli görülmüştür. Zira koruma yükümlülükleri kaynağını taraflar arasındaki güven ilişkisinden ve dürüstlük kuralından (MK.m.2/f.1) alır⁶⁸.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle üçüncü kişinin öncelikle edime yakın olması gerekir⁶⁹. Öte yandan üçüncü kişinin korunmasında alacaklının haklı bir menfaati olması da şarttır⁷⁰. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun diğer bir unsuru ise üçüncü kişinin, zararı nedeniyle herhangi birine sözleşmeden kaynaklanan bir talep ileri sürebilecek durumda olmaması, başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin koruma ihtiyacı içerisinde

dürüstlük kuralı sebebiyle üçüncü kişiyi de etkiler. Hatta taraflar arasındaki güven ilişkisi borçlu ile üçüncü kişi arasında yasal borç ilişkisine sebebiyet verebilir. Canaris, **JZ 1965**, s. 478.

⁶⁶ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisine dayandığı teorisi Alman hukukunda hâkim bir görüştü. 2002 yılında yapılan yasal değişikliklerle birlikte BGB’de yerini alan § 311 III BGB hükmü ile beraber üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kanunda edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olarak yerini almıştır. Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.76; Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 141, 142; Kırca, **a.g.e.**, s.174, 175. § 311 III BGB hükmünün üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramına kanuni bir temel kazandırmadığı yönünde bir görüş için bkz.: **Palandt/Heinrichs**, § 311 N 60; **MünchKomm/Gottwald**, § 328 N. 101; Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 7; Başalp, **a.g.e.**, s.462-465.

⁶⁷ Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 108-122; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.824, 825; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, § 2 N.16; Başalp, **a.g.m.**, s.466.

⁶⁸ Erman, **a.g.e.**, s.101.

⁶⁹ Edime yakınlık ile anlatılmak istenen, üçüncü kişinin edimin yarattığı tehlike alanı içerisinde yer almasıdır. Bu tehlikenin varlığı öncelikle sözleşmenin tarafı olan alacaklının yakınları ve işçileri için kabul edilir. Neuner, **JZ 1999**, s.128, 129; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 345; Medicus /Lorenz, **a.g.e.**, § 68 Rn. 819; Traugott, **ZIP 1997**, s.872; Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 9; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.101, 107.

⁷⁰ Neuner, **Die Entwicklung der Haftung für Drittschaeden**, s.200; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 68 Rn. 820; Traugott, **ZIP 1997**, s.872; Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 9, 10; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.106.

olmasıdır⁷¹. En son koşul ise üçüncü kişinin edime yakınlığının ve üçüncü kişinin korunmasında alacaklının haklı bir menfaatinin bulunmasının borçlu tarafından bilinebilir olması gereğidir.⁷²

d. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini İle Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Birbirinden Ayrılması

Alman ve İsviçre hukuklarında üçüncü kişinin zararının tazmini ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasındaki sınırları belirginleştirmek amacıyla, birçok girişimde⁷³ bulunulmuşsa da şimdiye kadar büyük bir başarı elde edilmemiştir. Her iki kurumun ortak noktası, sorumluluk hukuku kuralları uyarınca tazminat talebinde bulunmaya yetkili olan kişilerin kapsamını genişletmeleridir. Diğer bir ifadeyle; söz konusu kurumların ortaya çıkma amacı, sözleşme ilişkisi dışında yer alan üçüncü kişiyi, sözleşme dışı sorumluluk hukukunun sağladığı korumadan daha elverişli bir koruma alanına sahip olan, sözleşmeden doğan sorumluluğun kapsamına almaktır. Sözleşme ilişkisinden doğan sorumlulukta geçerli olan zamanaşımı süreleri, ispat yükümlülükleri, sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin kurallar göz önüne alındığında; sözleşme ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişinin, sözleşme dışı sorumluluk hukuku uyarınca zararının tazmin edilmesinin, bazı durumlarda adalete aykırı sonuçlar doğurabileceği görülecektir.

⁷¹Neuner, **JZ 1999**, s.129; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 345; Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 11; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.115.

⁷²Neuner, **JZ 1999**, s.129; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 345; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 68 Rn. 821; Traugott, **ZIP 1997**, s.872; Keller, **Anwendungsfaelle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, s. 11; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.112.

⁷³ Junker, **a.g.e.**, s.20 vd.; Gerhard Reis, “Grundprobleme der Drittschadensliquidation und des Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, **JA 1982**, Heft 10, s.453 vd.; Hans Berg, “Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, **MDR 1969**, Heft 8, s.613 vd.; Hans Berg, “Vertraege mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, **JuS 1977**, Heft 6, s.363; Hans Berg, “Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation“, **NJW 1978**, Heft 40, s.2018 vd.; Bernd Rebe, “Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, **JA 1979**, s.148 vd; Puhle, **a.g.e.**, s. 105 vd.; Urban, **a.g.e.**, s.152 vd.; Rainer Traugott, **Das Verhaeltnis von Drittschadensliquidation und vertraglichem Drittschutz-Zugleich eine Lanze für die Liquidation im Drittinteresse**, Berlin, 1997, s.66 vd.; Gerhard Hohloch, “Ersatz von Vermögensschaeden Dritter aus Vertrag”, **FamRZ 1977**, Heft 8, s. 530 vd. .

Ancak, sözleşmeden doğan sorumluluk hukukuna hâkim olan; alacaklının menfaati ve borç ilişkisinin nisbiliği ilkelerinin varlığı dikkate alındığında, üçüncü kişinin zararının tazmini ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hukuki kurumlarının ancak istisnai olarak uygulanabileceklerini de kabul etmek doğru olacaktır. Alacaklının menfaati dogması üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumu ile, borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyle istisnaya uğramıştır⁷⁴.

Başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin zararının tazmininde, zarardan talep temeline varılmakta; üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise talep temelinden zarara ulaşılmaktadır⁷⁵. Böylece üçüncü kişinin zararının tazmininde zarara uğramamış olan sözleşme alacaklısı, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise zarara uğrayan sözleşme dışı üçüncü kişi tazminat talebinde bulunabilecektir.

Üçüncü kişinin zararının tazmininde, zararın talep etmeye yetkili olan sözleşme tarafı olan kişinin üzerinde değil, tesadüfi olarak sözleşme dışı üçüncü bir kişi üzerinde doğması söz konusudur⁷⁶. Meydana gelen zararın giderilmesini ise sadece tazminat talebinde bulunma hakkına sahip olan, sözleşme ilişkisinin alacaklı tarafı olan kişi isteyebilir⁷⁷. Üçüncü kişinin kendine ait tazminat talebinde bulunma hakkı olduğunda ise, elbette ki üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna yer ve ihtiyaç olmayacaktır⁷⁸.

Buna karşın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin kapsama alanı, sözleşme taraflarından üçüncü kişilere doğru genişletilmesi hali mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişinin zararının

⁷⁴ von Schroeter, **JURA 1997**, s. 343, 344; Neuner, **JZ 1999**, s.128, 130.

⁷⁵ Medicus, **Bürgerliches Recht**, Rn. 839 ; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 482; Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor §§ 249-253, Rn. 125; Urs Verweyen, “Gegenläufige Entwicklungstendenzen bei der Drittschadensliquidation”, **JURA 2006**, Heft 8, s.572.

⁷⁶ Ries, **JA 1982**, s. 459; Verweyen, **JURA 2006**, s.572.

⁷⁷ Berg, **MDR 1969**, s. 615.

⁷⁸ Ries, **JA 1982**, s. 459.

tazmini mevcut zararın yer değiştirmesi, üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşme ise zarar veren için sorumluluk riskinin artması şeklinde ortaya çıkarlar⁷⁹.

Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi ile üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmeyi birbirinden ayırmak için önceleri, malvarlığı zararı- kişi varlığı zararından yola çıkılmıştır⁸⁰. Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu eski tarihli kararlarında, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini malvarlığı zararlarına, üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmeyi ise kişi varlığı zararlarına hasretmiştir⁸¹. Daha sonra ise, kişi varlığı zararları ile malvarlığı zararları arasında objektif bir ayırım yapılması anlaşılabilir olmadığından, üçüncü kişinin zararını tazmini ile üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmeyi birbirinden ayırmada kullandığı bu kriterden haklı olarak vazgeçmiştir⁸². Özellikle üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmede kabul edilen, üçüncü kişinin “iyiliği ve esenliği” (*Wohl und Wehe*) anlayışından vazgeçilmesinden sonra, malvarlığı zararlarının varlığı halinde de üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşme hukuki kurumunun uygulanmasının kabul edilmiş olması, malvarlığı zararı- kişi varlığı zararı ayırımının geçerliliğini yitirdiğini göstermektedir⁸³. Bunun sonucunda ise üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumu değerini kaybetmiş ve yerini çoklukla üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmeye bırakmıştır⁸⁴.

Doktrinde üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmeyi gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmini olarak tanımlayan yazarlar⁸⁵ da mevcuttur. Gerçek olmayan üçüncü kişinin zararının tazmininde (üçüncü kişiyyi koruyucu etkili sözleşmede), üçüncü kişi zarar verenden doğrudan doğruya zararının tazmin edilmesini talep

⁷⁹ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 280; Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor §§ 249-253, Rn. 125; **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 149; Ries, **JA 1982**, s. 458; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 345, 349; Neuner, **JZ 1999**, s.129; Rebe, **JA 1979**, s.149; Traugott, **ZIP 1997**, s.874.

⁸⁰ Berg, **JuS 1977**, s. 366; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 349.

⁸¹ Berg, **MDR 1969**, s. 615. BGHZ 49, 350, 355 = NJW 1968, s. 885.

⁸² **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 149; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 279; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 349; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 482, dn. 145'de anılan kararlar.

⁸³ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 279; Puhle, **a.g.e.**, s. 106; Winterfeld, **a.g.e.**, s. 109; Urban, **a.g.e.**, 165; Traugott, **a.g.e.**, s.67.

⁸⁴ **KommBGB/Schubert**, BGB § 249 Rn. 149; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 485; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 279.

⁸⁵ Perren, **ZBJV 2004**, s.60 vd. .

edebilir. Üçüncü kişinin zararın tazmininde ise, çoğunlukla, sözleşme alacaklısı üçüncü kişiyi, borçludan zararın tazminini talep etmek üzere görevlendirir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme; sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin, kendine ait sözleşmeden doğan tazminat talebini sözleşme borçlusuna karşı ileri sürebilmesini sağlamayı amaçlar.

Başka bir deyişle, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, üçüncü kişinin sözleşmeden kaynaklanan ifayı talep hakkı olmasa da, sözleşmenin ihlâlinden sebebiyle uğradığı zararının tazminini doğrudan talep edebilme hakkı vardır; buna karşın üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunda üçüncü kişi, kural olarak, doğrudan zararının tazmin edilmesini talep edemez⁸⁶.

Sözleşme ilişkisine taraf olmamasına rağmen, sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinden üçüncü bir kişinin yararlanmasına olanak veren, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığını kabul etmek için öncelikle bir takım şartların varlığı gereklidir⁸⁷. İlk olarak üçüncü kişi, alacaklı gibi zarara uğrayabilecek kadar edime yakın olmalıdır⁸⁸. Öte yandan üçüncü kişinin korunmasından alacaklı bir menfaat sağlıyor olmalıdır. Daha açık bir ifadeyle; üçüncü kişinin iyilik ve esenliğinden⁸⁹ alacaklı da sorumlu olmalıdır⁹⁰. Son olarak ise, sözleşme borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasında, üçüncü kişinin edime yakınlığını ve sözleşme alacaklısının üçüncü kişinin korunmasından bir menfaatinin bulunduğunu öngörebilir olmalıdır⁹¹.

⁸⁶ MünchKomm/ Oetker, § 249, Rn. 282; Berg, MDR 1969, s. 615.

⁸⁷ Rebe, JA 1979, s.149; Andreas Boeck, "Haftungsbeschraekung zugunsten Dritter", NJW 1969, Heft 34, s.1471; von Schroeter, JURA 1997, s. 345. Söz konusu şartların anıldığı kararlar için bkz.: NJW 1965, s. 1955; NJW 1968, s.885; Traugott, a.g.e., s.23 vd. .

⁸⁸ Lange/Schiemann, a.g.e., s. 483; Ries, JA 1982, s. 459; Neuner, JZ 1999, s.129.

⁸⁹ Üçüncü kişinin iyilik ve esenliğinden, sözleşme alacaklısının sorumlu olması sebebiyle, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinin ortaya çıktığı durumlara dair Alman Federal Mahkemesinin verdiği kararlardan bazıları için bkz.: BGH, JZ 1960, s.124, 125; BGHZ 51, 91, 96; 56, 269, 273; 66, 51, 57; BGH, NJW 1977, s. 2208, 2209.

⁹⁰ Bu duruma dair verilecek en iyi örnek; kiracının aile fertlerinin de kira sözleşmesinin koruma alanına dahil edilmesidir. Lange/Schiemann, a.g.e., s. 483; Ries, JA 1982, s. 459; von Schroeter, JURA 1997, s. 345; Neuner, JZ 1999, s.128, 129.

⁹¹ Lange/Schiemann, a.g.e., s. 483; Ries, JA 1982, s. 459; Neuner, JZ 1999, s.129.

Üçüncü kişinin zararının tazmininde, zarar verenin, zarara uğrayan kişi ile zararın tazminin talep edilmesi hakkına sahip olan kişinin farklı kişiler olmasından, herhangi bir yarar sağlamaması⁹² ve fakat sözleşme ilişkisinin normal koşullarda cereyan etseydi sahip olacağı konumdan daha kötü bir konuma da gelmemesi gerekir. Bu sebeple, zarar veren sözleşme tarafı olan alacaklıya karşı ileri sürebileceği; sorumsuzluk hali, zamanaşımı, zararın doğmasında birlikte kusur gibi her türlü def'i ve itirazı, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilmelidir⁹³.

3. Sözleşme Sorumluluğunda Malvarlığı Zararı Şeklinde Ortaya Çıkan Yansıma Zararı Örnekleri

Kural olarak tazminat talebinde bulunmaya hakkı olmayan, sözleşme dışı üçüncü kişinin zararının tazmini, hakkaniyet düşünceleri doğrultusunda, Alman hukukunda geleneksel olarak dört ana olay grubuna ayrılarak incelenmiştir. Dolaylı temsil, hasar riskinin yasal olarak taşınması ve koruma vakıalarında üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi İsviçre hukukunda da kabul görmüşse de, dördüncü grup olarak kısmen zincirleme sözleşmeler ele alınmıştır⁹⁴.

Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi, aşağıda ele alınacak olay gruplarının da ötesinde, elbette ki sözleşme taraflarının anlaşması sonucunda da gerçekleşebilir⁹⁵. Tarafların böyle bir anlaşmaya varmış oldukları sözleşmede açıkça belirtilebileceği gibi, sözleşmenin yorumlanması yoluyla da ortaya da koyulabilir⁹⁶.

⁹² Ries, **JA 1982**, s. 459; Verweyen, **JURA 2006**, s.572; Andreas Goerth, "Die Drittschadensliquidation", **JA 2005**, Heft 1, s.28.

⁹³ Rebe, **JA 1979**, s.150.

⁹⁴ Perren, **ZBJV 2004**, s.67.

⁹⁵ Bu durum çoğunlukla, sözleşmenin kuruluş aşamasında taraflardan birisinin kendi adına ve fakat başkasına hesabına hareket ettiğinin açıkça ortada olduğu durumlarda gerçekleşir. Medicus/ Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn. 651.

⁹⁶ Federal Mahkeme, üçüncü kişi ile sözleşme alacaklısının kişisel ilişkilerini yorumlamak suretiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığını kabul etmeden önce verdiği kararlarında tarafların anlaşmasıyla üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesine olanak tanımıştır. Günümüzde ise, Federal Mahkeme tarafların iradesi ile oluşturdukları üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun geçerliliğini incelerken, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tarafların iradesine ve menfaatine daha uygun olup olmadığını incelemektedir. Staundiger/Schiemann, **a.g.e.**, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 68; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 464. Üçüncü kişinin kendine ait bir talep hakkı olduğu durumlarda, elbette ki, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna yer olmayacaktır. Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn. 651.

a. Dolaylı Temsil

Dolaylı temsil ilişkisi, temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan için yaptığından bahsetmeksizin, üçüncü kişi ile hukuki işlemi kendi adına yaptıktan sonra söz konusu işlemde doğan hak ve borçları temsil olunana devretmesi halinde ortaya çıkar. Dolaylı temsil ilişkisinde temsilci, kendi adına fakat başkası hesabına hareket etmektedir.

Dolaylı temsilin varlığı halinde, işlemin hukuki sonuçları temsilci üzerinde gerçekleşir; ancak temsilci işlemin sonuçlarını temsil ettiği kişiye devredeceği için ekonomik sonuçlar temsil olunan kişi üzerinde doğacaktır. Dolaylı temsil olunan ile temsilciyle hukuki işlemi gerçekleştiren kişi arasında, kural olarak, hiçbir hukuki sonuç doğmaz⁹⁷. Ancak temsilci, hukuki işlemde doğan hak ve borçları temsil ettiği kişiye geçirdiği anda, temsil olunan kişi ile temsilcinin hukuki işlemi gerçekleştirdiği kişi arasında bir ilişki kurulmuş olur⁹⁸.

Yukarıda da anıldığı gibi, üçüncü kişinin zararının tazmininin uygulanmasının çıkış noktasını, Lübeck Yüksek Temyiz Mahkemesinin 1855 tarihli kararı oluşturur. Karara konu olan olayda, sözleşme alacaklısı konumunda olan ve ancak yüklemenin gecikmesi ve farklı yerde yapılması sebebiyle hiçbir zarara uğramayan nakliye şirketi, şarapları satın alan kişinin dolaylı temsilcisi konumundadır. Nakliye şirketi, şarapları taşınması amacıyla gemiciyle kendi adına ama başkası (şarapları satın alan, zarar gören üçüncü kişi) adına sözleşme ilişkisi içerisine girmiştir. Gemicinin, nakliye şirketi ile yapmış olduğu sözleşmenin koşullarını ihlâl etmesinden zarar gören ise şarapları satın alan; nakliye şirketinin temsil ettiği kişi ise de, sözleşme ilişkisinin nisbiliği uyarınca söz konusu zararı talep etme hakkına sahip değildir. Oysa nakliye şirketi, nakliye sözleşmesinin tarafı olması sebebiyle zararın tazmin edilmesi hakkına sahipse de, herhangi bir zarara uğramamıştır. Gemicinin bu durumdan menfaat sağlayarak, nakliye şirketi ile yapmış olduğu sözleşmeyi ihlâl etmesine rağmen herhangi bir tazminat ödemekten kurtulması adaletle aykırı

⁹⁷ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.165.

⁹⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.165.

olacağından⁹⁹, Federal Mahkeme söz konusu olayda şarapları satın alan, sözleşme dışı üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine karar vermiştir.

Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi, dolaylı temsilin gerçekleştiği vakıalarda, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna eleştirel olarak yaklaşan yazarlar tarafında da, örf ve adet hukuku olarak kabul edilmiştir¹⁰⁰. Kendi adına ancak başkası hesabına hukuki işlem yapılmasına dair verilen klasik örnekler; komisyon ve taşıma sözleşmeleridir¹⁰¹. Dolaylı temsile dair olay grubu; söz konusu iki sözleşme tipinden başka, her kendi adına ve fakat başkası hesabına hareketin var olduğu her olaya genişletilebilir. Dolaylı temsil ilişkisinin var olduğu ve üçüncü kişi niteliğindeki müvekkilin zarar gördüğü duruma dair, genel bir örnek olarak aşağıdaki olay verilebilir :

Dolaylı temsilci (A) , (B) ile kendi adına ancak temsil ettiği kişi (Ü) hesabına bir sözleşme kurar. (A) ve (Ü)'nün aralarındaki iç ilişki sebebiyle birbirlerine karşı, dolaylı temsil ilişkisinin gerekli kıldığı yükümlülükleri vardır. Böyle bir durum karşısında, (B)'nin sözleşmeyi ihlâl ederek (Ü)'ye zarar vermesi halinde, (A) hem (Ü)'nün zararının hem de kendi olası zararının tazmin edilmesini talep edebilir¹⁰². Zira (Ü), (B)'den ne (A) ile kurmuş olduğu sözleşme ilişkisine dayanarak, ne de mülkiyet ilişkisine dayanarak, zararının tazmin edilmesini talep edebilir¹⁰³.

⁹⁹ Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine olanak verilmeyip, zarar verenin menfaat sağlamasının adalete aykırı olduğu apaçık ortadadır. Diğer taraftan üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ile zarara uğrayan kişinin, borçlar hukuku kuralları çerçevesinde, zararının tazmin edilmesinin engellenmesi ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Goerth, **JA 2005**, s.28.

¹⁰⁰ von Caemmerer, **ZHR 1965**, s. 255, 256; Selb, **NJW 1964**, s.1765 vd.; Hagen, **a.g.e.**, s.142 ; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §249 Rn. 96; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.467; **MünchKomm/Oetker**, § 249, Rn. 284. İtirazlar için bkz.: Peters, **AcP 1980**, s.350 vd. .

¹⁰¹ Alman Ticaret Kanunun'da hem komisyon (§§ 383-406 HGB) hem de taşıma sözleşmelerine (§§ 407-452d HGB) dair üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi düzenlenmiştir. § 392 HGB ise komisyon sözleşmelerine ilişkin özel olarak, müvekkilin, komisyoncunun yaptığı komisyon sözleşmesinden doğan talep hakkını temlik etmesinden sonra, söz konusu talebi doğrudan borçluya karşı ileri sürebileceğini düzenlemektedir. § 392 Abs.2 HGB'de ise, böyle bir temlik yapılmasa bile, vekil ile müvekkil ve bunların alacaklıları arasındaki ilişkide müvekkilin talebi olarak geçerli olacaktır. Böylelikle temsil olunan ile temsil edilen arasındaki görev dağılımının şekli tanınmış ve temsil olunan ise oluşabilecek zararlardan korunmuştur. Staundiger/Schiemann, **a.g.e.**, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 69. Nakliye sözleşmesi için özel düzenleme § 437 HGB'de yer almaktadır. von Schroeter, **JURA 1997**, s. 346.

¹⁰² Hagen, **a.g.e.**, s.253; von Caemmerer, **ZHR 1965**, s.256; Goerth, **JA 2005**, s.29.

¹⁰³ Goerth, **JA 2005**, s.29.

Bu olaylarda, üçüncü kişinin zararı, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu ile tazmin edilemez. Zira; sözleşme borçlusunun, dolaylı temsil ilişkisini, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede var olması gerektiği gibi, öngörebilmesi ve ona göre bir tutum alması mümkün değildir¹⁰⁴.

Müvekkilin dolaylı temsilci aracılığıyla tazmin edilebilecek zararının soyut olarak hesaplanabilmesi mümkündür. Şöyle ki; tipik zarar, diğer bir ifade ile, sözleşmenin ihlâl edilmesi suretiyle hasara uğrayan eşyanın piyasa değeri tazminata konu olan zararın bedelini oluşturur¹⁰⁵. Ancak piyasa değeri ile sınırlama, sadece piyasada var olan sözleşme konusu mallar için söz konusudur ve sözleşmeyi ihlâl eden tarafı aksi halde olabileceği durumdan daha iyi bir konuma sokar¹⁰⁶. Bunun sonucu olarak, zarar veren taraf üçüncü kişiye, iyi veya kötü, katlanmak zorundadır¹⁰⁷. Baskın olarak kabul edilen bir görüşe göre ise, müvekkilin, zarar veren tarafından öngörülebilir olmayan, bireysel zarar kalemlerinin de tazmini talep edilebilir¹⁰⁸.

Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun uygulama alanı, dolaylı temsilin var olduğu komisyon ve taşıma sözleşmeleriyle de sınırlı kalmamıştır. Nakliye sözleşmesinde de, nakliye şirketi ve aynı zamanda alıcı, gönderen olarak, § 421 Abs. 1 S.2 ve 3 HGB uyarınca, nakliyeciye karşı, nakliye sözleşmesine konu olan mallar zarara uğramış veya ziyan olmuşsa, tazminat talebinde bulunabilir. § 421 Abs. 1 S.3 HGB uyarınca, alıcının veya gönderenin kendi adına veya başkası

¹⁰⁴ von Caemmerer, **ZHR** 1965, s. 258; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 285; **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 153.

¹⁰⁵ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 286.

¹⁰⁶ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.469.

¹⁰⁷ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.469.

¹⁰⁸ Bu durumda üçüncü kişinin zararının tazmini ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin aralarındaki fark bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Zira, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, zarar veren sözleşme borçlusunun, sözleşme dışı üçüncü kişinin de sözleşme sebebiyle zarara uğrayabileceğini öngörebilir olması gerekmektedir. Oysa, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunda, zarar verenin sözleşmenin arkasında yer alan üçüncü kişinin varlığından bile haberdar olmasına gerek yoktur. **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 286; Hagen, **a.g.e.**, s.255; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.468; Peters, **AcP** 1980, s.335, 352; Johannes, Knödgen, “ Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag”, **Karlsruher Forum** 1998, Karlsruhe, 1999, s.39; Ulrich, Steding, “ Die Drittschadensliquidation”, **JuS** 1983, Heft 1, s.29, 30; **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 148.

adına hareket etmesinde sonuç itibariyle bir fark yoktur¹⁰⁹. Böylelikle yasa koyucu nakliye işlemlerinde üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine yasal olarak olanak tanımıştır¹¹⁰. Karayoluyla uluslararası mal taşıma işlemlerinde de, taşıyıcı CMR'nin 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca¹¹¹, malı teslim aldığı andan itibaren malın kısmen veya tamamen kaybindan veya hasar görmesinden sorumludur¹¹².

b. Hasar Riskinin Yasal Olarak Yüklenilmesi

Hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi olay grubunda zarar, yasal bir norm sebebiyle, hakkı ihlâl edilen kişi üzerinde değil üçüncü bir kişi üzerinde doğar. Hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesine örnek teşkil edebilecek en önemli sözleşme tipleri; mesafeli satım sözleşmesi, eser sözleşmesi ve belirli mal vasiyetidir¹¹³. Her üç sözleşme tipinde de, sözleşmeye konu olan eşyanın teslim ile yükümlü olan kişi, söz konusu eşyanın teslimden önce zarar görmesi veya ziyan olmasından sözleşme alacaklısına karşı, yasal bir norm sebebiyle sorumlu olmamakta ve ayrıca kendine ait bir zararı da bulunmamaktadır. Buna karşın alacaklının zararı olmasına rağmen, zarar verene karşı kendine ait bir talep hakkı bulunmamaktadır.

Taşınır satımı sözleşmesinde kural olarak, sözleşmenin kurulması anından itibaren hasar ve yarar alıcıya geçer (BK.m.183/f.1). Borçlar Kanunumuzda yer alan, satım sözleşmesinin kurulması anında bedel hasarının alıcıya geçmesi prensibi kaynağını Roma hukukundan almaktadır. Roma hukukunda malın satımdan itibaren alıcıya teslim edileceği ana kadar geçen sürede hasar alıcıya aitti. Bu kurala da

¹⁰⁹Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.466. Oetker'e göre Alman taşıma hukukunda yapılan değişikliklerle üçüncü kişinin zararı kurumuna neredeyse hiç yer kalmamıştır. Bkz.: Hartmut, Oetker, "Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation", **JuS 2001**,Heft 9, s.839.

¹¹⁰ Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, Vorbem zu §§ 249 Rn 69.

¹¹¹ CMR madde 17 /f. 1 "*Taşıyıcı, yükü teslim aldığı andan teslim edinceye kadar, bunları kısmen veya tamamen kaybindan ve doğacak hasardan sorumludur*" şeklindedir.

¹¹² Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor § 249-253, Rn. 126; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.466, 467.

¹¹³ Urban, riskin yasal olarak yüklenilmesine dair açıklamalarda bulunurken, söz konusu olay grubuna örnek teşkil edecek sözleşme tiplerini, belirli mal vasiyetinde olduğu gibi tek taraflı ve satım sözleşmesinde olduğu gibi tam iki taraflı olarak ikiye ayırarak incelemiştir. Urban, **a.g.e.**, s.23-25. Hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi olay grubunu sadece mesafeli satımlara özgüleyen bir çalışma için bkz.: Christoph Hirsch, **Allgemeines Schuldrecht**, 6.Yenilenmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, Rn. 1126.

*periculum emptoris est*¹¹⁴ denmekteydi. Ancak Roma'da bu prensip uygulandığı zaman, yaygın olan satım türü pazarda gerçekleşen, nakit karşılığı satımdı¹¹⁵. Dolayısıyla satım sözleşmesi yapıldıktan sonra, satıcı malı hazır bulunan alıcıya teslim etmekteydi.

Roma hukukunun alıcı için oldukça ağır sonuçları olan *periculum emptoris est* ilkesi, modern hukuk sistemlerinde tartışma konusu olmuştur. Bazı modern hukuk sistemleri, bu prensibi, hakkaniyete uymaması sebebiyle terk etmiştir. Örneğin; Alman hukukunun satımda hasarın geçmesi probleminde bulduğu çözüm uyarınca, hasar satılanın alıcıya veya taşıyıcıya teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçer (BGB § 446, 447). BGB § 446 I 1 kuralının oluşturulmasındaki sebep, satıma konu olan eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren söz konusu eşyadan alıcının yararlanması, buna mukabil olarak eşyanın zarara uğraması haline de katlanmak zorunda olması olarak açıklanabilir. BGB § 447 ise mesafeli satışlarda uygulama alanı bulur. Buna göre, satılan eşya, taşıyıcı kişiye teslim edildiğinde, hukuki olarak hasar alıcıya intikal etmiş sayılır. BGB § 447 kuralının altında yatan sebep ise, satılan eşyayı göndermenin alıcının menfaatinden kaynaklanmasıdır. Tüketim işlemlerinde ise, BGB § 474 II uyarınca, ifa yeri tüketicinin bulunduğu yere kaydırılmış ve böylece yollanacak borç götürülecek borç olmuştur.

BK.m.183'deki hasar düzeni, Fransız hukuku gibi satım sözleşmesiyle satılanın mülkiyetinin alıcıya geçtiğinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde kabul edilebilirse de, Türk hukukunda taşınır eşya mülkiyetinin devrinde var olan aynı tasarruf sözleşmesinin borçlanma sözleşmesinden ayrılığı ve soyutluğu sebebiyle adaletsizdir¹¹⁶. Alman hukukunda bu adaletsiz kural, hasarın satılanın alıcıya teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçeceği şeklindeki düzenleme ile aşılmaya çalışılmıştır.

¹¹⁴ Max Kaser; Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht**, 18. Gözden Geçirilmiş ve Eklennmiş Bası, München, 2005, § 41 Rn 21; Pascal Pichonnaz, "Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht", **Kaufen nach Römischem Recht Antikes Erbe in den europaeischen Kaufrechtsordnungen**, Yayına Hazırlayanlar Eva Jakob ve Wolfgang Ernst, Berlin, 2008, s. 194 vd. .

¹¹⁵ Eugen Bucher, "Notizen zu Art. 185 OR (Gefährtragung durch den Kaeufer)", **ZSS 1970**, Band 89, s. 285 (Bucher/ZSS şeklinde atıf yapılacaktır).

¹¹⁶ Seda İrem Çakırca, "Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi", **İÜHF.M., C.: LXV, S.:1**, 2007, s.200.

Türk hukukunda, BK.m.183'ün getirdiği adaletsiz düzen, madde metininde yer alan “halin icabı” ve “hususî şart” istisnalarının olabildiğince geniş uygulanması, kaim değer, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumlarının işletilmesi suretiyle aşmaya çalışılmaktadır. Ancak bu adaletsiz hasar düzeni, uygulamanın bulunduğu geçici çözümlerle değil, hasarın teslimle geçeceği kuralını getiren yeni bir yasal düzenlemeyle köklü olarak değiştirilmelidir¹¹⁷.

Nitekim 01.07.2012’de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme, BK.m.183 hakkında yapılan eleştirileri giderecek niteliktedir. Borçlar Kanunu Tasarısının getirdiği en önemli ve yerinde değişikliklerden biri olan, satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçişi hakkındaki düzenleme, tasarısının 208. maddesinde ;

“Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”

şeklinde yer almaktadır. Yasalaşan tasarı ile hasarın geçişi satıcı açısından düzenlenmekle birlikte, genel olarak olumlu bir değişiklik yapılmıştır.

Hasar riskinin yasal olarak taşınmasının, mesafeli satışlarda üçüncü kişinin zararına yol açması hali somutlaştırmaya çalışıldığında şu tablo ortaya çıkmaktadır: Alıcı ve satıcının aralarında yapmış oldukları, mesafeli satış sözleşmesi uyarınca,

¹¹⁷ Çakırca, a.g.m., s.200.

satıcı satım sözleşmesinin konusu olan eşyayı alıcıya yollamakla yükümlüdür. Satıcı, söz konusu eşyayı alıcıya yollaması sırasında, satım konusu eşyanın alıcıya teslim edilmeden önce zarar görmesi veya ziyan olması halinde, satıcı alıcıya karşı teslim borcundan kurtulmuş ve bu sebeple herhangi bir zarara uğramamış olur. Buna karşın alıcı, hasar riskinin yasal olarak taşınması düzenlemeleri sebebiyle, hem satım bedelini satıcıya ödemek yükümlülüğünden kurtulmamış olur hem de zarar verene karşı, zarara uğramasına rağmen, tazminat talebinde bulunma olanağından yoksun kalır¹¹⁸. Ayrıca alıcı satım konusu eşyanın ne mülkiyetine ne de zilyetliğine sahip olduğu için sözleşme dışı sorumluluk hukukunun tazminat araçlarından da yararlanamaz¹¹⁹. Alman hukukunda, § 421 Abs.1 S.2 , 3 HGB uyarınca, satıcının satım konusu eşyayı bağımsız bir nakliye veya taşıma şirketi aracılığıyla alıcıya yollaması halinde ise alıcının doğrudan nakliye şirketinden zararının tazmin edilmesini talep etme hakkı vardır. Böylece üçüncü kişinin zararının tazmini sadece, satıcının satım konusu eşyayı, bağımsız taşıyıcıya teslim etmeden alıcıya yollaması hallerinde uygulama alanı bulur¹²⁰.

Benzer bir hasar riskinin yasal olarak taşınması örneği, § 644 I BGB düzenlemesinde yer alır¹²¹. Söz konusu düzenlemeye göre, müteahhit eserin teslimine kadar, eserde oluşabilecek hasar riskini taşır. Eserin yapımı aşamasından itibaren sipariş veren, sözleşme konusu eserin maliki konumundadır. Eserin üçüncü bir kişi tarafından hasara uğratılması sonucunda, sipariş verenin mülkiyetten kaynaklanan bir talep hakkı olsa da, hiçbir zararı yoktur. Zira eserin teslim edileceği ana kadar oluşabilecek bütün zararların riskini müteahhit taşımaktadır. Alman Federal Mahkemesi, eser sözleşmesinde hasar riskinin yasal olarak taşınmasına dair verdiği bir kararda¹²² ; üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumundan söz etmiştir. Karara konu olan olay; Braunschweig’de yer alan federal bir kurumun fiziksel ve teknik olarak genişletilmesi ve geliştirilmesi işlemi firma S ve ileride davalı olacak firma arasında paylaşılması ile başlamıştır. Firma S, iç sıva metal

¹¹⁸ von Schroeter, **JURA 1997**, s. 345, 346.

¹¹⁹ Alman hukukunda § 447 II BGB’de yapılan değişiklik uyarınca, ifa yeri tüketicinin bulunduğu yere kaydırılmış ve böylece yollanacak borç götürülecek borç olmuştur.

¹²⁰ Goerth, **JA 2005**, s.30.

¹²¹ von Schroeter, **JURA 1997**, s. 347; Goerth, **JA 2005**, s.30.

¹²² BGH NJW 1970, 38.

foliyosu getirmiş, ileride davalı olacak firma ise söz konusu metal folyoları ısı geçirmeyen, polisitren plakalara sıcak zift yapıştırıcısı ile sağlamlaştırmıştır. İleride davalı olacak firma üzerine düşen görevi icra ederken, çalışanlarından bir tanesinin ihmalinden kaynaklanan yangın çıkmış ve yangın metal folyoların kullanılamayacak duruma gelmesine sebep olmuştur. Bu olayda, müteahhit § 644 I BGB uyarınca, hasar riskini yüklenmiş ve bir kez daha folyo getirmek zorunda kalmıştır; çünkü eser federal kurum tarafından henüz teslim alınmamıştır. BGH kural olarak sipariş veren ile ikinci firma arasında, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun kurallarının işletilmesi olanağını kabul etmiş; ancak sonuç olarak, sipariş verenin talep hakkını devretmemesi sebebiyle müteahhidin talep hakkı olmadığına karar vermiştir¹²³.

Hasar riskin yasal olarak taşınmasına dair başka bir örnek ise, belirli mal vasiyeti¹²⁴ veya henüz yerine getirilmemiş bağışlama vaadidir¹²⁵. Mirasbırakan, yasal mirasçısı (A)'ya vasiyetnamesi aracılığıyla, vasiyet alacaklısı (Ü)'ye belirli bir malın teslim edilmesi görevini yüklemiştir. Söz konusu eşya (Ü)'ye teslim edilmeden önce, (B)'nin yol açtığı bir kaza sonucu ziyan olmuştur. Alman hukukunda, musaleh (Ü) § 2174 BGB uyarınca, belirli mal vasiyetinin yerine getirilmesini talep etme hakkına sahip olsa da, mirasçı (A) § 275 BGB'de de düzenlendiği üzere, belirli mal vasiyetine konu olan eşyanın ziyan olmasıyla birlikte mirasbırakanın kendisine yüklediği yükümlülükten kurtulmuş olur¹²⁶. (A) ve (Ü)'nün kendi iç ilişkilerinde, (Ü) eşyanın kendisine teslim edilmeden ziyan olması riskini taşımak zorundadır. Başka bir deyiş ile; (Ü) eşyanın ziyan olmasından ötürü zarara uğramış olmasına rağmen zararının tazmin edilmesine dair (B)'ye karşı, ne sözleşme hukukuna ne de sözleşme dışı hukuka dair bir talep hakkı mevcut değildir.

Hasar riskinin yasal olarak taşınmasına dair verilen bütün örnek olaylarda üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun uygulamasından

¹²³ Benzer bir karar için bkz.: OLG Hamburg MDR 1974, 668.

¹²⁴ İmre/Erman, **a.g.e.**, s.113.

¹²⁵ von Schroeter, **JURA 1997**, s. 347.

¹²⁶ Goerth, **JA 2005**, s.30.

vazgeçilebileceğini iddia edenler olmuştur¹²⁷. Hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi vakıalarında üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurallarının uygulanmasına karşı olanlar, hasar riskinin yasal olarak taşınması kurallarının kendi etkileri ile sınırlı olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹²⁸. Zarar gören alacaklı § 285 BGB uyarınca zarar verenden zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Ancak bununla birlikte, hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesinde alacaklının borçluya karşı bir avantaj sağlayamayacağı varsayılmaktadır. Hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi kurallarının amacı, alacaklıyı borçluyla olan ilişkisinde imtiyazlı hale getirmekse de, borçluyu kendi tazminat yükümlülüklerinden muaf tutmak değildir¹²⁹. Hasar riskinin yasal olarak yüklenilmesi vakıalarında üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini gerekli bulanlar ile böyle bir kuruma gerek olmadığını ileri sürenlerin çözüm önerileri benzer sonuçları ortaya çıkarmaktadır. Fark sadece üçüncü kişinin zararının talep sahibinin zararından daha büyük olması halinde meydana gelir. Karşı görüşte olanlara göre talep sahibi sadece kendi zararının tazmin edilmesini talep eder, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini talep edemez¹³⁰.

Alicının, sözleşmeye konu olan eşyanın ziyan olması sebebiyle, borçluya karşı kendine ait tazminat talebi bulunduğu istisnai durumlarda, doktrin ve yargı da satıcının tazminat talebi bulunması görüşünden ayrılmaktadır. Bu durum özellikle satıcının, satım sözleşmesine konu olan malları teslim ile bir taşıyıcıyı görevlendirdiği, mesafeli satım sözleşmelerinde pratik bir anlama sahiptir. Bu gibi durumlarda, Alman hukukunda, § 421 Abs 1 S.2 ve 3 HGB, alıcıya taşıyıcıya karşı kendine ait bir talep hakkı tanımıştır¹³¹.

¹²⁷ Peters, **AcP 1980**, s.338 vd. . Oetker'in ise hasarı riskinin yasal olarak yüklenilmesi vakıalarında üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun gerekliliği hakkında şüpheleri vardır. **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 290.

¹²⁸ Ulrich Büdenbender, "Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung-eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?", **NJW 2000**, Heft 14, s. 989; **Juris PraxisKommentar BGB**, Band 2.1, Schuldrecht (Teil: §§ 241 bis 432), yayına hazırlayanlar Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüssmann, Stephan Weth, 2.Bası, Saarbrücken, 2004, § 249, Rn 65; Peters, **AcP 1980**, s.335; Larenz, **a.g.e.**, s.463; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn.655.

¹²⁹ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 290.

¹³⁰ **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 156.

¹³¹ **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 292.

c. Koruma İlişkileri

Koruma ilişkilerine ilişkin üçüncü kişinin zararının tazmini olay grubunda, koruma yükümlüğü bulunan kişinin koruma alanında bulunan ama kendisine ait olmayan eşyayı, sözleşme uyarınca sözleşme tarafının koruma alanına bırakması ve eşyanın burada zarara uğraması veya ziyan olması söz konusudur. Tipik zarara uğrayan, zarar gören eşyayı korumak üzere sözleşme tarafına bırakan eşyanın zilyedi konumunda olan kişi değil, eşyanın mülkiyetine sahip olan sözleşme dışı üçüncü kişidir. Bu durumda, sözleşmenin tarafı olan zilyedin malikin zararının tazmin edilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir¹³².

§ 701 BGB’de ise otelde kalan misafirin, otel sahibine karşı, otel sahibinin koruma alanı içerisinde yer alan eşyasının zarara uğraması halinde, kendine ait zararın tazmin edilmesini talep edebileceğini açıkça ortaya koyulmuştur. Söz konusu eşya, otelde kalan misafire değil de bir üçüncü kişiye aitse, baskın görüşe göre, burada yasal olarak düzenlenmiş üçüncü kişinin zararının tazmini vakıası vardır¹³³. Zira § 701 BGB, otele gelen misafirin eşyalarının misafirin mülkiyetinde olup olmadığı ayırımı yapmaksızın, otel sahibine söz konusu eşyaları koruma yükümlülüğü yüklemiştir¹³⁴. Ancak oluşan zararı tazmin edilmesini misafirin kendisi talep edebilir.

Üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun, yasal olarak düzenlemenin olmadığı koruma ilişkisi hallerinde uygulama alanı bulması halinde ise, zarar gören veya ziyan olan eşyanın maliki mülkiyetin ihlâlinden kaynaklanan zararının, sözleşme dışı sorumluluk hukukunun, sözleşme sorumluluğu hukukuna oranla daha zayıf olan araçlarıyla tazmin edilmesinin yaratabileceği olumsuzluklardan kurtulmuş olur¹³⁵.

¹³² MünchKomm/ Oetker, § 249, Rn. 293; Lange/Schiemann, a.g.e., s. 474.

¹³³ MünchKomm/ Oetker, § 249, Rn. 293.

¹³⁴ Gerhard Funck, “Zur Haftung des Gastwirts für Verlust oder Beschädigung dem Gast nicht gehöriger eingebrachter Sachen”, NJW 1964, Heft 9, s.389. Otel sahibinin koruma yükümlülüğüne dair verilen en bilinen örnekler, otele getirilen, kütüphaneden ödünç alınan kitapların; mülkiyeti saklı tutma anlaşması ile satılmış arabanın çalınması halidir. von Caemmerer, ZHR 1965, s. 264.

¹³⁵ Goerth, JA 2005, s.29.

Koruma ilişkisinin, yasal düzenlemenin olmadığı bir durumda üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun uygulama alanı bulabileceği bir olay grubu da ödünç ilişkisidir. Örneğin¹³⁶, (A) (Ü)'nün çok değer verdiği, antika vazosunu kullanmak üzere ödünç almıştır. Vazonun ufak bir bakımla daha güzel görüneceğini düşünen (A), vazoyu antikacı (B)'ye bırakır. (B)'nin ihmalkâr çırağı (D) ise yanlışlıkla vazoyu düşürür ve kırar. Vazo tamir edilemez bir şekilde zarar görmüştür. Oluşan zarara karşın (D)'nin hiçbir malvarlığı veya sigortası bulunmamaktadır. Bu durumda (Ü)'nün (D)'ye karşı tazminat talebinde bulunup, oluşan zararın tazmin edilmesini sağlaması gerçekleştirilebilir değildir. Öte yandan (Ü)'nün antika tamircisi (B) ile aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi de bulunmadığından, (B)'den zararının tazmin edilmesini sözleşme sorumluluğu çerçevesinde talep etmesi de mümkün değildir. (Ü)'nün (B)'ye karşı, antika vazonun sahibi olarak, mülkiyet hakkına dayandırabileceği tazminat talebi ise, (B)'nin zarara sebebiyet veren yardımcısı (D)'ye ilişkin seçim ve talimat verme görevlerini eksiksiz yerine getirdiğini kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulma olanağı sebebiyle boşa çıkabilecek niteliktedir. Buna karşın (A)'nın (B)'ye karşı tamir sözleşmesinden kaynaklanan talep hakkı olmasına rağmen, somut hiçbir zararı yoktur. Tamir sözleşmesinin kuruluşu sırasında (A)'nın vazonun maliki olup olmaması, (B) açısından önemli değildir. Bu vakıda, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun temel kuralları uyarınca, (A) tamir sözleşmesinden kaynaklanan tazminat talebi hakkını (Ü)'ye temlik etmek suretiyle, zararın tazmin edilmesini sağlayabilir.

Koruma ilişkisinin varlığında, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasıyla birlikte gerek kalmayacağı da iddia edilmektedir¹³⁷. Ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlardan bir tanesinin, borçlunun alacaklı ile girmiş olduğu borç ilişkisi sebebiyle üçüncü bir kişinin zarar görebileceğini öngörebilir olmasının gerekliliği olduğu dikkate alındığında, koruma ilişkisinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanmasının çok da mümkün olmadığı anlaşılacaktır. Zira koruma ilişkisinin mevcut olduğu vakılarda,

¹³⁶ Örnek, Goerth, **JA 2005**, s.29'da ver alan iki numaralı olay grubundan esinlenerek oluşturulmuştur.

¹³⁷ Peters, **AcP 1980**, s.364; von Schroeter, **JURA 1997**, s. 348.

zarar gören veya ziyan olan eşyanın kime ait olduğunun bir önemi yoktur. Örneğin; otel sahibi, oteline gelen misafirin eşyalarını, eşyaların mülkiyetinin kime ait olduğunu önemsemeksizin korumak yükümlülüğü altındadır. Bunun sonucu olarak, otel sahibinin, oteline gelen misafir ile girdiği sözleşmesel ilişki dahilinde, sözleşme dışı üçüncü bir kişinin de iyiliği ve esenliğini öngörmesi veya gözetmesi gibi bir yükümlülüğü yoktur.

Mülkiyetten kaynaklanan talep hakları ile üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumundan doğan talep hakları birbirinden bağımsız olarak ve aynı zamanda da dava konusu edilebilirler.

d. Yedieminlik İlişkileri

Yedieminlik ilişkisinde, yediemin, her ne kadar zarara genel olarak kendisi değil, yediemine teslim edilen eşyanın mülkiyetine sahip kişi uğramışsa da, söz konusu üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine dair, tazminat talebinde bulunabilir¹³⁸.

Yedieminlik ilişkisi, dolaylı temsil kurumu ile benzerlik gösterse de, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine dair doktrin ve yargı tarafından yaratılan olay grupları içerisinde, özel bir olay grubu olarak yer almıştır¹³⁹. Hem yedieminin ilişkisinde hem de dolaylı temsilde kendi adına ancak başkası hesabına hukuki muamelede bulunulsa da; yediemin, dolaylı temsilciden farklı olarak, üçüncü kişi ile hukuki bir ilişki içerisine girmek zorunda değildir ancak yedieminlik ilişkisine konu olan bir eşyanın mevcudiyeti şarttır¹⁴⁰. Başka bir ifade ile, dolaylı temsil ilişkisi bir yapma edimi (*Tun*) üzerine kurulmuşken, yedieminlik ilişkisi ise söz konusu ilişkiye konu olan eşyanın varlığı şartını gerektiren bir durumdur (*Zustand*)¹⁴¹.

¹³⁸ Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, vor. §§ 249-254 Rn 71 .

¹³⁹ von Caemmerer, **ZHR 1965**, s. 260.

¹⁴⁰ **J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1. Allgemeiner Teil §§ 164- 240 (Allgemeiner Teil 5)**, Berlin, 2004, Eberhard Schilken, Vorbemerkungen zu §§ 164, Rn 48. (Buradan sonra “Staudinger/Yazar adı” şeklinde atıf yapılacaktır.)

¹⁴¹ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 469.

Dolaylı olarak temsil edilenden farklı olarak, yediemin ilişkisinde, sahip olduğu eşyayı teminat amacıyla yediemine teslim eden kişinin çoğu zaman, eşyada meydana gelen zararın tazmin edilmesine dair kendine ait talep hakkı da vardır¹⁴². Örneğin, mülkiyetin teminaten temlik edildiği durumlarda, kural olarak, teminat veren, teminata konu olan taşınır eşyanın zilyedi olarak kalmaya devam eder ve teminat konusu eşyanın zarar görmesi halinde zilyetlikten doğan haklarına dayanarak, zararının tazmin edilmesini doğrudan talep edebilir¹⁴³.

Yedieminlik ilişkisinde, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesini gerekli kılan, mevcut durumdan zarar verenin bir menfaat sağlamasını engellemektir. Daha açık bir ifade ile; zararın hukuki olarak ve ekonomik olarak yediemin ve teminat veren arasında ayrılmasından zarar görenin herhangi bir yarar sağlaması adalete aykırıdır¹⁴⁴.

Ancak yedieminlik ilişkisinde üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna gerek duyulup duyulmadığı ise tartışma konusudur. Doktrinde, yukarıda anılan sebeplerle yedieminlik olay grubunda üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun uygulanmasına olumlu yanıt verenler¹⁴⁵ olduğu gibi, söz konusu kuruma herhangi bir ihtiyaç duyulmadığı görüşünde¹⁴⁶ olanlar da vardır.

Doktrinde üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumunun, yukarıda anılan olay grupları dışında, karşılıklı bir menfaat durumunda uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Söz konusu durumlara örnek olarak zincirleme satışlar, üreticinin sorumluluğu, maddi ve hukuki ayıplar, leasing sözleşmeleri, banka işlemleri ve inşaat hukukuna dair işlemler gösterilmişse de; üçüncü kişinin

¹⁴² Staundiger/Schiemann, **a.g.e.**, vor. §§ 249-254 Rn. 71.

¹⁴³ Staundiger/Schiemann, **a.g.e.**, vor. §§ 249-254 Rn. 71.

¹⁴⁴ Staundiger/Schiemann, **a.g.e.**, vor. §§ 249-254 Rn. 71; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 294.

¹⁴⁵ Staundiger/Schiemann, **a.g.e.**, vor. §§ 249-254 Rn. 71; von Caemmerer, **ZHR 1965**, s.259; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 469.

¹⁴⁶ Teminat verenin kendine ait zilyetlikten doğan talep hakkı olması sebebiyle, üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi kurumuna gerek olmadığı görüşünde olanlar için bkz.: Hagen, **a.g.e.**, s.270; Peters, **AcP 1980**, s.367; Junker, **AcP 1993**, s.362.

¹⁴⁷ Helmuth Kollhosser, "Lohnfortzahlung, Schadenersatz und Regressinteressen beim Unfall eines Angestellten", **AcP 1966**, 166, s.303; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 278.

zararının tazmin edilmesi kurumunun uygulama alanının bu şekilde genişletilmesine pratikte bir ihtiyaç olmadığı ortadadır.

B. Haksız Fiil Sorumluluğu Alanında Malvarlığı Zararı Şeklinde Ortaya Çıkan Yansıma Zararı

1. Yansıma Zararı Açısından Haksız Fiil Sorumluluğunun Doğumu İçin Gerekli Olan Şartlar

Sözleşme dışı sorumluluk hukuku uyarınca ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi imkânının doğabilmesi için kural olarak, haksız fiilin failine kusur isnad edilebilmesi, söz konusu fiilin hukuka aykırı olması, haksız fiil sonucunda mağdura maddi veya manevi bir zarar verilmiş olması ve son olarak ise zarar ile haksız fiil arasında illiyet bağının kurulabiliyor olması gerekir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan yansıma zararının tazminin talep edilebilir olup olmadığı sorusuna verilecek olan cevap, kusur ve zarar kavramlarından ayrımlı olarak, özellikle hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının mevcudiyetinde yatmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda, sözleşme dışı sorumluluk borç ilişkisinin doğumu için gerekli olan unsurlardan kusur değil, yansıma zararının tazmin edilmesi probleminin cevabının yer aldığı hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurları ele alınacaktır.

Ancak illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının kavramsal olarak araştırılmasının ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek genişlikte olması sebebiyle, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarına ilişkin genel bilgiler verilmekle sınırlı kalınacak ve bu çalışma açısından önemine binaen, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının yansıma zararının tazmin edilip edilemeyeceği sorununda ne ölçüde anahtar görevine sahip olduklarına işaret edilmeye çalışılacaktır.

Hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurları incelenirken, yansıma zararının var olduğu örneklerden yola çıkılarak, söz konusu unsurların varlığının zararın tazmin

edilmesi açısından taşıdıkları önem vurgulanacaktır. Taşıdığı önem itibariyle ilk olarak hukuka aykırılık unsuru, ikincil olarak ise illiyet bağı unsuru ele alınacaktır.

a. Hukuka Aykırılık Unsuru

(1) Genel Olarak

Sözleşme sorumluluğu alanında, sözleşmenin ihlâl edilmesine sebebiyet veren kişi kural olarak kusurlu sayılır. Sözleşmenin ihlâl edilmesi sebebiyle bir zarar meydana gelmişse, sözleşmeye aykırılık sebebiyle bu zararın giderilmesi talep edilebilir.

Sözleşme dışı sorumluluk alanında ise zarar, sözleşmeye aykırı bir fiille değil, hukuka aykırı bir fiille meydana gelir. BK.m.41/f.1'in (Art. 41 Abs. 1 OR) "*Gerek kasten gerek ihmal ve tesyeyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.*" ifadesi sözleşme dışı sorumluluğa dair genel bir sorumluluk normu getirdiği kabul edilmektedir¹⁴⁸. BK.m. 41/f.1, hem tarafların arasında özel bir ilişkinin varlığında ve hem de yokluğunda uygulama alanı bulur.

Sözleşme dışı sorumluluğun doğabilmesi için, gerekli olan şartlar, kural olarak; fiili icra eden kişinin kusurlu olması, fiilin hukuka aykırı olması, bu fiil dolayısıyla başka bir kişiye maddi veya manevi bir zarar verilmiş olması ve son olarak failin fiili ile mağdurun zararı arasında illiyet bağının bulunması gerektiğidir. Sorumluluğun doğabilmesi için gerekli olan ana şart, zarardır. Diğer şartlar, zararın gerçekleşmesinden sonra tamamlanmak zorundadır. Ezcümle, hukuka aykırı bir fiilin varlığına rağmen ortada bir zarar yoksa borçlar hukuku anlamında tazminat sorumluluğunun doğmasını gerektirecek bir durum da mevcut değildir.

¹⁴⁸ Art. 41 Abs. 2'nin "*Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.*" , şeklinde Art. 41 Abs.1'den farklı bir yapıda olmasına rağmen, Art. 41 bir bütün olarak genel sorumluluk normu niteliğine sahiptir. Bruno Gabriel, **Die Widerrechtlichkeit in Art.41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Diss., Freiburg, 1987, N. 173; Reinhard Grundwald, **Sittenwidrigkeit, Rechtswidrigkeit und dolus malus**, Diss., Göttingen, 1974, s.111.

Zarara sebebiyet veren fiil, kusura dayanan sorumluluk hallerinde¹⁴⁹, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. Zarara sebebiyet veren fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için ise, bir hukuk kuralının ihlâl edilmiş olması; zararın tazmin edilmesinin fiili yapan kişiye yüklenilebilmesi ve herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekmektedir¹⁵⁰. Söz konusu fiilin hukuka ne zaman aykırı olacağı, başka bir deyiş ile hukuka aykırılığın niteliği meselesi ise doktrinde tartışmalıdır.

BK.m.41/f.1(YBK.m.49) anlamında hukuka aykırılığın belirlenme şekli konusunda doktrinde iki temel görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, yirminci yüzyılın başında hem doktrinde hem de yargı kararlarında etkisini kaybeden sübjektif hukuka aykırılık görüşü, diğeri ise günümüzde doktrinde baskın olarak kabul gören objektif hukuka aykırılık görüşüdür¹⁵¹. Çalışmanın kapsamının gerektirdiği ölçüde, söz konusu teoriler hakkında aşağıda bilgi verilmeye çalışılacaktır.

(2) Hukuka Aykırılık Teorileri

(a) Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi taraftarları, teorilerinin temellerini¹⁵², Art. 28 ZGB'nin ifadesine dayandırmaktadır. Söz konusu maddenin Türk Medeni Kanunundaki görünümü, MK.m.24'ün "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar*

¹⁴⁹ Kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde ise fiil bulunmamasına rağmen kişinin sorumlu tutulabileceği haller vardır. BK.m.58 (YBK.m.69)'in "*Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul olur. Bu cihetten dolayı kendisine karşı mesul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkı mahfuzdur.*" şeklindeki düzenlemesi kusura dayanmayan sorumluluk kaynaklarına örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

¹⁵⁰ Hukuka aykırılık kavramından nelerin anlaşılması gerektiğine dair ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)**, Doçentlik Tezi, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s.6 vd. .

¹⁵¹ Hukuka aykırılık kavramına ilişkin teoriler objektif ve sübjektif hukuka aykırılık teorileri ile sınırlı değildir. Yakın zamanda ortaya atılmış üçüncü bir hukuka aykırılık teorisi için bkz.: Beat Schönenberger, "Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie", **HAVE 2004**, s.6 vd. .

¹⁵² Michael Cartier, **Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR.**, Diss., St.Gallen, 2007, N.12.

ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” şeklindeki düzenlemesinde yatmaktadır.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi taraftarları, Art. 41 Abs.1’in ifadesinden¹⁵³ sübjektiflik unsuruna dair öğeleri ortaya çıkarmak için söz konusu maddenin tarihi gelişim sürecinden yararlanmaktadırlar. Buna göre, Art.41 Abs. 1’in temellerini oluşturan Art. 50 aOR’nin oluşturulma süreci, İsviçre Borçlar Kanunu’nun yazılı olduğu üç dil de göz önüne alınarak incelendiğinde, kanunun Almanca ve İtalyanca metinlerinin ifadelerinin hem sübjektif hem de objektif hukuka aykırılık açısından yorumlanabileceği iddia edilmektedir¹⁵⁴. Ancak Art.50 aOR’nin Fransızca metninde yer alan “sans droit” ifadesinin sadece sübjektif bir anlama sahip olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁵. İsviçre Borçlar Kanununun, ülkenin resmi dillerindeki ifadelerinin eşit değere sahip olmasından yola çıkan yazarlar, Art. 50 aOR’nin Fransızca metnindeki kesin sübjektif ifade sebebi ile Art. 41 Abs.1 OR’de yer alan hukuka aykırılık ifadesini sübjektif hukuka aykırılık teorisine uygun olarak yorumlanabileceğini kabul etmişlerdir¹⁵⁶.

Ancak Art. 50 aOR’nin yerini alan Art. 41 Abs.1 OR’nin Almanca ve İtalyanca metinleri aynı kalmakla birlikte, Fransızca metninde yer alan açık sübjektiflik anlamını veren “sans droit”¹⁵⁷ yerine “d’une manière illicite” ifadesi kullanılmıştır. Böylece üç dildeki yasa metinlerinde yeknesaklık sağlanmış ve bütün metinler her iki yoruma açık bir hale gelmiştir. Bu sebeple, sübjektif hukuka

¹⁵³ Art. 41 Abs. 1’in Almanca metni “*Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.*”, şeklindedir.

¹⁵⁴ Almanca metinde yer alan “widerrechtlichkeit” ve İtalyanca metinde yer alan “con atti illeciti” ifadeleri hem sübjektif hem de objektif olarak yorumlanabileceği hakkında bkz: Gabriel, **a.g.e.**, N.505. 1911’de Art. 41 Abs. 1 OR ile ortadan kalkan Art. 50 aOR’nin Almanca metni ise; “*Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.*” şeklindedir.

¹⁵⁵ Gabriel, **a.g.e.**, N.506; Heinz Raschein, **Die Widerrechtlichkeit im System des Schweizerischen Haftpflichtrechts**, Diss., Bern, 1986, s. 230.

¹⁵⁶ Gabriel, **a.g.e.**, N.549 ve devamında adı geçen yazarlar.

¹⁵⁷ “sans droit” Almanca olarak “ohne recht” olarak ifade edilebilir.

aykırılık teorisi taraftarları, Art. 50 aOR'nin Fransızca metnine dayanarak görüşlerini temellendirme olanağından yoksun kalmışlardır¹⁵⁸.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi¹⁵⁹,ni ilk kez ortaya atan Rensig'e göre hukuk aykırılıktan söz edilebilmek için, hukuk düzeninde söz konusu fiili icra etmek konusunda bir yetkinin tanınmamış olması gerekir¹⁶⁰. Zarar verenin, zarara sebebiyet veren davranışta bulunmaya yetkili olup olmadığı meselesi ise, hukuk düzeninin zarar verene bir hukuka uygunluk sebebi tanımış olması ve bununla zarar verenin söz konusu davranışta bulunmaya yetkili olması ile ilişkilidir¹⁶¹. Rensig'e göre "yasak olmayan serbesttir" ifadesi değil, "serbest olmayan yasaktır" ifadesi doğrudur¹⁶².

Rensig'e göre, zarar veren kendi yetki alanı içerisinde hareket ettiği sürece, ortada hiçbir hukuka aykırılık yoktur¹⁶³. Rensig söz konusu görüşlerini kibrit örneği ile açıklamaktadır. Buna göre, kibritin mülkiyetine sahip olmak ve kibriti yakmak yetkisi, başkasının eteğini ateşe verme izni vermez¹⁶⁴. Başka bir ifade ile, kişinin kendi hakkını kullanma yetkisi başkasının hakları ile sınırlandırılmıştır.

¹⁵⁸ Cartier, **a.g.e.**, N.13; Erich Bosshard, **Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Zürich, 1988, s. 46; Gabriel, **a.g.e.**, N.581; Hubert Stöckli, "Notizen zur Widerrechtlichkeit", **Festschrift für Franz Riklin**, Yayına Hazırlayanlar M.A.Niggli/Jose Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Schulthess Zürich, Basel, Genf, 2007, s. 230.

¹⁵⁹ Sübjektif hukuka aykırılık teorisi aynı zamanda olumsuz hukuka aykırılık teorisi olarak da adlandırılmaktadır. Bu adlandırma, hukuka aykırılığı olumsuz öğelerden yola çıkarak, örneğin bir davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmamak gibi, incelendiğini göstermekte, sübjektif hukuka aykırılık adlandırmasından daha açık da olsa, bu görüşün gelenekselleşmiş olan ifade edilmiş şekli sübjektif hukuka aykırılık teorisidir. Gabriel, **a.g.e.**, N. 282; Cartier, **a.g.e.**, N.14; Carl Christoph Burckhardt, "Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht", **ZSR 1903**, 22, s. 514. Olumsuz hukuka aykırılık teorisini kullananlar için bkz.: Ernst Kaenzig, **Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit**, Bern 1939, s.41. Fransız ve Avusturya hukuklarında bu olumsuz öğeler kendiliğinden kabul edildiği için özel olarak Art. 1382 CCfr ve § 1295 Abs. 1 ABGB'de anılmamıştır. Gabriel, **a.g.e.**, N.360. ; August Simonius, "Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts", **ZSR 1952**, 71, s.250.

¹⁶⁰ Franz Rensig, **Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatz-Grund**, Freiburg, 1892, s. 12.

¹⁶¹ Gabriel, **a.g.e.**, N 302.

¹⁶² "was nicht erlaubt ist, ist verboten" şeklindeki Almanca ifadesi için bkz.: Rensig, **a.g.e.**, s.12.

¹⁶³ Rensig, **a.g.e.**, s.37.

¹⁶⁴ Rensig, **a.g.e.**, s.39.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, zarara uğrayan zararın varlığını ispat etmekle yükümlü değildir. Bu teoriye göre, zarar veren hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu ileri sürerek hukuka aykırılığın var olmadığını ispat etmelidir¹⁶⁵. Diğer bir ifade ile objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, her zarar veren fiil, objektif bir normu ihlâl ettiği ispat edilinceye kadar hukuk uygun olarak kabul edilirken, sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre zarar veren her fiil, hukuka uygunluk sebepleri ortaya çıkarılıncaya kadar hukuka aykırı olarak kabul edilir.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin diğer bir taraftarı olan Gmür ise, hem medeni hukuk da hem de ceza hukukunda yapma fiilinin bir hukuk kuralını ihlâl etmesi ya da yapmama fiilinin bir hukuk kuralının düzenlemesine aykırı olması halinde hukuka aykırılık kavramının içinin doldurulabileceğini savunmuştur¹⁶⁶. Başka bir deyişle, ilk bakışta, her zarar veren davranış bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça hukuka aykırıdır. Oysa aşağıda da inceleneceği üzere, objektif hukuka aykırılık teorisine göre, her zarar veren eylem, objektif bir norma aykırı olduğu kanıtlanmadığı sürece hukuka uygundur.

Bu teoriye getirilen en büyük eleştiri, teorinin hukuka aykırılık kavramına açıklık getiremediği konusundadır. Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin kabul edilmesi halinde, hukuka aykırılık kavramını açıklamak için başkasına zarar verme yetkisi tanıyan sayısız genel ve özel hakların yaratılmasına sebebiyet verilmiş olunacaktır¹⁶⁷.

Bir başka eleştiri ise, sübjektif teorisinin hukuk düzeninin yapısı ve varlık sebebiyle çelişkiye düştüğüne yöneliktir. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi kabul edildiği vakit, hukuk düzeninin amacının her türlü yapma ve yapmama fiilini yasaklamak olduğu sonucu çıkarılabilir, oysa hukuk düzeninin amacı ve yapısı belirli faaliyet olanakları tanımak değil, doğal olarak var olan faaliyet olanaklarını

¹⁶⁵ Gabriel, **a.g.e.**, N.369; Cartier, **a.g.e.**, N.14.

¹⁶⁶ Max Gmür, “Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Civil-und Strafrecht wünschenswert und durchführbar”, **ZSR 1903**, 22, s.621.

¹⁶⁷ Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı, 2007, s.80; Raschein, **a.g.e.**, s. 233.

sınırlamaktır. Ayrıca başkasına zarar vermenin özünün hukuka aykırı olduğu görüşü de hayat gerçeklerine uymamakla birlikte, isabetli de değildir¹⁶⁸.

Gabriel ise subjektif hukuka aykırılık teorisinin zayıf yönünün, hukuka uygunluk sebeplerinin tanımlanmasının zorluğu olduğunu ifade etmektedir¹⁶⁹. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerini, zarar görenin rızası, kanundan kaynaklanan hukuka uygunluk sebepleri ve kamusal veya özel menfaate dayanan hukuka uygunluk sebepleri olmak üzere üçe ayırmıştır. Gabriel bu ayrımı yaparken Art.28 Abs. 2 ZGB (MK.m.24/f.2)'de yer alan, kişilik hakkı ihlallerinin ne zaman hukuka uygun sayılacağına dair düzenlemeden faydalanmıştır¹⁷⁰.

(b) Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Fransız hukukunun da etkisi ile ortaya çıkan subjektif hukuka aykırılık teorisi, Alman Medeni Kanununun etkisi ile yavaş yavaş doktrinde olan etkisini kaybetmiş ve yerini objektif hukuka aykırılık teorisine bırakmıştır. Günümüzde baskın bir şekilde, doktrin ve yargı kararlarında objektif hukuka aykırılık teorisi kabul görmektedir.

Doktrinde baskın olarak kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisine göre, hukuka aykırı fiil; yetkisiz işlenmiş fiil değil, hukukun koruduğu değerleri ihlâl ederek hukuk düzeninin bir kuralına uymayan bir fiildir¹⁷¹. Dolayısıyla başkasına zarar vermek başlı başına hukuka aykırı değildir. Ancak zarar görenin hukuk alanına müdahale edilmesi halinde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Şöyle ki, rekabet kanununun sınırları içerisinde yapılan ticari bir faaliyet sonucu bir kişinin kâr elde edip, başka bir kişinin; söz konusu kâr sebebiyle zarara uğramış olması halinde, hukuka aykırılık unsurunun varlığından söz edilemez. Başka bir ifade ile, objektif

¹⁶⁸ Kaenzig, **a.g.e.**, s.47, 48.

¹⁶⁹ Gabriel, **a.g.e.**, N.339.

¹⁷⁰ Gabriel, **a.g.e.**, N.304.

¹⁷¹ Erwin Deutsch, **Allgemeines Haftungsrecht**, 2. Tamamen Yeniden Oluşturulmuş ve Geliştirilmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, N. 226; H.A. Fischer, **Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts**, 1911, s. 110.

hukuka aykırılık teorisinin çıkış noktası objektif bir hukuk normunun ihlâl edilmesidir.

Objektif hukuka aykırılık teorisi de dayanağını Art. 28 ZGB'de (MK.m.24) bulsa da, aynı anlayış § 823 I BGB'de de yer almaktadır¹⁷². Alman Medeni Kanunu'nun düzenlemesinde¹⁷³ mutlak haklar bir katalog halinde gözüke de, İsviçre Borçlar Kanun' da bu tip kataloglaştırma yoktur. Türk/İsviçre hukukunda, doktrin ve yargı kararları yardımı ile hangi hukuki değerlerin mutlak korumaya sahip olduğu belirlenmeye çalışılmaktadır¹⁷⁴.

Bu teorinin taraftarları arasında da tam bir görüş birliği olduğu söylenemez. Bir görüşe göre, BK.m.41/f.1(YBK.m.49/f.1) anlamında hukuka aykırılık bir hakkın ya da hukukun koruduğu bir menfaatin ihlâl edilmiş olmasıdır¹⁷⁵. Norm teorisi olarak da adlandırılan diğer bir görüşe göre ise, hukuk düzeninin ihlâl edilen hakları korumaya yönelik yazılı veya yazılı olmayan yasaklarına ya da emirlerine aykırı fiiller hukuka aykırıdır¹⁷⁶. Bu görüşe göre, sözleşme dışı sorumluluk alanı içerisinde zararın tazmin edilebilmesi için zararın, sadece sözleşme sorumluluğu alanında talep edilebilecek, nisbi bir menfaat değil, herkese karşı korunan bir menfaat ihlâl etmiş olması sebebiyle ortaya çıkması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, hukuka aykırılık, sözleşme dışı sorumluluk alanında ancak mutlak bir hakkın¹⁷⁷ ihlâl edilmesi halinde meydana gelir.

¹⁷² § 823 I BGB uyarınca sadece başkasının belirli nitelikteki menfaatlerini zedeleyen fiiller hukuka aykırıdır; başka bir anlatımla, bütün menfaatlerin ihlâl edilmesi hukuka aykırılık sonucunu doğurmaz. Marie Langforth Schulte, **Verschulden gegen sich selbst als Rechtswidrigkeit**, Diss., Bonn, 1928, s.7.

¹⁷³ BGB düzenlemesinde hukuka aykırılık dört başlık altında toplanmıştır. BGB' kuralları uyarınca hukuka aykırılık kanuni bir yasağa aykırı bir hareketten, mutlak bir hakkın ihlâlinden, ahlaka aykırı bir davranıştan veya sözleşme ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkan bir hakkın ihlâl edilmesinden doğabilir. Herbert Schaefer, **Rechtswidrigkeit und Verschulden im Rahmen des § 254 BGB**, Diss., Köln, 1969, s.63.

¹⁷⁴ Buna göre; yaşam- yaşama hakkı-, beden bütünlüğü, kişilik hakları, mülkiyet, sınırlı ayni haklar ve fikri mülkiyet hakları mutlak korumaya sahiptirler. Cartier, **a.g.e.**, N.96.

¹⁷⁵ Kaneti, **a.g.e.**, s.88.

¹⁷⁶ Kaneti, **a.g.e.**, s.89, 90.

¹⁷⁷ İsviçre Borçlar Hukukunda, Alman Medeni Kanununda olduğu gibi mutlak hakların belirlendiği bir kanun maddesi bulunmamasına rağmen kişilik hakları, mülkiyet ve fikri mülkiyet hakları mutlak haklar olarak kabul edilmektedir. Franco Lorandi, "Haftung für reinen Vermögensschaden", **recht**, 1990, s.22.

Bir fiilin, mutlak bir hakkı ihlâl etmemesine rağmen BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) anlamında hukuka aykırı kabul edilebilmesi ise norm teorisini savunanlara göre, her türlü davranış kuralının ihlâl edilmesi halinde değil, ancak belirli niteliklere uyan davranış kurallarının ihlâl edilmesi durumunda mümkündür¹⁷⁸. Bu bağlamda, zararın varlığı ve herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin olmaması durumunda hukuka aykırılık unsuru bütün şartlarıyla gerçekleşmiş olur.

Fransız hukukunun etkisinde kalan bir görüş ise, kişinin toplum içindeki davranışlarını düzenleyen, zararı önleyen ilkenin medeni hukuk alanında hukuka aykırılığın belirlenmesi için temel alınması gerektiğini savunmuştur¹⁷⁹.

Ceza hukukunda, kanunsuz suç olmaz ilkesi uyarınca, hukuka aykırı bir fiilin ceza yaptırımına konu olması ancak, bu yaptırımı gerektirecek bir kanun kuralının olması halinde mümkündür. Borçlar hukuku alanında ise, amaç zararın giderimidir. Bu durumda, zararın tazmin edilmesinin talep edilebilmesi için Ceza hukukunda olduğu gibi açık bir kanun kuralının ihlâl edilmesi gerekli olup olmadığı ise tartışmalıdır.

Bir görüşe göre ise¹⁸⁰, BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) anlamında hukuka aykırılığın varlığı için yazılı veya yazılı olmayan genel bir davranış kuralının ihlâl edilmiş olmasına gerek yoktur. Mutlak bir hakkın ihlâl edilmesi ve hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması halinde, ceza hukukunda olduğu gibi hangi kuralın ihlâl edilmiş olduğunun araştırılmasına gerek yoktur. Bu bağlamda zarar çeşidi belirleyici niteliğe sahiptir. Zarar gören, aktif menfaat elde edemediğini ileri sürüyorsa (*lucrum cessans*), bu kazanç kaybının mutlak hak ihlâlinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmalıdır. Mutlak hak ihlâli kişilik hakkı ihlâli (manevi zarar) veya malvarlığı mutlak hakkının ihlâli (maddi zarar) şeklinde görülebilir.

¹⁷⁸ Kaneti, **a.g.e.**, s.90.

¹⁷⁹ Kaneti, **a.g.e.**, s.90. Kaneti'ye göre ise zararlı neticeli fiilin hukuka aykırılığını belirlemek için, zarar vermeyi yasaklayan ya da önleyen normların hangileri olduğu araştırılmalıdır. Hâkim bu aşamada gerek yazılı gerekse yazılı olmayan hukuka başvurmak suretiyle söz konusu davranışın bir normu ihlâl edip etmediğini araştıracaktır. Kaneti, **a.g.e.**, s.98.

¹⁸⁰ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3 N. 8.

Kazanç kaybı mutlak hak ihlâlinin dolayısıyla zararı değilse ve BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2)'nin şartlarını da gerçekleştiriyorsa hukuka aykırılık söz konusu değildir. Bu aşamada sözleşmeye aykırılık incelenmelidir. Girişim ceza hukukunda olduğu gibi, en azından manevi zarar sebebiyet vermedikçe yaptırım gerektirmemelidir. Zira borçlar hukuku alanında zarar olmadan giderim olmaz¹⁸¹.

Özen yükümlülüğünün ihlâl edilmesinin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı ise tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde genel olarak özen kurallarının ihlâl edilmesine yol açan bir fiil hukuka aykırı sayılmıştır. Objektif ve sübjektif hukuka aykırılık teorilerinin yanında üçüncü hukuka aykırılık teorisi¹⁸² olarak da ifade edilen özen yükümlülüğü teorisine göre¹⁸³, bir fiil ancak objektif bir davranış yükümlülüğüne aykırı olduğu zaman hukuka aykırıdır¹⁸⁴.

(3) Hukuka Aykırılık ve Yansıma Zararı

Mutlak hak ihlâli yoksa ve fakat dolaylı bir zarar ortaya çıkmışsa yansıma zararının varlığından söz edilebilir. Genel olarak kabul edildiği üzere, özel bir kanun kuralı ile yansıma zararının giderileceği, tıpkı destekten yoksun kalma zararında olduğu gibi, belirtilmiş olmadıkça veya zarar var olan bir sözleşmenin ihlâli neticesinde doğmamışsa yansıma zararının tazmin edilmesi söz konusu olmaz.

Yansıma zararının tazmin edilmemesinin nedeni, zarar ile zarara sebebiyet veren fiil arasında illiyet bağının kurulabilmesine rağmen, hukuka aykırılık unsurunun mevcut olmaması sebebiyle failin sözleşme dışı sorumluluk hukuku uyarınca sorumlu tutulamayacak olmasıdır. Başka bir ifade ile yansıma zararının tazmin edilebilmesi için hukuka aykırılık unsurunun mevcut olması gerekir¹⁸⁵. Çalışmamızın ana konusunu oluşturan yansıma zararının tazmin edilebilir olup

¹⁸¹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3 N. 9.

¹⁸² Üçüncü hukuka aykırılık teorisi kavramı için bkz.: Schöenberger, **HAVE 2004**, s.6 vd. .

¹⁸³ “Özen yükümlülüğü teorisi” ifadesi henüz ne doktrinde ne de yargı kararlarında yaygın olarak kullanılmamakla birlikte, söz konusu teori genel olarak koruyucu norm teorisine dayanmaktadır. Burada hukuka aykırılığı belirlemede önemli olan ölçüt özen yükümlülüğüdür. Cartier, **a.g.e.**, N.245.

¹⁸⁴ Özen yükümlülüğü teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Cartier, **a.g.e.**, N.245 vd. .

¹⁸⁵ Raschein, **a.g.e.**, s.286.

olmadığının tartışmasını yapabilmek için hukuka aykırılık unsurunun kavramsal çerçevesinin sağlam bir temele oturtulması işte bu sebeple çok önemlidir.

Yansıma zararın doğmuş olmasına ve uygun illiyet bağının varlığına rağmen, hukuka aykırılık unsurunun yokluğu sebebiyle giderim talebinde bulunma olanağının olmamasına dair verilebilecek örnekler ise şöyle sıralanabilir:

Bir motorlu araç sürücüsü, araç üzerindeki hâkimiyetini kaybederek bir lokantanın penceresinden içeriye girer. Lokanta sahibinin dükkanının maddi hasara uğraması ve müşterilerin vücut bütünlüklerinin ihlâl edilmesi sonucunu doğuran, söz konusu hukuka aykırı fiilden dolayı meydana gelen zararlarının giderilmesi kabul edilmektedir. Ancak garsonların, lokantanın tekrar açılması için yapılacak yenileme çalışmaları nedeniyle kapalı kalması sonucunda, müşterilerden gelecek olan bahşişlerden mahrum kalmak suretiyle kazanç kaybına uğramaları yoluyla oluşan yansıma zararlarının giderilmesini motorlu araç sürücüsünden talep edemezler. Sadece müşterilerin beden bütünlüğü, lokanta sahibinin ise mülkiyet hakkı ihlâl edilmiştir. Sadece onların mutlak hakları ihlâl edildiği için zararları tazmin edilebilir nitelikte kabul edilir.¹⁸⁶

Yansıma zararı hakkında verilen en bilindik örnekler kablo kesilmesi vakıaları (Kabelbruchfaelle) olarak da bilinmektedir. Bu grup vakıalara ünlü bir örnek ise; Zürich-Hottingen'deki telefon santrali vakıasıdır. Posta-telefon-telgraf idaresindeki bir görevli, önemli bir telefon santralinin zarar görmesine sebep olur. Görevlinin fiili sonucunda, ilk olarak posta idaresi mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi, daha sonra ise uzun bir zaman boyunca telefon hatlarını kullanamamaları sebebiyle telefon aboneleri zarar görmüştür. Bu vakıda posta idaresinin, mutlak hakkı (mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi sebebiyle) doğrudan zarar gören konumunda olduğu ve zararı tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Abonelerin ise sadece, dolaylı olarak uğradıkları bir maddi zarara sahip oldukları ve ortada hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı için tazminat talebinde bulunamayacaklarına karar verilmiştir¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Frei, **a.g.e.**, s.98, 99.

¹⁸⁷ Frei, **a.g.e.**, s.99, 100.

Doktrinde elektrik kablosunun kesilmesi vakıası olarak da (Stromkabelbruchfall) bilinen benzer bir vakıada İsviçre Federal Mahkemesi Federal Mahkemesi¹⁸⁸, şöyle bir karar vermiştir: Davaya konu olan olay, bir istihkam birliğinin askerleri ile özel bir şirketin işçilerinin, toprak kazma çalışması yaptıkları sırada, sehven bir elektrik kablosunu kesmeleri sonucunda meydana gelmiştir. İşçinin söz konusu elektrik kablosunu kesmesiyle birlikte bütün çevrenin elektrik şebekesi hasara uğramıştır. Elektrik şebekesinin hasara uğraması üzerine, şebekeden enerji alan bir fabrika üretimine geçici bir süreyle ara vermek zorunda kalmıştır. Üretimin durması sebebiyle fabrika sahibi malvarlığı zararına uğramıştır.

Elektrik kablosunun kesilmesi, elektrik üreten firma açısından mülkiyet ihlâli anlamına gelmektedir. Elektrik kablosunun kesilmesiyle birlikte, üretici firmanın mutlak hakkı zedelenmiştir. Ayrıca bu sebeple, elektrik üreticisi firmanın müşterilerine elektrik sağlama ve bu yolla kazanç elde etme olanağı da sekteye uğratmıştır. Elektrik üreticisi olan firmadan elektrik enerjisi satın alan müşteriler, somut olayda üretimi sekteye uğrayan fabrika açısından ise, üretimi devam ettirememesi sebebiyle maddi zarar söz konusu olmuştur. Ancak, elektrik şebekesinin hasara uğratılmasına yol açan elektrik kablosunun kesilmesi ile fabrikanın mutlak hakkı ihlâl edilmemiştir.

Elektrik kablosu kesilmesi gibi vakıaların, çoğu zaman, iki cephesi vardır: Mülkiyet hakkı ihlâl edilen bir taraf ve malvarlığı zararına uğrayan diğer taraf. Objektif hukuka aykırılık teorisi uygulandığında, elektrik üreticisi firmanın mülkiyet hakkı; yani mutlak hakkı ihlâl edildiği için zararı tazmin edilecek ve elektrik kesintisi sebebiyle üretimi sekteye uğrayan fabrikanın malvarlığı zararı, mevcut hiçbir koruyucu norm olmaması nedeniyle, tazmin edilemeyen yansıma zararı olarak kalacaktır.

Federal Mahkeme ise 102 II 85 numaralı kararında hukuka aykırılık olgusunu Art. 239 StGB'ye dayandırmak suretiyle, elektrik kesintisi sebebiyle üretimi sekteye uğrayan fabrikanın yansıma zararı şeklinde oluşan malvarlığı

¹⁸⁸ BGE 102 II 85.

zararının tazmin edilmesine karar vermiştir¹⁸⁹. Federal Mahkeme bu kararına dayanak oluşturan, kamu yararına olan hizmetlerin engellenmesinin sonuçlarını düzenleyen Art. 239 StGB'nin aynı zamanda bu hizmetlerden yararlananları da koruduğundan yola çıkarak söz konusu kararını vermiştir¹⁹⁰. Mahkeme elektrik kablosunun kesilmesi nedeniyle üretimine geçici süre ile ara vermek zorunda kalan fabrika açısından, kanun normu ile doğrudan doğruya korunan menfaatlere zarar verilmesi neticesinde sorumluluğun doğması için gerekli olan hukuka aykırılık koşulunun gerçekleştiğine ve dolayısıyla fabrikanın zararının tazmin edilmesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir¹⁹¹.

Federal Mahkeme' nin bu kararından dört yıl sonra verdiği, 106 II 75¹⁹² numaralı kararına konu olay da tipik bir kablo kesilmesi vakıası olarak tanımlanabilir. Karara konu olan olayda, çiftlik sahibi bir kişinin yanında çalışan zarara sebebiyet veren işçi, kazı yapmak amacıyla traktör kullandığı sırada elektrik kablolarına zarar vermiştir. Elektrik kablolarının hasar görmesi sebebiyle, bir beton fabrikası ve bir asfalt fabrikası yirmibeş saat boyunca üretim yapamamış ve kazanç

¹⁸⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin aynı tip olaylarda verdiği çeşitli kararlar için bkz.: BGE 97 II 221; BGE 101 I b 252.

¹⁹⁰ Mahkeme bu sonuca ulaşırken normun koruma amacı teorisinden (*Die Lehre vom Schutzzweck der Norm*) yararlanmıştır. Bu teoriye hukuka aykırılık bağı teorisi (*Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang*) de denilmektedir. Normun koruma amacı teorisi, zarar ile zarar verici olay arasındaki uygun nedensellik bağının yanı sıra, meydana gelen zararın, ihlâl edilen normun koruma alanına girip girmediğini araştırmaktadır. Söz konusu teorinin amacı, teleolojik yorum aracılığıyla ihlâl edilen normun koruma amacı ve alanını tespit ederek, sorumluluğu sınırlamaktır. Atamer, **a.g.e.**, 70; Fikret Eren, “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara, 1975, s.461,462. (Buradan sonra Eren, Hukuka Aykırılık Bağı şeklinde atflandırılacaktır.)

Önceleri bazı yazarlar normun koruma amacı teorisini, hukuka aykırılık sorunu içerisinde görmüşlerse de, bugün hâkim olan görüş, teorinin hukuka aykırılık sorunu ile bir ilgisi olmadığını, hukuka aykırılık unsurundan bağımsız, yeni bir sorumluluk şartı olduğu kabul edilmektedir. von Caemmerer, **Kausalzusammenhang**, s.12.

Objektif hukuka aykırılık teorisinin hâkim olduğu İsviçre-Türk hukuk sisteminde BK.m.41 (YBK.m.49)'in mutlak haklar açısından temel koruma normlarına atf yaptığı kabul edilir. Bunun sonucunda, temel koruma normlarının ihlâl edilmesiyle birlikte hukuka aykırılık oluşmuş olur. Buna karşılık yukarıda İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği karara konu olan olayda olduğu gibi, mutlak hak ihlâlî olmaksızın oluşan malvarlığı zararlarında tazminat hakkının doğması için bir normun koruma amacının ihlâl edilmesi gerekir. Atamer, **a.g.e.**, 75.

¹⁹¹ Federal Mahkemenin bu kararı Art. 239 StGB hükmünün, kamuya hizmet eden bir kurum veya kuruluşun işletmecisinin korunması amacı güttüğü; kendilerine karşı bir davranış normunun ihlâl edilmemesi sebebiyle elektrik abonelerinin zararlarının giderilmesi gereken bir yansıma zararı olarak nitelendirilemeyeceği yönünde eleştirilmiştir. Rey, **a.g.e.**, N.361.

¹⁹² Kararın metni için bkz: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm> . (Çevrim içi, 05.01.2009)

mahrumiyetinden kaynaklanan malvarlığı zararına sahip olmuşlardır. Fabrikalar, üretim yapamamalarından ötürü 45.000 Frank tutarındaki zararlarının tazmin edilmesini talep etmişlerdir. Art.58 Abs. 1 SVG'nin¹⁹³ ihlâl edilmiş olduğu iddiası ile açılan dava, üretim yapılamamasının sadece malvarlığı zararı niteliği taşıması ve SVG'nin sadece eşyaya ve kişiye verilen zararları korumaya yönelik olması nedeniyle mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi de üçüncü kişilere maddi zarara sebebiyet veren elektrik kablosu kesilmeleri vakıalarında, İsviçre Federal Mahkemesi gibi yansıma zararının tazmin edilmesine çekingen yaklaşmış ve söz konusu davaları reddetmiştir¹⁹⁴. Ancak BGH 1964 yılında verdiği bir kararında¹⁹⁵, ihmal sonucunda bir elektrik kablosuna zarar verilmesi sonucunda, kabloların taşıdığı elektrikten faydalanan bir tavuk üretim çiftliğindeki civcivlerin ölmesi sebebiyle, söz konusu çiftliğin tazminat talebinde bulunmasını kabul etmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, İsviçre Federal Mahkemesinin aksine, Alman Federal Mahkemesinin tazminat talebini kabul etmesinin sebebi tavuk çiftliğindeki üretimin sekteye uğramış olması değildir¹⁹⁶. BGH somut olayda, çiftliğin mülkiyetinde olan civcivlerin ölmesi ile sonuçlanması sebebiyle tazminat talebini kabul etmiştir¹⁹⁷.

Kablo kesintisi vakıalarında, zarar verenin malvarlığı zararlarından sınırlı bir şekilde sorumlu olmasında, vakıaların üçüncü bir kişinin kazanç kaybı sonucu oluşan, malvarlığı zararı niteliğindeki yansıma zararının varlığı yatmaktadır. Zarar verenin mülkiyet ihlâli nedeniyle oluşan zararın yanında, üçüncü kişinin kazanç kaybı zararının da var olması halinde, zarar verenin sorumluluğunun sadece mutlak

¹⁹³ Motorlu araç sahiplerinin sorumluluğunu düzenleyen Art. 58 Abs. 1 “*Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden.*” şeklindedir. Madde metninin açık ifadesinden de anlaşılabilceği gibi, motorlu araç sahipleri sadece kişiye ve mala verilen zararlardan ötürü sorumludurlar.

¹⁹⁴ İsviçre ve Alman Federal Mahkemelerinin, kablo kesilmesi vakıalarında verdikleri kararları karşılaştırmalı olarak inceleyen bir çalışma için bkz.: Alfons Bürge, “Die Kabelbruchfaelle”, **Juristische Blaetter 1981**, 103, s.61,62.

¹⁹⁵ BGHZ 41, 123= NJW 1964, s.720.

¹⁹⁶ von Bieberstein, **a.g.e.**, s.292; von Caemmerer, **ZHR 1965**, s.248.

¹⁹⁷ Alman Federal Mahkemesinin, sadece üretimin durmasından doğan zararlara karşı koruma sağlanamayacağı yönündeki diğer kararları için bkz.: BGHZ 66, 388 VI. (VI ZR 50/75) = NJW 1976, s. 1740 = VersR 1976, s. 1043; BGHZ 29, 65 (VI ZR 199/57) = NJW 1959, s. 479 .

hak ihlâli ile sınırlı olması ekonomi hukuku açısından ayrıca ele alınması gereken bir durumdur¹⁹⁸.

Yansıma zararının tazmin edilemeyeceği dogması sebebiyle, bir çok ekonomik kaynak, sorumluluk hukukunun korumasından yoksun kalmaktadır. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında yansıma zararının sadece somut norm koruması varlığı halinde mi tazmin edileceği sorununu araştırırken, ulaşılmaya çalışılan cevabın ekonomi hukuku açısından da kabul edilebilir olmasına dikkat edilecektir.

b. İlliyet Bağı Unsuru

(1) Genel Olarak

İlliyet bağı, zararın yanında sorumluluğun doğabilmesi için gerekli olan şartlardandır. Bir kişinin hukuka aykırı fiili sebebiyle herhangi bir zarardan sorumlu tutulup, tazminat hukukunun mekanizmalarının devreye sokulabilmesi ancak meydana gelen zarar ile kişinin fiili arasında illiyet bağının kurulabiliyor olması halinde mümkündür¹⁹⁹. Başka bir ifade ile, kişi ancak fiilinin sebep olduğu zararları tazmin ile sorumlu tutulabilir.

Hukuka aykırı bir fiilin doğrudan sonucu olarak bir zarar ortaya çıkmışsa, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının belirlenmesinde herhangi bir problem yoktur. Ancak oluşan zararın tek sebebi, kişinin hukuka aykırı fiili değilse veya kişi bir fiilde bulunmak suretiyle değil de yapmama şeklinde ortaya çıkan bir fiili ile zarara sebebiyet vermişse; söz konusu zarar ile yapma veya yapmama şeklindeki hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının var olup olmadığını tespit etmek güçtür. İlliyet bağının varlığının kabulü için, zarar ile sonuçlanan olaylar zincirinin başlamasına yol açan bir yapma veya yapmama fiili söz konusu olmalıdır.

¹⁹⁸ BGH'nin vermiş olduğu bu tip bir karar ve ekonomi hukuku açısından anlamı için bkz.: Hans-Bernd Schaefer, "Stromkabelfall: Anmerkung zum Ersatz reiner Vermögensschaden", **German Working Paper in Law and Economics**, Volume 2000, Paper 5, s. 1 vd. .

¹⁹⁹ Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s.1 (Buradan sonra Eren, Uygun İlliyet Bağı şeklinde atıf yapılacaktır).

Zarar ile fiil arasında mantıki illiyet bağının bulunmadığı hallerde failden zararın tazmini istenememesi sorumluluk hukukunun temel ilkelerinin gereğidir. Buna karşın; faili fiili ile mantıki illiyet bağı bulunan her zarardan sorumlu tutmak da adaletli bir çözüm yolu değildir. Zarar ile zarara sebebiyet veren fiil arasında, hangi ölçütlere göre illiyet bağının varlığının kabul edilmesi gerektiği konusunda doktrinde çeşitli teoriler üretilmiştir. Yansıma zararının varlığı halinde aranacak illiyet bağına temel oluşturması açısından aşağıda bu teorilerden kısaca bahsedilecekse de; esas olarak yansıma zararı ve yansıma zararının tazmin edilebilirliği üzerinde yoğunlaşan bu çalışmanın sınırları göz önüne alındığında, illiyet bağı teorilerinin ayrıntıları ile ele alınması imkânı yoktur.

(2) İlliyet Bağına İlişkin Teoriler

(a) Şart Teorisi

Şart teorisi²⁰⁰; zarara sebebiyet vermekte, “*condicio sine qua non*” niteliğinde olan her fiili ve ihmali, eş değerde görmek suretiyle illiyet bağını kurar. Şart teorisi uyarınca, zarar ile sonuçlanan ve o olay olmasaydı zararın doğmayacağı düşünülen her fiil, eş değerli olarak, zararın sebebi niteliğinde ele alınacaktır. Söz konusu fiillerden birinin var olmaması halinde ise zarar meydana gelmeyeceği kabul edilir²⁰¹.

Şart teorisi, zararı meydana getiren şartlar arasında bir ayırım yapmaz; diğer bir ifade ile söz konusu teori açısından bütün şartlar eşit öneme sahiptir. Bu durum ise, olaylar zincirinin sınırsız bir şekilde uzamasına yol açabilecektir. Şöyle ki, bir zararın meydana gelmesine sebep olan sayısız şart vardır ve fakat şartlardan bazıları zarar sonucunu doğuran olayın gerçekleşmesi ile ilgili değil, sadece olayın vasfının belirlenmesinde etkili olacak niteliğe sahip olabilirler. Ancak zarar sonucunu

²⁰⁰ Şart teorisine (*Die Bedingungstheorie*) aynı zamanda eş değerlilik (*Die Aequivalenztheorie*); zorunlu şart teorisi (*condicio sine qua non*) de denilmektedir.

²⁰¹ **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 45; **Palandt/Heinrichs**, vor § 249 Rn. 57; Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor § 249-253 Rn. 30; **MünchBGB/ Oetker**, §249 Rn. 98; Hans Lauri, **Kausalzusammenhang und Adaequanz im schweizerischen Haftpflicht-und Versicherungsrecht**, Bern, 1976, s.11; Looschelders, **a.g.e.**, § 46 Rn. 895; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**,§ 13 Rn. 8; Brox/Walker, **a.g.e.**,§ 30 Rn. 2; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.21 vd. .

meydana getiren şartlardan her birini sebep saymak, sorumluluk alanının sınırsız bir şekilde genişlemesine yol açacaktır.

Şart teorisinin kabul edilmesi halinde, fail fiilin en uzak sonuçlarından; başka bir ifade ile neredeyse bütün dolaylı zararlardan sorumlu olacaktır. Failin sorumluluğunun bu denli genişlemesi, adil olmayan sonuçlar doğurabilir; dolayısıyla şart teorisinin; sorumluluğu adalete aykırı bir şekilde genişletmesinin sınırlandırılması gerekmektedir²⁰².

Şart teorisini savunanlar, teorinin sorumluluğu sınırlamaktaki başarısızlığına yönelik eleştirileri, kusur kavramı ile gidermeye çalışmışlardır. Buna göre, fail sadece fiilin önceden görülebilecek sonuçlarından sorumlu tutulacaktır. Bu görüş, sorumluluğun kusura dayandığı ceza hukuku açısından kabul edilebilirse de, tazminat hukuku açısından; özellikle de objektif sorumluluk hallerinde kabul edilemez²⁰³. Bunun yanında şartlar arasında ayırım yapmak suretiyle, şart teorisinde bir takım değişiklikler yaparak adalete uygun hale getirmeye çalışan görüşler de mevcuttur²⁰⁴. Ancak hukuki illiyet ile mantıki illiyeti eş değer olarak kabul eden şart teorisinin bugün için fazla bir taraftarı yoktur.

(b) Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Alman hukukunda, illiyet bağı meselesi ondokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren üzerinde incelemeler yapılan bir konu olmaya başlamıştır. Bu arayışlar içerisinde uygun illiyet bağı teorisi²⁰⁵, şart teorisinin sorumluluk alanını hakkaniyete

²⁰² Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.28.

²⁰³ Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn. 637; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, § 53 Rn. 623.

²⁰⁴ Bu teorilere örnek olarak; en etkin şart teorisi (wirksamste Bedingung), ağır basan şart (überwiegende Bedingung), yakın sebep (causa promixa), son şart (letzte Bedingung), aktif şartlar (aktiven Bedingungen) olarak sayılabilir. Bu teorilere getirilen eleştiri ise, bir sonucun oluşmasında birden çok şart olması halinde, şartların hangisinin etkin olarak kabul edileceğinin ne şekilde belirleneceğinin belirsiz olduğu yönündedir. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.75.

²⁰⁵ Uygun illiyet bağı teorisi bir hukukçu tarafından değil, Freiburglu bir fizyolog olan v. Kries'in, 1888 yılında olasılık teorisi hakkında yaptığı bir çalışmasının yan noktası olarak ortaya çıkarılmıştır. v. Kries'a göre, şartla sonuç arasındaki bağ genelleştirilebiliyorsa, sonuç ile şart arasında uygun illiyet bağı vardır. Ancak v. Kries, illiyet bağına ilişkin görüşlerini sadece ceza hukuku ile sınırlı tutmuştur. Johannes von Kries, **Die Principien der Warscheinlichkeitsrechnung-eine logische Untersuchung**, Freiburg, 1888; Johannes von Kries, "Über den Begriff der objektiven Möglichkeit

aykırı olarak genişletmesinin yaratabileceği adaletsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla geliştirilmiştir²⁰⁶. Alman²⁰⁷ ve İsviçre hukuku'nda²⁰⁸ da olduğu gibi Türk sorumluluk hukuku'nda²⁰⁹ da uygun illiyet bağı teorisi (*Die adaequate Kausalzusammenhangstheorie*) baskın görüş niteliğindedir.

Uygun illiyet bağı, genel tecrübeler ve olayların normal akışına göre bir fiilin meydana getirebileceği zararlar arasındaki mantıki illiyet bağı olarak tanımlanmaktadır²¹⁰. Önemli olan failin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların olağan akışına göre kabul edilebiliyor olmasındadır²¹¹.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, A kişisi B kişisini bir trafik kazasında yaralıyor. Bu yaralanma sebebiyle B hastaneye gitmek ve ameliyat olmak zorunda

und einige Anwendungen desselben" **Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie**, 1888, s.179 vd. .

²⁰⁶ v. Kries'dan sonra uygun illiyet bağı kavramının Alman Hukukundaki ilk temsilcileri; Rümelin ve Traeger'dir. Rümelin uygun illiyet bağı teorisini özel hukuk açısından ilk dile getiren kişidir. Max. Rümelin'e göre, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağı olma olasılığı genel deneyimlere göre belirlenir. Rümelin söz konusu genel deneyimlerin, kişiden kişiye değişebilmesi veya eksiksiz ve mutlak olmamasına rağmen objektif olduğunu kabul etmektedir. Max Rümelin, "Der Verwendung der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht", **AcP 1900**, 90, s.190 vd.

Trager'e göre ise; belirli bir sonucun şartı olarak görünen bir davranış veya herhangi bir olay, gerçekleşen türden bir sonucu genel olarak kolaylaştıran bir şartsa fiil ve olay söz konusu sonucun uygun şartıdır. Ludwig Traeger, **Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht**, Marburg, 1904, s.165 vd. .

²⁰⁷ Ernst von Caemmerer, **Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht**, Freiburger Universitaetsreden, Neue Folge, Heft 23, Freiburg, 1956, s.5.

²⁰⁸ Oftinger, olayların normal akışına ve genel hayat deneyimlerine göre ortaya çıkan sonucun oluşumunu önemli bir biçimde kolaylaştıran sebep sorumluluğa yol açar. Karl Oftinger, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, 4. Bası, Zürich, 1975, s.72. Başka bir görüşe göre ise, sorumluluğa sebebiyet veren olgu genel yapısı itibarıyla belli bir zararı meydana getirmeye elverişli ise, söz konusu sebep sonuç açısından uygundur. Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, 3. Bası, Zürich, 1979, s.97. Aynı yöndeki federal mahkeme kararları için bkz.: BGE 41 II 90,94; BGE 81 II 439, 445; BGE 96 II 392,396; BGE 107 II 269, 276.

²⁰⁹ Türk Hukukunda da, hukuka aykırı fiil, olayların olağan akışına ve hayat deneyimlerine göre meydana gelen zararın oluşmasına sebebiyet vermişse, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilir. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.77; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.51.

²¹⁰ Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, vor § 249 Rn. 59; Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor § 249-253 Rn. 31; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 104; Medicus/Lorenz, **a.g.e.**, § 55 Rn. 638; Looschelders, **a.g.e.**, § 46 Rn. 901; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 30 Rn. 8; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.52.

²¹¹ **KommBGB/Schubert**, § 249 Rn. 46; **Palandt/Heinrichs**, vor § 249 Rn. 60; Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor § 249-253 Rn. 32; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 106; Looschelders, **a.g.e.**, § 46 Rn. 902; Westermann/Bydlinski/Weber, **a.g.e.**, § 13 Rn. 11; Brox/Walker, **a.g.e.**, § 30 Rn. 9.

kalıyor. B'ye, ameliyat sonrası hastaneden grip enfeksiyonu bulaşıyor ve bu sebeple hastanede kalma süresi uzuyor. Bunun yanında B'nin hastanede kaldığı süre zarfından cüzdanı çalınıyor. Somut olayda A grip enfeksiyonu sebebiyle artan zararları ve cüzdanın çalınması sebebiyle oluşan zararları tazmin etmekle yükümlü olacak mıdır? Uygun illiyet bağı teorisi uyarınca bir hastanın, hastaneden enfeksiyon kapması objektif olarak tahmin edilebilecek bir durumdur. Makul bir kişi, B'ye hastaneden enfeksiyon bulaşabileceğini hesaba katabilir. Ancak aynı şey B'nin cüzdanının hastaneden çalınması için söylenemez. B'nin cüzdanının hastaneden çalınması hayatın olağan akışına ve genel deneyimlere uygun bir durum değildir²¹².

Hakkaniyet düşüncelerine ve pratik ihtiyaçlara dayanan, uygun illiyet bağı teorisinin sorumluluğu kurma (*Haftungsbegründende Kausalität*) ve sorumluluğu sınırlamak (*Haftungsausfüllende Kausalität*) üzere iki fonksiyonu vardır²¹³. Sorumluluğu kuran illiyette bir zarara sebebiyet veren kişinin sorumlu olup olmayacağı belirlenir²¹⁴. Buna karşın sorumluluğu sınırlayan illiyette, failin sorumluluğunun kabul edildiğinden hareketle, fiilin sebep olduğu hangi sonuçlardan sorumlu olacağı ele alınır²¹⁵. Diğer bir ifade ile belirli bir hukuk normunu ihlâl eden sonuç ile zarar arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisinin varlığı aranır.

Uygun illiyet bağı teorisinde, hâkimin illiyet bağının var olup olmadığını, fiilin vuku bulmasından sonra objektif olarak mı, yoksa failin bu sonucu önceden öngörebilecek bir durumda olup olmadığına bakarak mı belirleyeceği tartışmalıdır²¹⁶. Hakimin, objektif olan ve sonucun oluşmasından sonra

²¹² Örnek Looschelders, **a.g.e.**, § 46 Rn. 903, 904'den alınmıştır.

²¹³ Erman/Ebert, **a.g.e.**, vor § 249-253 Rn. 28; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 100.

²¹⁴ Örneğin tazminat yükümlülüğü altında olan kişinin fiili ile zarar görenin beden bütünlüğünün ihlâl etmesi veya bir eşyasına zarar vermesi halinde sorumluluğu doğuran normun ihlâl edilip etmediği sorumluluğu kuran illiyetin alanına girer. Larenz, **a.g.e.**, s. 432; **Palandt/Heinrichs**, vor § 249 Rn. 55; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 101.

²¹⁵ **Palandt/Heinrichs**, vor § 249 Rn. 56; **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 102.

²¹⁶ Fiilin zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı incelemesi yapılırken bu fiilin işlendiği anda bilinmesi mümkün şartların dikkate alınmasına önceden tahmin teorisi denilmektedir. Bu teori de kendi içinde sübjektif önceden tahmin teorisi ve objektif önceden tahmin teorisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sübjektif önceden tahmin teorisi; failin fiilini gerçekleştirdiği anda bilebileceği şartları dikkate alarak bir değerlendirme yapmaktadır. v.Kries, **a.g.m.**, s.228, 229. Objektif önceden tahmin teorisi ise; failin değil ortalama bir insanın bilebileceği şartları dikkate alır. Traeger, **a.g.e.**, s. 159,

bulunabilecek şartları dikkate alması gerektiğini savunan sonradan değerlendirme teorisi²¹⁷, doktrinde baskın olarak kabul edilen bir görüştür. Hakime takdir yetkisinin tanınmış olması, her somut olayda en adil sonucun ortaya çıkması açısından olumlu bir yaklaşımdır. Hakim takdir yetkisini kullanırken hayat tecrübesi olan tarafsız bir kişi olarak hareket edecek²¹⁸ ve gerektiğinde dolaylı; olağan dışı sonuçları MK.m.2 uyarınca dürüstlük kuralı çerçevesinde törpüleyebilecektir.

Uygun illiyet bağı teorisine getirilen eleştirilerden bir tanesi de, uygun illiyet bağı teorisinin sorumluluğun başka şartları ile illiyet bağının tespiti şartının karıştırılmasına yol açabileceği yönündedir²¹⁹. Bu görüşe göre, illiyet bağının varlığına dair bir karine oluşabilmesi için, zararı doğuran eylem veya ihmalin varlığı kanıtlanmalı ve illiyet bağı bulmaya yarayan kriteri koyan bu teoriye, “gerçek illiyet kuramı” denilmelidir²²⁰.

Zararın meydana gelmesinde birden çok sebebin bir arada veya arka arkaya etkili olmuş olması, illiyet bağı kavramı açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Zarara sebebiyet veren birden çok sebep bulunması halinde; birden çok sebebin var olmasına rağmen sebeplerden sadece biri bakımından illiyet bağının kabul edildiği haller ve birden çok sebebin müşterek olarak sorumlu olduğu haller olmak üzere, ikili bir ayrıma gitmekte yarar vardır.

Birden çok sebebin varlığına rağmen sebeplerden sadece biri açısından illiyet bağının varlığının kabul edildiği hallerde; ya illiyet bağının kesilmesi ya da öne

160. Bu tartışmalarla ilgili olarak bkz.: Walter Lanz, **Alternativen zur Lehre vom Adaequaten Kausalzusammenhang**, Frankfurt, 1974, s.60 vd. .

²¹⁷ v.Kries’in ilk kez sözünü ettiği uygun illiyet bağı teorisini, geliştirmek adına Rümelin, uygun illiyet bağının tespitinde işe yarayacak değişik bir kriter ortaya atmıştır. Buna göre, uygunluk kararına varılmasında, sorumluluğu doğuran fiil veya olay yanında dikkate alınacak olan şartlar önceden değil, sonradan değerlendirilmelidir. Diğer bir ifade ile, fiilin ifası sırasında var olan; o anda veya sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek olan her şart hesaba katılmalıdır. İşte ilk kez Rümelin tarafından ortaya atılan ve bugün baskın olarak kabul edilen bu görüş, objektif sonradan değerlendirme teorisi (objektiv nachträglich Prognose) olarak adlandırılmaktadır. Rümelin, **a.g.m.**, s. 224.

²¹⁸ Hâkimin mağdurun kendisinden kaynaklanan özellikleri dikkate alıp almayacağı meselesi de tartışmalıdır. Bu konuda hâkim görüş, mağdurun bünyesinden kaynaklanan sebeplerin yol açtığı zararlardan, bu sebeplerin etkili olmasına yol açan failin sorumlu tutulması; ancak tazminatta indirim yapılması yönündedir. **MünchKomm/ Oetker**, § 249, Rn. 137; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.520.

²¹⁹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 5 N.11.

²²⁰ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 5 N.9.

geçen illiyet bağı söz konusu olur. İlliyet bağı kesen sebebin²²¹, ilk sebebi arka plana itmesi için yeterli derecede yoğun ve şiddetli olması gerekir²²². Öne geçen illiyet bağında, birinci sebep zararı meydana getirmiş; ikinci sebep ise büyük olasılıkla aynı zarara sebebiyet verecek olsa da, birinci sebep ikinci sebebin önüne geçmiştir. Değişik bir ifade ile mevcut birden fazla sebebe rağmen sadece bir sebep ile zarar arasında illiyet bağı kurulabilmektedir.

Birden çok sebebin zararın oluşmasında müşterek sorumlu oldukları haller ise şöyle özetlenebilir. Zararı meydana getirmekte her biri tek başına başarılı olmayan birden çok sebebin varlığı halinde, müteselsil sorumluluk doğar. Zararın oluşmasını sağlayan sebepleri ifa edenlerin birbirlerinden haberdar olmamaları halinde ise eksik teselsül doğar. Birbirinden bağımsız, birden çok sebebin tek ve aynı zararı meydana getirdiği zaman yarışan illiyet bağından söz edilir. Zarara sonucunu doğuran fillerin faileri hep birlikte sorumlu olup, kusur derecelerine göre birbirlerine rücu etme imkânına sahiptirler.

Uygun illiyet bağı teorisi her ne kadar, hayatın olağan akışına ve genel deneyimlere dayansa da, yansıma zararının varlığı halinde hayatın olağan akışından söz etmeye imkân yoktur. Yansıma zararına sebebiyet veren olay, hayat içerisinde çok sık karşılaşılmayan ve zararın dolaylı olarak üçüncü kişilere sirayet etmesine yol açabilir. Uygun illiyet bağının sadece hayatın olağan akışından hareket edip sorumluluğun dayandığı normun amacını göz önüne almaması; sebep sonuç ilişkisinin saptanmasında sadece mantık kurallarıyla yetinmesi ve zarara yol açan eyleme geriye doğru objektif olarak bakması sorumluluğu sınırlarken yetersiz kaldığını göstermektedir.

İşte bu nedenlerle uygun illiyet bağı teorisi, sorumluluğu sınırlayıcı başka bir teori olan normun koruma amacı teorisi ile tamamlanmalıdır²²³. Doktrinde kimi yazarlarca bağımsız bir sorumluluk şartı olarak kabul edilse de, normun koruma

²²¹ İlliyet bağı kesen nedenlere örnek olarak; mağdurun kendi kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep verilebilir.

²²² Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.80.

²²³ Haluk Tandoğan, "Hukuka Aykırılık Bağı", **Sorumluluk Hukukundan Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 7-8. (Buradan sonra Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı** olarak atıflandırılacaktır.)

amacı teorisini uygun illiyet bağı kavramı açıklandıktan hemen sonra ele almanın, her iki kurumun benzerlik ve farklılıklarını vurgulamak açısından önemli olacağı ön kabulü ile aşağıda kısa bir şekilde normun koruma amacı teorisinden söz edilmeye çalışılacaktır.

(c) Normun Koruma Amacı Teorisi

Uygun illiyet bağı teorisinin sorumluluğu sınırlamakta yetersiz kalması nedeniyle ortaya çıkan ve amacı sorumluluğu sınırlamak olan normun koruma amacı teorisinin²²⁴ iki işlevi vardır. Bu işlevlerden ilki sorumluluğun kurulması diğeri ise sorumluluğun sınırlandırılmasıdır. Uygun illiyet bağı teorisinin de sorumluluğu kurucu ve sınırlayıcı etkisi olsa da²²⁵, uygun illiyet bağı zarar ile sorumluluğu doğuran eylem ve olay arasında bir ilişki kurarken, normun koruma amacı teorisi sorumluluğu öngören normun koruma amacıyla zarar gören kişiler, ihlâl edilen hukuki varlıklar, ihlâl şekilleri veya yaratılan tehlike arasında bir ilişkiyi içerir²²⁶. Öte yandan uygun illiyet bağı teorisi hayatın olağan akışı gibi olasılık ölçütlerine dayanırken, normun koruma amacı teorisi ise ihlâl edilen normun koruma amacından hareket ve sorumluluğun sınırlanmasını normatif sorun olarak ele alır²²⁷.

Normun koruma amacı teorisinin uygulanabilir olması için ilk olarak içeriği belirlenecek olan bir normun tespit edilmesi gerekir. Söz konusu norm hem failin ihlâl ettiği norm niteliğinde hem de hukuka aykırılık unsurunun temelinde yatan

²²⁴Alman, İsviçre, Türk hukuk çevrelerinde “normun koruma amacı” teorisi kavramı ile “hukuka aykırılık bağı” kavramları birbirleri yerine sıklıkla kullanılmaktadır. Atamer, **a.g.e.**, s.73. Türk hukukunda, Eren “hukuka aykırılık bağı” ve “normun koruma amacı” kavramlarını birlikte kullanmış, Tandoğan ise “ hukuka aykırılık bağı” kavramını tercih etmiştir. Bkz.: Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s.461; Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s.5.

Bu çalışmadan “normun koruma amacı” kavramının kullanılmasının tercih nedeni, söz konusu kavramın daha kapsayıcı olması ve “hukuka aykırılık bağı” kavramının haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından hukuka aykırılık kavramı ile bütünleşme tehlikesinin olmasıdır. Aynı yönde bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s.73, 74; Yıldız Abik, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.: 2010, C.: 59, S.: 3, s. 356, 357.

²²⁵ Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 54 (Buradan sonra Eren, Uygun İlliyet Bağı şeklinde atıf yapılacaktır).

²²⁶ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 24-25.

²²⁷ Tandoğan, uygun illiyet ve normun koruma amacı teorileri arasındaki bu farklılıklar göz önünde alındığında normun koruma amacı teorisinin (hukuk aykırılık bağı) uygun illiyet bağı kavramının altında değil, ondan bağımsız bir kavram olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 25.

norm niteliğindedir²²⁸. BK.m.41 ve onu karşılayan yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 49. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” ifadesi hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiğine bir açıklık getirmemektedir²²⁹. Hukuka aykırılık kavramına ilişkin bu muğlaklık hakime bütün yazılı ve yazılı olmayan hukuk normlarını tespit edip önüne gelen olaya uygulama ödevi yükler. Hakim BK.m.41'in koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken, öncelikle mevcut bir normun varlığından ve söz konusu normun ihlâl edilip edilmediğinden emin olmalıdır. Hakim normun varlığını ve normun ihlâl edildiğini tespit etmekle yetinmeyip, ayrıca ihlâl sonuçlarının normun koruma amacının kapsamına girip girmediğini incelemelidir²³⁰.

Objektif hukuka aykırılık teorisinin hakim olduğu Türk/İsviçre hukukunda mutlak hakların ihlâlinde BK.m.41'in temel koruma normlarına yollamada bulunduğu kabul edilir. Buna karşılık mutlak hak ihlâli olmaksızın meydana gelen malvarlığı zararlarının tazmin edilebilmesi için bir koruma normunun ihlâl edilmesi gerekir²³¹. Yansıma zararı da bir mutlak hak ihlâli olmaksızın ortaya çıkan malvarlığı zararı niteliğinde olduğu için, tazmin edilip edilemeyeceği ancak hakimin söz konusu koruma normunun varlığını tespit etmesi halinde mümkündür.

Belirlenen normun koruma amacı saptanırken, zarar görenin yasanın koruduğu kişiler arasında yer alıp almadığı, zarar verilen değer yasanın korumak istediği bir değer olup olmadığı ve zararın yasanın engellemek istediği türde bir davranış veya tehlike sonucunu meydana getirip getirmediğine dikkat edilecektir²³².

Normun koruduğu kişilerin çevresi yansıma zararının tazmin edilmemesinin en önemli sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkar. Yukarıda verilen elektrik

²²⁸ Atamer, **a.g.e.**, s.100.

²²⁹ Borçlar Kanunu'nun 2005 tarihli halinde ise hukuka aykırılığa ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmişti. 2005 tarihli tasarının 56. maddesinde “*Hukuk düzeninin malvarlığı veya kişi varlığı değerlerini zarardan korumak amacıyla koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlar, hukuka aykırıdır.*” düzenlemesi yer almaktaydı. Aynı tasarının 57. maddesinde ise hukuka aykırılığı kaldıran sebepler tek tek sayılmıştı.

²³⁰ Atamer, **a.g.e.**, s.75.

²³¹ Atamer, **a.g.e.**, s.75.

²³² Atamer, **a.g.e.**, s.80.

kablolarının kesilmesi sonucunda üretime duran fabrikanın yansıma zararının tazmin edilmesi iki şekilde gerekçelendirilmiştir. Alman Federal Mahkemesi verdiği kararını gerekçelendirirken, fabrikanın üretiminin durmasını değil tavuk üretim çiftliğindeki civcivlerin ölmesini, başka bir ifadeyle fabrika sahibinin civcivler üzerindeki mülkiyet hakkın ihlâl edilmesini dikkate alarak tazminat olanağı tanıdığı altını çizmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise StGB Art.296'nın, bireyleri malvarlığı zararlarına karşı da koruma amacına sahip olduğu gerekçesi ile tazminata olanak tanımıştır. İki mahkeme sonuç itibariyle aynı karara varmışsa da, temel de farklı gerekçelere dayanmıştır.

Buzlanma halinde kaldırıma tuz dökülmesi yükümünü ihlâl eden kişinin, kayarak düşen müzisyenin veremediği konser dolayısıyla organizatöre bir tazminat ödemek zorunda olmadığını uygun nedensellik bağının yokluğuna dayanarak reddedilmesi de eleştirilmiştir²³³. Zira burada var olmayan uygun nedensellik bağı değildir. Yukarıda da anılan ünlü Tenor Vakıasında olduğu gibi, organizatörün uğramış olduğu zarar uygun nedensellik bağı içerisindedir ve fakat tazminat talebine olanak veren normun koruduğu kişilerin içerisinde organizatör olmadığı için tazminat talebine olumlu yanıt verilmemelidir. Yargıtay da bu yönde kararları mevcuttur²³⁴.

Ancak Yargıtay'ın aynı hukuk dairesi Atatürk hakkında hakaret içeren sözler üzerine kişilik hakkının ihlâl edildiğini iddia eden bir vatandaşın manevi tazminat

²³³ Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s.461,472.

²³⁴ Yargıtay 1992 yılında verdiği bir kararında, bir trafik kazasında yaralanan kişinin yanında çalıştığı işletmenin, onun yokluğu nedeniyle uğradığı kazanç kaybına ilişkin tazminat talebini, uygun nedensellik bağı olmaması sebebiyle reddeden yerel mahkemenin kararının gerekçesinin değiştirilmesi şartıyla onamıştır. Yargıtay red kararının gerekçesi olarak, kazanç kaybına uğrayan şirketin trafik normunun korumak istediği kişiler arasında olmamasını vurgulamıştır. **Y.4.HD. 25.02.1992 T. 12979/2257 (YKD. 1992/6, s.861)**

Aynı şekilde Yargıtay 1978 yılında verdiği bir kararına konu olan olayda davalılar, balık avına çıkmak üzere Denizcilik Bankası'na ait Yeşilköy Romorkörün'nün kusurlu davranışı yüzünden diğer davalıya ait Başkanlar adlı av motoruna çarparak batmasına neden olduğunu, oysa davalı (A)'ya ait motorla balık avına çıkmak üzere, evvelce anlaştıklarını ve bu kaza nedeniyle balık avına çıkamadıklarını ve bu yüzden zarara uğradıklarını ileri sürerek, zararlarının her iki davalıdan tahsilini istemişlerdir. Yargıtay kararında davalı Denizcilik Bankasına ait bir deniz aracı kusurlu davranışı ile diğer davalının balıkçı teknesini batırdığını ve davalı Denizcilik Bankası'nın kullandığı adamı Deniz Ticaret Hukukunun öngördüğü kuralları çiğnediğini belirtmiştir. Söz konusu ihlâl edilen koruyucu kuralın, doğrudan doğruya diğer davalının deniz aracını koruyan bir kural olduğunun altını çizerek, tazminat talebini reddetmiştir. Y. 4. HD. 13.03.1978 T., 1977/5312 E., 1978/3193 K. (www.hukukturk.com.tr).

talebini, davacıyla Atatürk arasında nesep bağı bulunmaması ve yansıma yoluyla kişilik haklarının zedelenmesi dolayısıyla davalının sorumlu tutulmaması ilkesi gereğince davayı reddeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay'ın 4. Hukuk Dairesi bozma kararı, "...Oysa, ileri sürülen sözlerin davalıya ait olduğunun benimsemesi durumunda mağduriyet iki yönlü gerçekleşmiş olur. Birincisi, doğrudan kişilik haklarına saldırıdır: Atatürk'ü benimsemek zina ürünü olma gibi yorumlanmıştır. Toplum için söylenen sözler bakımından bireylerin dava açamamaları, o toplumun küme niteliğiyle ilgilidir. Olayda büyük Türk Ulusu ve onun bireyi olma söz konusudur. İkincisi Atatürk'e yönelen sözler dolayısıyla kişilik haklarına saldırıdır. Atatürk'ün doğum yerinin Selanik olması ve kendisini kanunla Atatürk ilan etmesi, küçültücü bir olgu olarak ele alınmıştır. Anayasa'nın 176. maddesi gereğince başlangıç kısmı, Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç kısmının üç, on ve onbirinci paragrafları şöyledir: Anayasa, "Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda; anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere Türk Milleti tarafından, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet ve sevgisine emanet ve tevdi olunur." Anayasa, bayrakta olduğu gibi Atatürk'ün Türkiye Cumhuriyetindeki yerini belirlemiş; Türk evladı ile bağlantısını kurmuş ve O'na karşı görevlerini ise vatan ve millet sevgisine emanet etmiştir. Böylece Anayasal bağlantıyla ve yukarıda açıklanan nedenle davacı, Atatürk konusunda aktif hak ehliyetine sahip olmaktadır. Öyleyse isteği incelenmelidir. Yerel mahkemece, bu düzenleniş ve doğrudan davacının kişilik haklarına saldırının varlığı gözetilmeksizin davanın, aktif h. yokluğu nedeni ile reddedilmiş olması, bozmayı gerektirir." gerekçelerine dayandırmıştır²³⁵.

Oysa sadece sorumluluğu doğuran davranış veya olay ile uygun illiyet bağı içinde olan zararlar, ihlâl edilen normun koruma alanına giriyorsa tazmin edilebilir. Davranış hukuka aykırı olsa bile, bundan doğan zararlı sonuçlar, ihlâl edilen normun koruması alanına girmiyorsa, sorumluluk, hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığı için, söz konusu olamaz. Yukarıda normun koruma amacı teorisi incelenirken hakimin her normun konusu, korunacak şahıs veya şahıslar çevresi, ihlâli

²³⁵ Y.4.HD. 23.05.1995 T. 1994/6361 E., 1995/4352 K.(www.hukukturk.com.tr).

yasaklanan belirli varlıklar ve nihayet bu şahıs veya varlıklara verilecek zarar tarzı ile sınırlı olmasına dikkat etmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer ihlâl edilen norm, belirli bir şahsı veya hukuki varlığı korumak yahut da zarar tarzını yasaklamak, önlemek için düzenlenmemişse, bir zarar gerçekleşmiş olsa bile, zarar veren hukuken sorumlu olmaz.

Normun koruma amacı teorisi sorumluluğu sınırlarken zarar gören kişinin kanunun veya ihlâl edilen normun koruma amacını güttüğü şahıs veya şahıslar çevresine dahil olmasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle; ihlâl edilen normun koruma amacını güttüğü şahıs veya şahıslar çevresine dahil olmayan bir kimse, zarara uğramış olsa bile, tazminat talebinde bulunamaz. Davaya konu olan hukuki normun koruma amacı ve çevresi Atatürk'ün manevi kişiliği ile sınırlıdır. Aksi bir düşünüş, dava ehliyeti olan her Türk vatandaşına Atatürk'e hakaret edildiği gerekçesi ile tazminat talebinde bulunma hakkı tanınmış olur. Böyle bir sonuç ise tazminat sorumluluğunun ucunun haksız fiil sorumluluğunun temel ilkelerine aykırı bir şekilde açık kalmasına yol açar. Bu durum ise hukuk ekonomisinin altından kalkamayacağı sonuçların doğmasına sebep olur²³⁶.

Sorumluluğun sınırlandırılması, aralarındaki bütün bu farklılıklara rağmen ancak uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı teorilerinin birlikte uygulanması halinde adalete uygun bir şekilde gerçekleşebilecektir²³⁷. Zira yasa koyucunun faaliyetlerinin değişen yaşam koşullarını sıkı bir şekilde takip etmesi

(3) İlliyet Bağı ve Yansıma Zararı

Hukuka aykırılık unsurunun yansıma zararı açısından önemini vurgulamak amacıyla verilen örneklerden bir tanesi de, elektrik kablosunun kesilmesi vakasıydı. Elektrik kablosunun kesilmesi vakasında, üretimine geçici olarak ara vermek

²³⁶ Söz konusu dava gibi kamuya mal olmuş kişilere veya bir tüzel kişiliğe hakaret edilmesi halinde manevi olarak zarar gördüklerini iddia eden üçüncü kişilerin ve özellikle hakaret edilen tüzel kişiliğe üyelik bağı ile bağlı olan bireylerin tazminat talepleri çalışmanın manevi yansıma zararına ilişkin kısmında daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

²³⁷ Alman Federal Mahkemesi ve doktrindeki hâkim görüş de, normun koruma amacı teorisi ile uygun illiyet bağı teorilerinin tek başlarına sorumluluğu sınırlamaya yetmeyeceği ve gerektiğinde beraber uygulanmalarının gerektiği yönündedir. Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 467.

zorunda kalan fabrika sahibi, yansıma zararını elektrik kablosunun kesilmesine sebebiyet veren işçiden, zararı ile işçinin zarara sebebiyet veren eylemi arasında illiyet bağı olmasına rağmen talep edemeyecektir. Burada yokluğu ile sorumluluğun doğmasını engelleyen unsur, illiyet bağı değil, hukuka aykırılık unsurudur. Ancak, işçinin kestiği kablo fabrika sahibinin mülkiyetinde ise fabrika sahibinin mutlak hakkı ihlâl edilmiş olacak ve iş yerinin doğrudan zarar görmüş olması nedeniyle oluşan zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Anlaşılacağı üzere, kablonun mülkiyeti kime ait olursa olsun illiyet bağının varlığına dair sorulan sorunun cevabı değişmemekle birlikte; somut olayda elektrik kablosunun malikinin kim olduğuna göre, yansıma zararı açısından hukuka aykırılık unsurunun varlığına verilecek cevap değişecektir.

Başka bir örnek vererek, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının yansıma zararının sorumluluğa sebebiyet vermesi açısından öneminin altını çizmek, yararlı olacaktır. Vardiyalı olarak bir fabrikada çalışan işçi, işe giderken yolda kaza geçirir. Meydana gelen kaza sebebiyle, söz konusu işçinin beden bütünlüğü zedelenmiştir. Bunun yanı sıra; işe gidemediği için sadece kendisinin görevli olduğu makine çalışmıyor ve fabrika üretim kaybına uğramıştır. Verilen örnekte, işçinin beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle hastane masraflarını, çalışamaması nedeniyle ücret kaybını kazaya sebebiyet veren kişiden talep edebileceği konusunda her hangi bir tartışma yoktur. Zira işçinin beden bütünlüğünün zedelenmesi ile sonuçlanan kazanın, işçinin mutlak bir hakkını (beden bütünlüğünü) ihlâl ettiği ve söz konusu kaza ile işçinin hastane masrafları, çalışmadığı günler için uğradığı kazanç kaybı arasında uygun illiyet bağı olduğu açıktır. Ancak kaza sonucunda işçinin yaralanması sebebiyle üretim kaybına uğrayan fabrika yansıma zararının karşılanmasını talep edebilecek midir? Meydana gelen kaza ile fabrikanın üretim kaybına uğrayıp zarar görmesi arasında illiyet bağı kurulsa bile, fabrika açısından hukuka aykırılık unsurunun doğmaması, fabrikanın yansıma zararının fail tarafından tazmin edilmesi olanağını ortadan kaldırır. Zira fabrikanın üretiminin aksaması fabrikanın; diğer bir deyişle fabrika sahibinin mutlak bir hakkının ihlâl edilmesinden kaynaklanmamaktadır. Aksine fabrikanın üretiminin aksaması saf malvarlığı zararının meydana gelmesinin bir görünümüdür.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, yansıma zararının hangi durumlarda tazmininin talep edilebileceğini irdelerken, sorumluluk hukukunun vazgeçilmez unsurlarından olan hukuka aykırılık ve illiyet bağı kavramlarını yukarıda anlatıldığı çerçevede değerlendirmeye gayret gösterilecektir. Burada tekrar önemle vurgulanması gereken, yansıma zararının kural olarak tazmin edilmemesinin sebebinin hukuka aykırılık unsurunda yattığıdır. Hukuk aykırılık unsurunun, hangi şartlarda doğacağına verilecek cevap, aynı zamanda yansıma zararının ne zaman tazmin edilebileceğini de aydınlatacaktır.

c. Kusur Unsuru

(1) Genel Olarak

Sözleşmeden doğan sorumluluk kaynağını nasıl borca aykırı davranıştan alıyorsa sözleşme dışı sorumluluk ise kaynağını kural olarak kusurlu eylemden alır. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu açısından kusur kavramı hayati bir öneme sahiptir. Tıpkı zarar kavramının kanunda bir tanımı olmadığı gibi kusur kavramının da pozitif hukuk sistemimizde herhangi bir tanımı yoktur. Kusur; kişinin toplumda kınan, hoş karşılanmayan ve eleştirilen iradi bir davranıştır²³⁸. Hukuk düzeninin kusurlu davranışı korumaması ve yaptırıma bağlamasının sebebi ise söz konusu davranışın normal şartlar altında bireylerden beklenen hareket tarzına uygun olmamasından, normatif düzenin gerektirdiği davranış kalıplarından sapmasından doğmaktadır. Başka bir ifade ile kusur insan iradesinin bir ürünü olan eylem hakkında yürütülen bir değer yargısıdır; irade faaliyetinin kınanabilir olmasıdır²³⁹.

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için kusurun şart olması; alışveriş güvenliğinin sağlanmasında, kişilerin hareket serbestisi içerisinde bulunmalarına olanak tanımaktadır. Buna karşın, gelişen ve değişen ekonomik, sosyal ve teknolojik

²³⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 529; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.492; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 45.

²³⁹ Selim Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara, 21-22 Ekim 1977**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1980, s.41; Nomer, **Maddi Tazminat**, s.70.

yapıyla birlikte zayıf durumda olanları koruma görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüş çerçevesinde korumaya muhtaç olanlar için özel kanunlarla kusursuz sorumluluk halleri yaratılmaya başlanmıştır²⁴⁰.

Hukuki olarak kusur; eylemin failinin hukuka aykırı sonucu istemesi veya ortaya çıkan sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için gerekli olan iradeyi göstermemesi ile meydana gelir. Kusurun varlığından söz edebilmek için kusur ehliyetine²⁴¹, eylemin sonucunun failinin irade faaliyetine bağlanabilmesine²⁴² ve failin hukuka uygun davranabilmesi olanağının²⁴³ varlığına ihtiyaç vardır.

Hukuka aykırılık eylem ile hukuk normları arasında bir çatışma halidir. Objektif nitelikte olan hukuka aykırılığın kusur ile bir ilişkisi yoktur²⁴⁴. Failin kusurlu olması hukuka uygun davranabilme olanağının olup olmasına göre belirlenirken, bir davranışın hukuka aykırılığı başka türlü davranma imkânına bağlı değildir²⁴⁵. Dolayısıyla kusurlu bir eylem mutlak surette hukuka aykırıyken, hukuka

²⁴⁰ Nomer, **Maddi Tazminat**, s.70. Bu sorumluluk hallerinin başında tehlike yaratan işletmeleri, işletenlerin bu işletme sebebiyle doğacak zararlardan sorumlu olmaları gelir.

²⁴¹ Kusur bir tür irade eksikliği olduğu için, failin kusurlu olarak kabul edilebilmesi için eylemi işlediği anda irade hâkimiyetine sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin kusurundan söz edilemez. Kaneti, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi**, s. 50; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 55; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 533.

Tüzel kişinin kusurundan bahsedilemez. Burada kusur, tüzel kişinin organı açısından aranır ve eğer organı oluşturan kişi ya da kişiler kusurlu ise, sorumluluk tüzel kişiye izafe edilebilir. Hüseyin Hatemi, "Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara, 21-22 Ekim 1977**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1980, s.41.129 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 534 .

²⁴² Eylemin sonucunun failinin irade faaliyetine bağlanabilmesi ise ya failin hukuka aykırı sonucu düşünüp, istemesi ya da failin hukuka aykırı sonucun ortaya çıkmasını istememekle birlikte bu sonucu önlemek için somut olayın gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi halinde mümkündür. Dolayısıyla kusur hukuk düzeni içerisinde kast veya ihmâl ile ortaya çıkar. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 46, 48; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 535.

²⁴³ Hukuka uygun davranabilme olanağının olması ile anlatılmak istenen; beklenmedik bir olay, mücbir sebep, cebir veya tehdit gibi durumlarda failin iradesinin hukuka uygun bir şekilde yönetmesinin kendisinden beklenemeyeceğidir.

²⁴⁴ Sorumluluk hukukunda kusur, hukuka aykırılık unsurundan olduğu gibi illiyet bağından da bağımsız bir unsurdur. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 532.

²⁴⁵ Kaneti, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi**, s. 41.

aykırı bir eylem kusurlu olmak zorunda değildir²⁴⁶. Bir davranış kusur olmaksızın gerçekleşse bile hukuka aykırı olabilir, buna karşılık aksi geçerli değildir.

Kusur bir yönü ile sorumluluğu kurma²⁴⁷ bir yönü ile de tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi işlevine sahiptir²⁴⁸. Şöyle ki; BK.m.43/f.1 (YBK.m.51/f.1) uyarınca giderim borcu kusurun ağırlığına göre belirlenecektir. Dolayısıyla zarar görenin de kusuru varsa, zarar verenle kusurları birlikte değerlendirilip giderim borcunun miktarı belirlenecektir. Böylelikle kusur sorumluluğunu sınırlanmasında önemli bir rol oynayacaktır.

Kusur her ne kadar sübjektif niteliğe sahip bir olguysa da, özellikle ihmal ile gerçekleşen kusurun belirlenmesinde failin göstermesi gereken özenin derecesi tespit edilirken objektif ölçütlerden hareket edilmesi gerektiği düşüncesi son yıllarda ağır basmaktadır²⁴⁹. Kusurun objektifleştirilmesi taraftarlarına göre, hakimin bütün sübjektif ölçütleri dikkate almasının güçlüğü ve toplum içerisinde yaşamının zorunlu kıldığı asgari özeni gösterme yükümü kusurun objektif kriterlere göre belirlenmesi için haklı sebepleri oluşturur.

Oysa kusurun objektif ölçütlere göre belirlenmesiyle birlikte kusur kavramı ahlaki temellerden yoksun bırakılmaktadır. Şöyle ki objektif ölçütlerin dikkate aldığı “ortalama ve makul insan”ın dışında kalanların aleyhine işleyen bir sistem ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yaşı ve kilosuna sebebiyle hızlı hareket edemeyen bir kişinin yeşil ışığın yanık kalma süresi içerisinde karşıya geçememesi sonucunda zincirleme trafik kazasına sebebiyet vermesinde ihmalinin olduğu kabul edilir. Olayda ihmalinin varlığı değerlendirilirken failin nitelikleri; yaşı ve kilosuna dikkate alınmayacak, bireylerden olağan ve genel olarak istenilen niteliklere sahip olmamasının sonuçlarına katlanmaları istenecektir.

²⁴⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 530.

²⁴⁷ Buna karşılık kusur sebep sorumluluğunun kurucu unsurlarından biri değildir. Ancak burada da zarar verenin kusurlu olması, söz konusu kusurun mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusuru sebebiyle sorumluluktan kurtulmayı imkânsız kılar. Zira zarar verenin kusuru mücbir sebebin, üçüncü kişinin veya zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesine engel olur. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 532.

²⁴⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 532.

²⁴⁹ Türk hukukunda ihmalin objektifleştirilmesi görüşünde olanlar için bkz.: Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 50 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.539.

Kusurun objektifleştirilmesiyle birlikte²⁵⁰ bir kişiden yapabileceğinden fazlasını istemek ve yapamadığında kendisini kusurlu olarak kabul etmek; kınamak ne sorumluluk hukukunun ne de kusur kavramının ahlaksal temellerine uygundur. Kaldı ki her insan kendi bilgi birikimi, deneyimleri ve yetenekleri uyarınca kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır, dolayısıyla her bireyden beklenen özenin ölçüsü aynı değildir. Aksi bir düşünüş kusur kavramının özüne uygun olmayacak ve kusur olmaksızın kusurlu sorumluluk tesis edilmiş olacaktır. Yapılması gereken, eylemde bulunan kişinin yaptığı hareketin sonuçlarını öngörebiliyor olup olmadığının tespit etmektir.

Borçlar Kanunumuzda ayırt etme gücüne sahip olmayanların kural olarak haksız fiil sorumluluğuna sahip olmayacağı prensibinin geçerlidir. Söz konusu prensibin geçerli olması kusurun objektifleştirilmesi görüşünün kabul edilmediğinin bir kanıtıdır. Kaldı ki sorumluluğun kurulması aşamasında kusurun objektifleştirilmesi prensibi uygulansa bile, giderim borcunun belirlenmesinde bu görüşün uygulanması mümkün değildir.

(2)Kusur ve Yansıma Zararı

Kural olarak zarar gören ve sorumluluğa sebebiyet veren kişi dışındaki bir kimsenin zararın meydana gelmesine sebebiyet veren eylemde kusurlu bir davranışının bulunması tazminat borcunun belirlenmesinde dikkate alınmaz. Üçüncü kişinin kusuru sadece çeşitli açılardan tazminat yükümlülüğüne etkide bulunur²⁵¹.

Üçüncü kişinin kusuru kural olarak tazminat borcunda indirim sebepleri olmasa da yansıma zararının düzenlendiği tek özel norm olan destekten yoksun kalma zararında bu kural farklılaşır. Destekten yoksun kalma tazminatı alacağı halefiyet yoluyla geçen bir alacak olmamasına rağmen destekten yoksun kalanlar

²⁵⁰ Kusurun ahlaki olarak kınanmayı ifade etmesinden böylelikle ayrılmışsa da, gelişen ve değişen yaşam tarzının herkesin karşısındakinden belirli bir standartta davranışı beklemesindeki haklı güveninin korunması düşüncesini ön plana çıkarmıştır. Atamer, **a.g.e.**, s.31.

²⁵¹ Alacağın temliki veya külli halefiye yoluyla elde ettikleri alacaklar konusunda üçüncü kişi sayılmazlar ve seleflerinin kusurlarından sorumlu olurlar. Nomer, **Maddi Tazminat**, s.114.

desteğin kusurunu üstlenirler²⁵². Desteğin kendi kusuru ile kendisine zarar vermesinin sonucuna da katlanacak olanlar gene destekten yardım alanlar olacaktır. Desteğin kusuru oranında destekten yoksun kalma tazminatında indirime gidilecektir. Böylelikle bir kimsenin yaralanması ve ölümü ile tazminat alacağına hak kazanan kişiler, mağdurun kusurunu yüklenmiş olacaklardır.

Yargıtay da güncel kararlarında²⁵³ “...BK.nun 44/1 maddesi uyarınca, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz ilkesine dayanmaktadır. Zararın artmasına veya doğmasına sebep olan kişi sonuçlarına katlanmalıdır. Borçlar Yasası 51/2 maddesi hükmüne göre de, öncelikle haksız fiil sorumlusuna zararın tümü yüklenmiş bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, nasıl ki desteğin ölümü sebebiyle meydana gelen zararın yansıma yoluyla destek görenleri de etkilediği kabul ediliyorsa desteğin kusurlu davranışları da aynı şekilde destek görenlere yansır. Hal böyle olunca; Borçlar Yasası 44. madde hükümlerine göre, işletenin destek sağlayan kişiye karşı ileri sürebileceği defileri, destekten yoksun kalanlara karşı da ileri sürebilecek olmasına göre işleten dolayısı ile sigorta zararın oluşumunda sürücünün de birlikte kusurlu olduğunu ileri sürebilecektir.” ifadelerini kullanmak suretiyle destekten yoksun kalanların desteğin kusurunu taşıması gerektiğinin altını çizmiştir.

Bu sonuç yansıma zararı açısından değerlendirildiğinde ortaya şöyle bir sonuç çıkmaktadır: Yansıma zararlarda haksız fiile doğrudan muhatap olan kimsenin kusuru, dolaylı şekilde zarara uğrayan üçüncü kişinin zararı tazmin edilirken indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Mağdur temyiz kudretine sahip olmayan biri ise, o takdirde onun davranışları hakkaniyet gerektiriyorsa BK.m.54’e kıyasen yansıma zararına uğrayan kimse hakkında da indirime yol açabilir.

Aynı şekilde çocuklarını kaybeden anne ve babanın ölen çocuğun gelecekteki desteğinden mahrum kalacakları iddiası ile dava açtıklarında, zarar veren anne ve babanın çocuğun zarar görmesini engellemek için gerekli olan özeni göstermemiş olduklarını ileri sürerek tazminattan indirim yapılmasını talep edebilir. Anne ve baba gerekli özeni göstermiş olsaydı hem çocuklarının zarar görmesini hem

²⁵² Nomer, **Maddi Tazminat**, s.114, dn.257.

²⁵³ Y.17. HD. 22/12/2009 T., 2009/6687 E., 2009/ 8729 K.; Y.17.HD. 22/12/2009 T., 20085970 E., 2009/8754 K.; Y.11.HD. 07/04/2009 T., 2007/14114 E., 2009/2971 K. (www.hukukturk.com arşivi).

de kendilerinin zarara uğramasını engelleyebilecekti. Destekten yoksun kalma zararı dışında üçüncü kişilerin kusurlu hareketleri ile zararın meydana gelmesinde etkilerinin bulunması indirim sebebi teşkil etmez, sadece zarardan sorumlu olanların sayısını artırır.

Yansıma zararın tazmini için gerekli olan özel normun varlığı (destekten yoksun kalma zararı gibi) veya geniş yoruma veya örtülü boşluğun amaca göre yorum ile doldurulmasına olanak tanıyan durumlarda kusurun aranıp aranmaması sorunu sadece yansıma zararlarını ilgilendiren bir sorun değildir. Haksız fiil sorumluluğunun doğması için, kural olarak, hukuka aykırı kusurlu bir davranışın varlığı zaten şarttır. Yansıma zararının oluşması için gerekli olan kusurun tespit edilmesi diğer sorumluluk hallerinden farklılık arz etmez. Başka bir ifadeyle; tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli olan kusur unsuru yansıma zararlarında da bulunmalıdır. Yansıma zararının tazmin edilmeme sebebi kusur unsurunun yokluğu değil fail tarafından gerçekleştirilen eylemle zarar arasında hukuka aykırılık bağının olmamasıdır. Dolayısıyla yansıma zararının varlığı için aranan kusur, genel sorumluluk hukuku kuralları uyarınca aranan kusur şartından farklı bir özellik taşımaz.

II. MANEVİ ZARAR OLARAK ORTAYA ÇIKAN YANSIMA ZARARI KAVRAMI

A. Genel Olarak Manevi Zarar Kavramı

Manevi zarar²⁵⁴, kişilik hakkının ihlâl edilmesi sonucunda tecavüze uğrayan kişinin yaşadığı acı, keder ve üzüntüdür²⁵⁵. Manevi zarar, maddi zarar gibi

²⁵⁴ Manevi zarar kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bölüm I, C., 1.

²⁵⁵ Manevi zarar kavramı açıklanırken bir takım teoriler ortaya atılmıştır. Objektif teori, manevi zararı kişinin ruhi dünyasındaki değişiklikleri dikkate almaksızın sadece kişilikte meydana gelen bir eksilme olarak tanımlamaktadır. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 483; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof.Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ankara, 1990, s.83 (Metin içerisinde “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım” şeklinde atıf yapılacaktır.).

Sübjektif teori ise, kişilik hakları ihlâl edilen mağdurun, bu sebeple yaşadığı acıyı, üzüntüyü, yaşama isteğinin azalması halini manevi zarar olarak değerlendirmektedir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.679; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 149; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.167; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.123; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.655.

doğrudan bir malvarlığı eksilmesi anlamı taşımamakta; kişilik haklarının ihlâlinde uygulama alanı bulmaktadır. Manevi zararın tazmin edilmesi ise mağdura manevi bir tatmin sağlamanın ötesinde; sosyal denkleştirme işlevinin yerine getirilmesini sağlamalıdır²⁵⁶.

BK.m.47 “*Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşürülen kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*” düzenlemesini getirmiştir²⁵⁷. Bu düzenleme beden bütünlüğünün ihlâli halinde, manevi zarara uğrayan kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkinse de, BK.m.98/f.2 (YBK.m.114/f.2)’nin yapmış olduğu atıf uyarınca, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinde de uygulama alanı bulacaktır²⁵⁸.

Manevi zarar sözleşme sorumluluğu alanında, sözleşmeye aykırı davranış sonucunda kişilik hakkı ihlâl edilen alacaklının duyduğu acı ve üzüntü sonucunda ortaya çıkar²⁵⁹. BK.m.49/f.1 (YBK.m.58/f.1)’de yer alan “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.*” düzenlemesi ile kanun koyucu, borçlunun sözleşmeye ve alacaklının kişilik haklarına aykırı davranışı ile

Karma teori ise, objektif ve subjektif teorileri uzlaştırmak suretiyle, manevi zararı kişilikte objektif olarak gerçekleşen ve kişinin bilincini etkileyen, ruhsal yapısını bozan, acı çekmesini sağlayan azalma olarak tanımlamaktadır. Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s. 149.

²⁵⁶ Manevi tazminat, kişilik hakkı ihlâllerinin telâfi edilmesi ve manevi tatmin sağlanmasının ötesine geçip, ekonomik ve sosyal açıdan zayıf durumda olan mağdurun isteyebileceği, sosyal yardım ve iyileşme parasına dönüşmesi gerekliliği hakkındaki bir düşünce için bkz.: Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.90.

²⁵⁷ Alman Hukukunda kişinin beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi veya ölmesi halinde ortaya çıkan manevi zararların tazmin edilmesi § 847 BGB’de düzenlenmiştir. Beden bütünlüğünün ihlâl edilmesinin içine sağlığın bozulması da girer. Ölüm halinde ise mağdurun yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabilmelerine olanak tanıyan hiçbir yasal düzenleme yoktur. Ulrich Magnus, Jörg Fedtke, “Non-pecuniary Loss under German Law”, **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s.109 ve 114.

²⁵⁸ BK.m.98/f.2’nin “*Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlerde tatbik olunur.*” düzenlemesi, sözleşmeden doğan sorumluluk halleri ile haksız fiil sorumluluğu arasında bir bağ kurmaktadır. Böylelikle sözleşme sorumluluğunun ele almadığı bir konuda, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlerden yararlanılabilecektir. Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s.344; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1011; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, §10 N.18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.857-858; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.424 ; Gürsoy, **Manevi Zarar ve Tazmini**, s.12, 25; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.59.

²⁵⁹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10 N. 18.

sebeplendiği zararlardan sorumlu tutulabileceğini açıkça belirtmiştir²⁶⁰. BK.m.49 (YBK.m.58) kuralından özel kusur şartının çıkarılmasıyla birlikte²⁶¹, söz konusu kuralın kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanabileceği ileri sürülmüşse de²⁶², bu görüş sözleşme dışı sorumluluk hukukumuzda hâkim olan kusur sorumluluğu ile çelişmektedir²⁶³.

Yansıma zararının manevi zarar alanındaki görünümünü ise iki ana başlık altında incelemek yararlı olacaktır. Zira sözleşmeye aykırı hareketten ve haksız fiilden kaynaklanan yansıma zararının görünümüleri ve sonuçları farklı şekilde tezahür edebilir. Yansıma zararının manevi zarar şeklinde ortaya çıkabileceğini kabul ettiğimizde ise, söz konusu zararın tazmin edilip edilemeyeceği problemi ortaya çıkar. Aşağıda her iki sorumluluk tipine, sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu, göre, yansıma zararının manevi zarar şeklinde meydana gelmesi halinde izlenmesi gereken yol planı çıkarılmaya çabalacaktır.

B. Sözleşme Sorumluluğu Alanında Manevi Zarar Olarak Ortaya Çıkan Yansıma Zararı

Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin, özel olarak, sözleşmeye aykırı davranış sonucu ölen kişilerin yakınlarının sözleşme sorumluluğu hukukunun

²⁶⁰ BK.m.49'un sözleşme sorumluluğu alanında uygulanabilmesi yukarıda açıklandığı gibi BK.m.98/f.2 hükmünün atfı ile mümkündür. Bunun yanında, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile sebebiyet verdiği manevi zararın tazmin edilebilmesi için hiç şüphesiz ki; ortaya çıkan kişilik hakkı ihlâli ile manevi zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

²⁶¹ BK. 49.maddesinin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metninde, manevi tazminat istenebilmesi için kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz, manevi zarar ve tecavüzle zarar arasında uygun illiyet bağından başka failin kusurunun özel olarak ağırlığı bir şart olarak aranıyordu. Yeni metinde ise, kusurdan söz edilmediği gibi manevi zararın ağır olmasından da bahsedilmemektedir. Bu düzenleme ile manevi tazminatın kusursuz sorumluluğun özel bir biçimi olarak düzenlenmiş olduğu kabul edilemez; burada sadece kusurun ağırlığı BK.m.49 hükmünden çıkarılmıştır. M.Kemal Oğuzman, "İsviçre'de ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", **Prof. Dr. Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1990, s.54; Selahattin Sulhi Tekinay, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", **Prof. Dr. Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 64.

²⁶² Serozan'a göre, bu değişiklik ile BK.m.47 kuralı ile tam bir uyum sağlanmıştır. Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.93.

²⁶³ Bu düzenleme ile manevi tazminatın kusursuz sorumluluğun özel bir biçimi olarak düzenlenmiş olduğu kabul edilemez; burada sadece kusurun ağırlığı BK.m.49 hükmünden çıkarılmıştır. Oğuzman, **a.g.m.**, s.54; Tekinay, **a.g.m.**, s. 64.

hükümleri uyarınca manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre²⁶⁴, sözleşmenin tarafı olmayan, sözleşmeye aykırı davranış sonucu ölen kişinin yakınları sadece haksız fiil hükümleri uyarınca (BK.m.47) manevi tazminat talebinde bulunabilir. Bu görüş, ölenin yakınlarının sözleşme hukuku hükümlerine göre manevi tazminat talebinde bulunmasına olanak vermemektedir. Yakınların manevi zararına sebep olan davranış sözleşmeye aykırı bir davranış da olsa, söz konusu manevi tazminat talepleri sözleşme dışı sorumluluk hukukunun araçlarıyla karşılanmaya çalışılır. Dolayısıyla BK.m.47 ve 49 yakınların manevi zararlarının tazmini için gerekli hukuki temeli oluşturduğu için, sözleşme hukukuna dayanarak manevi tazminat talebinde bulunmaya gerek olmadığı ileri sürülmüştür²⁶⁵.

Başka bir görüşe göre ise²⁶⁶, yakınların sözleşme sorumluluğu hukuku uyarınca manevi zararlarının tazmin edilmesi hakkaniyet kurallarının bir gerekliliğidir. BK.m.98/f.2 (YBK.m.114/f.2)'nin sözleşmeye aykırı hareketlerden doğan sorumluluk hallerinde de, kıyasen sözleşme dışı sorumluluk hukukuna dair hükümlerin uygulanabileceğine dair düzenlemesi manevi tazminat açısından da geçerlidir.

Yakınların sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle manevi tazminat talebinde bulunmalarına olanak tanınmasının sözleşmenin nisbiliği ilkesine de aykırı olacağı iddiası ise, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin üçüncü kişinin yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi istisnaları olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁶⁷. Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaksa, istisnaların uygulama alanı bulması gerekir. Sözleşmeye aykırı davranışın doğrudan mağduru ile yakının farklı sorumluluk hukuku hükümlerine tâbi olmaları da adaletsizliğe sebebiyet verecektir. Örneğin, bu görüşü

²⁶⁴ Schwenger, **a.g.e.**, N84.09; Honsell, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, § 12 N.5a.

²⁶⁵ BGE 123 III 204, s.206.

²⁶⁶ Jürg Koller, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Dissertation, Zürich, Buchhandlung Schulthess Juristische Medien AG, 2003, N.404 (Buradan sonra “Genugtuung” şeklinde atf yapılacaktır).

²⁶⁷ Koller, **Genugtuung**, N.404.

savunanlar iş kazası geçiren kişinin yakınlarına da, BK.m.98/f.2 (YBK.m.114/f.2)'nin yapmış olduğu atıf sebebiyle, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanacağını kabul etmişlerdir²⁶⁸.

Ancak yakınların sözleşme sorumluluğu çerçevesinde manevi tazminat talebinde bulunabilmelerine olanak olmamalıdır. Zira sözleşmenin tarafı olan bir kişi ile olmayan bir kişinin farklı sorumluluk tiplerine tâbi olması adaletsiz sonuçlar doğurmaz. Aksine, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk ayırımının yapıldığı bir sistemde, farklı konumda olan iki kişinin aynı hukuki statüye tâbi olmaları adaletsizlik yaratır²⁶⁹. *De lege lata*, yakınlar şartları gerçekleşmişse, sözleşme dışı sorumluluk hukuku hükümlerine göre manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Yakınların bu talepleri hakkında ileride ayrıntıları ile durulacaktır.

Kanunda yer alan bir takım özel hükümler de, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin tazminat talebinde bulunmalarına olanak verebilir. BK.m.332/f.2 (YBK.m.417/f.3)²⁷⁰ “*İş sahibinin yukarıki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı istiyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tâbi olur.*”; TTK.m.806/f.2, c.2 “*Yolcunun kaza neticesinde ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalan kimseler dahi uğradıkları zararlara karşılık taşıyıcıdan tazminat isteyebilirler*”; TTK.m.1130 “*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 tâbidir.*” hükümleri bu düzenlemelere örnektir²⁷¹.

²⁶⁸ Koller, **Genugtuung**, N.417.

²⁶⁹ Aynı yönde: bkz.: Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 261.

²⁷⁰ Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 417. maddesinin üçüncü fıkrasında da aynı şekilde, işverenin işçinin kişiliğini korumak için üstüne düşen görevlere uymamasının işçinin ölümü ile sonuçlanması halinde, işçinin desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminatın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olacağı açıkça belirtilmiştir.

²⁷¹ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 263 vd. .

C. Haksız Fiil Sorumluluğu Alanında Manevi Zarar Olarak Ortaya Çıkan Yansıma Zararı

BK.m.47 (YBK.m.56) “*Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*” düzenlemesini getirmiştir²⁷². Buna göre, ölen kişinin ailesi, ölüm sebebiyle yaşadıkları acı sonucunda oluşan manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler. Ancak ölenin ailesinin bu talebi, destekten yoksun kalma tazminatı olarak nitelendirilemez. Zira destekten yoksun kalma tazminatı ancak maddi bir zararın sonucunda talep edilir.

BK.m.47’de yer alan ölenin ailesi ifadesinden, hükmün konuluş amacı göz önüne alındığında, ölenin yakınları anlaşılması gerektiği açıktır. Buna göre ölenin yakın ilişki içerisinde bulunduğu eşi, çocukları, nişanlısı²⁷³, ana ve babası²⁷⁴, kardeşleri manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir²⁷⁵. Ölenin akrabası

²⁷² Alman hukukunda kişinin beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi veya ölmesi halinde ortaya çıkan manevi zararların tazmin edilmesi § 847 BGB’de düzenlenmiştir. Beden bütünlüğünün ihlâl edilmesinin içine sağlığın bozulması da girer. Ölüm halinde ise mağdurun yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabilmelerine olanak tanıyan hiçbir yasal düzenleme yoktur. Ulrich Magnus, Jörg Fedtke, “Non-pecuniary Loss under German Law”, **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s.109 ve 114.

²⁷³ Nişan ilişkisinin bir tören ile oluşturulması dahi şart değildir; şöyle ki tarafların birbirlerine evlenme vaaında bulunmaları, bu konuda anlaşmış bulunmaları yeterlidir. BGE 114 II 144. Aynı yönde bkz.: BGE 83 II 489, BGE 66 II 221 E. 4, BGE 57 II 57.

Y. 4.HD. 23.11.1965 T., 8350 E., 327 K. (Ergun Orhunöz, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (BK.m.47)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.268-269.)

²⁷⁴ İsviçre Federal Mahkemesi de çocuklarını kaybeden anne ve babaların manevi tazminat taleplerini tartışmasız kabul etmektedir. Hatta ölen kişi evli olup, kendisi de çocuk sahibi olsa ve anne-babası ile beraber yaşansa bile anne-babaların manevi tazminat talebinde bulunma hakları kabul edilmiştir. BGE 103 V 183. Ancak mahkeme başka bir kararında, annesinin kusuru ile sebebiyet verdiği kaza sonucunda ölen çocuğun babasının manevi tazminat talebini kabul etmemiştir. BGE 115 II 156. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fotios Karatzenis, **Deliktsrechtlicher Schutz bei mittelbaren Persönlichkeitsverletzungen**, Athen, 2001, s.268, 267.

²⁷⁵ Anne, baba, çocuk ve kardeşlerin kural olarak manevi tazminat talebinde bulunma hakları vardır. Bkz.: “BK’nun 46 ve 47’nci maddelerindeki cismani zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği, bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun ana, baba, kari, koca, çocuk ve kardeş gibi çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa, onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır....Somut olayda, davacıların çocuğu okul servisi içindeyken meydana gelen kazada başından ve yüzünden yaralanmış

olmakla beraber, ilişkisi azalmış kişilerin manevi bir zarara uğradıkları kabul edilemez²⁷⁶.

Bir kimsenin ölümü ile sonuçlanan fiil ortada herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Dolayısıyla söz konusu hukuka aykırı fiilin doğrudan mağduru dışında, başka bir kişinin manevi bir zarara uğraması hali

olup, yaralanan davacının anne ve babası olan diğer davacıların ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün ağır şekilde ihlâl edildiği kabul edilmelidir. Bunun aksinin kabulü, hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz.” Y.11.HD., 08.03.2007 T., 2007/1193 E., 2007/4118 K. (www.hukukturk.com arşivi).

Yargıtay yakın tarihte verdiği başka bir kararında da “*Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklardır. Bunların fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde, somut olaydaki duruma göre, davacının bir yakınının yaralanmasının sosyal ve duygusal kişilik değerleri kapsamında olup olmadığı konusu üzerinde durulmak gerekir. Sosyal ve duygusal kişilik değerleri, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar, doğrudan doğruya kişiliğe bağlı olmayan, özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda Borçlar Yasası'nın 49. maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı, koca, ana, baba, çocuklar ve kardeşler gibi yakınlarının ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabul edilmesi gerekir. Dosyadaki bilgi ve belgeler ile davalının 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 456/2. maddesi uyarınca kasten yaralama eylemi nedeniyle yargılanarak cezalandırıldığı ceza dosyası içeriğine göre; davalının, dava konusu olaydan önce aileler arasında yaşanan ve husumet oluşmasına neden olan olaylar üzerine, 22 yaşında olan davacılarından R...’ı köy kahvesi önünde bıçakla vurarak göğüs bölgesinden yaraladığı; D... Adli Tıp Şubesi tarafından düzenlenen 04.06.2004 günlü raporda, adı geçeninin yaşam tehlikesi geçirecek, 25 gün iş ve gücünden kalacak biçimde yaralandığı; olay yerinde bulunan kişilerin olaya müdahale ederek tarafları ayırdığı anlaşılmaktadır. Olayın gelişim biçimi, yaralanmanın derecesi ve davalının eyleminin silahtan sayılan bıçak ile yaşamsal bölgeye yönelik olması gözetildiğinde, davacılarından anne Ü. ile baba R.'ın sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edilmelidir. Yerel Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davacılar Ü... ile R... yararına uygun tutarlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, manevi tazminat istemlerinin tümü reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” bu görüşünü devam ettirmiştir. Y.4.HD. 31.03.2010, 2009/7006 E., 2010/3708 K. (www.hukukturk.com arşivi).*

²⁷⁶Yargıtay verdiği bir kararında, iş kazası sonucunda %86 oranından iş göremez hale gelen mağdurun, kendisi ile birlikte yaşamayan kardeşlerinin manevi tazminat taleplerinin, “*Somut olayda, iş kazası sonucu kollarını ve ayağının birini kaybettiği, ömür boyu başkasının bakımına muhtaç hale geldiği, iş göremezlik oranının % 86 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılan sigortalı H. i. ile birlikte oturmayan kardeşleri H. i. ile F. Ü. 'nun bu olay nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır biçimde ihlâl edildiği söylenemez. Bu nedenle kardeşler lehine manevi tazminata hükmedilmesi doğru değildir.*” ifadelerini kullanarak reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Y.21.HD., 06.03.2006 T., 2006/152 E., 2006/1979 K. (www.hukukturk.com arşivi). Yüksek Mahkeme daha güncel bir kararında, iş kazasında ölen bir kişinin amcasının manevi tazminat talebinin “*Mahkemece ölen sigortalının anne babası ve kardeşleri ile birlikte amcası yararına da manevi tazminata hükmedilmiştir. Borçlar Kanununun 47. maddesi, ölenin ailesine dahil kişilerin manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmiştir. Ölenin ailesinden maksat davacılar ile ölen arasında eylemli gerçek bir bağıllık ve ilişki bulunan kişilerdir. Davacı amca ile ölen arasında eylemli ve gerçek bir bağın bulunduğu kanıtlanmamıştır. Ayrıcalıklı bir özelliği ve koşulları bulunmadıkça ölenin amcasının B.K.'nin 47. maddesinden yararlanması hakkaniyet ölçülerine uygun düşmemektedir. Mahkemece olgular dikkate alınarak davacı amca yönünden davanın reddine karar vermek gerekirken istemin kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*” gerekçeleri ile reddedilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Y.21. HD. 26.05.2008, 2007/24225 E., 2008/7973 K. (www.hukukturk.com arşivi).

BK.m.47’de ele alınmıştır. BK.m.47, ölenin aile üyelerine, yakınlarına hukuka aykırı fiilden kaynaklanan manevi zararlarının tazmin edilmesi için talep hakkı tanımaktadır. Manevi tazminat talep edebilmek için, hukuka aykırı fiil ile bir kişinin ölmesi, yakının manevi zarara uğraması, ihlâl ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, failin kusurlu olması veya kusursuz sorumluluk koşullarının gerçekleşmesi ve somut olaydaki özel hallerin manevi tazminatı haklı kılması gereklidir.

Beden bütünlüğünün zedelenmesi halinde de, beden bütünlüğü ihlâl edilenlerin manevi zarara uğrayabilecekleri kabul edilse de, kanunda bu kişilerin manevi tazminat talebinde bulunma olanağı açıkça tanınmamıştır. BK.m.47’de düzenlenen manevi zarar hali yansıma zararı olarak kabul edilebilir mi? Ölüme sebebiyet veren fiile doğrudan maruz kalmamalarına rağmen, fiile doğrudan maruz kalan yakınlarının ölümü neticesinde manevi olarak etkilenen kişilerin oluşan manevi zararlarının yansıma zararı olarak kabul edilebilmelidir²⁷⁷.

Bir görüşe göre²⁷⁸, ölüm hâli dışında yakınların uğradığı yansıma zararlarının tazminine yönelik talepler kabul edilmemelidir²⁷⁹. Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda, yansıma zararlarının tazmini için, hem fiil ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık unsurunun bulunması gereklidir. Ayrıca ihlâl edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi gerekir. Ölüm hâli dışında yakınların maruz kaldıkları yansıma zararlarında, zarara uğrama ile ihlâl edilen kural arasında hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı kabul edilmektedir. BK m.47’nin, sadece ölüm halini öngörmesi nedeniyle diğer hâllerde, hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı ve dolayısıyla ölüm hali dışında yakınların uğradığı yansıma zararlarının tazmininin talep edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Buna karşılık, eğer hukuka aykırı davranış, birden fazla kişinin kişilik hakkını ihlâl

²⁷⁷ Aynı yönde bkz.: Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.243.

²⁷⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.683; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10 N12, Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s.336.

²⁷⁹ Ölen kişinin yakınlarının ölüm sebebiyle doğan manevi zararlarının, para ile tazmin edilmesi birçok ülkenin hukuk sisteminde de kabul edilmemiştir. Buna göre manevi zarar şeklinde ortaya çıkan yansıma zararın tazmini Alman, Avusturya, Hollanda ve İskandinav hukuk sistemlerinde kabul edilmemiştir. Christian Von Bar, **Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Zweiter band, Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1999, s. 189, dn. 1148.

etmişse, her biri, uğradığı manevi zararın tazminini talep edebilir. Bu halde, yansıma zararı değil, doğrudan doğruya zarar söz konusudur²⁸⁰.

Başka bir görüş ise²⁸¹, ölüm hâli dışında yakınların manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için ortada BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2)' anlamında ahlaka aykırı bir fiili ile bilerek zararın oluşmasına sebebiyet verilmiş olmasını gerekli görmüştür. BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2)'de yer alan koşulların mevcut olmadığı hallerde ise, kişilik hakkı ihlâl edilmeksizin sadece tinsel bütünlüğü yansıma yoluyla ihlâl edilen kişi, manevi tazminat talebinde bulunamayacaktır.

Öte yandan doktrinde yer alan başka bir görüşe göre²⁸², yakınların uğradığı manevi zararın tazmininin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu görüşü savunanlar yasal dayanak olarak BK m.47'yi göstermektedirler. Örneğin, hukuka aykırı fiil sonucunda çocukları sakat kalan bir anne-babanın ruh sağlıklarının bozulması ve dolayısıyla tinsel bütünlükleri üzerindeki kişilik haklarının ihlâl edildiği kabul edilir.

BK m.47'nin koruma amacı²⁸³ kapsamında, hukuka aykırı davranış ile anne ve babanın uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmakta ise, BK m.47'ye göre manevi tazminat talep edebilirler. Bu halde, anne ve babanın uğradığı zararın, yansıma zararı değil, doğrudan doğruya manevi zarar olduğu kabul edilir²⁸⁴. Yargıtay da bu gibi durumlarda oluşan zararların yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya oluştuğunu kabul etmektedir²⁸⁵.

²⁸⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, 683.

²⁸¹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10 N. 12; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.167, 168.

²⁸² Schwenger, **a.g.e.** ,N17.07, Eren, **Borçlar Hukuku**, s.764-765,Rey, **a.g.e.**, N.471; Atamer, **a.g.e.**, s.93; Gauch,**a.g.m.**, s.237.

²⁸³ Atamer, **a.g.e.**, s.70, Larenz, **a.g.e.**, s.440, Serozan, **Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**, s.452.

²⁸⁴ İsviçre doktrininde azınlıkta kalan görüşe göre, Art.49 OR yerine Art.47 OR kıyasen uygulanmalıdır. Art.47 OR, ölenin yakınları lehine manevi tazminatı düzenlemiştir. Beden bütünlüğünün ağır biçimde ihlâli ile ölüm aynı biçimde değerlendirilebilir. Bu nedenle, Art.47 OR, kıyasen uygulanabilir. Gauch, **Haftpflichtrecht**, s.237.

²⁸⁵ “Cismani zarar kavramına, (ruhi bütünlüğün ihlâli, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem nedeniyle) hukukun korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlâl edilen normun (BK. m. 47) koruma amacı içinde bulduklarının (Hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin))

Yakınların manevi tazminat talepleri sadece ağır bedensel zarar söz konusu olduğunda kabul edilmektedir²⁸⁶. Dolayısıyla ağır veya ciddi olmayan zararlar sebebiyle yakınların manevi tazminat talebinde bulunmaları kabul edilmemiştir²⁸⁷.

Doktrinde yer alan başka bir görüş ise²⁸⁸, yakınların manevi tazminat talebinde bulunabilmesini BK.m.49'den yola çıkarak kabul etmektedirler. BK.m.49'a göre kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Buna göre, BK.m.47'nin kapsamı, yakınların hukuka aykırı fiil sonucunda ölüm dışında bir zararın doğması sonucu oluşan manevi zararlarının tazminini talep etme olanağını sağlayacak şekilde genişletilmektense, BK.m.49'da anılan kişilik değerlerine dahil olan değerlerin arasında aile ilişkileri de eklenecektir. Böylelikle, yukarıdaki örnekte anıldığı üzere, hukuka aykırı bir fiil sonucunda çocukları sakat kalan anne ve babanın kişilik değerlerinin, sakatlanan çocukla olan yadsınamaz bağları sebebiyle doğrudan doğruya ihlâl olduğu kabul edilecektir²⁸⁹. Bu kabulden hareket edilebilmesi için hukuka aykırı bir fiil ile beden bütünlüğü zedelene kişinin yakın bu hukuka aykırı fiilin sonucu nedeniyle kişilik hakkı ağır bir biçimde ihlâl edilmelidir.

kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur." ifadeleri ile konu hakkındaki görüşünü ortaya koymuştur. Bkz.: YHGK., 26.4.1995; E. 1995/11-22, K.1995/430. Aynı yöndeki kararlar için bkz.: Y.21.HD., 27.03.2007 T., 2007/3976 E., 2007/5212 K.; Y.4.HD., 17.09.2001 T., 2001/4012 E., 2001/8028 K.; Y.11.HD., 29.06.2006 T., 2006/4787 E., 2001/7723 K.; Y.11.HD., 15.02.2005 T., 2004/13456 E., 2005/1242 K.; Y.21.HD., 27.10.2004 T., 2004/8116 E., 2004/9009 K. .

²⁸⁶ "... kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlâli olayının davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlâl edildiği kabul edilmelidir." Y.21 HD.8.12.1997, E.1997/8067, K.1997/8106; Y.21.HD., 25.10.2005 T., 2005/7868 E., 2005/10156 K.; Y.21.HD., 23.03.2004 T., 2004/1754 E., 2004/2769 K.; Y.21.HD., 23.02.2004 T., 2004/24 E., 2004/1413 K. .

²⁸⁷ Yargıtay, geçirdiği iş kazası sonucu on gün çalışamayacak bir şekilde yaralanan kişinin anne-baba ve kardeşinin açtığı manevi tazminat davasını reddetmiştir. Karara göre "İş göremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre B. ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca davacıların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir." Y.21.HD., 15.5.2001, E.2001/3658, K.2001/3777; Y.21.HD., 13.05.2004 T., 2004/3980 E., 2004/4846 K.; Y.4.HD., 26.02.2004 T., 2003/13713 E., 2001/3162 K.; Y.21.HD., 01.12.2003 T., 2003/9485 E., 2003/9701 K.; Y.21.HD., 25.03.2003 T., 2003/2421 E., 2003/2555 K.; Y.4.HD., 16.01.2003 T., 2002/10386 E., 2003/322 K.; Y.21.HD., 19.02.2002 T., 2002/991 E., 2002/1278 K.; Y.21.HD., 14.02.2002 T., 2002/286 E., 2002/1057 K.; Y.21.HD., 15.06.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. .

²⁸⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.659, dn.3a.

²⁸⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin de görüşü bu yöndedir. BGE 123 III 204 vd.; BGE 122 III 5vd.; BGE 118 II 404 vd.; BGE 117 II 50 vd.; BGE 116 II 520 vd.; BGE 112 II 220.

Başka bir görüş ise, yakınların beden bütünlüğünün ağır ihlâli halinde manevi tazminat talebinde bulunmasına olanak tanımak için Borçlar Kanunundaki hangi maddenin göz önüne alınacağı, teorik tartışmalarda olduğu kadar, pratik anlamda bir önemi yoktur²⁹⁰.

Yasalaşan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, manevi tazminata ilişkin hükmünde bütün bu tartışmalara son verecek bir düzenlemeye gidilmiştir. Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 56. maddesinin ikinci fıkrası "*Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" düzenlemesini getirmektedir. Böylelikle ağır bedensel zarar halinde yakınların manevi tazminat talep etmesine BK.m.47'ye dayanarak olanak tanıyan görüşe üstünlük tanınmıştır²⁹¹.

Ağır bedensel zarar kavramının neleri kapsadığı çok açık olmasa da, kanunun sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zarar halinde de yakınların manevi tazminat talebinde bulunmalarına olanak tanınması açısından olumludur²⁹². Tasarıda Yargıtay'ın içtihatlarının da dikkate alınmış olması, yıllardır süregelen uygulamanın devamını sağlamak açısından önemlidir.

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Gözden Geçirilmesi ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı²⁹³ ise (*Vorentwurf eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts*) 45e maddesinde Art.47 ve Art.49 OR bir hüküm altında birleştirilmektedir²⁹⁴. Buna göre²⁹⁵, ölüm veya ağır

²⁹⁰ Yazar bu görüşünü ileri sürerken, BK.m.47 ve 49'un teorik içeriklerinin, manevi tazminatın belirlenmesindeki ilkeler ve doğacak hukuki sonuçlar aynı koşullara bağlı olduğunu belirtmiştir. Koller, **Genugtuung**, N63.

²⁹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.157 vd. .

²⁹² Bir görüşe göre ise; tasarının getirmiş olduğu bu düzenleme ağır bedensel zararı açıklamakta yetersizdir ve bedensel olarak ağır manevi zarara uğramayıp ancak ağır bir tramva geçiren ya da kalıcı bir akıl hastalığına yakalanana da bu hak tanınmalıdır, madde genişletilmelidir. Kuntalp vd., s.50.

²⁹³ 09.10.2000 tarihli tasarının metni için bkz.: ZEuP 2001, s. 753 vd. .

²⁹⁴ Pierre Tercier, "Appendix 2: Short Comments Concerning Non-Pecuniary Loss under Swiss Law", **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s.304.

beden bütünlüğü ihlallerinde mağdurun yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. İsviçre Sorumluluk Hukukunun Gözden Geçirilmesi ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Art.45e Art.2, hakimın manevi tazminat olarak nakdi tazminat yerine diğer tazminat çeşitlerine de hükmedebileceği hükmünü getirdiği için hakimın yakınlar için de diğer manevi tazminat türlerine hükmetmesi olanaklıdır. Söz konusu kanun tasarısı İsviçre’de kanunlaşmamıştır.

Tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlâl edilmesi nedeniyle manevi tazminat talep edip edemeyeceği ise ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Tüzel kişilerin kişilik haklarına sahip olduğu ve kişiliği koruyan davalardan tüzel kişilerin de yararlanabileceği genellikle kabul edilmektedir²⁹⁶. Tüzel kişiliğin niteliği varsayım teorisine göre açıklandığında tüzel kişinin organlarını teşkil eden kişilerin duyduğu acı, elem ve ızdırabın tüzel kişinin acı, elem ve ızdırabı olarak saymak mümkündür. Tüzel kişiliğin niteliğini gerçek kişilik teorisine dayandırıldığında da organların duyduğu elem ve ızdırab tüzel kişinin ızdırabı olarak kabul edilebilir. Ayrıca tüzel kişinin manevi tazminat talebinde bulunabileceğinin kabulü de amaca uygundur, zira tüzel kişinin manevi tazminat talebi yerine, tüzel kişiyi oluşturan kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini savunmak, bir yandan dava sayısının tüzel kişiliğin mensuplarının sayısı kadar artmasına sebep olabilir. Diğer yandan hukuka aykırı fiilin tüzel kişinin mi yoksa tüzel kişinin mi yoksa tüzel kişiyi oluşturan mensuplarının mı kişilik hakkını ihlâl ettiği sorusunu da beraberinde getirir.

Tüzel kişiyi hedef alan hukuka aykırı fiilin, tüzel kişi oluşturan üyelere de sirayet etmesi düşünülse de, söz konusu kişilerin kişilik haklarını doğrudan ihlâl etmeyen fiil sonucunda manevi zarara uğramaları yansıma zararı problemini karşımıza çıkarır. Günümüzde sıklıkla meydana gelen internet aracılığıyla kişilik hakkına dahil olan değerlerin ihlâline ilişkin bir örnek ile tüzel kişileri hedef alan ve manevi zarara yol açan durumların ortaya konulması, konunun belirginleşmesi açısından faydalı olacaktır.

²⁹⁵ Art.45e Abs.3’ün orijinal metni “ *Bei Tötung oder besonders schwerer Körperverletzung steht ein Genütuungsanspruch auch den Angehörigen des Opfers zu*” şeklindedir.

²⁹⁶ Tüzel kişilerin bu kapsamda kişilik haklarına dahil değerlerinden adına, gizlilik alanına, şeref ve haysiyetine karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı saldırılara karşı, şartları gerçekleştiği ölçüde MK.m.25 düzenlemesinde ele alınan tecavüze son verilmesi davasını, tecavüz tehlikesinin önlenmesi davasını açabilmeleri kabul edilir. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.169.

(A) kişisi üyesi olduğu bir sosyal paylaşım sitesinde, söz konusu sosyal paylaşım sitesinde üye olan herkesin görebileceği şekilde (F) Spor Kulübüne dair hakaret unsurları taşıyan videolar yüklemekte, ifadeler kullanmaktadır. Bu durum karşısında (F) Spor Kulübü'nün itibarının zedelendiğini ve manevi bütünlüğünün ihlâl edildiğini düşünen (F) Spor Kulübü yönetim kurulu başkanı (B), (F) Kulübü'nün kayıtlı üyesi (C) ve Kulübe resmi olarak üye olmasa da çok ateşli bir taraftarı olan ve bu sebeple kendi kişilik hakkına dahil olan değerlerinin ihlâl edildiğine inanan (D), manevi tazminat taleplerini içeren bir dava dilekçesi hazırlamaya planlamaktadırlar. Bu olay karşımıza tüzel kişiliğin manevi zararını talep etme hakkının kimde olduğu ve (F) Spor Kulübü'ne karşı yapılan haksız fiilin kendi manevi bütünlüğünü de ihlâl ettiğini iddia eden taraftarın herhangi bir tazminat talebinin olup olmayacağı sorununu çıkarmaktadır.

Manevi zararın, kişilik hakkının ihlâl edilmesi sonucunda tecavüze uğrayan kişinin yaşadığı acı, keder ve üzüntü olduğu yukarıda ayrıntıları ile anlatılmıştı. Manevi zarar, maddi zarar gibi doğrudan bir malvarlığı eksilmesi anlamı taşımamakta; kişilik haklarının ihlâlinde uygulama alanı bulmaktadır. Manevi zararın tazmin edilmesi ise mağdura manevi bir tatmin sağlamanın ötesinde; sosyal denkleştirme işlevinin yerine getirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. BK.m.49'a göre kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Olaydaki yönetim kurulu başkanı (B), kulübün üyesi (C) ve taraftar (D)'nin talepleri de meydana gelen manevi zararlarının giderilmesine ilişkindir.

(F) Spor Kulübü hukuki olarak, tüzel kişiliğe sahip bir dernektir. Tüzel kişiliğin oluşabilmesi için ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal topluluklarına birleşen kişilerden veya malı tahsis eden kişiden bağımsız bir kişilik tanınmıştır. Dernek ise, kazanç paylaşma dışında kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır. Tüzel kişiler kural olarak tam hak ehliyetine sahiptirler. Sadece cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki

bütün hak ve borçlara sahiptirler. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti kazanması ise kendi fiilleri ile medeni hakları kullanabilmek ve borç altına girebilmek için organlara ihtiyaç gösterirler. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti kazanması zorunlu organlarının teşkil etmesine bağlıdır. Bir derneğin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur.

Tüzel kişilerin kişilik haklarına sahip olduğu ve kişiliği koruyan davalardan tüzel kişilerin de yararlanabileceği genellikle kabul edilmektedir. Tüzel kişiliğin niteliği varsayım teorisine göre açıklandığında tüzel kişinin organlarını teşkil eden kişilerin duyduğu acı, elem, ve ızdırabın tüzel kişinin acı, elem ve ızdırabı olarak saymak mümkündür. Tüzel kişiliğin niteliğini gerçek kişilik teorisine dayandırıldığında da organların duyduğu elem ve ızdırab tüzel kişinin ızdırabı olarak kabul edilebilir. Ayrıca tüzel kişinin manevi tazminat talebinde bulunabileceğinin kabulü de amaca uygundur, zira tüzel kişinin manevi tazminat talebi yerine, tüzel kişiyi oluşturan kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini savunmak, bir yandan dava sayısının tüzel kişiliğin mensuplarının sayısı kadar artmasına sebep olabilir; diğer yandan ise hukuka aykırı fiilin tüzel kişinin mi yoksa tüzel kişinin mi yoksa tüzel kişiyi oluşturan mensuplarının mı kişilik hakkını ihlâl ettiği sorusunu da beraberinde getirir. Bu bağlamda (F) Spor Kulübü'nü temsile yetkili olan yönetim kurulu başkanı (B)'nin manevi tazminat talebinde bulunması Yargıtay içtihatları uyarınca da mümkündür²⁹⁷. Zira kulübün zorunlu organlarından olan yönetim kurulunun başkanı sıfatıyla (B)'nin manevi tazminat davasını açması, kulübün fiil ehliyetini kullanmasının bir izdüşümüdür. (F) Spor Kulübü üyesi (C)'nin kulüp adına tazminat talebinde bulunması ise derneği temsil edecek yetki ile donanmış olmaması nedeniyle mümkün olmamalıdır. (D)'nin (F) Spor Kulübü ile

²⁹⁷Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de örnek olayımızda dile getirildiği gibi "...Dava dilekçesinde, davacının Ö. şirketlerinin büyük hissedarı olduğu belirtilerek istemde bulunulmuştur. Söz konusu yayında davacının ismi geçmemektedir. Yayın, Ö. Grubu'na yöneliktir. tüzel kişiler de, kişilik değerlerine saldırı nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunabilirler. (MK.m.46, YTMK.m. 48) Bu bakımdan, hukuki korunma anlamında dava yoluna başvurma hakkı da, adı geçen ve ayrı bir tüzel kişiliği olan dava dışı şirketlere ait bulunmaktadır. Yine, tüzel kişiler bu yöndeki iradelerini organları aracılığı ile açıklarlar. (MK.m. 48, YTMK. m.50) Şu haliyle, davacının adı geçen tüzel kişilikleri temsil ettiği de benimsenemez. Nitekim, davacı kendi adına istemde bulunmuştur. Ki, yukarıdaki açıklamalar karşısında yayının davacıya yönelik olduğu ve matufiyet ögesinin gerçekleştiği kabul edilemez. Davacının, aktif dava yeteneği yoktur. Davanın bu nedenle reddi gerekir." ifadeleri ile tüzel kişilerin manevi tazminat taleplerinin sadece organları aracılığıyla açıklayabileceklerinin altını çizmiştir. (Y.4.HD. 16.6.2003 T., 2003/3293 E., 2003/7775 K.)

derin bir gönül bağı olması sebebiyle, kulübün tüzel kişiliğine doğrudan yapılan saldırının kendisini de etkilediğini ileri sürmesi ise sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ile bağdaşabilir değildir. Zira haksız fiil sorumluluğunda sadece doğrudan zarara uğrayanların zararları tazmin edilir. (A)'nın gerçekleştirmiş olduğu haksız fiil ile (D)'nin manevi bütünlüğünün ihlâl edilmesi arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilse bile, (D)'nin mutlak bir hakkının doğrudan ihlâl edilmediği açıktır. Bu bağlamda, (D)'ye manevi zararının tazmin edilmesi hakkını tanımak haksız fiil sorumluluğunun oluşum koşulları oluşmadığı için mümkün değildir. Kaldı ki, böyle bir talebe cevaz vermek sayısı tespit edilemeyecek kadar çok talebin de hukuk mahkemelerine ulaşması anlamı da taşımaktadır. Böylesi bir kabul ise ne usul ekonomisi ne de haksız fiil sorumluluğunda yer alması gereken öngörülebilirlik ilkesi ile bağdaşır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK SORUMLULUK HUKUKUNDA YANSIMA ZARARININ GİDERİMİ

I. MALVARLIĞI YANSIMA ZARARLARININ GİDERİMİ

A. Yansima Zararının Giderimine Olanak Veren Özel Bir Hükmün Varlığı: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

1. Genel Olarak

Sorumluluk hukukunun en önemli amacı, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelmiş eksilmeyi aynı veya nakdi olarak gidermektir¹. Zararın tazminini talep etmek hakkı doğrudan zarar görene tanınmıştır. Doğrudan zarar görenin dışında üçüncü bir kişinin tazminat talebinde bulunma hakkı, kural olarak, yoktur².

Bu sebeple, sözleşme dışı sorumluluk hukukunda üçüncü bir kişinin maruz kaldığı yansima zararı, prensip olarak, tazmin edilemez niteliktedir. Zira sorumluluk hukukunun temel kurallarından birini, tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi veya kişilerin sadece doğrudan zarara uğrayanlar olması oluşturur. Bir haksız fiilin doğrudan mağduru olması nedeniyle iş gücü kaybına uğrayan kişinin yakınları, destekten yoksun kaldıklarını iddia ederek tazminat talebinde bulunamazlar. Burada iş gücü kaybı nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi talebinde bulunma hakkı sadece haksız fiilin doğrudan mağduruna aittir.

Bu kurala istisna olarak kanun koyucu ölüm ile sonuçlanan haksız fiil nedeniyle; ölenin yardımından, desteğinden mahrum kalanların tazmin edilmesini

¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.691; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.548; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, §9 N. 26, 27; Nomer, **Maddi Tazminat**, s.33.

² Tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin hukuk aykırılık bağı, uygun illiyet bağı veya dolayısıyla zarar kurumlarına başvurularak sınırlandırılmasının en önemli sebebi; failin veya objektif olarak sorumlu olabilecek şahısların sorumluluklarının hakkaniyete aykırı bir şekilde genişlemesine engel olmaktır. Tandoğan, **Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**, s.17.

talep edebilecekleri bir zararları olduklarını kabul etmiştir. Burada zarara sebebiyet veren fiilin yarattığı doğrudan etkiler, destekten yoksun kalma zararının tazmin edilmesini talep edebilecek kişiler üzerinde doğmamaktadır. Ölüm ile sonuçlanan haksız fiilin mağduru, pek tabii ki müteveffadır. Ancak ölen kişinin mevcut veya olası desteğinden mahrum kalanların zararı ölümün kendisi olmayıp, bundan doğan olumsuz sonuçlardır. Destek yoksun kalma zararı bu sebeple yansıma zararı şeklinde ortaya çıkan maddi bir zarar niteliğindedir.

Hukuka aykırı bir fiil sonucunda, geçimine yardım eden kimseyi kaybeden kişi bu sebeple maddi bir zarara uğrar. Müşterek hukukta, Roma hukukundan kaynaklanan *actio legis Aquiliae* geliştirilmiş ve on yedinci yüzyıldan itibaren ölen kişinin çocukları, dul eşi ve anne ve babası yoksun kaldıkları geçim yardımı sebebiyle uğradıkları zararlarının tazmin edilmesi olanak tanınmıştır³.

Destekten yoksun kalma tazminatına konu olan destek kaybından doğan zarar, birçok zarar tipinden farklı olarak, doğrudan bir zarar olmayıp, yansıma yoluyla uğranılan bir zarardır. Kanun koyucunun destekten yoksun kalma tazminatı düzenlemesiyle, destek kaybına uğrayanların zararlarının tazmin edilebilmesine olanak vermesi hukuki bir tercih olmanın yanı sıra toplumun sosyal yapısına ilişkin de bir tercihtir. Zira destek verenin ölümü ile birlikte birçok kişi sosyal anlamda zarara uğrar. Kanun koyucunun buradaki görevi, tazminat sorumluluğunun kapsamını belirlenmesi aşamasında konunun sosyal, ahlaki, örfi ve ekonomik açıdan değerlendirmektir⁴.

Hukuk düzeninin geçerli olduğu her toplumsal yapı sosyolojik, ekonomik ve ahlaki açıdan farklılıklar gösterir ve normatif düzenlemelerin bu farklılıklara göre şekillenmesi beklenen bir sonuçtur⁵. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin tek tip bir düzenleme söz konusu değildir. Destekten yoksun kalma tazminatının varlığını kabul eden sistemler kendi içlerinde,

³ P. Weimar, “Der Begriff des Versorgers nach Art.45 Abs.3 OR”, *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1989, s.337; Zimmermann, *The Law of Obligations*, s. 1025 -1026; Kaser/Knütel, *a.g.e.*, §51 N. 14 .

⁴ K. Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Ankara, 2004, s.20- 21.

⁵ Gökyayla, *a.g.e.*, s.21.

özellikle tazminat talebinde bulunabileceklerin kapsamı konusunda, ayrıışmaktadırlar. Türk hukukunda BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3)'de⁶ düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı kurumunun diğer hukuk sistemlerindeki görünümü sorumluluk hukukumuzda yapılan hukuki ve sosyolojik tercihleri analiz edebilmek açısından faydalı olacaktır.

a. Karşılaştırmalı Hukukta Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

(1). Türk ve İsviçre Hukuku

Türk hukukunda destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen BK.m.45/f.2 (YBK.m.54/b.3) kaynağını Art.45 Abs.3 OR'den almaktadır. Bu hükme göre; ölüm sonucunda desteklerini kaybeden diğer kişilerin zararları da tazmin edilmelidir⁷.

İsviçre hukuku'nda ileride de görüleceği üzere diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, desteğin destek olunana yaptığı yardımın kanuni veya sözleşmeden doğan bir borcun ifası niteliğinde olmasına gerek yoktur⁸. Destek ile destek olunan arasındaki fiili bakım ilişkisinin varlığı tazminat talebi için yeterlidir.

Türk ve İsviçre hukukunda desteklenen kişinin tazminat isteme hakkına sahip olabilmesi için, destek sayılan kimsenin ya fiilen ilgiliye bir yardımda bulunması, bakması veya ileride böyle bir yardım veya bakma olasılığının ciddi bir biçimde mevcut olması gerekir⁹. Ezcümle bir kişiye fiilen¹⁰, sürekli ve düzenli

⁶ Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 53. maddesinin üçüncü bendinde, ölüm halinde uğranılan zararların arasında ölenin desteğinden mahrum kalanların bu sebeple uğradıkları kayıplar da yer almıştır. Böylelikle BK.m.45'de düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı, yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısında da kendine yer bulmuştur.

⁷ Art.45 Abs. 3 OR'nin orijinal ifadesi “*Haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist auch für diesen Schaden Ersatz zu leisten.*” şeklindedir.

⁸ Art.45 Abs.3 OR düzenlemesi, § 844 II BGB, § 1327 ABGB, Art.928 gr. ZGB ve müşterek hukukta (common law) yer alan “ Wrongful Death Statutes”den kesin bir biçimde ayırır. Weimar, **a.g.m.**, s.338; Hans- Jürgen Becker, “ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht”, **VersR**, 1985, Heft 9, s.202, 203.

⁹ Kemal Tahir Gürsoy, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **AÜHFD.**, 1972, C.: 29, S.: 1-2, s.146; Gökyayla, **a.g.e.**, s.25.

olarak bakan veya hayatın olağan akışı içerisinde o kişiye bu şekilde bakma olasılığı çok yüksek olan kişi¹¹ o şahsın desteğidir.

Desteğin desteklediği kişinin mirasçısı olması veya aynı aile¹² içerisinde yer alması şart değildir¹³. Önemli olan desteğin, para, hizmet veya aynı olarak sürekli, düzenli ve karşılıksız bir şekilde desteklediği kişiye yardımlarda bulunmasıdır. Bir kişinin başka bir kişinin desteği olup olmadığı fiili duruma göre belirlenecektir. Desteğin yasal bir zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ise desteğin varlığını tespit açısından önemli değildir¹⁴.

Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda yansıma zararının tazmin edilebilmesine olanak veren BK.m.45/f.2 (YBK.m.54/b.3) ve Art.45 Abs.3 OR, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sistematüğinde özel hüküm niteliğindedir. Zira her iki hukuk sisteminde de, kural olarak, sadece doğrudan zararların tazmininin talep edilebileceği, yansıma yoluyla uğranılan zararların tazmininin ise olanaklı olmadığı kabul edilmektedir¹⁵. Destekten yoksun kalma zararının tazminine olanak tanımakla kanun koyucu, istisnai olarak da olsa yansıma zararının tazmin edilmesine cevaz vermiştir.

Böylelikle söz konusu hüküm, genel nitelikteki hükümler ile karşılaştığında öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, genel hükümlerden farklı

¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.621; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.547; Frei, **a.g.e.**, s.35, 36; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.300; Şeref Ertaş, "Landesberichte: Die Türkei", **Deliktsrecht in Europa, Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen**, Yayına Hazırlayan Christian von Bar, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1994, s.20.

¹¹ Gürsoy, **a.g.m.**, s.148; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.621; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s.303; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.547-548; Ertaş, **a.g.m.**, s.21; Frei, **a.g.e.**, s.37.

¹² Federal Mahkeme, aile kavramını kan hısımlarına veya yasal mirasçılar ile sınırlı olarak ele almamış; nişanlısını kaybeden bir gelinin (BGE 66 II 206; BGE 114 II 144) ve üvey babasını kaybeden bir çocuğun (BGE 72 II 165) destek yoksun kalma zararlarının tazmin edilmesine cevaz vermiştir.

¹³ Bu sebeple Türk-İsviçre hukukunda nişanlıların da destekten yoksun kalma zararlarının tazmin edilmesine ilişkin talepleri kabul edilmektedir. Becker, **a.g.m.**, s.203; Weimar, **a.g.m.**, s.351; Gökyayla, **a.g.e.**, s.25.

¹⁴ Gürsoy, **a.g.m.**, s.147, 148; Gökyayla, **a.g.e.**, s.25.

¹⁵ Weimar ise sadece fiili-farazi destek kavramının, sorumluluk hukukunun temel prensibi olan doğrudan zarar görenin tazminat talebine sahip olması ilkesinin istisnası olarak kabul etmekte ve kanuni-ahlaki destek kavramında ise yalnızca doğrudan zarar görenin talep hakkına sahip olduğunu ve bir kişinin ölümü halinde yakınlarının direkt olarak zarar gördüğünü ileri sürmektedir. Weimar, **a.g.m.**, s.340.

olarak, zamanaşımı süreleri destekten yoksun kalanın, desteğin öldüğünü öğrendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁶.

Türk/İsviçre hukukunda, destekten yoksun kalma tazminatının kaynağını sözleşme dışı sorumluluktan aldığı; kural olarak sözleşmeden destekten yoksun kalma zararının doğmayacağı kabul edilmektedir¹⁷. Zira sözleşme ilişkisinin nisbiliği ilkesi uyarınca, sözleşme sadece taraflar arasında borç doğurur. Ancak sözleşmenin aykırılık sebebiyle desteğin ölmesi, aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıyorsa, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilir¹⁸. Haksız fiilin sebep sorumluluğuna veya kusur sorumluluğuna yol açması arasında, destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi açısından herhangi bir fark yoktur. Ancak sorumluluk şartlarından biri veya birkaç tanesinin eksik olması halinde, herhangi bir sorumluluktan bahsedilemeyeceği açıktır.

¹⁶ Destekten yoksun kalma zararına yol açan haksız fiil BK. m.60 yer alan bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir. Bir yıllık süre zararın öğrenilmesinden itibaren başlar. Destekten yoksun kalma tazminatında zararın öğrenilmesi, ölüm olayının gerçekleştiği ana tekabül eder. On yıllık zamanaşımı süresi ise, zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten başlar. Eğer haksız fiil aynı zamanda ceza kanunlarına göre daha uzun bir zamanaşımına bağlanmışsa, ceza zamanaşımı geçerli olur.

Örneğin, trafik kazalarından doğan tazminat talepleri ise iki yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi zamanaşımı meselesini düzenlemektedir. Buna göre, motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri içinde geçerlidir. Gökyayla, **a.g.e.**, s.317-319.

¹⁷ Alman ve İsviçre hukuklarında destekten yoksun kalma tazminatının sözleşmesel sorumluluktan kaynaklanmayacağı genel olarak kabul edilmişse de, kimi hâllerde bu kabule istisna getirilebileceğine inanılmaktadır. Bu hallere verilebilecek en iyi örnek, hizmet akdinde işçinin işverenin gerekli güvenlik tedbirlerini almaması nedeniyle ölmesi sonucunda işçinin yardımından mahrum kalanlara hizmet akdine dayanarak tazminat ödenmesinin kabul edilmesidir. Tandoğan, **Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**, s.78. Türk hukukunda da destekten yoksun kalma tazminatının, BK.n.98/f.2 atfı ile sözleşme ilişkisinden de doğabileceği kabul edilmektedir. Gökyayla, **a.g.e.**, s.80, 81; Gürsoy, **a.g.m.**, s.144; Selahattin Sulhi Tekinay, **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, İstanbul, 1963, s.85. Bunun yanında Türk pozitif hukuk düzenlemelerinde destekten yoksun kalma tazminatının sözleşme ilişkisine dayanabileceğine dair özel hükümler de mevcuttur. Söz konusu hükümlere örnek olarak BK.m.332/f.2 ve TTK.m.806/f.2 verilebilir. Tandoğan, **Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**, s.79-81.

¹⁸ Gürsoy, **a.g.m.**, s. 144. Destekten yoksun kalma tazminatı, hizmet sözleşmesi ile çalışan bir işçinin ölümüne dayanıyorsa, sözleşme sorumluluğu alanında zamanaşımını düzenleyen BK.m.125'de yer alan on yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı iddia edilmiştir. Gökyayla, **a.g.e.**, s.320. Oysa destekten yoksun kalma tazminatı hizmet sözleşmesinin ihlâl edilmesinden değil, işçinin ölümüne sebebiyet veren haksız fiilden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, hizmet sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilerin, sözleşme hukukunun kurallarından yararlanması düşünülemez. İsviçre Federal Mahkemesi de BGE 123 III 204 numaralı kararında, sözleşme tarafı olmayan yakınların tazminat talebine uygulanacak zamanaşımının sözleşme hukukundan kaynaklanamayacağını açıkça belirtmiştir. Kararın ayrıntılı incelenmesi için bkz.: Üçüncü Bölüm, II., A., 2. .

(2). Alman ve Avusturya Hukuku

Destekten yoksun kalma tazminatının düzenleniş şekli incelenirken Alman ve Avusturya hukuklarının aynı başlık altında ele alınması ortak tarihsel geçmiş ve hukuk sistemlerinin benzerliği¹⁹ nedeniyle kaçınılmazdır²⁰. Türk/İsviçre hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da, destekten yoksun kalma tazminatı istisnai bir nitelik taşır; kural doğrudan zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesidir. § 844 II BGB, desteğin ölümü ile yasal olarak desteklemekle yükümlü olduğu veya olacağı üçüncü kişilerin söz konusu destekten yoksun kalmaları sebebiyle uğradıkları zararlarının tazmin edilmesine olanak tanımıştır²¹. § 844 Abs. 2 BGB hükmü ile destek yaşıyorsa, destek alan kişinin içinde bulunacağı ekonomik durumun aynı şekilde devam ettirilmesi sağlanmıştır.

Türk/İsviçre hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, destekten yoksun kalma talebinde bulunabilecek olanların kapsamı yasal destek alacaklıları²² ile sınırlıdır²³. Bunun sonucu olarak, örneğin nişanlılar destekten yoksun kaldıkları iddiası ile tazminat talebinde bulunamayacaklardır²⁴.

¹⁹ Alman ve Avusturya hukukları birbirleriyle büyük ölçüde benzeşmekle birlikte, bazı farklılıkları da bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin Alman hukukunda zarar kavramına dair herhangi bir tanımlamada bulunmaktan kaçınılmışsa da, Avusturya hukukunda zararın tanımı yapılmıştır.

²⁰ Gökyayla, **a.g.e.**, s.26.

²¹ §§ 28 II AtomG, 5 II HaftpflG, 35 II LuftVG, 10 II StVG, 7 II ProdHaftG, 12 II UmwelthaftG de § 844 Abs. II BGB gibi, ölen kişinin zarar gördüğü anda desteklemekle yükümlü olduğu kişilerin zararının, ölüme sebebiyet veren olay ile dolaylı ilişkilerine rağmen, tazmin edilebilmesini düzenlemektedir. Peter Macke, “Der Unterhaltsschaden zwischen Schadensrecht und Familienrecht”, **NZV**, 1989, Heft 7, s. 249; Jürgen Jahnke, “Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch”, **r+s**, 2003, Heft 3, s.93; **Münchener Kommentar zum BGB Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853**, 5. Bası, München, 2009, Wagner, § 844, Rn. 9 (Buradan sonra “MünchKomm/Yazar adı” şeklinde atıf yapılacaktır) ; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, § 844 Rn. 6; Palandt/Sprau, **a.g.e.**, § 844 Rn. 2; Rainer Frank, “Schadenersatzansprüche bei Tötung des Versorgers (§ 844 Abs. 2 BGB)”, **Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag**, Yayına Hazırlayanlar Gerhard Hohloch, Rainer Frank, Peter Schlectriem, Tübingen, 2001, s. 143; Guido Pfeifer, “Schadensfall Tod: Zur Ersatzaehigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelikten”, **AcP**, 205, 2005, s.799.

²² MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 23; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §844 Rn. 6; Palandt/Sprau, **a.g.e.**, § 844 Rn. 5; Anne Röthel, “Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht –Zum deliktischen Schutz von Unterhaltsbeziehungen *de lege lata* und *de lege feranda*”, **NZV**, 2001, Heft 8, s.330; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 20 Rn. 9.

²³ İsviçre hukukunda destek kaybindan oluşan zararı ifade etmek için “Versorgerschaden”, Alman hukukunda ise “Unterhaltsschaden” terimleri kullanılmaktadır. “Versorgung” bakım; “Unterhalt” ise nafaka anlamına gelmektedir. Nafaka ile aile hukukundaki nafaka kavramı anlaşılmalıdır. Ancak,

Aynı şekilde evlilik dışı beraber yaşanan kişinin ölümü sonucunda destekten yoksun kalan kişinin tazminat talebi de reddedilecektir²⁵. Ölen kişi ile destekten yoksun kalan kişi arasında sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlünün varlığından söz edilebildiği hallerde bile, Alman hukukuna göre, yoksun kalınan destek sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilmesi talep edilemez²⁶. Buna göre, ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma talebinde bulunabileceklerin kapsamı, sözleşmeden doğan veya ahlaki bir yükümlülüğün kabul edilmesiyle genişletilemez²⁷.

Alman hukukunda kanun koyucu bilerek, tazminat talebinde bulunabilecek olanların kapsamını dar tutmuştur. Zira § 844 Abs. 2 BGB'nin açık ifadesi uyarınca sadece yasal olarak varlıkları kabul edilen desteklerin ortadan kalkması sonucunda oluşan zararların tazmin edilmesine olanak vardır. Yasal olarak destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek olanlar ise; eşler²⁸, aynı cinste iki kişinin tescil edilmiş yaşam birlikteliğinin tarafları²⁹, eş ile aynı çizgide bulunan akrabalar (§ 1601 BGB) , çocuklar ve belirli bir zaman aralığı için evlilik dışı çocuğun

desteğin ölümü sebebiyle ortaya çıkan zarar nafaka alacağı niteliğinde değildir. Aynı bağlamda "Unterhaltsschaden" ve "Versorgerschaden" terimleri farklılıkları için bkz.: Gökyayla, **a.g.e.**, s.27.

²⁴ Dietrich Freyberger, "Der Unterhaltsschaden", **MDR**, 3/2000, s.117; MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 26; Palandt/Sprau, **a.g.e.**, § 844 Rn. 5; Jahnke, **r+s**, s.94. Kammergericht Berlin, Urt. V. 06.02.1967= NJW 1967, s.1090. Mahkeme karara konu olayda, nişanlısını kaybeden kişinin nişanlısının evlendikleri zaman, ev işlerinde kendisine yardım edeceğini bu sebeple maddi bir zarara uğradığı iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme davacıyı doğrudan değil, dolaylı zarara uğrayan olarak görmüş ve §§ 844, 845 BGB'de tazminat talebinde bulunabilecek olanların sınırlı olduğunu ve nişanlının bu kapsama dahil olmadığını belirterek, davayı reddetmiştir.

²⁵ Röthel, **a.g.m.**, s.330. Aynı şekilde üvey çocukların da destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunma hakları yoktur. MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 26; Uwe Diederichsen, "Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht", **NJW**, 1983, Heft 19, s. 1025; Jahnke, **r+s**, s.94.

²⁶ Jahnke, **r+s**, s.94; Jürgen Jahnke, "Versorgungsschaden in der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft nach einem Unfall", **NZV**, 2007, Heft 7, s.332; MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 26; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §844 Rn. 7. § 844 II BGB'nin, Art. 99 Abs.3 OR'nin haksız fiillere yaptığı atfın Art.45 Abs.3 OR'yi kapsamı gibi, sözleşmesel sorumlulukları da kapsayabileceğine dair bkz.: Ludiger Röckrath, "Die vertragliche Haftung für den Unterhaltsschaden Hinterbliebener", **VersR**, 2001, Heft 28, s. 1197-1204.

²⁷ Jahnke, **NZV**, s.332; Jahnke, **r+s**, s.94, dn.66'da anılan kararlar.

²⁸ Eşler boşanmış da olsalar §§ 1569 ff. BGB uyarınca birbirlerine karşı destek yükümlülüğüne sahiptirler. Jahnke, **NZV**, s.331.

²⁹ §§ 2, 5 LPartG uyarınca yaşam birlikteliğinin tarafları birbirlerini koruma yükümlülüğüne sahiptirler. Ancak tescil edilmemiş homoseksüel birliktelik yaşayan tarafların birbirlerine karşı destekten yoksun kalma talebinde bulunma hakları yoktur. Başka bir ifade ile aynı cins kişilerin birliktelikleri LPartG kapsamı dışında yer alıyorsa, destekten yoksun kalma zararının tazmininden söz edilemez. Jahnke, **r+s**, s.94.

annesidir³⁰. Tazminat talebinde bulunabileceklerin kapsamının genişletilmesi, evlilik dışı beraberlik yaşayanların da, birbirlerine karşı koruma yükümlülüklerinin kabulü, içtihatlar yoluyla değil, kanun koyucunun bu konudaki iradesini açıkça ortaya koyması ile mümkün olacaktır³¹.

Desteğin belirli bir zaman sınırı içerisinde varlığı kabul edilir. Buna göre kural olarak, ölen kişinin çocukları on sekiz yaşına gelinceye kadar onlara destek olacağı kabul edilir. Ancak çocukların ileri derecedeki eğitimleri için desteğin uzatılma olanağı da mevcuttur³². Desteğin varlığını devam ettireceği ön kabulünün son sınırını ise, desteğin ölüme sebebiyet veren olmasaydı, hayatın olağan akışı içerisinde öleceği farz edilen zaman oluşturur³³.

Evlilik dışı birlikteliklerin³⁴ Alman hukukunda, tazminat hukuku bağlamında görmezden gelinmesi oldukça tartışılmıştır. Almanya’da yapılan araştırmalar sonucunda son yıllarda evli çift sayısının yaklaşık yüzde on oranında azaldığı, buna karşın beraber yaşayanların sayısının ise yaklaşık yüzde otuz oranında arttığı görülmüştür³⁵. Buna rağmen ev işlerini idare eden kişinin yaralanması veya ölmesi halinde, evlilik dışı beraber yaşadığı eşinin zarar verenden destek yoksun kalma zararının tazmin edilmesini talep edebileceğine dair Federal Mahkemece verilmiş bir karar henüz mevcut değildir. Doktrinde ise evlilik dışı birlikte yaşanan eşin tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş³⁶, evlilik dışı

³⁰ Evlilik dışı çocuğun annesinin desteklenmesi en erken doğumdan dört ay önce başlar ve doğumdan üç yıl sonraya kadar devam eder. Ancak olağanüstü şartların varlığı halinde üç yıl daha uzatılabilir. Jahnke, **NZV**, s.331; MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 25.

³¹ Jahnke, **NZV**, s.332. § 844 II BGB’nin ahlaki bakım yükümlülükleri şeklinde genişletilmesi 2002 yılındaki Borçlar Kanunu’nun modernleşmesi çalışmaları sırasında ileri sürülmüşse de kabul görmemiştir. MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 27.

³² Destekten yoksun kalma tazminatının, desteğin geride kalan çocuğunun yaşına göre farklılık gösterebileceğine dair örnekler için bkz.: Macke, **a.g.m.**, s. 251-253; Freyberger, **a.g.m.**, s.119.

³³ Freyberger, **a.g.m.**, s.117.

³⁴ Evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin Alman hukuku’nda ele alınış biçimleri için bkz.: Diederichsen, **a.g.m.**, s. 1018 vd.; Dagmar Coester-Waltjen, “Die Lebensgemeinschaft-Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung?”, **NJW**, 1988, Heft 34, s. 2085 vd. .

³⁵ Christian Huber, “Nichteheliche Lebensgemeinschaft- Ersatz bei Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht?”, **NZV**, 2007, Heft 1, s.1; Jahnke, **NZV**, s.329.

³⁶ Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 252 Rn. 53. Art.45 Abs.3 OR’de yer alan “Versorgerschaden” kavramını kıyasen uygulamayı *de lege feranda* önerenler için bkz.: Johannes Denck, **Schadensersatzansprüche Dritter bei Tötung ihnen nahestehender Personen im französischen**

beraber yaşanan kişinin destekten yoksun kalma zararının neredeyse tartışmasız olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia etse de, başka bir görüş³⁷ bu tip bir talebin kural olarak kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir.

Evlilik dışı yaşam birlikteliği; iki kişinin ev içi, ekonomik ve cinsel birlikteliliği anlamına gelmektedir³⁸. Tazminat hukuku açısından önemli olan ev içi ve ekonomik ortaklıktır. Dolayısıyla tazminat hukuku bakımından yaşam birlikteliği içerisinde olanların aynı veya farklı cinsiyette olmalarının bir önemi yoktur. Evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin de, tıpkı evlilik kurumunda olduğu gibi, eşlerin birbirleri ile dayanışma içerisinde olması temeli üzerine kurulduğu kabul edilir. Bu bağlamda, ev işlerinin yürütülmesinin zarara sebebiyet veren olay ile birlikte sekteye uğraması nedeniyle, evlilik dışı birlikte yaşanan eşin tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı sorunun temelini oluşturur.

Evlilik dışı beraber yaşayanların bu tip bir tazminat talebini kabul etmeyenler, iddialarını ahlaki sebeplerle desteklemeye çalışmışlardır³⁹. Diğer bir sebep olarak ise yaşam birlikteliliğinin evlilik niteliğinde olmadığı ve bu sebeple taraflara yasal bakım yükümlülüğü getirmediği ileri sürülmüştür⁴⁰. Tazminat talebini reddedenlerin başka bir gerekçesi ise, evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin her an bozulabileceği; istikrardan yoksun olduğudur⁴¹.

und deutschen Recht, Diss., Freiburg, 1975, s. 127; Deutsch/Ahrens, a.g.e., N. 439; Frank, **a.g.m.**, s.157.

³⁷ Jürgen Jahnke, **Der Verdienstausfall im Schadenersatzrecht**, 3. Bası, 2009, Deutscher Anwaltsverlag, Kap. 7, Rn.20 ; Jahnke, **NZV**, s.332; MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 28. Becker ise § 844 II BGB'nin evlilik dışı yaşam birlikteliklerine uygulanamayacağını vurguladıktan sonra, ev işlerini idare eden kişinin yaralanması veya hastalanması halinde, evlilik dışı beraber yaşadığı eşinin zararının §§ 832, 842, 843 BGB uyarınca kazanç kaybı adı altında tazmin edilmesine olanak verilmesini önermektedir. Becker, **a.g.m.**, s.206.

³⁸ Huber, **a.g.m.**, s.2.

³⁹ OLG Köln'de verilen bir kararda, destek yoksun kalma tazminatı talebinin reddedilmesinin nedeni olarak ahlaki gerekçeler gösterilmiştir, ancak burada söz konusu olan ahlaki değerler değil iktisadi gerçekliklerdir. OLG Köln 11 Mart 1982, ZfS 1984, 132. Basil Markesinis, Michael Coester, Guido Alpa, Augustus Ullstein, **Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, A Comparative Outline**, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2005, s.151, dn. 133; Huber, **a.g.m.**, s.3.

⁴⁰ Huber, **a.g.m.**, s.3; Jahnke, **a.g.e.**, Kap. 7, Rn.21.

⁴¹ MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 844, Rn. 28; Röthel, **a.g.m.**, s.330, 331.

Destek görenlerin taleplerinin kapsamını, başka bir ifade ile kanuni bakım yükümlülüğünün kapsamını §§ 1360, 1360a, 1602, 1610 BGB belirlemektedir. Bunun sonucunda, destek kanuni bakım yükümlülüğünden daha kapsamlı bir yardımda bulunuyor olsa bile, sadece kanuni sınırlara göre tazminat talebinde bulunulabilir⁴².

Alman hukukunda ayrıca § 845 BGB ile ölüme sebebiyet verme, beden bütünlüğünün veya sağlığın veya hürriyetin zedelenmesi hallerinde zarar gören, kanunen üçüncü bir kişiye karşı, onun ev işlerinde veya ticari işletmesinde bazı hizmetleri ifa etmek borcu altında ise tazminatla yükümlü olan kimseye, üçüncü kişinin yoksun kaldığı hizmetler için ona irat şeklinde bir tazminat ödeme zorunluluğu getirilmiştir⁴³. Türk/İsviçre hukukunda böyle bir düzenleme yoktur; ancak böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da yoktur. Zira eşin veya çocuğun kaybı, ister ev işlerinde ve ticari bir işletmede çalışsın veya çalışmasın, her zaman destekten yoksun kalma tazminatına konu teşkil edebilir.

Avusturya hukuku açısından ise § 1327 ABGB’de düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı, sadece doğrudan zararların tazmin edilebiliyor olmasının bir istisnası niteliğindedir. Avusturya hukuku da Alman hukuku’nun etkisiyle desteğin bakmakla yükümlü olduğu kişileri sınırlandırmıştır. Buna göre; sadece desteğin kanunen bakmakla yükümlü olduğu veya ileride bakmakla yükümlü olacağı kişiler destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilirler⁴⁴. Diğer bir ifade ile Avusturya hukukunda da, sözleşmeden kaynaklanan veya hiçbir zorunluluk olmamasına karşın yapılan desteklerden yoksun kalındığı iddia edilerek tazminat

⁴² Gökyayla, **a.g.e.**, s.31.

⁴³ MünchKomm/Wagner, **a.g.e.**, § 845, Rn. 1; PWWKomm/Medicus, **a.g.e.**, §845 Rn. 1; Palandt/Sprau, **a.g.e.**, § 845 Rn. 1, 2; Gustav Boehmer, “Schadenersatzanspruch wegen Verletzung und Tötung des im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten”, **FamRZ**, Heft 5, 1960, s.173 vd.; Edgar Hofmann, “Schadenersatz beim Ausfall der Hausfrau”, **VersR**, Heft 13, 1977, s.296 vd.; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, § 20 Rn. 10; Pfeifer, **a.g.m.**, s.800; Gökyayla, **a.g.e.**, s.32.

⁴⁴ OGH, Urt. V. 03.10.1935= SZ Bd. 17, Nr. 132, s.380 vd. . Mahkeme kararına konu olan olayda, davacının evlilik dışı beraber yaşadığı kişinin ölümü sebebiyle tazminat talebinde bulunmasını, § 1327 ABGB’de sadece kanunen bakım alacaklısı olan kişilerin tazminat talebinde bulunabileceklerinin düzenlendiğini ileri sürerek reddetmiştir. Davacının §§ 1294, 1295, 1331 ABGB uyarınca genel olarak tazminat talebinde bulunması ise davacının ancak doğrudan zarar gören olması halinde mümkün olduğu için kabul edilmemiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen, daha güncel ve yukarıda anılan kararı tekrar eden bir karar için bkz.: OGH, Urt. V. 29.08. 2002= JBl 2003, s.118- 121.

talebinde bulunulamaz. Bu şekilde hem istisnai olarak da olsa yansıma yoluyla uğranılan zararın tazmin edilmesine olanak verilmekte, hem de tazminat talebinde bulunabileceklere sınırlama getirilmektedir.

Öte yandan desteğin kapsamı, baskın bir şekilde desteğin kanunen yerine getirmekle yükümlü olduğu miktar ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla desteğin kanunen yükümlü olduğu miktarı aşan yardımlarının tazmin edilmesi istenemeyecektir. Tazminatın kapsamının kanuni yükümlülüklerle sınırlandırılması, tazminat talebinde bulunabilecek olanların da sınırlandırıldığı bir sistem ile uyumludur.

b. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Özellikleri

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalan kişinin şahsında direkt olarak doğan, asli ve bağımsız bir haktır. Bu sebeple destek görenlerin, bu sıfatla sahip oldukları tazminat hakkı ile destekten intikal eden tazminat hakkı da birbirinden ayrıdır⁴⁶.

Türk/İsviçre hukukunda destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunma hakkı, sadece ölenin mirasçılara ait değildir. Kendilerine yardım eden bir kişinin gelirinden, yardımından mahrum kalan kişiler de tazminat talebinde bulunabileceklerdir⁴⁷.

Miras yoluyla ölenin mirasçılara geçen bir hak olmayan destekten yoksun kalma tazminatını talep etme hakkı, miras hakkından bağımsız nitelikte bir haktır⁴⁸.

⁴⁵ Alman hukukunda da, destekten yoksun kalma tazminatının üst sınırını, yasal destek borcunun kapsamı oluşturur. Hansgeorg Eckelmann, Jürgen Nehls, Hans- Jürgen Schaefer, “ Die Berechnung des Schadensersatzes bei Ausfall von Geldunterhalt nach Unfalltod des Ehemannes/Vaters”, **NJW**, 1984, Heft 17,s.945. Çalışan eşin ölmesi sonucunda ortaya çıkan destekten yoksun kalma tazminatının hesaplama yöntemi için bkz.: Jost-Detlef Dress, “ Berechnung des Unterhaltsschadens bei Ausfall des mitverdienenden Ehegatten”, **VersR**, Heft 25, 1985, s.613; Gökyayla, **a.g.e.**, s.32.

⁴⁶ Gökyayla, **a.g.e.**, s.45.

⁴⁷ Gökyayla, **a.g.e.**, s.129 vd. .

⁴⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun18/04/2007 tarih ve E.2007/4-222, K.2007/222 sayılı kararında, “... destekten yoksun kalma tazminatı niteliği itibarıyla; üçüncü kişilere, desteğin gelir ve yardımından yoksun kalmaları nedeniyle tanınmış bağımsız bir hak olup, mirasçılık sıfatı ve miras hukuku ile ilgisi yoktur. Çünkü bu hak, mirasçılık sıfatından değil, eylemli olarak destek olanın

Dolayısıyla destekten yoksun kalan kişi, ölenin mirasçısı olup mirası reddetmiş olsa bile, destekten yoksun kalma iddiasını ileri sürebilmelidir. Ancak mirastan yoksunluğu veya mirasçılıktan çıkarılmayı gerektirecek bir durum hâlinde, tazminat alacağıının varlığından söz edilemez. Zira mirasçılıktan çıkarılma veya mirastan yoksunluk, ölenin bakma iradesini ve kanuni bakım yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır. Miras bırakanın, mirasçıyı affetmesi ve bunun mirasçı tarafından ispatlanması halinde, destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmelidir⁴⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatının bağımsız niteliği sebebiyle, destek görenlerin her birinin tazminat talebi diğer destek görenlerden bağımsızdır. Şöyle ki; birden fazla destek görenin varlığı halinde, her bir destek görenin destek miktarı birbirinden farklı olacağı için, tazminat talepleri ayrı ayrı değerlendirilip bir karara varılmalıdır⁵⁰.

Destekten yoksun kalma tazminatının en önemli diğer bir özelliği ise, sadece doğrudan doğruya zarar görenlerin zararlarının tazmin edileceği, üçüncü kişilerin ise zararlarının tazmin edilmeyeceği ana kuralının istisnası olmasıdır⁵¹. Zira destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3) hükmü, genel sorumluluk hallerini düzenleyen BK.m.41'in istisnası niteliğindedir⁵².

ölümü nedeniyle, onun gelir ve yardımından yoksun kalma ya da farazi destek olma olgusundan kaynaklanmaktadır.... Sonuç olarak, destekten yoksun kalma tazminatı nitelik itibarıyla bağımsız bir hak olup; ölen kimse ile davacı arasında kanuni veya akdi bir bakım yükümlülüğü, mirasçılık ya da akrabalık ilişkisi bulunması gerekmediğinden; mirasın reddedilmiş olması, destekten yoksun kalma davasının açılmasına ve incelenip hasıl olacak sonuç uyarınca esasına ilişkin karar verilmesine engel, yasal bir neden değildir.” ifadeleri ile ölenin mirasını reddeden davacının, mirasçılık sıfatından bağımsız olarak, destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabileceği hükme bağlamıştır. Aynı yöndeki daha eski tarihli bir karar için bkz: YHGK 25/05/1984 tarih, E. 1982/9-301, K. 1984/619.

⁴⁹ Aynı prensip mirasçı olmayan destekten yoksun kalan kişi için de geçerlidir. Mirasçı olmayan destekten yoksun kalan da, ölene karşı mirasçılıktan çıkarılmayı veya mirastan yoksun kalmayı gerektirecek bir fiilde bulunmuşsa tazminat talebinde bulunamamadır.

⁵⁰ Gökyayla, **a.g.e.**, s.49.

⁵¹ Gökyayla, **a.g.e.**, s.50.

⁵² Doktrinde destekten yoksun kalma tazminatının istisnai niteliğini reddedenler için bkz.: Alhard Gelpke, **Die Verletzung eines vertraglichen Rechtes durch einen Nicht-Vertragsbeteiligten**, Innsbruck, 1919, s.45; Tekinay, **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, s.6,7.

Yargıtay da vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında⁵³ “*Borçlar Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya zarar görenin tazminat isteyebileceğine dair kuralın istisnasıdır. Bu hüküm ile olaydan dolayı olarak zarar görene de tazminat istemek hakkı tanınmıştır.*” ifadelerini kullanmak suretiyle, destekten yoksun kalma tazminatının istisnai niteliğini vurgulamıştır

Destekten yoksun kalma tazminatının istisnai niteliğinin kabulü ile sözleşme dışı sorumluluk hukukunda mutlak bir hakkı ihlâl edilmeyen üçüncü kişiler de tazminat talebinde bulunabilecektir. Zira mutlak bir hakkı ihlâl edilmemiş olmasına rağmen, desteğin ölümü sonucunda mağdur duruma düşen kişilere tazminat hakkı tanımamak sosyal, ahlaki ve hakkaniyet perspektifinden bakıldığında kabul edilebilir değildir⁵⁴. Ancak unutulmaması gereken en önemli nokta, destekten yoksun kalma tazminatının istisnai nitelikte olmakla birlikte sadece belirli kişilerin istifade edebileceği bir tazminat aracı olduğudur. Destekten yoksun kalma tazminatı sadece destek görenler talep edebilir.

Destekten yoksun kalma tazminatı maddi bir tazminattır. Üçüncü kişinin desteğin ölümü sebebiyle uğradığı, maddi bir zararın tazmin edilmesi söz konusudur. Destekten yoksun kalma zararı yoksun kalınan kâr niteliğindedir. Farazi zarar şeklinde ortaya çıkan destekten yoksun kalma tazminatının miktarı, fark teorisine göre belirlenir⁵⁵. Buna göre destek görenin malvarlığının, desteğin ölümüyle ileride göstereceği farazi durum ile ölüm anı arasındaki fark destekten yoksun kalma zararını oluşturur. Ancak Alman hukuku’nda destekten yoksun kalma zararını, normatif zarar olarak görenler de vardır⁵⁶. Normatif zararda, klâsik malvarlığı anlayışına göre, malvarlığında, zararın meydana gelmesinden öncesiyile sonrası arasında bir fark yoktur. Türk/İsviçre hukukunda ise normatif zarar kabul görmemektedir, zira destekten yoksun kalma tazminatı klasik anlamda bir malvarlığı zararı niteliğindedir⁵⁷.

⁵³ YİBK., 6.3.1978, E.1978/1, K.1978/3 (YKD., Mayıs 1978, s.667 vd.).

⁵⁴ Frei, **a.g.e.**, s.33; Gökyayla, **a.g.e.**, s.53.

⁵⁵ Gökyayla, **a.g.e.**, s.54, 55.

⁵⁶ Deutsch, **a.g.e.**, N 811.

⁵⁷ Gökyayla, **a.g.e.**, s.56, 57 .

Destekten yoksun kalma zararı maddi bir nitelik taşıması sebebiyle başkasına devredilebilir niteliktedir⁵⁸. Ancak İcra ve İflas Kanunu m.82/b.11’de yer alan “*Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lâzım gelen paralar haczedilemez.*” hükmü sebebiyle tazminat talebi haczedilemez⁵⁹. Zira ölenle aralarında akrabalık olmasa da, onunla birlikte yaşayan veya onun tarafından bakılan kişiler de söz konusu hükümde bahsedilen aile kavramının kapsamı içerisindeyler. Bu tazminat aynı zamanda iflas masasına da dahil olmaz, deftere kayıt yapılarak müflisin elinde bırakılır.

Destek görenin mirasçı, nafaka alacaklısı olması zorunlu olmadığı için, destekten yoksun kalma tazminatı sözleşmesel veya kanuni nafaka borcu da sayılamaz. Alman hukukunda destekten yoksun kalma tazminatını ifade etmek için kullanılan “Unterhaltsschaden” ifadesi nafaka alacağını akla getirmesi, Alman hukukunda tazminat talebinde bulunabilecek olanların kanunen bakım alacaklısı olanlarla sınırlı olması bağlamında tutarlıdır. Ancak Türk/İsviçre hukukunda, destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilmek için nafaka alacaklısı olunması zorunluluğu yoktur. Bu sebeple destekten yoksun kalma tazminatını yardım nafakası veya yoksulluk nafakası olarak değerlendirmeye olanak yoktur⁶⁰.

Yardım nafakası talebinde bulunabilmek için nafaka alacaklısının zarurete düşmesi şarttır. Destekten yoksun kalma tazminatında ise destek görenin tazminat talebinde bulunabilmesi için düşmesi gerekmez; desteğin ölmeden önceki ekonomik seviyesini koruyamaması yeterlidir. Aynı şekilde destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilecek olanlar BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3)’de sınırlı bir şekilde sayılmamışken, yardım nafakası talebinde bulunabilecek olanlar MK.m.364/f.1’de üstsoy, altsoy ve kardeşler olmak üzere sınırlı bir şekilde sayılmıştır.

⁵⁸ Devir alacağın temliki hükümlerine göre gerçekleşecektir. Ancak bu konuda farklı görüşler de mevcuttur. Bkz.: Gökyayla, **a.g.e.**, s.75

⁵⁹ Gökyayla, **a.g.e.**, s.74.

⁶⁰ Gökyayla, **a.g.e.**, s.72, 73.

Destekten yoksun kalma sebebiyle oluşan zararın en önemli özelliği ise yansımaya yoluyla uğranılan bir zarar olmasıdır. Çalışmamızın ana konusunu oluşturması sebebiyle, destekten yoksun kalma tazminatının yansımaya zararının bir görünümü niteliğinde oluşu ayrı bir başlık altında incelenecektir.

c. Destekten Yoksun Kalma Sebebiyle Doğan Zararın Yansımaya Zararı Olması

Zarar çeşitleri açıklanırken yapılan ayrımlardan bir tanesi de doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımıdır. Destekten yoksun kalma tazminatı önceleri dolaylı zarar olarak kabul edilmekteydi⁶¹. Bunun en önemli sebebi doktrinde yer alan yansımaya zararını dolaylı zararın alt bir türü olarak gören görüştür. Oysa dolaylı zarar ise hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak mağdurun uğradığı “masraf ödeme” ve “kazanç kaybı” zarardır. Dolaylı zararı ancak, hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören kişi dışındaki kişilerin uğradıkları zarar olarak ele alındığı zaman yansımaya zararı ile aynı anlama gelebilmektedir.

Ancak zarara sebebiyet veren fiilden direkt olarak etkilenen kişinin zararı hem doğrudan hem de dolaylı zarar şeklinde ortaya çıkabileceği için, fiilden doğrudan etkilenmeyen üçüncü kişilerin zararlarını ifade etmek için yansımaya zararı kavramı daha uygundur.

Desteğin ölümü neticesinde ortaya çıkan zarar, dolaylı zarar değil yansımaya zararındır⁶². Dolaylı zarar ile yansımaya yoluyla uğranılan zarar arasında ayırım kendini tazminat talebinde bulunabileceklerin kapsamında gösterir. Şöyle ki, yansımaya zararının tazmin edilmesi ancak kanunen olanaklı olan hallerde ve kanunun gösterdiği kapsamdaki kişiler için mümkündür. Dolaylı zarar ise doğrudan zarar gibi tazmin edilebilir.

⁶¹ Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 5; Y. 4. HD. 8.1.1979, 1346/39 (Gökyayla, *a.g.e.*, s.58, dn.799)

⁶² Gökyayla, *a.g.e.*, s.60.

Yansıma zararından söz edebilmek için, doğrudan zarara uğrayan kişinin dışında başka üçüncü bir kişinin zarara uğraması gerekir. Dolaylı zararda ise, doğrudan zarara uğrayan kişi, doğrudan zararının dışında başka zararlara da uğramaktadır.

Meydana gelen her haksız fiil sonucunda doğrudan zarar görenin dışında, doğrudan zarara uğrayan kişinin ilişki içerisinde olduğu, çevresindeki kişilerinde de zarara uğraması olasıdır. Zira zarara sebebiyet veren fiil çoğu zaman, noktasal bir zarara yol açmayıp, katlanarak büyüyen mağduriyetlere neden olmaktadır.

Örneğin, ünlü Tenor vakasında olduğu gibi trafik kazasına uğrayan tenorun sahne alamaması, sebebiyle hem tiyatro sahibi, hem de tiyatronun kafeteryasının işletmecisi zarar görecektir. Peki tenor dışında zarar görenler tazminat talebinde bulunabilecekler midir?

Aynı şekilde yıldız bir futbolcusunu trafik kazası sonucunda kaybeden kulüp, söz konusu futbolcunun niteliğindeki başka bir futbolcuyu yüksek bir transfer ücreti karşılığında başka bir kulüpten satın almak zorunda kalır ve maçlara daha az seyircinin gelmesi tehlikesi ile karşılaşır. Meydana gelen zararının tazmin edilmesini talep edebilecek midir?

Doğrudan zarar gören ile ilişki içerisinde olan kişilerin yoğunluğu oranında yukarıda verilen örnekler de çoğaltılabilir. Verilen örneklerde tazminat talebinde bulunabilmeleri sorgulanan kişilerin, meydana gelen doğrudan zararın kendilerine yansıması sebebiyle malvarlıklarında bir eksilme veya kazanç kaybı yaşadıkları ortadadır. Ancak burada tartışılması gereken nokta yansıyan zararlardan hangilerinin tazminat sorumluluğunun kapsamına gireceğidir. Yansıma yoluyla oluşan her zararın tazmin edilebilir olarak kabul edilmesi, kartopu şeklinde büyüyen sorumluluk alanlarının doğmasına yol açar⁶³. Sorumluluk hukukunun amacı, zarar veren kişiyi fiilinin bütün zarar verici sonuçlarından sorumluk tutmak olmamalıdır.

⁶³ Gökyayla, a.g.e., s.63.

Yukarıda anılan örneklerde ünlü tenorun, futbolcunun doğrudan zarara uğradıkları ve bu sebeple meydana gelen zararlarının tazminat talebinde bulunabilmeleri tartışmasız olarak kabul edilir. Zira sorumluluk hukukunda kural, doğrudan zararların tazmin edilmesidir. Tiyatro sahibinin, tiyatronun kafeteryasının işletmecisinin, futbol kulübünün tazminat talebinde bulunma hakkına sahip olmadıkları kural olarak kabul edilir. Bu ön kabulün sebebi ise, üçüncü kişilerin malvarlıklarında meydana gelen zararın yansıma zararı niteliğinde olmasıdır.

Üçüncü kişinin zararının istisnai hallerde tazmin edilmesi kabul edilmiştir. Destekten yoksun kalma tazminatı da sözleşme dışı sorumluluk hukukunda kabul edilen bu istisnaya örnektir. Ölenin desteğinden mahrum kalan kişiler, zarara sebebiyet veren fail karşısında üçüncü kişi konumundadırlar; üçüncü kişiye karşı hiçbir hukuk kuralı ihlâl edilmemiştir. Zarara sebebiyet veren eylem sonucunda mutlak bir hakkı ihlâl edilen destektir, destek gören üçüncü kişi değil. Her ne kadar, üçüncü kişinin zararı ile failin fiili arasında uygun illiyet bağı kurulabilse de, hukuka aykırılık bağı unsurunun olmaması sebebiyle üçüncü kişiye tazminat talebi hakkı tanınması olanaklı değildir⁶⁴.

Destekten yoksun kalma tazminatının en temel özelliği, zarara uğrayanın haksız fiilin doğrudan mağduru olan desteğin değil, destek gören üçüncü bir kişi olmasıdır⁶⁵. Kural olarak üçüncü kişinin zararı tazmin edilmese de, destekten yoksun kalma tazminatında desteğin ölümü sonucu zarara uğrayan kişinin tazminat talebinde bulunmasına cevaz verilmiştir. Burada ölen desteğin zararından söz edilemeyeceği için, desteğin ölümü sonucu ortaya çıkan maddi olumsuzlukların giderilmesi amaçtır⁶⁶. Ancak unutulmaması gerekir ki, eğer kanunda destekten yoksun kalma tazminatını talep hakkını içeren özel bir hüküm olmasaydı, üçüncü kişi konumundaki destek görenin yansıma yoluyla uğradığı zararının tazmin edilmesi mümkün olmazdı.

⁶⁴ Gökyayla, **a.g.e.**, s.63.

⁶⁵ Gökyayla, **a.g.e.**, s.64.

⁶⁶ Gökyayla, **a.g.e.**, s.64.

Destekten yoksun kalan, desteğin ölümü ile sadece maddi bir zarara uğramış olmayabilir. Ancak söz konusu manevi zararın tazmin edilmesi destekten yoksun kalma tazminatı kapsamında istenemez. Zira destekten yoksun kalma tazminatı sadece maddi zararın tazmin edilmesi amacını taşımaktadır⁶⁷.

Yansıma zararının manevi zarar olarak ortaya çıkıp çıkmayacağı ise aşağıda *de lege feranda* yansıma zararının giderimi konusunda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. De Lege Feranda Çözüm Önerisi: Özel Bir Norm Olmaksızın Yansıma Zararının Tazmini Mümkün Müdür?

1. Genel Olarak Örtülü Boşluk Kavramı

Yansıma zararının tazmin edilmesinin kanun koyucu tarafından açıkça kabul edildiği tek halin destekten yoksun kalma zararı olduğu; destekten yoksun kalma zararını düzenleyen BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/fb.3) dışında kanunda açıkça yansıma zararının tazmin edilmesine olanak veren başka bir hüküm olmadığı yukarıda ayrıntıları ile anlatılmaya çalışılmıştı. BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) ve BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2) anlamında hukuka veya ahlaka aykırı bir eylemin sonucu olmayan yansıma zararı kanun koyucu tarafından, BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3)'de olduğu gibi, giderim yükümü getirilmediği sürece tazminat sorumluluğunun kapsamında değildir. Ancak bu durum hakkaniyet ilkesi ve ekonomi hukuku uyarınca tazmin edilmesi gereken yansıma zararlarının⁶⁸, kanunda açık bir hüküm olmaması nedeniyle tazminat sorumluluğunun kapsamı dışında bırakılıp bırakılmayacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

⁶⁷ Gökyayla, **a.g.e.**, s.64.

⁶⁸ Tazmin edilmesi kural olarak kabul edilmeyen yansıma zararları karşımıza salt malvarlığı zararı olarak çıkmaktadır. Beden bütünlüğü, hayat ve eşyalar üzerindeki haklar malvarlığı (ekonomik menfaatler) karşısında daha üstün bir şekilde koruma bulmaktadır. Bundan dolayı, mutlak hak ihlâlinin olmadığı kazanç kaybı, yoksun kalman kâr şeklinde görülen malvarlığı zararları kural olarak tazmin edilmez. Hakkaniyet sorumluluğu yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nda genel ilke olarak olsa idi yansıma zararları da bu kapsamda değerlendirilebilirlerdi.Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.277.

Bu soruya tatmin edici bir cevap verebilmek için ilk olarak kanun koyucunun yansıma zararının tazmin edilmesine tek bir hükümlerle olanak tanımalarının bilinçli bir tercih olup olmadığı araştırılmalıdır. Kanun koyucunun malvarlığı zararlarının tazmin edilmemesi yönündeki hukuk politikasının elbette ki bir takım sebepleri vardır. Bu sebeplerin başında zarar verenin tazminat sorumluluğunun öngöremeyeceği ve karşılayamayacağı ölçüde genişlemesini engellemek⁶⁹ gelmektedir. Öte yandan usul ekonomisi açısından da bakıldığında ucu bucağı olmayan davacıların oluşturacağı maddi yük böylelikle önlenmiş olmaktadır.

Ancak yansıma zararının kanun koyucu tarafından sınırlayıcı şekilde düzenlenmesi her zaman açık boşluğun, bilinçli bir tercihin varlığına işaret etmeyebilir. Zira yasadaki boşluklar sadece açık boşluk şeklinde ortaya çıkmaz.

Açık boşluk, plan dışı kural eksikliği olarak belirip ve genelde kıyas yoluyla doldurulurken; örtülü boşluk olarak niteleyebileceğimiz gerçek bir kanun boşluğunun kabulü halinde ise söz konusu boşluğun amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) ile doldurulması gerekecektir⁷⁰.

Örtülü boşluk halinde, açık boşluktan⁷¹ farklı olarak, somut olaya uygulanabilecek genel bir kural olduğu halde, söz konusu kuralın somut olaya uygulanması kanunun ruhu ve amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu uyumsuzluk, kanun koyucunun somut olayın değerlendirilmesinde hayati önem taşıyan bir takım özellikleri dikkate almamasından kaynaklanmaktadır.

Kanunun kelime anlamı ile varılan sonuç, kanunun amacına⁷² ters düşüyorsa örtülü boşluğun varlığından söz edilir. Diğer bir ifade ile kanun somut olayda da

⁶⁹ Zarar verenin fiilinin uzak sonuçlarından bile sorumlu olması, hukuk politikası açısından davranış ve ticaret özgürlüğünü sınırlanması ile sonuçlanacaktır. Bu sebeple kanun koyucu da ticaret özgürlüğü ve zarar verenin menfaatini öne çıkaran bir tercihte bulunmuştur.

⁷⁰ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, § 5 N.38.

⁷¹ Açık boşluk da gerçek anlamda bir kanun boşluğudur. Ancak açık boşluğun varlığı halinde karşılaşılan somut olay için uygulanabilir her hangi bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile kanun koyucunun getirmiş olduğu düzenleme somut olaya uygulanması açısından elverişli değildir. Açık boşlukta kanun koyucunun yapmış olduğu düzenleme dar yorumlanmayıp, kıyas yoluyla başka olaylara da uygulanır.

⁷² Kanunun amacı ile anlatılmak istenen, somut normun amacı değil; kanunun bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan amaçtır.

uygulanabilecek bir düzenleme getirmekle birlikte, lafzının gereğinden fazla geniş yorumlanabilecek olması; genel kuralı sınırlandıracak bir kural getirmemesi örtülü bir boşluğa sebebiyet vermektedir⁷³. Bu tip bir boşluğa örtülü boşluk denmesinin sebebi ise ortada somut olaya uygulanabilecek bir kuralın varlığına rağmen, söz konusu kuralın sınırlama eksikliği nedeniyle uygulamada boşluk yaratmasıdır.

Örtülü boşluk hallerinde hak, kanun koyucunun ulaşmaya çalıştığı amaçtan saptırılmak suretiyle MK.m.2/f.2 anlamında kötüye kullanılmaktadır⁷⁴. Bu bağlamda yansıma zararının tazmin edilmesi olanağının sadece destekten yoksun kalma tazminatı ile sınırlandırılmış olması hakkaniyete ve ekonomi hukukuna uygun olmayan sonuçlar da doğurabilecektir.

2. Örtülü Boşluk Olarak Kabul Edilebilecek Yansıma Zararı Halleri

Yansıma zararı konusunda örtülü boşluk haline verilebilecek en iyi örneklerden biri “Kabelbruchfaelle” olarak da bilinen elektrik kablosunun kesilmesi vakıalarıdır⁷⁵. Elektrik kablosunun kesilmesi vakıalarında, kesilen elektrik kablosunun maliki olmayan üçüncü bir kişinin zarar görmesi söz konusudur. Somutlaştırmak adına elektrik kablosunun kesilmesi örneği açıldığında ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır: İnşaat şirketinin yaptığı kazıda, kazı işçisinin kusurlu davranışı sonucunda elektrik dağıtım şirketine ait elektrik kablosu hasar görmüştür. Kablonun hasar görmesi ile birlikte kazının yapıldığı araziye komşu olan başka bir arazide faaliyet gösteren fabrika geçici süreyle üretimine son vermek zorunda kalmıştır. Fabrikanın üretime ara vermesinin doğal bir sonucu olarak fabrika sahibi malvarlığı zararına uğramıştır.

Elektrik idaresinin kabloların maliki olması nedeniyle meydana gelen zararın tazmin edilmesini talep hakkına sahip olduğu genel sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde hiç tartışmasız kabul edilir. Ancak fabrika sahibi hasar gören elektrik

⁷³ Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, § 7 N.61.

⁷⁴ Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, § 5 N.43; Erman, **a.g.e.**, s.106.

⁷⁵ Sanlı, **a.g.e.**, s.339.

kablolarının mülkiyetine sahip olmadığı için mutlak bir hakkı ihlâl edilmemiş ve doğrudan bir zarara uğramamıştır. Elektrik kablolarının hasar görmesi sonucunda fabrikanın bir süre için üretiminin durması ile oluşan zarar fabrika sahibinin, kural olarak, tazmin edilmeyen yansıma zararı şeklinde ortaya çıkan malvarlığı zararlarıdır. Fabrika sahibinin bir an için elektrik idaresi ile olan sözleşmesi uyarınca zararının tazmini zarar verenden değil ve fakat elektrik idaresinden talep edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir. Fabrika sahibi (tüketici) ile elektrik idaresi arasındaki sözleşmenin hükümlerinin gereği gibi yerine getirilmemesinde elektrik idaresinin herhangi bir kusuru olmaması nedeniyle BK.m.96 vd. hükümleri uyarınca zararın tazmin edilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira sözleşme hükümlerinin ihlâl edilmesine sebep olan elektrik idaresi değil, kusurlu davranışı ile inşaat şirkettir.

Burada sorulması gereken soru, fabrika sahibinin elektrik kablosunun kesilmesi sonucunda oluşan yansıma zararının neden tazmin edilmeyeceğidir. Ancak haksız fiil sorumluluğunun koşulları teker teker incelenerek bu soruya tatmin edici bir cevap verilebilecektir. Haksız fiil sorumluluğunda giderimin gerçekleşmesi için hukuka aykırı kusurlu bir eylem sebebiyle ortaya bir zarar çıkması gerekir.

Yukarıda anılan örnekte inşaat şirketinin kusurlu olarak elektrik kablolarının kesilmesine sebebiyet verdiği tartışmasız olarak kabul edilir. Fabrikanın üretim yapamaması sonucu oluşan zarar ile elektrik kablolarının kesilmesi arasında uygun illiyet bağı olduğu; haksız eylemin olağan sonucu olarak böyle bir zararın meydana geldiği açıktır.

Zararın tazmin edilmesine engel olan ise hukuka aykırılık unsuru açısından objektif hukuka aykırılık teorisi uygulandığında ortaya çıkan tabloludur. Yalnızca elektrik kablolarının mülkiyet hakkına sahip olan ve bu sebeple mutlak hakkı ihlâl edilen kişinin zararı tazmin edilecektir. Buna karşın elektrik kesintisi sebebiyle üretimi sekteye uğrayan fabrikanın malvarlığı zararı, mevcut koruyucu norm eksikliği nedeniyle, tazmin edilemeyen yansıma zararı olarak kalacaktır.

Zarar verenin mutlak hak ihlâli (hasar gören kabloları ait mülkiyet hakkının ihlâli) nedeniyle oluşan zararın yanında, üçüncü kişinin kazanç kaybı zararının da var olması halinde, zarar verenin sorumluluğunun sadece mutlak hak ihlâli ile sınırlı

olması ekonomi hukuku açısından hem de hakkaniyet açısından değerlendirilmelidir. Hukuk politikası gereği, zarar verenin aşırı ve adalete aykırı tazminat talepleri ile karşılaşabileceği gerekçesi ile yansıma zararlarının tazmin edilmemesi, böylelikle de tazminat talebinde bulunacakların sınırlandırılması ekonomi hukuku ve hakkaniyetin gerekleri açısından tatmin edici bir açıklama getirmemektedir. Zira zarar verenin ekonomik bir yıkıma uğramaması için sorumluluğunun bir noktada sınırlandırılmasının gerekliliği ekonomi hukuku açısından anlaşılabilir de olsa, her somut olayda ölçüsüz bir ekonomik yük ile karşılaşılmaz.

Yukarıda verilen örnekte⁷⁶ fabrika sahibinin üretiminin durması sonucunda oluşan zararının tazmin edilmesi inşaat şirketi açısından altından kalkılamayacak kadar büyük bir sorumluluk yaratmamaktadır. Öte yandan ekonomik ilişkilerin bu derece birbiriyle bağlantılı olan çağda, fabrika sahibinin zararının zarar verenin öngöremeyeceği nitelikte olduğunu iddia etmek de inandırıcı değildir. Ancak bütün bu gerekçelere rağmen, BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) veya BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2)'nin kapsamına girmeyen veya özel bir normla düzenlenmeyen yansıma zararı tazmin edilemeyecektir. İşte bu durumun örtülü boşluk olarak kabul edilip edilemeyeceği, örtülü boşluk olarak kabul edildiğinde ise nasıl doldurulacağı; zarar gören tarafın zarar veren karşısında korunmamasının her zaman adil sonuçlar doğurmaması sebebiyle tartışmaya değerdir.

Söz konusu örnekte örtülü boşluk halinin varlığı kabul edildiğinde ve kanun koyucun amacına göre yorumlanmak⁷⁷ suretiyle doldurulduğunda ise yansıma zararının sadece destekten yoksun kalma zararı şeklinde ortaya çıktığında tazminat sorumluluğunun kapsamına gireceği kuralının genişlemesi söz konusu olacaktır. Zira kanun koyucunun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK.m.41 (YBK.m.49) ile getirdiği genel kural karşılaşılan her somut olayda hakkaniyete uygun bir sonuç doğurmayabilir. Malvarlığı zararına uğrayan üçüncü kişinin zararının tazmin

⁷⁶ Bu örnekte sadece fabrikaya elektrik veren kabloların hasar gördüğü, diğer tüketicilerin de zararına sebep olacak genel nitelikte bir hasarın oluşmadığı unutulmamalıdır.

⁷⁷ Örtülü boşluğun doldurulması yollarından bir tanesi de teleolojik redüksiyondur. Bu boşluk doldurma yöntemi ile var olan genel kurallar kanun koyucunun amacına uygun olarak sınırlandırılacak; böylelikle meydana gelecek hakkaniyete aykırı sonuçların engellenmesi sağlanabilecektir.

edilmemesi; bunun sonucunda zarar verenin sebep olduğu hasarın uzak sonuçlarını tazmin etmekten muaf olması her zaman somut olay adaletine uygun olmayacaktır.

Yapılan kazılarda hukuka aykırı olarak hasar verilen elektrik kablolarının yol açtığı zarar komşuluk hukuku kuralları uyarınca giderilebilmelidir. Şöyle ki; taşınmaz mülkiyetinin sınırlamalarından⁷⁸ biri olan komşuluk lehine konulmuş kısıtlamaları düzenleyen MK.m.737 -750 arası hükümlere ilişkin talep hakkı sadece taşınmazın malikine ait değildir. Taşınmaz maliki dışında taşınmazı malike ait yetkileri kullanan kişi de bu hakkına dayanarak ortaya çıkan zararın tazmin edilmesini isteyebilir. Başka bir deyiş ile komşu taşınmaza sınırlı bir ayni hakla ya da kişisel bir hakla sahip olan kişiler de dava açıp, zararlarının giderilmesini isteyebilirler⁷⁹. Örneğin, yukarıda verilen örnekte elektrik kablolarının geçtiği arazide yer alan binayı kiracı olarak kullanan fabrika sahibi, bu kişisel hakkına dayanarak elektrik kablolarının hasar görmesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini komşuluk hukukuna dayanarak talep edebilmelidir.

Öte yandan taşınır satımında hasarın gerçekleştiği durumlarda da yansıma zararı ile karşılaşılabilir. Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse⁸⁰; satıcı ile alıcı arasındaki satım sözleşmesi uyarınca bir parça malın satım işlemi gerçekleşmiş; ancak söz konusu malın teslimi sonraki bir tarihe bırakılmıştır. Satım sözleşmesine konu olan malın zilyetliği satıcıdayken üçüncü bir kişinin kusuru ile zarar görmüştür. Roma hukukundan kalma *periculum emptoris est* kuralı BK.m.183'de yaşatılmaya devam ettiği için, taşınır eşyanın mülkiyetinin devri malın teslimi gerçekleştiği halde hasar ve yarar satım sözleşmesinin yapıldığı anda alıcıya geçer. Dolayısıyla alıcı meydana gelen zararı ne üçüncü kişiden ne de satıcıdan talep edebilir. Zira satıcı ile sözleşme yaptığı anda hasar ve yarar kendisine geçmiştir; buna karşın malın mülkiyetine de sahip olmadığı için mutlak bir hakkı da ihlâl olmamış, sadece malvarlığı zararına uğramıştır. Malvarlığı zararlarının tazmin

⁷⁸ Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin geçerli olurlar. Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır.

⁷⁹ Taşınmazda tesadüfi veya arızı olarak bulunmayıp örneğin inşaat müteahhidi veya zanaatçı olarak çalışan kişilerin de dava hakkı olduğu yönünde bkz.: Selahattin Sulhi Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.135. Aynı hakka veya kişisel bir hakka dayanmaksızın bir taşınmaz

⁸⁰ Sanlı, **a.g.e.**, s.346 vd. .

edilmemesi kuralı uyarınca zarar veren alıcının zararını tazmin etmekten kurtulacaktır. Bununla birlikte satıcı da zarar verenden meydana gelen zararın giderilmesini talep edemez; zira satıcı açısından ortada bir zarar yoktur.

Yukarıda anlatılmaya çalışılan kurguda zarar veren adalet duygusunu zedeleyecek bir şekilde tazminat sorumluluğundan kurtulmaktadır. İşte bu gibi bir durumda BK.m.183’de yer alan “halin icabı” ve “hususî şart” ifadeleri geniş yorumlanmak suretiyle alıcının hakkaniyete aykırı bir şekilde zarara katlanması engellenmeye çalışılmaktadır.

Nitekim yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenleme, BK.m.183 hakkında yapılan eleştirileri giderecek niteliktedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun getirdiği en önemli ve yerinde değişikliklerden biri olan, satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçişi hakkındaki düzenleme, tasarısının 208. maddesi ile hasarın geçişi satıcı açısından düzenlenmekle birlikte, genel olarak olumlu bir değişiklik yapılmıştır. Bu düzenleme ile satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya ait olacaktır.

3. Değerlendirme

Kural olarak yansıma zararı BK.m.41/f.1 (YBK.m.49/f.1) veya BK.m.41/f.2(YBK.m.49/f.2)’ nin kapsamına girmiyorsa ve hakkında özel bir norm getirilmemişse tazmin edilmez. Yansıma zararının tazmin edilmemesi hukuk dogmatığı içerisinde çoğunlukla tutarlı bir prensip olarak karşımıza çıkar. Ancak yukarıda anılan normların uygulama alanı bulmadığı halde yansıma zararının giderim olanağından yoksun olması somut olay adaletine aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Zarar verenin ucu belli olmayacak şekilde artan taleplerle karşılaşması hem usul ekonomisi açısından hem de zarar verenin ekonomik menfaatleri açısından kabul edilebilir değildir. Dolayısıyla tazminat talebinde bulunabileceklerin sınırlandırılması ve bunun normatif bir düzene oturtulması sorumluluk hukuku prensipleri içerisinde olması gerektir. Ancak bu sistemin katı kurallar içerisinde

uygulanması; zarar veren ile zarar gören arasındaki dengenin her zaman için zarar gören lehine işlemesi anlamı taşıyacaktır. Diğer bir deyiş ile kanun koyucunun ticaret özgürlüğü ve zarar görenin menfaatleri arasında yaptığı seçim ticaret hayatının güvenli bir şekilde devam etmesi yönündedir⁸¹.

Elektrik kablosu veya satımda hasar vakıalarında yansıma zararının giderilmemesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu gibi somut olaylarda örtülü boşluk varsayımından hareket edilip, kanun koyucunun amacına göre söz konusu boşlukların doldurulması yoluyla veya BK.m.183'de olduğu gibi, istisnalar geniş yorumlanması suretiyle adalete uygun bir sonucun çıkması sağlanmalıdır. Ancak böyle bir çözüm önerisi her durumda yansıma zararının tazmin edilmesinin sağlanması anlamı taşımamaktadır. Zira her koşulda yansıma zararının tazmin edilmesi, sorumluluk hukukunun temel kurallarına aykırılık teşkil edecektir.

Kartopu gibi büyüyen talep sahipleri, öngörülemeyen riskler karşısında ekonomik hayatın duracağı, hukuki işlem yapma özgürlüğünün dolaylı da olsa kısıtlanacağı göz ardı edilmemesi gereken bir gerçekliktir⁸². Dolayısıyla amaca göre yorum yaparak veya normatif düzenlemeleri geniş yorumlamak suretiyle somut olay adaletinin sağlanmasına olanak verilmeli ve fakat bu istisnai uygulamaya başvurmadan önce alışveriş güvenliği, ticaret özgürlüğü, usul ekonomisi gibi faktörlere özellikle dikkat edilmelidir. Böylelikle istisnai uygulamaların kural haline gelmesi tehlikesinden uzaklaşılmalıdır. Aksi takdirde sorumluluk hukukunun ve hukuk dogmatığının temel prensiplerine aykırılıklar ve hiçbir zaman arzulanmayacak sonuçlar ortaya çıkabilir.

⁸¹ Sanlı, **a.g.e.**, s.348.

⁸² Sanlı, **a.g.e.**, s.351 vd. .

II. MANEVİ YANSIMA ZARARLARININ GİDERİMİ

A. Yargıtay İçtihatlarında Sözleşme Dışı Sorumluluktan Doğan Manevi Yansima Zararının Giderimi

Manevi zararlar da tıpkı diğer haksız fiil zararları gibi mutlak hak ihlâli anlamını taşımaktadır. Manevi zararın ortaya çıktığı durumlarda kişilik mutlak hakkının koruduğu bir değer ihlâli söz konusudur. Bu bağlamda manevi zarar kural olarak dolayısıyla zarar değil doğrudan zarardır⁸³.

Manevi zararın giderimi MK.m.25’de özel olarak belirtilmiştir. Buna göre hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını talep edebilir. Saldırıya uğrayan hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuk aykırılığının tespitini ve bunlarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması isteminde de bulunabilir. Saldırının önlenmesi davası haricinde, saldırıya uğrayan kişi bütün bu talepleriyle birlikte maddi ve manevi tazminat talepleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesini talep edebilir.

BK.m.49 (YBK.m.58)’da⁸⁴ düzenlenen manevi tazminat daha çok şeref ve haysiyet gibi kişilik hakkına dahil olan değerlerin ihlâli ve BK.m.47 (YBK.m.56)’de ele alınan beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi ve adam ölmesi halleri dışında kalan kişilik hakkına dahil olan değerlerin ihlâllerinde uygulama alanı bulur⁸⁵.

⁸³ Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 20 N.56.

⁸⁴ Borçlar Kanunu’nun 3444 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki halinde manevi tazminata karar verilebilmesi için failin kusurunun özel ağırlığı özel bir şart olarak aranmaktaydı. Borçlar Kanunu’nun halen yürürlükte olan metninde ve yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 57. maddesinde yer alan kişilik hakkının zedelenmesi halinde manevi tazminat talebine ilişkin düzenlemelerde ise kusurdan söz edilmediği gibi, manevi zararın ağır olmasından da bahsedilmemektedir. Ancak yeni uygulama ile manevi zararın özel ağırlığı şartı aranmayacaksa da, manevi tazminata karar verilebilmesi için böylesi bir tazminatı gerektirecek ölçüde bir manevi zararın varlığı aranmalıdır. Öte yandan BK.m.49 düzenlemesi ile kusursuz bir sorumluluk ihdas ettiğini iddia etmek kanunun sistem ve amacı ile bağdaşmayacağı için kabul görmemiştir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.680; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 20 N.80; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 694.

⁸⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.678.

Kişilik hakkında dahil olan değeri ihlâl edilen kişiden başka, söz konusu ihlâl sebebiyle yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanların manevi tazminat talep edip edemeyeceği sorunu ise bu çalışmanın konusu olan yansıma zararının manevi zarar alanındaki görünümüne ilişkindir. Örneğin, (A) ailesine mensup, dürüst ve namuslu bir kişinin yüz kızartıcı bir faaliyet içerisinde olduğu hakkında haber yapılması veya basın yayın organlarında bu yönde ifadelerin kullanılmasının söz konusu kişinin kişilik hakkında dahil olan değerlerden şeref ve haysiyetini ihlâl ettiği ve BK.m.49'un koruma kapsamında olduğu tartışmasız olarak kabul edilir. Buna karşın kişilik hakkında dahil olan değeri ihlâl edilen kişinin ailesine mensup olan kişilerin, özellikle anne ve babasının veya kardeşlerinin hatta diğer yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı üzerinde düşünülmesi gereken bir sorundur. Zira aile mensuplarına karşı yapılmış doğrudan bir tecavüz söz konusu değildir.

Ölüm halinde yakınların BK.m.47 (YBK.m.56) uyarınca manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri tartışmasız olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Ölüm hâli dışındaki durumlarda ise hukuka aykırılık bağının eksikliği nedeniyle yakınların manevi tazminat talebinde bulunamayacakları sonucuna varılmaktaydı⁸⁷. Yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanların tazminat taleplerinin ancak BK.m.47 (YBK.m.56)'de ölüm halinde olduğu gibi özel olarak dava hakkı tanınması durumunda karşılanacaktır zira mevcut durumda hukuka aykırılık bağının yokluğunun haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesini engellediği kabul edilmelidir⁸⁸. Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı ile birlikte ise sadece ölüm halinde değil ağır yaralanma halinde de yakınların yansıma yoluyla oluşan manevi zararlarının karşılanmasına olanak tanınmıştır.

Hatemi ise BK.m.47(YBK.m.56) bağlamında aile (yakın) kavramına giren bir kişinin, ırza yönelik tecavüzler halinde, tedavi masrafı ve kazanç kaybı gibi

⁸⁶ Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 55. maddesinde yer alan hüküm uyarınca ise sadece ölüm halinde değil, ağır yaralanma halinde de zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Böylelikle yakınların manevi tazminat talepleri genişletilmiştir.

⁸⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 683.

⁸⁸ Aynı yönde bkz.: Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 683.

dolaylı maddi zararlarını failden isteyebileceğın ön kabulünden hareketle böyle bir durumun ağır yansıma zararının kanıtı olması sebebiyle hakim hakkaniyet ilkesi çerçevesinde dolaylı maddi zarara eklenebilecek uygun bir manevi tazminatın mümkün olduğunu ileri sürmüştür⁸⁹. Ancak hakkaniyet sorumluluğunu genelleştiren kuralın yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı'ndan çıkarılmış olması bu görüşün hayata geçirilmesini zora sokmuştur.

Başka bir görüş ise ölüm halinde mağdurun yakınlarına tanınan manevi tazminat talepleri gibi diğer hallerde de tecavüze uğrayanın yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir⁹⁰.

Yargıtay uygulaması ise, cismani zararın varlığı halinde yakınların manevi tazminat taleplerini kabul etmek yönündedir. Yasa koyucu da Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 55. maddesi ile getirdiği düzenleme ile Yargıtay'ın yeknesaklaşan içtihadından ayrılmak istemediği anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay verdiği kararları gerekçelendirirken “...her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye ait ve yansıma yoluyla manevi tazminat istenemez ise de cismani zarar kavramına sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal bütünlüğünde dahil olmasına, bir kişinin cismani zarara uğraması, durumunda, olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin manevi tazminata hükmedilmesini zorunlu kılan olguları kanıtlaması durumunda, haksız eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan, yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusu olup, yaralanan kişinin yakınlarının da zarar gördüğünün kabulü gerekmesine göre...” ifadelerini kullanmak suretiyle, beden bütünlüğü zedelenen edilen kişilerin yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilebileceğini zira meydana gelen manevi zararın niteliğinin yansıma zararı değil, doğrudan zarar olduğunu vurgulamaktadır⁹¹.

⁸⁹ Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 20 N.104; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.170, 171.

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.669 vd. .

⁹¹Y.HGK. 26.04.1995 T., 1995/11-122 E., 1995/430 sayılı ve Yargıtay'ın bu tarihten sonra verdiği kararına emsal teşkil eden kararına konu olan olayda, davacıların birlikte seyahat ettikleri sırada henüz sekiz aylık olan oğullarının, çok ağır bir şekilde yaralanmış, hastanede iki aylık tedavisi esnasında iki defa ameliyat edilmesine rağmen iyileşememiş ve üç-dört sene sonra yeniden ameliyat olması gerekmektedir. Çocuklarının bu derece de ağır beden bütünlüğünün zedelenmesi olayının davacı ana ve babanın gözleri önünde cereyan etmesi, küçüğün geçirdiği ameliyatlar ve henüz tedavi edilememesi gibi durumlar hep birlikte gözetildiğinde; onun çok yakını olan davacıların ruhi ve asabi

Yargıtay özellikle bazı somut olaylarda mağdurun yakınlarının tıpkı mağdur gibi manevi zarara uğradığını kabul ederek, BK.m.47'ye dayanan manevi tazminat talebinin gerçekleşmesi için gerekli olan uygun illiyet ve hukuk aykırılık bağı koşullarının varlığını, *“Somut olayda, 21.5.2000 tarihinde 19 yaşında ve henüz 1 yıllık evli olan davacının kocası R 'in geçirdiği iş kazası sonucu felç olarak ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale geldiği iş göremezlik oranının % 100 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlâl edildiği kabul edilmelidir. Açıklanan maddi ve hukuki olgular nedeniyle, davacı eş Yemen 'in B.K. 'nun 47. maddesine dayanan manevi tazminat isteği yönünden olayda uygun illiyet ve hukuka aykırılık bağı koşullarının gerçekleştiği ve doğrudan manevi zarara uğradığı ve davanın da zamanaşımı süresi içinde açıldığı gözetilmeden yazılı şekilde manevi tazminat isteminin reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”* ifadeleri ile ortaya koymaktadır⁹².

Ancak Yargıtay'ın yakınların manevi tazminat taleplerine ilişkin kararları her somut olayda, haklı olarak, aynı yönde değildir. Zira meydana gelen zararın

sağlık bütünlüğünün (davaya konu haksız eylem sebebiyle) ağır şekilde ihlâl edildiği kabul edilmesi gerektiği ve aksinin kabulü ise hayatın olağan akışı ile bağdaşmayacağı açıkça ortaya koyulmuştur. Aynı yönde bkz.: Y. 11.HD. 29.06.2006 T., 2006/4787 E., 2006/7723 K. (www.hukukturk.com.tr)

⁹² Y. 21. HD. 27.10.2004 T., 2004/8116 E., 2004/ 9009 K. (www.hukukturk.com.tr). Mağdurun % 81 maluliyet oranı ve bakıma muhtaç olması karşısında ailesinin manevi tazminat talebinde bulunabileceği yönünde bkz.: *“Uygulamada kabul edildiği üzere, BK'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye aittir. Yansına yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak bir kişinin cismani zarara uğraması sonucu onun (ana, baba, karı, koca çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin kazaya uğrayan yakın kişi büyük ölçüde iş göremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. HGK'nun 26.4.1995 gün ve E: 1995/11-122, K: 1995/430 sayılı kararı bu doğrultuda olduğu gibi, dairemizin de giderek BK'nun 47. maddesine getirdiği yorum bu karar ile paralellik arz etmektedir. Bu açıklamalar ışığında, kazazede R.'in % 81 maluliyet oranına ve bakıma muhtaç durumda bulunmasına karşın eş ve çocuklarına uygun miktarda manevi tazminata hükmetmek gerekirken bundan zuhul olunması da ayrıca bozma nedenidir.”* Y. 21. HD. 12.06.2003, 2003/4754 E., 2003/5612 K. (www.hukukturk.com.tr). Somut olayda, 26 yaşında olan mağdurun geçirdiği iş kazası sonucu ömür boyu tekerlekli sandalyeye mahkum olduğu konuşamadığı, görme olmakla birlikte gördüğünü anlayamadığı iş göremezlik oranının % 66 olduğu bir durumda babaların bu derecede ağır beden bütünlüğü zedenlenmesi olayının davacı çocukların gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlâl edildiği kabul edilmesi gerektiğine dair bkz.: Y. 21.HD. 14.05.2002 T., 2002/2873 E., 2002/4377 K. (www.hukukturk.com.tr).

niteliği ve söz konusu zararın mağdurun yakınlarını manevi olarak etkileme ihtimali her zaman doğrudan zararın veya yansıma zararın varlığına işaret etmeyebilir. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi meydana gelen trafik kazası sonucunda onbeş günlük iş gücü kaybına uğrayan mağdurun anne-babası ve kardeşlerinin manevi tazminat taleplerinin kabul edilmemesi gerektiğini “*Borçlar Kanunu ’nun 47. maddesi gereğince vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle manevi tazminat istemi ancak vücut bütünlüğünü ihlâl edilene verilecek ve onun bu ihlâl nedeniyle uğradığı manevi zararı giderecek ve onda manevi huzuru doğurmaya yönelik olacaktır. Manevi tazminat ile kişinin doğrudan uğradığı zararın tazmini amaç olup, yansıma yoluyla uğranılan zararın tazmini söz konusu olamayacağından; vücut bütünlüğü ihlâl edilen dışındaki kişilerin manevi tazminat istemlerinin kabulü doğru değildir. Somut olayda davacı M.Ö.nün reşit olması, yaralanma derecesi ve yukarıda anılan ilkeler gözetildiğinde manevi tazminata hükmedilmesi doğru olmayıp, bu davacıların istemlerinin reddi gerekirken usul ve yasaya aykırı olarak onlara da manevi tazminata hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” gerekçeleri ile belirtmiştir⁹³. Yargıtay’ın varmış olduğu sonuç ve gerekçeleri haksız fiil sorumluluğunun oluşum şartları ile uyuyor olsa da, mağdurun reşit olmasının yakınların manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi için bir neden olarak ileri sürülmesinin sebebi anlaşılmamaktadır. Zira anne-baba açısından çocuklarının uğramış oldukları tecavüz mağdurun yaşı ile bağlantılı olmamaksızın üzüntü verici bir olgudur. Burada daha fazla üzerinde durulması gereken nokta, mağdurun üzerinde doğan haksız fiilin ağırlığı ve niteliği olmalıdır.

Yargıtay’ın aynı hukuk dairesi benzer bir duruma ilişkin verdiği geçmiş tarihli bir kararında ise “...*Somut olayda küçük E.’nin ayağının üzerinden araç lastiği geçtiği, cilt ve cilt altında doku yarası bulunduğu, kırık bulunmadığı, 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı ceza dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır. Dosyadaki bilgi, belge ve açıklamalar ile yukarıda açıklanan ölçütler ve özellikle küçüğün yaralanma derecesi ele alınıp değerlendirildiğinde davacı babanın manevi tazminat isteminin BK.’nin 49. maddesindeki koşullara uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Şu durum karşısında davacı E.’in manevi tazminat isteminin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” gerekçesi ile babanın

⁹³ Y. 4. HD. 26.02.2004 T., 2003/13713 E., 2004/3162 K. (www.hukukturk.com.tr).

manevi tazminat talebini reddederken zararın ağırlığını ve niteliğini dikkate almıştır, mağdurun yaşını değil⁹⁴.

Yargıtay'ın artık yeknesaklaşan kararları yukarıda anlatılmaya çalışılan minvalde olsa da, dava konusu haksız fiil Atatürk'ün manevi bütünlüğüne karşı olduğunda ise farklı bir sonuca varılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde normu koruma amacı bahsinde de anılan söz konusu kararda⁹⁵; Atatürk'e hakaret eden kişiye karşı her Türk vatandaşının, Atatürk ile nesep bağı aranmaksızın dava açma hakkı olduğu sonucuna varmıştır. Davaya konu olan olayda davacı, davalının bir kısım milletvekili ile birlikte Atatürk'e suikast planı yapanların itibarlarının geri verilmesini sağlamak amacı ile TBMM'ne önerge verdiğini, davalının bu önergeden sonra 24.2.1994'deki basın toplantısında "Selanikli biri benim atam olamaz. Ben veled-i zina değilim; (benim babam Batumlu M. Kemal) kendini kanunla Türk atası ilan etti" biçimde sözler söylediğini basın organlarından öğrendiğini; böyle bir davranışın kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu bildirerek davalının manevi tazminatla sorumlu tutulmasını; kınanmasını ve kınamanın yayın yoluyla duyurulmasını istemiştir. Yerel mahkeme, davacıyla Atatürk arasında nesep bağı bulunmaması ve yansıma yoluyla kişilik haklarının zedelenmesi dolayısıyla failin sorumlu tutulmaması ilkesi gereğince dava reddetmiştir. Yerel Mahkeme davacının talebini haksız fiil sorumluluğuna hâkim olan sadece doğrudan oluşan zararların tazmini ve dolayısıyla yansıma zararının kural olarak tazmin edilebilecek zarar kalemlerinden olmaması sebebiyle reddetmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise yerel mahkemenin kararını bozarken; ileri sürülen sözlerin davalıya ait olduğunun benimsenmesi durumunda mağduriyetin iki yönlü gerçekleşmiş olacağından yola çıkmıştır. Bu ön kabule göre; Atatürk'ü benimsemek zina ürünü olma gibi yorumlanmıştır ve böyle bir yorum doğrudan kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi doğrudan zararın varlığı için gerekli olan şartların oluşmadığı bir durumda, doğrudan zararın varlığını kabul gerekçesi olarak toplum için söylenen sözler bakımından bireylerin dava açamamaları, o toplumun küme niteliğiyle ilgili olduğunu; olayda büyük Türk

⁹⁴ Y. 4. HD. 17.09.2001 T., 2001/4012 E., 2001/8028 K. . (www.hukukturk.com.tr). Aynı yönde bkz.: Y. 21. HD. 15.05.2001 T., 2001/3658 E., 2001/3777 K. (www.hukukturk.com.tr).

⁹⁵ Y. 4. HD. 23.05.1995 T., 1994/6361 E., 1995/4352 K. (www.hukukturk.com.tr).

Ulus ve onun bireyi olma durumunun mevcut olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan Atatürk'e yönelen sözlerin aynı zamanda dolayısıyla kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı vurgulanmıştır. Zira Atatürk'ün doğum yerinin Selanik olması ve kendisini kanunla Atatürk ilan etmesi, küçültücü bir olgu olarak ele alınmıştır. Mahkeme ayrıca Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan hükümler itibarıyla her Türk vatandaşının Atatürk ile bağlantılı olduğunu ve bu sebeple davacının aktif hak ehliyetinin varlığını kabul etmiştir.

Oysa normun koruma amacı teorisine göre zarar gören, herşeyden önce, kanunun veya ihlâl edilen normun koruma amacını güttüğü şahıs veya şahıslar çevresine dahil olmalıdır. İhlâl edilen normun koruma amacını güttüğü şahıs veya şahıslar çevresine dahil olmayan bir kimse, zarara uğramış olsa bile, tazminat talebinde bulunamaz. Davalı 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'u ihlâl etmiş olsa bile bu kanunun çevresi, Yüce Atatürk'ün manevi kişiliğine verilen zararlarla sınırlı olmalıdır. Davacının manevi zararının da bu kanunun koruma amacı içinde kabul edilmesi ve kanunun bu şekilde yorumlanması halinde ise, dava ehliyeti bulunan her Türk vatandaşına manevi tazminat davası açma hakkını tanıma gibi bir sonuç ortaya çıkar. Böyle bir kabul ise; haksız fiil faili altından kalkamayacağı çok ağır bir tazminat borcu altına girer ve bu da hukuken kabul edilebilecek bir sonuç olamaz. Zira hukukta ölçüyü aşma, sorumluluğu sınırlandırmadaki eksiklik büyük haksızlık yaratır.

Davacının manevi tazminat talebi yerine davaya konu olan eylemin hukuka aykırılığının tespiti ve onun kınanmasına yönelik istemlerinin kabul edilebileceği ve böylelikle davalının altından kalkamayacağı sayısız davaların açılmasının engellenebileceğine ilişkin bir görüş de mevcuttur⁹⁶. Davacının malvarlığında herhangi bir eksilmenin meydana gelme ihtimalinin azlığı nedeniyle tazminat yerine, BK.'nın 49. maddesinin son fıkrasında öngörülen önlemlerden birine karar verilmesinin hukuka daha uygun olacağı düşünülmemesinin mantığı tam olarak anlaşılmemektedir. Hukuka aykırılığın tespit edilebildiği ve bunun sonucunda hukuka aykırılığın kınanmasına yönelik istemin kabul edilip, manevi tazminata hükmedilmemesi görüşü kendi içersinde çelişki taşımaktadır. Zira hukuka

⁹⁶Bkz.: Karşı oy yazısı Y. 4. HD. 23.05.1995 T., 1994/6361 E., 1995/4352 K. (www.hukukturk.com.tr).

aykırılığın varlığının kabul edildiği bir yerde, manevi tazminat talebinin karşılanmaması sayısız dava talepleri ile karşılaşılmasının, mahkeme kararlarının etkisizliğinin engellenmesi olmamalıdır. Yansıma zararının varlığı kabul edilip, normun koruma amacı teorisinden faydalanılmak suretiyle her Türk vatandaşının kanunun veya ihlâl edilen normun koruma amacını güttüğü şahıs veya şahıslar çevresine dahil olmadığı kabul edilip, manevi tazminat talebine cevaz verilmemelidir.

B. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zarar Alanında Yansıma Zararının Tazmini

Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sonucu meydana gelen manevi zararlarını, sözleşme hukuku hükümleri uyarınca tazmin edilmesini talep edip edemeyeceği konusunda doktrinde tartışmalıdır. Borçlar hukukuna hakim olan sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi borca aykırı bir davranış sebebiyle oluşan zararının tazmin edilmesini talep edemez. Zira sözleşme, kural olarak, sadece tarafları arasında hüküm ifade eder.

Her ne kadar sözleşmenin nisbiliği ilkesi sözleşme hukukuna hâkim ana bir kural olsa da; üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi kurumlarla bu prensibe istisnalar getirilmiştir. Söz konusu istisnaların varlığı halinde sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi, sözleşmeye aykırı bir davranış sebebiyle ortaya çıkan manevi zararının sözleşme sorumluluğu hükümleri uyarınca tazminini talep edebilecektir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi, sözleşme ilişkisinin nisbiliği ilkesine istisna oluşturabilecek herhangi bir hukuki kurum somut olayda yer almadığında hiçbir şekilde, üçüncü bir kişinin zararı tazmin edilmeyecek midir?

Söz konusu istisnaların varlığı, borca aykırı davranış sonucunda zarar gören kişinin yakınlarının sözleşme sorumluluğuna dayanarak manevi zararlarının

giderilmesini talep edebilmelerine de olanak tanıdığı iddia edilmiştir⁹⁷. Zira sözleşmenin nisbiliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaksa, istisnaların uygulama alanı bulması gerekir.

Sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle zarar gören sözleşme tarafının, maddi ve manevi tazminat taleplerini sözleşme sorumluluğuna dayandırması doğaldır. Ancak sözleşmeye taraf olmayan ve buna rağmen sözleşmenin ihlâl edilmesi sonucunda manevi zarara uğrayan yakının talepleri sorumluluk hukukunun hangi kaynağına dayanacaktır?

Bir görüşe göre, sözleşmeye aykırı davranışın doğrudan mağduru ile yakının farklı sorumluluk hukuku hükümlerine tâbi olmalarının adaletsizliğe sebebiyet verebilir⁹⁸. Buna göre⁹⁹, yakınların sözleşme sorumluluğu hukuku uyarınca manevi zararlarının tazmin edilmesi hakkaniyet kurallarının bir gerekliliğidir. BK.m.98/f.2'nin sözleşmeye aykırı hareketlerden doğan sorumluluk hallerinde de, kıyasen sözleşme dışı sorumluluk hukukuna dair hükümlerin uygulanabileceğine dair düzenlemesi manevi tazminat açısından da geçerlidir.

Örneğin, bu görüşü savunanlar iş kazası geçiren kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerine de¹⁰⁰, BK.m.98/f.2'nin yapmış olduğu atıf sebebiyle, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanacağını kabul etmişlerdir¹⁰¹. Buna göre; kaza geçiren işçinin yakınları da tıpkı işçi gibi, sözleşme hukukunun ispat,

⁹⁷ Jürg Koller, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Dissertation, Zürich, Buchhandlung Schulthess Juristische Medien AG, 2003, N.404 (Buradan sonra “Genugtuung” şeklinde atıf yapılacaktır).

⁹⁸ Koller, **Genugtuung**, N.407.

⁹⁹ Koller, **Genugtuung**, N.404.

¹⁰⁰ Kanunda yer alan bir takım özel hükümler de, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin tazminat talebinde bulunmalarına olanak verebilir. BK.m.332/f.2 “İş sahibinin yukarıki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tâbi olur.”; TTK.m.806/f.2, c.2 “Yolcunun kaza neticesinde ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalan kimseler dahi uğradıkları zararlara karşılık taşıyıcıdan tazminat isteyebilirler”; TTK.m.1130 “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 tâbidir.” hükümleri bu düzenlemelere örnektir. Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 255-257.

¹⁰¹ Koller, **Genugtuung**, N.417; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 251.

zamanaşımı, yardımcı şahısın fiilinden sorumluluk düzenlemelerinin haksız fiil hukukuna nazaran elverişli hükümlerinden yararlanabileceklerdir.

Ancak yakınların sözleşme sorumluluğu çerçevesinde manevi tazminat talebinde bulunabilmelerine olanak tanınmamalıdır. Zira sözleşmenin tarafı olan bir kişi ile olmayan bir kişinin farklı sorumluluk tiplerine tâbi olması adaletsiz sonuçlar doğurmaz. Aksine, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımının yapıldığı bir sistemde, sözleşme sorumluluğu açısından farklı konumlarda olan iki kişinin aynı hukuki statüye tâbi olmaları adaletsizlik yaratır¹⁰². BK.m.47’de düzenlenen genel bir davranış kuralının ihlâlidir, dolayısıyla yakınlar şartları gerçekleşmişse, sözleşme dışı sorumluluk hukuku hükümlerine göre manevi tazminat talebinde bulunabilirler.

Dolayısıyla sözleşmenin tarafı olmayan, sözleşmeye aykırı davranış sonucu ölen veya beden bütünlüğü zedelenen kişinin yakınlarının sadece haksız fiil hükümleri uyarınca (BK.m.47 ve 49) manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmek sorumluluk hukukumuzun dayandığı temel ilkelere uygun olacaktır¹⁰³. Böylelikle, ölenin veya beden bütünlüğü ihlâl edilenin yakınlarının sözleşme hukuku hükümlerine göre manevi tazminat talebinde bulunmasına olanak verilmemiş olunur. Yakınların manevi zararına sebep olan davranış sözleşmeye aykırı bir davranış da olsa, yakınların manevi tazminat talepleri sözleşme dışı sorumluluk hukukunun araçlarıyla karşılanmaya çalışılmalıdır. Zira BK.m.47 ve 49 yakınların manevi zararlarının tazmini için gerekli hukuki temeli oluşturdukları için, yakınların sözleşme hukukuna dayanarak manevi tazminat talebinde bulunmalarına gerek yoktur¹⁰⁴.

¹⁰² Aynı yönde: bkz.: Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 253.

¹⁰³ Schwenger, **a.g.e.**, N84.09; Honsell, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, § 12 N.5a.

¹⁰⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin 09.06.1997 tarihinde verdiği BGE 123 III 204 numaralı kararına konu olan olayda, doğrudan zarar gören davacı intihar şüphesi altında kaldırıldığı kliniğin gerekli koşulları sağlamaması nedeniyle yerleştirildiği odanın penceresinden atlayarak % 100 işgörmez hâle gelmiş ve daimi olarak bakıma muhtaç kalmıştır. Bu olay sonucunda doğrudan zarar gören davacı, davalı klinikten aralarındaki sözleşme ilişkisinin koşullarını kusurlu olarak ihlâl etmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. İlk davacının eşi olan ikinci davacı ise, eşinin içinde bulunduğu durum sebebiyle uğradığı manevi zararlarını giderilmesini talep etmiştir. İlk davacının talepleri kabul edilirken, ikinci davacının talepleri Art.60 OR’deki zamanaşımı sürelerine uyulmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.

Federal Mahkemenin verdiği bu kararın en önemli noktasını, sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerinin haksız fiil sorumluluğuna

C. Şok Zararları

Şok zarar kavramını açıklamaya başlamadan önce, birkaç örnek ile söz konusu zararın meydana gelebileceği somut durumların anılmasında yarar vardır. Böylelikle şok zararın manevi zararla ayrıştığı ve ortaklaştığı noktalar daha net bir şekilde ortaya konulabilecektir.

Örneğin, sokak ortasında çocuğunun arabanın altında kalmasına tanık olmuş ve bunun sonucunda sinir krizi geçirmiş ve birkaç hafta bakım altında alınmak zorunda kalmış olan bir anne, bu süre zarfında ev işlerinde ihtiyaç duyduğu yardım için kazaya sebebiyet veren şoförden tazminat talep edebilir mi?

Aynı şekilde, arabanın altında kalan çocuğun babası söz konusu kazanın haberini aldığı anda kalp krizi geçirip, çalışamaz duruma gelir ve erken emekli olmak zorunda kalırsa, fail bu zararları da karşılamakla yükümlü müdür?

Örneğimizi biraz daha ilerletip; kaza geçiren çocuğun annesinin hamile olduğunu varsayarsalım. Annenin gözleri önünde meydana gelen kazanın şoku ile erken doğum yapması halinde ise beklenen tarihten erken doğan ve bu sebeple yetersiz gelişmiş bir şekilde dünyaya gelen bebek şoförden tazminat talebinde bulunabilir mi?

Daha da ileriye gidip, örneğimizin kapsamını genişletirsek kazaya tanık olan, hassas üçüncü bir kişi yaşadığı şok sebebiyle maddi veya manevi bir zarara uğrarsa, arabanın sürücüsünün bu zararı da tazminat yükümlülüğü var mıdır?

Üçüncü kişilerin bu şekilde oluşan zararlarının tazmin edilip edilemeyeceği hakkında adaletli bir sonuca varabilmek için şok zararı kavramı ortaya atılmıştır. Şok zararı kavramı ile haksız fiilin doğrudan mağduru olmaksızın, söz konusu

dayandırabileceklerini belirtmiş olması oluşturur. Zira mahkeme, yakınların manevi tazminat taleplerini sözleşme sorumluluğuna dayandırmaları halinde sözleşmenin nisbiliği ilkesinin ihlâl edileceğini ve beden bütünlüğü ihlâl edilenlerin yakınlarının manevi tazminat talepleri için Art.49 OR'nin yeterli hukuki dayanağı oluşturduğunun altını çizmiştir. BGE 123 III 211.

haksız fiile tanık olmak veya haksız fiil hakkında haber almak suretiyle zarar gören kişilerin tazminat talepleri irdelenmiştir.

Kişinin sağlığında meydana gelen zararlar, psikolojik nedenlerden de kaynaklanabilir. Kişi, sağlığında meydana gelen tinsel kaynaklı rahatsızlıklar sebebiyle manevi tazminat talebinde bulunabilir¹⁰⁵. Bu psikolojik etki, hukuka aykırı bir fiil sonucunda beden bütünlüğü zedelenen kişinin yakınlarının, kazanın oluşumuna tanıklık etmek veya ölüm veya ölüm tehlikesi altında yaralanma haberini almak suretiyle oluşabilir¹⁰⁶. İşte bu şekilde oluşan zararlara şok zararları denir. Şok zarar hem maddi zarar hem de manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir.

Şok zararların hem maddi hem de manevi zararları kapsamı ise şu şekilde gerçekleşir: Şok zararın oluşumu için gerekli olan acı ve üzüntü manevi zararı, söz konusu acı ve üzüntüyü gidermek için tedavi masrafları ise maddi zararı oluşturur¹⁰⁷.

Destekten yoksun kalma tazminatından farklı olarak, sadece maddi zarar şeklinde ortaya çıkmayan şok zarar, destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi haksız fiilin doğrudan mağdurunun sadece ölmesi halinde değil, ağır yaralanması halinde de talep edilebilir¹⁰⁸. Şok zararının destekten yoksun kalma zararından diğer bir farkı ise, şok zarara uğrayan kişinin söz konusu zarara doğrudan doğruya maruz kalmasıdır¹⁰⁹.

Şok zararı kavramının ele alınışı çeşitli hukuk sistemlerine göre farklılık göstermektedir. Şok zararı kavramının Türk hukukundaki yerini daha iyi anlayabilmek için karşılaştırmalı hukuktaki gelişiminden ve hali hazırdaki durumundan yararlanmakta yarar vardır.

¹⁰⁵ Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens, **Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld**, 4. Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş Bası, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, Rn. 471.

¹⁰⁶ Andre Janssen, “Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung”, **ZRP**, 2003, Heft 5, s.157; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.149.

¹⁰⁷ Gökyayla, **a.g.e.**, s.70.

¹⁰⁸ Deutsch/Ahrens, **a.g.e.**, Rn. 472.

¹⁰⁹ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s.6; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s.480,481; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.460; Gökyayla, **a.g.e.**, s.70.

1. Alman Hukuku

Alman yargı kararlarında şok zararı kavramı başlangıçta, illiyet bağı sorunu olarak ele alınmıştır. İmparatorluk Mahkemesi 1908 yılında verdiği bir kararında¹¹⁰, tren istasyonunda meydana gelen kazada, istasyonun bekleme salonuna giderken, tren vagonunda oturan kızının ağır olarak yaralandığına tanıklık eden babanın sinir krizi geçirmesi ve ruh sağlığının bozulması nedeniyle demiryolu işletmesine karşı tazminat talebinde bulunmasını, illiyet bağı yokluğu sebebiyle reddetmiştir.

İmparatorluk Mahkemesi, yaklaşık altı yıl sonra verdiği bir kararında ise ilk kez, sinir krizi sebebiyle oluşan zararların tazmin edilmesi talebini kabul etmiştir¹¹¹. Karara konu olan olayda, davacı, davalının servis ettiği dondurmada birden fazla cam kırığı tespit etmiş ve bu cam kırıklarından birini yuttuğu varsayımı sebebiyle sinir krizi geçirmiş ve mide rahatsızlığı yaşamıştır. Yaşadığı acılar sebebiyle kazanç kaybına uğrayan davacının zararlarının tazmin edilmesi kabul edilmiştir. Bu karar Alman hukukunda şok zararlarının ele alınışın çıkış noktasına örnek teşkil eder. Zira Alman hukukunda şok zararının oluşumunun dayanağı olarak § 823 I BGB’de yer alan sağlığa verilen zararlar gösterilmiştir¹¹².

Daha sonra verilen bir kararda ise¹¹³, çocuğunun üzerinden otomobil geçtiğine tanıklık eden annenin yaşadığı korku sebebiyle tazminat talebinde bulunmasına, annenin kendi sağlığında hasar meydana gelmesinden yola çıkarak olanak tanımıştır.

¹¹⁰ RGZ 68, s. 47, 48.

¹¹¹ Karar için bkz.: Filippo Ranieri, **Europaeisches Obligationenrecht**, 3. Tamamen Gözden Geçirilmiş Baskı, Springer Verlag, Wien, New York, 2009, s. 1552.

¹¹² Max Danner, Stephan Schramm, “Schockschaden und frustrierte Aufwendungen- Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4.4.1989 (VI ZR 97/88) VersR 89, 853”, **VersR** 1990, Heft 19, s. 715; Janssen, **a.g.m.**, s.157; Fikentscher/Heinemann, **a.g.e.**, § 103 Rn.1207, Karatzenis, **a.g.e.**, s.300; Gert Brüggemeier, **Deliktsrecht, Ein Hand und Lehrbuch**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, Rn.195.

¹¹³ RGZ 133, s. 270= JZ 1929, s.914. Bu kararın İngilizce çevirisi için bkz.: B.S.Markensinis, H.Unbreath, **The German Law of Torts, A Comparative Treatise**, 4.ed., Oxford, 2002, s.136-138.

Şok zararından söz edilebilmesi için gerekli olan şartları ortaya koyan 1971 tarihli ilk Alman Federal Mahkemesi kararında ise¹¹⁴, yakınını ölümcül bir kaza geçirdiğine dair haber alan kişinin, faile karşı ancak, tıbbi olarak ele alınabilecek, normalin üzerinde acı, elem yaşamaması halinde zararlarının tazmin edilebileceğini belirtmiştir¹¹⁵. Bunun yanında, kişinin yakınını kaybetmek suretiyle oluşan olumsuzluk karşısında duyulan şaşkınlığın, şokun mevcudiyeti de tazminat sorumluluğu için aranmaktadır. Dolayısıyla şok zararlar sadece, yakınını kaybetmek suretiyle psikolojik olarak etkilenen kişiler için geçerli olacaktır.

Federal Mahkemenin şok zararları § 823 I BGB anlamındaki kişinin sağlığında meydana gelen zararlarla sınırlaması eleştirilmiştir¹¹⁶. Zira mağdurun, kanuni olarak bakım alacaklısı olarak hiçbir yakınının mevcut olmaması halinde, failin Alman sorumluluk hukuku açısından, § 844 I BGB’de yer alan cenaze masraflarını dikkate almazsak, herhangi bir sorumlulukla karşılaşmaması mümkündür¹¹⁷.

Federal Mahkeme 1985 yılında verdiği kararına konu olan olayda¹¹⁸, ölümle veya ağır yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasının mağdurunun yakını olan hamile bir kadının kaza haberi sonucunda psikolojik olarak zarar görmesi ile bağlantılı olarak cenin de zarar görmüştür. Mahkeme şok zararın tazminini sadece, kazanın mağdurunun yakın bir akraba olması ve ceninde meydana gelen zararın ağır ve kalıcı olması halinde mümkün kılmıştır.

Böylelikle yargı kararlarında, sadece kişinin sağlığında zararlara sebebiyet veren, kalıcı ve ağır psikolojik sarsıntıların¹¹⁹ şok zarar olarak değerlendirilebileceğinin altı çizilmiştir¹²⁰.

¹¹⁴ BGHZ 56, 163= NJW 1971, s. 1883 vd. . Kararın İngilizce çevirisi için bkz.: Markensinis/Unbreath, **a.g.e.**, s. 115-119.

¹¹⁵ Christian Armbrüster, “Grundfaelle zum Schadensrecht”, **JuS**, 7/2007, s.608.

¹¹⁶ Ranieri, **a.g.e.**, s.1556.

¹¹⁷ Gerhard Wagner, “ Ersatz immaterieller Schaeden, Bestandsaufnahme und europaesiche Perspectiven, **JZ**, 2004, s.325.

¹¹⁸ BGHZ 93, 351= NJW 1985, s.1390 vd.; BGHZ 58, 48 = NJW 1972, s. 1126 vd. .

¹¹⁹ Kaza haberinin kişi üzerinde doğrudan ve travmatik bir psikolojik etkisi olmalıdır. Başka bir deyişle ile sıradan sayılabilecek psikolojik etkinin varlığında şok zarardan söz edilemez. Karatzenis, **a.g.e.**, s.301; Pfeifer, **a.g.m.**, s.800.

Alman hukukunda, yukarıda da ayrıntılarıyla anlatılmaya çalışıldığı gibi, hukuka aykırı bir fiil sonucunda ölen kişinin yakınlarının doğrudan, ölen kişinin desteğinden yoksun kalmaları sebebiyle maddi zararlarının tazmin edilmesini talep etme hakları yoktur. Alman hukukunda § 844 II BGB uyarınca sadece desteğin kanuni olarak bakmakla yükümlü olduğu kişiler tazminat talebinde bulunabilirken, şok zarar kavramı ile ölen kişinin yakınlarının, haksız fiilin mağdurunun ölümü sonucunda oluşan zararlarının tazmin edilebilmesine olanak tanınmıştır¹²¹. Şok zararının oluşumunun dayanağını ise § 823 I BGB’de yer alan sağlığa verilen zararlardan alır¹²².

Şok zararın tazmin edilmesine olanak tanınması suretiyle, § 844 II BGB’nin ölenin yakınlarına tazminat hakkı tanımayan hükmündeki adaletsizlik, Alman mahkeme içtihatları ile önlenmiştir¹²³. Böylelikle nişanlının veya evlilik dışı beraber yaşanan kişinin şok zararı sebebiyle tazminat talebinde bulunabilmesi olanaklı olmalıdır¹²⁴. Ancak şok zararların tazmini isteyebilecek olan kişilerin kapsamı Alman içtihatlarında oldukça sınırlı ve katı bir şekilde belirlenmiştir¹²⁵.

¹²⁰ Böylece § 253 BGB’de manevi zararın bir miktar para ile tazmin edileceği hallerin kanunen belirtilen hallerle sınırlı olduğu hükmü dolanılmıştır. Wilhelm Vorndran, “Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger, Ein Diskussionsvorschlag”, **ZRP**, 1988, Heft 8, s.294.

¹²¹ Elbette ki, kazanın mağduru olan kişilerin başında eşi, çocukları ve ebeveynleri gelir. Ancak yakın kavramı bu kişilerle sınırlı değildir. Karatzenis, **a.g.e.**, s.306, 307.

¹²² Danner/ Schramm, **a.g.m.**, s. 715; Janssen, **a.g.m.**, s.157. Şok zarar olarak nitelendirilen zararlar, ancak kişinin sağlığında olağan sınırların ötesinde olumsuz bir etki bıraktığı zaman tazmin edilebilir. Schellammer, **a.g.e.**, Rn. 1304.

¹²³ Deutsch/Ahrens, **a.g.e.**, Rn. 472; Walter Selb, “Ein Problem der “ mittelbaren Schaedigung” im deutschen und österreichischen bürgerlichen Recht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung”, **Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Institutes für ausländisches und internationales Privat und Wirtschaftsrecht der Univesitat Heidelberg**, 1967, s.261-262 (Buradan sonra “mittelbaren Schaedigung” şeklinde atıf yapılmıştır).

¹²⁴ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s.149, 150.

¹²⁵ Danner/Schramm, **a.g.m.**, s.716. Davaya konu olan olayda, davacı ve eşi, Doğu Akdeniz’de bir yat turu yapmak üzere seyahat acentesi ile anlaşılır ve söz konusu seyahatin bedeli öderler. Yola çıkmadan birkaç gün önce 22 yaşındaki oğullarının bir trafik kazasında öldüğü haberini alırlar. Oğullarının ölümü sebebiyle yat turuna çıkamazlar ve gezi sözleşmesinin koşulları uyarınca ödedikleri bedelin sadece bir kısmını geri alabilirler. Mahkeme davacının, oğlunun ölüm haberinin şoku sebebiyle yat gezisine çıkamaması sonucunda oluşan zararlarının tazmin edilmesini talebini kabul etmemiştir. BGH NJW 1989, s.2317 (VI ZR 97/88). Kararın İngilizce çevirisi için bkz.: Markensinis/Unbreath, **a.g.e.**, s. 119-122.

Şok zarar her ne kadar üçüncü kişinin uğradığı zarar olarak nitelendirilebilirse de, yansıma zararı olarak ele alınamaz. Zira şok zararların tazmin edilebilmesi için aranan ölçüt başkasının acısı sebebiyle oluşan üzüntü değil, kişinin kendi sağlığının zarar görmesidir¹²⁶. Diğer bir ifade ile yansıma zararı haksız fiilin doğrudan mağduru olmayan üçüncü kişinin, söz konusu haksız fiilin sonucunun kendisine yansması ile meydana gelen zararken, şok zararı üçüncü kişinin doğrudan doğruya maruz kaldığı zarardır.

Şok zararların tazmini sadece kazaya bizzat maruz kalanın yakınları için mümkündür¹²⁷. Federal Mahkeme yakın bir zamanda verdiği kararında, kazaya tesadüfen tanıklık eden, mağdur ile herhangi bir yakınlık ilişkisi bulunmayan bir kişinin şok zarar adı altında tazminat talebine bulunabilmesine olanak tanımamıştır¹²⁸.

2. Avusturya Hukuku

Avusturya Yüksek Mahkemesi başlangıçta üçüncü kişilerin şok zararlarının tazmin edilmesini kabul etmemekteydi. Alman hukukunun ve Avusturya yargısının gelenekselleşmiş çekimserliği sebebiyle, Avusturya içtihatlarında başlangıçta yakını ölen kişinin, söz konusu ölüm sonucunda oluşan ne maddi zararı ne de manevi zararı tazmin ediliyordu¹²⁹.

Avusturya hukukunda, şok zarara maruz kalanlar, üçüncü kişi olarak ele alınmaktaydı. Üçüncü kişilerin zararının tazmini ise kanunen sadece §1327 ABGB uyarınca, destekten yoksun kalma halinde mümkün olduğu için şok zararların tazmin edilmesi kabul edilmemekteydi¹³⁰.

¹²⁶ Ranieri, **a.g.e.**, s.1558.

¹²⁷ Maximilian Fuchs, **Deliktsrecht**, 5. Güncel ve Gözden Geçirilmiş Bası, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 2004, s.204.

¹²⁸ BGHZ 173, s.263-268= NJW 2007, s.2764-2766.

¹²⁹ Ranieri, **a.g.e.**, s.1562, 1563; Helmut Koziol, **Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I. Allgemeiner Teil**, 3. Bası, Wien, 1997, s.263; Selb, **mittelbaren Schaedigten**, s. 262.

¹³⁰ Selb, **mittelbaren Schaedigten**, s. 262.

1994 yılında verilen bir karar¹³¹ ise Avusturya hukukunda şok zararlarının tazmin edilmesi açısından dönüm noktası niteliğindedir. Davaya konu olan olayda, davacı kazanın gerçekleştiği zaman henüz 20 aylık bir bebektir. Kaza sırasında kendisi arabanın arka koltuğunda, annesi ise direksiyonda yer almaktadır. Meydana gelen trafik kazası sonucunda davacının da içinde bulunduğu aracın direksiyonunda yer alan annesi ağır yaralanmış ve bir süre hastanede yatmak zorunda kalmıştır. Davacıda kazanın ardından birçok psikolojik olumsuzluklar baş göstermiştir. 20 aylık bir bebekken annesinden ayrı kalması davacıda kalıcı manevi zararların oluşmasına sebebiyet vermiştir. Tazminat talebinde bulunan davacının talebi ilk derece mahkemesinde reddedilmiş, temyiz mahkemesi ise davayı kabul etmiştir. Temyiz ise sonuçsuz kalmıştır. Sonuç ne olursa olsun, kararda kullanılan gerekçeler sonucunda, davacının şok zararı anlamında bir zararı olmamasına rağmen, temyiz mahkemesi bundan böyle, şok zararına uğrayan üçüncü kişilerin zararlarını doğrudan zarar olarak ele alabilecektir. Alman hukukunun aksine Avusturya içtihadı, şok zararları kişinin sağlığında meydana gelen zararlar olarak sınırlandırmamıştır¹³².

Avusturya Temyiz Mahkemesi 1995 yılında verdiği bir kararında¹³³ ise ölüm acısı sebebiyle oluşan zarar hakkında kesin bir neticeye varmıştır. Karara konu olan olayda davacı zarara sebebiyet veren trafik kazasında yedi yaşındaki kardeşini, dokuz yaşındaki kuzenini kaybetmiştir. Bunun yanında aynı kazada annesi araçtan dışarı fırlamış ve ağır yaralanmıştır. Davacının kaza sebebiyle hem beden bütünlüğü zedelenmiş hem de ağır yaralı olan annesini caddenin üzerinde acı içinde haykırmasına tanıklık etmekten ve yakın akrabalarının cesetleri ile aynı arabanın içinde kapalı kalmaktan kaynaklanan manevi zarara uğramıştır. Hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi davacının tazminat talebini kabul etmiştir. Bu kararın en önemli özelliği, şok zararın § 1325 ABGB¹³⁴ anlamında tazmin edilmesinin Avusturya içtihadında ilk kez kabul edilmesidir.

¹³¹ Ranieri, **a.g.e.**, s.1565.

¹³² Ranieri, **a.g.e.**, s.1566.

¹³³ Ranieri, **a.g.e.**, s.1566, 1567; Ernst Karner, Helmut Koziol, “ Non-Pecuniary Loss under Austrian Law”, ”, **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s.5 vd. .

¹³⁴ § 1325 ABGB, § 1329 ve §1331 ABGB ile birlikte, Avusturya hukukundaki manevi zararın tazmin edilebileceğini ifade eden kanun hükümleridir. Franz Bydlinski, “Der immaterielle Schaden in

Avusturya yargısı, Alman yargısından farklı olarak, manevi tazminata sadece şok zarar halinde değil, bir yakınının ölmesi halinde de hükmetmektedir. Bu konuya ilişkin güncel bir karar ise yüksek mahkemenin 2001 yılında verdiği karardır¹³⁵. Karara konu olayda mahkeme, çocuklarını bir trafik kazasında kaybeden davacı anne ve babanın, çocuklarını kaybetmenin verdiği “olağan” acı ve üzüntünün dışında başka bir zarara uğramamalarına rağmen manevi tazminat taleplerini, karşılaştırmalı hukuka yaptığı atıfla kabul etmiştir.

3. İsviçre Hukuku

Avusturya hukuku'nun aksine, İsviçre hukukunda şok zarar, yakınların manevi tazminat talep etme hakkı adı altında ele alınır ve tazmin edilebilir niteliktedir. Şok zararın tazmin edilmesine dair talep hakkı, haksız fiile doğrudan maruz kalan yakının ölmesi halinde doğrudan Art.47 OR ile, yakının ağır yaralanması halinde ise Art.49 OR uyarınca, mağdur olan yakının kişilik haklarının ihlâl edilmesine dayanır.

Yaralanma anı ile ölüm anı aynı değilse, hem mağdurun hem de mağdurun yakınının tazminat talebinde bulunması birbirini dışlamaz. Bunun yanında mağdur kazadan bir süre geçtikten sonra ölürse, mağdurun mirasçıları tazminat hakkını miras yoluyla da kazanabilirler.

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında¹³⁶, haksız fiil sonucu hemen ölmeyen mağdurun yakınlarının mağdurun ölümünden sonra Art.47 OR uyarınca manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir. Karara konu olan olayda, haksız fiilin mağduru olan çocuk ağır bir beyin sarsıntısı geçirir ve bunun sonucunda tamamen, kalıcı bir şekilde sakat kalır. Annesi, çocuğa ev koşullarında bakabilmek için işinden ayrılır. Kazadan dokuz yıl sonra çocuk ölür ve çocuğun anne ve babası

der österreichischen Rechtsentwicklung”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, Yayına Hazırlayan Hans Claudius, Mohr Verlag, Tübingen, 1978, s.789, 790.

¹³⁵ OGH, JB 2001, s.660 vd. .

¹³⁶ BGE 118 II 404. (Kaza mağduru çocuk, kaza anında yedi, vefat ettiği zaman ise on altı yaşındadır.)

ve kız kardeşi kazaya sebebiyet veren kişinin sigortasından Art.47 OR uyarınca manevi zararlarının tazmin edilmesini talep ederler. Davacıların bu talepleri, ölüm tarihinden itibaren işleyen faiziyle birlikte mahkeme tarafından kabul edilir.

İsviçre içtihadında yakın akrabalara böyle bir talep hakkının tanınması oldukça liberal bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir¹³⁷. İsviçre Federal Mahkeme 1986 yılında verdiği bir kararında¹³⁸ da, iki çocuğunu askeri bir uçağın düşmesi sonucu kaybeden babanın, bu haberi aldığı zaman yaşadığı şok ile yüzde elli iş göremez hale gelmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebini, ortada mutlak bir hakkın doğrudan ihlâli söz konusu olduğundan hareketle kabul etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinin aynı yıl verdiği diğer bir karara¹³⁹ konu olan olayda ise, yaya geçidi üzerinde yürürken bir motor tarafından ezilen kadının kocası olan davacı Art.47 ve Art.49 OR uyarınca manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı, karısının bu kaza sonucunda bakıma muhtaç hale gelmesi, tekrar iyileşmesinin mümkün olmaması ve muhtemel yaşam süresinin azalması nedeniyle, kendi kişisel ilişkisinin zedelendiğini iddia ederek motor sürücüsünün sigortasından söz konusu zararın tazminini talep etmiş ve Federal Mahkeme bu talebi kabul etmiştir.

4. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda şok zararları “*nervous shock damages*” olarak adlandırılmaktadır. Şok zararı, ilk kez Boardman v. Sanderson davasında¹⁴⁰, bir kazada yaralanan oğlunun yanında yer alan ve bu durumda şok geçiren babanın tazminat talebinin kabul edilmesiyle tanınmıştır.

¹³⁷ Ranieri, **a.g.e.**, s.1577.

¹³⁸ BGE 112 II 118.

¹³⁹ BGE 112 II 220.

¹⁴⁰ Boardman v. Sanderson (1964) 1 W.L.R.1317.

1964 yılında verilen karardan sonra bu kez 1982 yılında, yaralanan çocuğunu kanlar ve acı içinde önce hastanede daha sonra ise bakım halinde gören annenin tazminat talebi de kabul edilmiştir¹⁴¹.

İngiliz hukukunda şok zararı adı altında tazminat talep edebilmesi için en azından, zarar görenin yakını ile dolaylı kişisel bir yaşantısı olmalıdır¹⁴². Bunun için kaza haberinin zamansal olarak hemen öğrenilmesi yeterlidir. Bu öğrenmenin içinde görme, duyma veya üçüncü bir kişi ile iletişim vasıtasıyla haberdar olmak da girer.

Meydana gelen kaza sonucunda doğrudan zarar gören kişinin yakınının bu kaza sebebiyle oluşan psikolojik zararının normalin çok üzerinde olması gerekir. Zira sıradan bir ölüm olayı sonucunda ölen kişinin yakınlarının yaşadığı üzüntü İngiliz hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi tazmin edilebilir nitelikte değildir. Dolayısıyla meydana gelen haksız fiil ile doğrudan bağlantılı olarak ortaya çıkan psikolojik bir rahatsızlık mevcut olmalıdır. (*recognisable psychiatric illness*)

İngiliz hukukunda şok zararını talep edebilecek olanlar yakın akrabalar olarak sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla fail meydana gelen kazanın diğer mağdurlarının veya tanıklarının; mantıksal olarak ilgisi olmayan bir kişinin geçireceği şoku hesaba katmak zorunda değildir¹⁴³.

Bu konuya ilişkin olarak verilen en önemli karar *Alcock and Others v. Chief Constable of South Yorkshire (House of Lords)*¹⁴⁴ kararıdır. 15 Nisan 1989'da FC Liverpool ile Nottingham Forest arasında oynanan yarı final mücadelesinin gerçekleştiği Hillsborough Stadyumunda futbol tarihinin en büyük felaketlerinden biri gerçekleşmiştir. Polisin kusurlu bir şekilde, çok sayıda taraftarı stadyumun bir tarafına girmesine izin vermesi sonucunda doksanalı Liverpool taraftarı çıkan

¹⁴¹ McLoughlin v. O'Brian (1982) 2 All E.R.311.

¹⁴² Ranieri, **a.g.e.**, s.1594.

¹⁴³ Hevican v. Ruane (1993) 3 All E.R. 65. Söz konusu davada hâkim, ondört yaşındaki oğlunu kaybeden ve oğlunu kaybettikten sonra çok ciddi bir depresyon geçiren davacının lehine karar vermiştir. Davacı olan baba, her ne kadar oğlunun geçirdiği kazaya tanıklık etmese de, kazadan iki saat sonra haberdar edilmiş ve bu haberi aldıktan bir saat sonra oğlunun cesedini morgda teşhis etmiştir. Hâkim burada zararın öngörülebileceğini (*foreseeable*) ve illiyet bağının kurulduğunu kabul etmiştir

¹⁴⁴ 1991, 3 W.L.R. 1057; 1992, 1 A.C.310; 1991, 4 All E.R. 907.

kargaşada ezilerek ölmüştür. Stadyumda olmamalarına rağmen, ölen taraftarların yakınları yaşanan trajediyi televizyonların izlemiş ve bunun sonucunda şok zarara uğramışlardır. Ölenlerin yakınlarının meydana gelen şok zararlarının tazmini talepleri ise, olaya çok uzak (*too remote*) olmaları sebebiyle kabul edilmemiştir.

Alcock and Others v. Chief Constable of South Yorkshire (House of Lords) kararının diğer bir önemi ise, şok zararların tazmin edilmesi için gerekli olan şartları sıralamasıdır¹⁴⁵. Buna göre şok zararına uğradığını iddia eden kişinin tazminat talebinin kabul edilebilmesi için ilk olarak, meydana gelen kazaya maddi olarak yakın olması gerekir. Böylelikle kazaya televizyondan tanıklık eden veya üçüncü bir kişi tarafından haberdar edilen davacıların talepleri kabul edilmeyecektir. İkinci olarak ise yaşanan şokun, davacının sinir sistemi üzerinde ani (*sudden*) ve tedrici (*gradual*) bir etkisi olmalı. Üçüncü olarak ise, şok zararı bir kişinin ölümü veya yaralanmasına tanıklık etmek suretiyle oluşmuşsa, bu kişi ile yeterli derecede yakınlık mevcut olmalı. Söz konusu yakınlığın ise anne-baba ve çocuklar, eşler, nişanlılar arasında var olduğu kabul edilir. Diğer kişiler, kardeşler de dahil olmak üzere, bu yakınlığı kanıtlamak zorundadırlar. Son olarak ise, davacının yaşadığı şok, normal dayanırlıktaki bir kişinin de yaşayabileceği, makul olarak öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Davacı ile mağdurun arasındaki yakınlığın oranı arttıkça bu şartın gerçekleşme ihtimali de artar.

5. Türk Hukuku Açısından Şok Zararı Kavramının Değerlendirilmesi

Şok zarar kavramı hakkında Türk hukukunda açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın şok zarar uygulamada, kişinin bir yakınının maruz kaldığı cismani zarara olaya tanıklık etmesi veya olay hakkında haberdar edilmesi sebebiyle oluşan şok sonucu acı ve elem çekilmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla şok zarara uğrayan kişinin zararı dolaylı bir zarar ele alınmamalıdır. Söz konusu zarar, yakınının ölmesi halinde BK.m.47, ağır yaralanması durumunda ise

¹⁴⁵ Amerikan hukukunda verilen, şok zararın tazmin şartlarını belirleyen, benzer nitelikteki bir karar için bkz.: Dillon v. Legg, 68 Cal. 2d 728 (1968).

BK.m.49 kapsamında değerlendirilip, gerekli koşulların varlığı halinde manevi zararın tazmin edilmesine olanak verilmelidir¹⁴⁶.

Yargıtay da son yıllarda verdiği bir kararında¹⁴⁷, maddi hasarlı ve yaralanmalı bir trafik kazasına ilişkin olarak doğrudan zarar gören kişinin eşinin, manevi tazminat talebi kabul edilmiştir. Mahkeme kararında, “*Davacı E. O., her ne kadar olayda yaralanmamış ise de meydana gelen trafik kazasının şiddeti göz önüne alındığında bu davacının psikolojik olarak şok yaşadığının ve bunun sonucu olarak da davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için, kişilik haklarına saldırının varlığının kabul edilmesi gerekir. Böyle bir olgu karşısında zarar görenin korunması sorumluluk hukukunun genel ilkesidir. Ruhsal sarsıntı sorumluluğunun yasal dayanağı Borçlar Kanunu’nun 49. maddesidir. Doğrudan manevi zarar davacının kişiliğinde doğmaktadır. Bir yansıma zarardan söz edilemez, öte yandan zararın ruhsal sarsıntı şeklinde oluşması kavramını dar anlamda yorumlamamak gerekir. Önemli olan hukuka aykırılık sonucu oluşan zararın giderimidir. Zararın hafifliği ya da etkisi tazminat miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulması gerekir. Şu durumda adı geçen davacının manevi tazminat isteme hakkı doğmuştur.*” ifadeleri ile davacının şok zararının varlığını kabul etmiştir.

Dikkat edileceği üzere mahkeme şok zararın varlığını kabul etmekle birlikte, Alman hukukunda da olduğu gibi, söz konusu zararın bir yansıma zarar olarak kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir. Zira burada maruz kalınan kaza sebebiyle davacının doğrudan manevi değerleri zarar görmüştür. Yargıtay aynı şekilde başka bir kararında¹⁴⁸ prensip itibariyle yakınların, doğrudan zarar görenin maruz kaldığı

¹⁴⁶ Yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 55. maddesinin ikinci fıkrası ise “*Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” hükmü ile manevi zarar alanında yansıma zararının tazminine olanak tanımıştır. Manevi zarar konusunda yer alan tartışmalar bu düzenlemenin yasalaşması halinde son bulacaktır.

¹⁴⁷ Y.4.HD., 28.12.2005 T., 2005/1088 E., 2005/14222 K. (www.hukukturk.com arşivi).

¹⁴⁸ “*BK.’nun 47. maddesinde düzenlenen hukuki esaslara göre manevi tazminatı ancak cismani zarara uğrayan kimse isteyebilir. Yansıma suretiyle bir zarardan söz edilerek başkaları yararına anılan maddeye dayanılmak suretiyle manevi tazminata hükmedilemez. Cismani zarar kavramı içinde ruhsal bütünlük de yer aldığından BK.’nun 49. maddesi uyarınca olay nedeniyle ruhsal sağlığın bozulduğu ileri sürülerek tazminat istenebilir. Bu durumda manevi tazminata hükmedilebilmesi için çocuğun yaralanma derecesi (hayati tehlike geçirip geçirmediği, ameliyat olup olmadığı, sakat kalıp kalmadığı gibi tıbbi hususlar), bu yaralanma nedeniyle ebeveynin üzülmeye derecesi (şok geçirip*

haksız fiil sebebiyle yaşadıkları şok sonucunda oluşan zararlarını kabul etmekle birlikte, gerekli koşulların oluşmadığını ileri sürerek tazminat talebini reddetmiştir. Karar metninden açıkça anlaşıldığı üzere, şok zararın varlığını kabul edebilmek için, var olan zararın belirli bir ölçüde olması gerekir. Başka bir ifade ile doğrudan haksız fiilin mağduru olan kişinin yararlanmasının ve yakınlarının bu sebeple yaşadıkları üzüntünün derecesi, BK.m.49 anlamında tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağı belirlenmesi açısından önemlidir.

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, şok zarara uğrayanların tazminat hakları, haksız fiile maruz kişiden bağımsız olarak, kendilerinden kaynaklanır. Şok zararın bu yönü destekten yoksun kalma zararının bağımsızlık özelliğine benzese de, şok zarar sadece mağdurun ölmesi halinde değil ağır yaralanması halinde de tazminat sorumluluğuna yol açabileceği yönünden farklıdır.

Uygulamada üçüncü kişilerin şok zararlardan doğan zararlarının tazmin edilmesine ilişkin taleplerine getirilen sınırlamalar, tipik bir hukuk politikası seçimidir¹⁴⁹. Zira ölümle sonuçlanan bir kazaya tanıklık eden birçok kişinin şok zarar olarak nitelendirilebilecek zararlarının tazmin edilmesine cevaz verilmemesi, tazminat sorumluluğunun makul sınırlar içerisinde tutulmasının gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

geçirmediği, ruhsal tedavi görüp görmediği, insan yaşamının doğası) ve BK.'nun 49. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususları önem taşımaktadır. Somut olayda küçük E'nun ayağının üzerinden araç lastiği geçtiği, cilt ve cilt altında doku yarası bulunduğu, kırık bulunmadığı, 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı ceza dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır. Dosyadaki bilgi, belge ve açıklamalar ile yukarıda açıklanan ölçütler ve özellikle küçüğün yaralanma derecesi ele alınıp değerlendirildiğinde davacı babanın manevi tazminat isteminin BK.'nun 49. maddesindeki koşullara uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Şu durum karşısında davacı E.in manevi tazminat isteminin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir .” Y.4.HD., 17.09.2001 T., 2001/4012 E., 2001/8028 K. (www.hukukturk.com arşivi).

¹⁴⁹ Atamer, **a.g.e.**, s.94.

SONUÇ

I. Genel Sonuçlar

Çalışmanın ilk bölümünde yansıma zararının diğer zarar çeşitleri ile ve özellikle dolayısıyla zararlı olan farkını koymaya çalışılmıştır. Beden bütünlüğünün ihlâli halinde “tedavi masrafları” ve “kazanç kaybı” kalemleri şeklinde ortaya çıkan dolayısıyla zarar, her zaman için bir malvarlığı zararıdır. Buna karşılık doğrudan zarar maddi zarar veya manevi zarar biçiminde meydana gelebilir. Yansıma zararı ise bu ayrımında, doğrudan zararın olmadığı, haksız fiil borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin kazanç kaybı zararıdır.

Haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde talep edilebilecek doğrudan zarar aynı zamanda sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülüğün de ihlâli anlamına da gelebilir. Bu gibi bir halde sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu yarışacakken, sadece bir kazanç kaybı varsa ve bu zararı güvence altına alan bir sözleşme ilişkisi de yoksa yansıma zararı söz konusu olacaktır.

Yansıma zararı, kural olarak, haksız fiil sorumluluğuna hâkim olan sadece doğrudan zarara uğrayanların zararlarının tazmin edilmesi ilkesi ve sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk için vazgeçilmez olarak kabul edilen sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca tazminat sorumluluğunun kapsamına girmemektedir. Ancak kanun koyucu BK.m.45/f.2 (YBK.m.53/b.3) ile getirdiği destekten yoksun kalma giderimi ile bu kurala istisna getirmiştir. Böylelikle kazanç kaybı zararı şeklinde ortaya çıkan destekten yoksun kalma zararı mirasçılar için dolayısıyla zarar niteliğinde de olsa, külli halef olmayan, kanunun ifadesi ile diğer kimseler (ölenin yakınları) için yansıma zararıdır ve tazminat sorumluluğunun kapsamındadır.

Yansıma zararı karşımıza her zaman maddi zarar şeklinde ortaya çıkmayabilir. Manevi zarar şeklinde meydana gelen yansıma zararının tazmin edilmesinin mümkün olup olmadığını anlamak için BK.m.47 (YBK.m.56)'ye yakından bakmakta yarar vardır. BK.m.47 hükmü uyarınca ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat verilmesi mümkündür. Ancak beden bütünlüğü ağır bir

şekilde ihlâl edilmiş kişilerin yakınlarının manevi tazminat talep edip edemeyecekleri tartışmalıydı. Ağır yansıma zararının varlığı halinde, hakkaniyet ilkesine dayanan istisnai bir kuralın getirilebileceği kabul edilmekteydi. YBK.m.56/f.2 düzenlemesi ise ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilmesine olanak tanımıştır. Böylelikle ağır bir manevi yansıma zararına uğrayan kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri olanaklı olmalıdır.

Yansıma zararının kural olarak tazmin edilmemesinin diğer bir sebebi ise yansıma zararının mevcut olduğu durumlarda, tazminat borcunun doğabilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık bağının eksikliğidir. BK.m.41/f.1(YBK.m.49/f.1) anlamında yansıma zararı tazmin edilemese bile, eğer BK.m.41/f.2 (YBK.m.49/f.2) bağlamında zarar verme kasdı ile yansıma zararına sebebiyet verilmişse, yansıma zararları bu kural çerçevesinde tazmin edilir. Ancak esas olarak üzerinde durulması gereken konu BK.m.45/f.2(YBK.m.53/b.3) gibi yansıma zararlarının tazmin edilmesine ilişkin özel bir kuralın; mutlak bir hak ihlâlinin olmadığı durumlarda yansıma zararının tazmin edilmesinin olanaklı olup olmadığıdır.

Aşağıda bu bağlamda çalışmanın bütününden çıkardığımız sonuçlarla birlikte yansıma zararının tazmin edilmesine ilişkin çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Böylelikle somut olay adaleti açısından yansıma zararının tazmin edilmemesinin yaratacağı ağır, hakkaniyete aykırı sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

II. Yansıma Zararının Tazmin Edilmesine İlişkin Çözüm Önerileri

1. Yansıma Zararının Tazmin Edilmesi İçin Özel Bir Kural Getirilmesi

Hali hazırda yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin ikinci fıkrasında “ *Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.*” denilmek

suretiyle mağdurun ölümü sonucunda yansıma zararına uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilmesine, istisnai olarak da olsa, imkân tanınmıştır. Borçlar Kanunu sistematığı içerisinde kanun koyucunun yansıma zararına ilişkin özel bir hüküm getirmeyip, istisnai bir düzenlemeyle yetinmesi bilinçli bir tercih olarak algılanabilir. Zira kanun yapma tekniklerinden olan soyut kanun yapma yönteminde, kazuistik metodun aksine, ortaya çıkabilecek bütün hukuki ihtilâflara cevap verebilecek hükümlerin getirilmesi suretiyle ayrıntılı düzenleme yapmaktan kaçınılır. 818 sayılı Borçlar Kanunu da soyut kanun yapma yöntemi ile hazırlanmıştır. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu BK.m.41’de haksız fiil sorumluluğunun genel şartlarını düzenlemiş ve her bir zarar tipi için ayrı bir hüküm getirmemiştir. Yansıma zararının kural olarak tazmin edilmemesi de haksız fiil sorumluluğunun oluşması için gerekli olan ve BK.m.41’de sayılan şartların eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

Yasa koyucu yansıma zararının sadece istisnâî hallerde tazmin edilebileceği yönündeki görüşünü yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da devam ettirmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda yansıma zararının tazminine açıkça olanak veren hükümler BKT.m.53/b.3 ve BKT.m.56/f.2 ile sınırlı kalmıştır. BKT.m.53/b.3’de ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpları, ölüm halinde uğranılan ve tazmin edilecek zararlardan saymıştır. BKT.m.56/f.2 ise “*Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” hükmü ile manevi zarar alanında yansıma zararının tazminine olanak tanımıştır. Manevi zarar konusunda yer alan tartışmalar bu düzenlemenin yasalaşması halinde son bulacaktır. Zira böylelikle ağır bedensel zarar halinde yakınların manevi tazminat talep etmesine BK.m.47’ye dayanarak olanak tanıyan görüşe üstünlük tanınmış ve sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zarar halinde de yakınların manevi tazminat talebinde bulunmalarına olanak verilmiş olacaktır.

Öte yandan Borçlar Kanunu Tasarısı’nın, daha sonra komisyonda değiştirilen ilk halinin 64. maddesinde “*Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebilir. Ayırt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır.*” şeklinde yer alan

ifadeler ile tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hakimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmüştür. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmişti. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları BK.m.54'de olduğu gibi zorunlu görülmüştü.

Tasarıda hakkaniyet sorumluluğunun genel bir ilke olarak yer alması halinde somut olayda hakkaniyet gerektiriyorsa yansıma zararlarının da kusursuz olarak tazmini mümkün olacaktı. Bunun sonucunda, yukarıda özel norm düzenlemesi olmaksızın yansıma zararının tazmin edilmesine olanak vermek için başvuru olan örtülü boşlukların kanun koyucunun amacına uygun olarak doldurulması veya geniş yorum yöntemlerine başvurmaksızın, somut olayda hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde yansıma zararı tazmin edilebilirdi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda hakkaniyet sorumluluğu değil, tehlike sorumluluğu genel ilke olarak kabul edilmiştir¹. Tehlike sorumluluğunu düzenleyen YBK.m.71, gerçek tehlike sorumlulukları için özel kanunlara atıf yapmakla yetinen ve tehlike sorumluluğu adı altında bu haller için yetersiz kalan bir hakkaniyet sorumluluğu getirmekle kalmıştır².

¹ Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 71.maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlıklı hükmü "*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.*" şeklindedir. Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu halde, Türk hukukunda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmadığı iddiası ile söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesi düzenlenmiştir. Böylece önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebileceklerdir. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.136.

² Oysa tehlike sorumluluğu zararın mümkün olduğu kadar tamamen giderilmesini ve fakat tehlike sorumluluğuna hakim olan toplum yararını da göz önüne alarak, tazminat sorumluluğunun bütününe işletme sahibinde bırakmayıp, mecburi sigorta yoluyla tüm topluma yayan bir sorumluluk ilkesine dayanmaktadır. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.146

Dolayısıyla, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek Borçlar Kanunun'un uygulamaya başlanması ile birlikte, tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanun'u döneminde olduğu gibi, yansıma zararının tazmin edilebilmesi için özel bir norma ihtiyaç duyulacaktır.

2. Tüzel Kişiliğe Manevi Tazminat Talebi İmkânı Tanınması

Tüzel kişiler de tıpkı gerçek kişiler gibi MK.m.24 ve devamı maddelerinde düzenlenen kişilik korumasından yararlanabilirler. Zira tüzel kişilerin de, gerçek kişiler gibi, şeref ve haysiyeti, ticari itibarı ve gizlilik alanı bulunmaktadır. Tüzel kişilerin söz konusu kişilik hakkına dahil olan değerleri, kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır³. Medeni Kanun'un 47. maddesi ile varlığı kabul edilmiş olan tüzel kişilerin; cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında bütün hak ve borçlara ehil olduğu tartışılmaz bir gerçekliktir (MK.m.48, 49). Buna göre, tüzel kişiler şeref ve haysiyetinin, ticari ve mesleki itibarının, gizlilik alanının, fikri ve ekonomik bütünlüğünün ihlâli ile karşılaşabilecekken, tüzel kişinin beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi veya öldürülmesi gibi sadece insan özgü niteliklere dayanan hakların ihlâli gibi durumlar meydana gelemez⁴.

Manevi zararı subjektif olarak açıklamaya çalışan görüşe göre, tüzel kişiler manevi zarara uğrayamaz. Zira bu görüşe göre⁵, gerçek kişilerin yaşadığı üzüntü, fiziksel veya duygusal acıyı tüzel kişilerin de yaşadığı iddia edilemez. Tüzel kişiler, gerçek kişiler gibi hissetme, acı çekme gibi özelliklere sahip olmadığından, acı ve

³ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.232; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.199; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, §10 N.9.

⁴ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.232; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.199 Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, §10 N.9; Genç-Arıdemir, **a.g.e.**, s.188.

⁵ Rey, **Haftpflichtrecht**, N.484; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.271-272; Franko, **Şeref ve Haysiyet**,s.190; Kılıçoğlu, **Tüzel Kişiler**, s.292-294. Serozan, **Kişilik Hakkının Korunması**, s.93'te bu görüşe katılmışsa da yazar, daha sonra görüşünü değiştirerek, tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir. Bkz.: Serozan, **Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**, s.33.

üzüntü duymalarından, dolayısıyla manevi zarara uğramış olduklarından, söz edilemez.

Oysa doktrinde baskın olan ve sübjektif görüşün yol açacağı adaletsizliklere işaret eden diğer bir görüş ise, tüzel kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir⁶. Buna göre tüzel kişinin organlarını oluşturan bireylerin duyduğu acı ve elem, tüzel kişinin kişilik hakkına dahil olan değerlerin ihlâl edilmesi şeklinde görünebilir⁷. Tüzel kişiliğin hukuki niteliğini farazi kişilik esasına dayandırılması halinde ise organları oluşturan kişilerin duyduğu acı ve üzüntü, farazi olarak, tüzel kişinin duyduğu acı ve üzüntü olarak değerlendirilebilir⁸. Böylelikle, gerçekleşen saldırının, tüzel kişiliğin manevi değerlerine yönelik olabileceği kabul edilebilir ve dolayısıyla tüzel kişilerin manevi zarara uğrayabileceklerine ve manevi tazminat davası açma hakkı tanınmasına cevaz verilebilir. Tüzel kişilerin tıpkı gerçek kişiler gibi manevi zarara uğrayabileceklerinin kabulü, tüzel kişilerin kişilik haklarının korunmasından yararlanabilme olanağını da beraberinde getirir. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlar da tüzel kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri yönündedir⁹.

Aksi bir kabul, hukuk düzenince kişi sayılan tüzel kişileri kişilik hakkı ihlallerine karşı savunmasız bırakacak ve adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Tüzel kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmek tüzel kişinin organlarındaki kişiler kadar manevi tazminat talebi karşılaşılmasını da

⁶ M. Tufan Ögüz, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, BeşirKitabevi, 2007, s.66 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.685; Dural/ Ögüz, **a.g.e.**, s.232; Oğuzman/Seliçi/ Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.199; Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, §20, N.82 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.7; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, s.142; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Borçlar Hukuku**, s.667; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.293; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.333; Gürsoy, **Manevi Zarar ve Tazmini**, s.12, 32; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.169.

⁷ Bu görüş tüzel kişilerin niteliğini gerçek kişilik teorisine dayandırmaktadır. Bkz.: Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.685.

⁸ Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller**, § 20, N.82; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9.

⁹ Y.4.HD. 17/03/2005 T., 2004/8628 E., 2005/2700 K. (www.hukukturk.com.tr) ; Y.4.HD., 16/6/2003T., 2003/3293 E., 2003//7775 K. (www.hukukturk.com.tr); Y.4.HD., 9/12/1993 T., 1993/607 E., 1993/14351 K. (www.hukukturk.com.tr) ; YHGK., 23/1/1985 T., 1984/4-58 E., 1985/36 K. (www.hukukturk.com.tr); 4.HD., 13/12/1979 T., 1979/10088 E., 1979/14000 K. (Karahasan, Manevi Tazminat, s.637-639); 4.HD., 22/6/1973 T.,1973/7879 E., 1979/6928 K. (Karahasan, Manevi Tazminat, s.649).

engelleyecektir. Ayrıca kişilik hakkı ihlâl edilenin tüzel kişilik mi yoksa tüzel kişinin organlarını oluşturan kişiler mi olduğu tartışması da doğrudan ortadan kalkacaktır¹⁰.

Bunun da ötesinde BK. m. 49 ile MK. m. 24'te, eski metinden farklı olarak "kimse" terimi yerine "kişi" teriminin kullanılmasını da, kanun koyucunun, manevi tazminat talebi hakkını gerçek kişilerin yanında tüzel kişilere de tanıdığı yönünde yorumlamak mümkündür¹¹. Öte yandan tüzel kişilere manevi tazminat talebinde bulunma hakkının tanınması kişilik hakkına dahil olan unsurların hukuk sistemimiz içerisinde en yüksek seviyede korunmasını sağlayacak ve sosyal adalet ve eşitlik ancak bu şekilde eksiksiz olarak yerine getirilecektir. Böylelikle yansıma zararına ilişkin kanun koyucunun getirdiği istisnai düzenlemenin yetersiz kaldığı noktalar, tüzel kişilere manevi tazminat talebinde bulunma hakkı tanınarak tamamlanabilecektir.

Ancak tüzel kişilere manevi tazminat talebi tanınması sınırsız olarak algılanmamalıdır. Zira tüzel kişilerin gerçek kişi olmaktan kaynaklanan haklarının ihlâli söz konusu olamayacağı, daha açık bir ifade ile tüzel kişilerin beden bütünlüğünün ihlâli veya ölümü imkân dâhilinde olmadığından BK.m.47 anlamında manevi tazminat talebinde bulunmaları düşünülemez.

Tüzel kişilere manevi tazminat talebinde bulunma hakkı tanınması ön kabulü ile birlikte, *de lege feranda*, herhangi bir etnik grup mensubunun doğrudan kendisine yönelik olmayan ve fakat haksız fiil teşkil eden bir beyana karşı, söz konusu etnik grubu temsil edecek bir tüzel kişilik aracılığıyla manevi tazminat talebinde bulunma imkânına sahip olup olamayacağı sorusu da akla gelebilir. Haksız fiil teşkil eden bir beyan sebebiyle doğrudan mağdur olmamakla birlikte, manevi olarak zarar gördüğünü iddia eden kişinin manevi tazminat talebi de yukarıda anlatılan bağlamda kendisini ait hissettiği etnik grubu temsil eden tüzel kişilik aracılığıyla dile getirebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta; söz konusu etnik grubun hangi tüzel kişilik aracılığıyla temsil edileceğidir. Zira bu gibi bir

¹⁰ Öğüz, **Vakıf**, s.68; Dural/ Öğüz, **a.g.e.**, s.232; Genç-Arıdemir, **a.g.e.**, s.190.

¹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 752; Genç-Arıdemir, **a.g.e.**, s.190.

durumda, haksız fiilin muhatabı olan etnik grubu temsil etmek amacıyla kurulmuş birden çok tüzel kişilik mevcut olabilir. Birden çok tüzel kişiliğin varlığı halinde ise manevi tazminat taleplerinin çokluğu ve kişilik hakkında dahil olan değeri ihlâl edilen tüzel kişiliğin hangisi olacağı problemi ile karşılaşılabilir. Böyle bir problemle karşılaşıldığında söz konusu etnik grubu gerçek anlamda en etkin ve yaygın şekilde temsil eden tüzel kişiliğin talebi kabul edilerek, manevi tazminat istemi değerlendirilmelidir.

3. Hakkaniyet Sorumluluğunun Genelleştirilmesi

Türk sorumluluk hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde sadece doğrudan zararların tazmin edildiği ve yansıma zararı şeklinde ortaya çıkan zararların kural olarak tazmin edilmediği yukarıda ayrıntıları ile anlatılmaya çalışılmıştı. Ancak söz konusu kural her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayabilir. Yansıma zararını düzenleyen özel bir normun da yokluğu halinde, Borçlar Kanunu sistematigi içerisinde hakkaniyet sorumluluğunun genelleştirilmesi suretiyle, yansıma zararının tazmin edilmemesinden doğabilecek hakkaniyete aykırı sonuçlar ortadan kaldırılabildi. Bu çalışma ilk kaleme alınmaya başlandığı tarihte henüz Borçlar Kanunu Tasarısı yasalaşmamıştı. Tasarıda yer alan hükümler üzerinde hem doktrinde hem de Komisyonda tartışmalar devam etmekteydi.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın ilk halinde hakkaniyet sorumluluğu üst başlığı altında yer alan madde 64, hakkaniyet sorumluluğunu genelleştiren bir kuralın niteliğindedir¹². Tasarının 64. maddesinde "*Tarafların ekonomik durumları göz*

¹² Tasarının 64. maddeye ilişkin gerekçesinde, "818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesini kısmen karşılayan "B. Kusursuz sorumluluk / I. Hakkaniyet sorumluluğu" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının iki fıkradan oluşan 64 üncü maddesinde, kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan "B Temyiz Kudretini Haiz Olmayanların Mesuliyeti" ibaresi, Tasarının 64 üncü maddesinde "B. Kusursuz sorumluluk / I. Hakkaniyet sorumluluğu" şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 41 inci ve devamındaki maddelerinde de kusura dayanan sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) yanında kusursuz sorumluluk düzenlendiği halde, "kusursuz sorumluluk" kenar başlığı kullanılmamıştır. Tasarının 64 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan "B. Kusursuz sorumluluk" ibaresiyle, bu sistematik eksiklik giderilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı

önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebilir. Ayırt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır.” şeklinde yer alan düzenleme ile hakkaniyet sorumluluğu genelleştirilmişti. Böylelikle kural olarak tazmin edilmeyen ve fakat hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebebiyet veren yansıma zararlarının tazmini hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde mümkün olabilecekti. Çalışmanın çatısını oluştururken yansıma zararının çözümsüz kaldığı noktalarda hakkaniyet sorumluluğuna dayanılabileceği fikri Tasarının 64. maddesi ile gerçekleşmesi muhtemel bir öneri olarak gözükmekteydi.

Ancak 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹³, nun 65. maddesi ile Tasarı’nın ilk metni arasında çok önemli bir farklılık vardır. Komisyonda Tasarının hakkaniyet sorumluluğunu genelleştiren kuralı değiştirilmiş, bunun yerine 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 54. maddesinde olduğu gibi hakkaniyet gerektiriyorsa; hakimin ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 65. maddesinin 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 54. maddesinin ilk fıkrasından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasalaşan Borçlar Kanunu Tasarısı ile hakkaniyet sorumluluğu genelleştirilmediği için yansıma zararının tazmin edilmesini düzenleyen özel bir normun yokluğunda, hakkaniyet sorumluluğundan kolayca yararlanılamayacaktır. Zira hakkaniyet sorumluluğu genel bir kural olarak değil, sadece ayırt etme gücüne sahip olmayanların vermiş olduğu zararlarda doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Bu durum karşısında ayırt etme gücüne sahip bir kişinin yol açtığı yansıma zararı kural olarak gene tazmin edilemeyecektir. Her ne kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hakkaniyet

genişletilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasını karşılamaktadır. Ayırt etme gücü olmayanların verdikleri zararlar için de, Tasarının hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin 64 üncü maddesinin ilk fıkrasının uygulanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği sırada verilen zararlardan sorumluluğa ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Tasarının 58 inci maddesinde, “4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı” başlığı altında, ayrıca düzenlendiği için, bu maddeye alınmamıştır.” ifadeleri yer almaktaydı.

¹³ Söz konusu kanun 27836 sayılı Resmi Gazete’de 04.02.2011 tarihinde yayımlanmış olup, 01.07.2012’de yürürlüğe girecektir.

sorumluluğunu genel sorumluluk ilkesi haline getirmemişse de¹⁴, ileride yapılacak bir kanun değişikliği ile tehlike sorumluluğu istisnai bir sorumluluk tipi haline; hakkaniyet sorumluluğu ise genel bir sorumluluk tipi haline getirilebilir. Böylelikle sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk alanında hakkaniyet gerektiriyorsa kusur aranmaması imkanı hakime tanınacaktır. Medeni Kanun örneğinde olduğu gibi, kanunlar yayımlandıktan kısa bir süre sonra ve hatta yürürlüğe girmeden önce, kanun değişikliğine gidilen bir ülkede hakkaniyet sorumluluğunun genişletilmesi imkânsız olarak görülmemelidir.

¹⁴ Tehlike sorumluluğunun genel bir kural haline getirilmesini eleştiren bir görüş için bkz.: Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.146, 147. Aksi görüş için Güzin Üçışık, “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kuralla Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Hukuku Sempozyumu (28- 29 Mayıs 2009)**, s.142, 143; Süleyman Yılmaz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD.**, 59 (3), s.574.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız : “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.: 2010, C.: 59, S.: 3, s. 345- 433.
- Akyol, Şener : **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Akünel, Teoman : **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Armbrüster, Christian : “Vertragliche Haftung für Drittschaden-qua vadis Helvatia?”, **Festschrift für Wolfgang Wiegand, Norm und Wirkung**, Bern, 2005, s. 71-92.
- Armbrüster, Christian : “Grundfaelle zum Schadensrecht”, **JuS**, 7/2007, s.605-611.
- Arpacı, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
- Ataay, Aytekin : **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- Atamer, Yeşim M. : **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, 1996.
- Atamer, Yeşim : “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre

- Tazmini”, **YD.**, 1996, C.22, s.99-132.
- Ballerstedt, Kurt : “Zur Haftung für *culpa in contrahendo* bei Geschaeftsabschluss durch Stellvertreter”, **AcP**, 151, 1950/1951, s.501-531.
- von Bar, Christian : “Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag”, **JuS**, 1982, Heft 9, s.637-645.
- Başalp, Nilgün : “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kuramı İle Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan**, Cilt I, İstanbul, 2010, s.441-472.
- Baygın, Cem : “*Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **AÜHFD.**, 2000, C.: IV., S.: 1-2, s.345-377.
- Becker, Hans- Jürgen : “ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht”, **VersR**, 1985, Heft 9, s.201-206.
- Becker, Hermann : **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 2. Bası, Bern, 1941.
- Berg, Hans : : “Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, **MDR**, Heft 8, 1969, s. 613-616.
- Berg, Hans : “Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation”, **JuS**, Heft 6, 1977, s. 363-367.

- Berg, Hans : “Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation” **NJW**, Heft 40, 1978, s.2018-2019.
- von Bieberstein, Frhr. Marschall : **Reflexschaden und Regressrechte**, Kohlhammer, 1967.
- Boeck, Andreas : “Haftungsbeschränkung zugunsten Dritter”, **NJW**, Heft 34, 1969, s.1469-1471.
- Boehmer, Gustav : “Schadensersatzansprüche wegen Verletzung und Tötung des im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten”, **FamRZ**, Heft 5, 1960, s.173-180.
- Bosshard, Erich : **Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Zürich, 1988.
- Bötticher, Eduard : “Schadenersatz für entgangene Gebrauchsvorteile”, **VersR**, 1966, Heft 13, s. 301-313.
- Brehm, Roland : **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Abt. 1, Allgemeine Bestimmungen. Teilbd. 3, Unterteilbd. 1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41 - 61 OR**, 3., Gözden Geçirilmiş Bası, 2006 (BernK/Yazar Adı şeklinde atıf yapılmıştır).
- Brinker, Jürgen : **Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Differenzierungsdefizite, Ressourcenverwendungspläne und das**

- Wertproblem**, Berlin, 1982.
- Brox, Hans / Walker, Wolf Dietrich : **Allgemeines Schuldrecht**, 32., Güncellenmiş Bası, München, 2007.
- Brüggemeier, Gert : **Deliktsrecht, Ein Hand und Lehrbuch**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986.
- Bucher, Eugen : “Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Kaeufer)”, **ZSS**, Band 89, 1970, s. 281-294 (Bucher/ZSS şeklinde atıf yapılmıştır).
- Bucher, Eugen : “Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?”, **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, Bern, 2005, s.231-261 (Bucher/Vertrauenshaftung şeklinde atıf yapılmıştır).
- Bucher, Eugen : “Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann; BGE vom 7.1.1999 ("Monte Rosa-Fall") ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung”, **recht**, 2001, s.65-81 (Bucher/recht şeklinde atıf yapılmıştır).
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2.Bası, Zürich, Schulthess, 1988 (Bucher/Obligationenrecht şeklinde atıf yapılmıştır).
- Burckhardt, Carl Christoph : “Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht”, **ZSR**, 22, 1903, s. 469-

586.

- Burcuoğlu, Haluk : “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanadından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması” **DÜHFD**, Yıl: 1984, S.: 2, s. 163-173.
- Büdenbender, Ulrich : “Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung- eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?”, **NJW**, Heft 14, 2000, s. 986-992.
- Büdenbender, Ulrich : **Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung**, Tübingen, 1996.
- Bühler- Reimann, Theodor : “Zur Problem der “*culpa in contrahendo*” ”, **SJZ 1979**, Heft 23, s.357- 366.
- Bürge, Alfons : “Die Kabelbruchfaelle”, **Juristische Blaetter**, 103, 1981, s.57-72.
- Bürge, Alfons : “Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung”, **Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag**, Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1992, s. 413-432.
- Büyüksağış, Erdem : **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Bydlinski, Franz : “Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, Yayına Hazırlayan Hans

- Claudius, Mohr Verlag, Tübingen, 1978, s.785-805.
- von Caemmerer , Ernst : “Das Problem des Drittschadenersatzes”, **ZHR**, 127, 1965, s. 241-279.
- von Caemmerer, Ernst : **Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht**, Freiburger Universitaetsreden, Neue Folge, Heft 23, Freiburg, 1956.
- von Caemmerer, Ernst : “Vertraege zugunsten Dritter”, **Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag**, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1978, s. 311-324.
- Canaris, Claus –Wilhelm : “Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Vertraegen”, **JZ 1965**, s. 475-482 (Canaris/JZ 1965 şeklinde atıf yapılmıştır).
- Canaris, Claus-Wilhelm : **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht**, München, 1971.
- Cartier, Michael : **Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR.**, Diss., St.Gallen, 2007.
- Coester-Waltjen, Dagmar : “Die Lebensgemeinschaft-Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung?”, **NJW 1988**, Heft 34, s. 2085-2090.
- von Craushaar, Götz : “Haftung aus *culpa in contrahendo* wegen Ablehnung des Vertragabschlusses- BGH, LM § 276 (Fa) BGB Nr.28”, **JuS**, 1971, Heft

3, s.127-131.

- Çakırca, Seda İrem : “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, **İÜHF.M.**, C.: LXV, S.: 1, 2007, s.177-205.
- Danner, Max / Schramm, Stephan : “Schockschaden und frustrierte Aufwendungen- Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4.4.1989 (VI ZR 97/88) VersR 89, 853”, **VersR** 1990, Heft 19, s.715-716.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan : **Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*)**, Ankara, 2009.
- Denck, Johannes : **Schadensersatzansprüche Dritter bei Tötung ihnen nahestehender Personen im franzoesischen und deutschen Recht**, Diss., Freiburg, 1975.
- Deutsch, Erwin / Ahrens, Hans-Jürgen : **Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld**, 4., Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Bası, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- Deutsch, Erwin : **Allgemeines Haftungsrecht**, 2. Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.
- Diederichsen, Uwe : “Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht”, **NJW** 1983, Heft 19, s.1017-1026.

- Dress, Jost-Detlef : “Berechnung des Unterhaltsschadens bei Ausfall des mitverdienenden Ehegatten”, **VersR 1985**, Heft 25, s.611-618.
- Dural, Mustafa/ Ögüz , M. Tufan : **Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Eckelmann, Hansgeorg/ Nehls, Jürgen/ Schaefer, Hans- Jürgen : “Die Berechnung des Schadensersatzes bei Ausfall von Geldunterhalt nach Unfalltod des Ehemannes/Vaters”, **NJW 1984**, Heft 17, s.945-950.
- Emmerich, Volker : “Zur gegenwaertigen Stand der Lehre von *culpa in contrahendo*”, **Jura**, 1987, s.561-567.
- Eren, Fikret : “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Prof.Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara, 1975, s.461- 491 (Metin içerisinde Eren, Hukuka Aykırılık Bağı şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, 2006.
- Eren, Fikret : **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975 (Metin içerisinde Eren, Uygun İlliyet Bağı şeklinde atıf yapılmıştır).
- Ergüne, M.Serkan : **Olumsuz Zarar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Erman, Hasan : **Medeni Hukuk Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2007.

- Erman, Walter : **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Band I §§ 1-811 BGB, UKlaG**, Yayına Hazırlayan : Harm Peter Westermann, 12.Yenilenmiş Bası, Köln, 2008 (Metin içerisinde “Erman/ Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Ertaş, Şeref “Landesberichte: Die Türkei”, **Deliktsrecht in Europa, Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen**, Yayına Hazırlayan Christian von Bar, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1994, s.13-45.
- Ertaş, Şeref : “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof.Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, 1990, s.65-111.
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas : **Schuldrecht**, Onuncu Bası, Berlin, 2006.
- Fischer, Albrecht Hans : **Der Schaden nach dem BGB**, Jena, 1903.
- Fischer, H.A. : **Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts**, 1911.
- Frank, Rainer : “Schadensersatzansprüche bei Tötung des Versorgers (§ 844 Abs. 2 BGB)”, **Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag**, Yayına Hazırlayanlar Hohloch, Rainer Frank, Peter Schlectriem, Tübingen, 2001, s. 143-157.
- Frei, Armin : **Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht Eine rechtsvergleichende, rechtstheoretische Studie**, Diss., Zürich, 1977.

- Freyberger, Dietrich : “Der Unterhaltschaden”, **MDR**, Heft 3, 2000, s.117-123.
- Frick, Joachim : **Culpa in contrahendo- Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie**, Diss., Zürich, 1992.
- Fuchs, Maximilian : **Deliktsrecht**, 5., Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Bası, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 2004.
- Funck, Gerhard : “Zur Haftung des Gastwirts für Verlust oder Beschädigung dem Gast nicht gehöriger eingebrachter Sachen”, **NJW**, Heft 9, 1964, s.389-390.
- Gabriel, Bruno : **Die Widerrechtlichkeit in Art.41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Diss., Freiburg, 1987.
- Gauch, Peter : “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, **recht**, 1996, s.225-239.
- Gauch, Peter/ Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz : **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, B.I, 7. Bası, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
- Gelpke, Alhard : **Die Verletzung eines vertraglichen Rechtes durch einen Nicht-Vertragsbeteiligten**, Innsbruck, 1919.
- Gernhuber, Joachim : “Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte”, **Festschrift für Arthur Nikisch**, Tübingen,

- J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1958, s.249-274.
- Genç Arıdemir, Arzu : **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gezder, Ümit : **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2009
- Giaro, Thomasz : “*Culpa in contrahendo*: eine Geschichte der Wiederentdeckungen”, **Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des Deutschen Privatrechts (1896-1914)**, Yayına Hazırlayanlar Ulrich Falk und Heinz Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2000, s. 113-154.
- Gmür, Max : “Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Civil-und Strafrecht wünschenswert und durchführbar”, **ZSR**, 22, 1903, s.587-650.
- Goerth, Andreas : “Die Drittschadensliquidation”, **JA 2005**, Heft 1, s.28-31.
- Gottwald, Peter : “Die Haftung für *culpa in contrahendo*”, **JuS**, Heft 12, 1982,s.877-885.
- Gozenbach, Rainer : ***Culpa in contrahendo* im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1987.
- Gökyayla, K. Emre : **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Ankara, 2004.
- Grundwald, Reinhard : **Sittenwidrigkeit, Rechtswidrigkeit und**

- dolus malus**, Diss., Göttingen, 1974.
- Gürsoy, Kemal Tahir : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **AÜHFD.**, 1972, C.: 29, S.: 1-2, s.143-197.
- Gürsoy, Kemal Tahir : “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AÜHFD**, C.: 30, Y.: 1973, s.7-55.
- Hagen, Horst : **Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik**, 1971.
- Hatemi, Hüseyin : “Emeklilik Dersi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Aydın Aybay’a Armağan**, 2007/2, İstanbul, 2007, s.555 vd. .
- Hatemi, Hüseyin : **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998 (Metin içerisinde Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku şeklinde atıf yapılmıştır).
- Hatemi, Hüseyin : “Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara, 21-22 Ekim 1977**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1980, s.129-140.
- Hatemi, Hüseyin : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Fasikül halinde, t.y. (Metin içerisinde Hatemi, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Fasiküller şeklinde atıf yapılmıştır).

- Hatemi, Hüseyin : “Borçlar Kanunu Tasarısı”, **Güncel Hukuk**, Şubat 2009, s.12-15.
- Hatemi, Hüseyin : **Gerçek Kişiler Hukuku** (Kısa Ders Kitabı), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005 (Metin içerisinde Hatemi, Gerçek Kişiler şeklinde atıf yapılmıştır).
- Hatemi, Hüseyin : **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)**, Doçentlik Tezi, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Hatemi, Hüseyin : **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 4.ncü Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Hatemi, Hüseyin : “Borçlar Kanunu Tasarısı Ne Olacak?”, **Güncel Hukuk**, Aralık 2010, s.10-13.
- Hüseyin Hatemi/ Gökyayla, K.Emre : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Heinrichs, Helmut : “Bemerkungen zur *culpa in contrahendo* der Reform, Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB”, **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Band I, München, 2007, s. 421-442.
- Herz, Edgar : ***Culpa in contrahendo* nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung**, Berlin, 1935.
- Hirsch, Christoph : **Allgemeines Schuldrecht**, 6.Yenilenmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008.
- Hofmann, Edgar : “Schadenersatz beim Ausfall der Hausfrau”, **VersR**, Heft 13,1977, s.296-305.

- Hohloch, Gerhard : “Ersatz von Vermögensschäden Dritter aus Vertrag”, **FamRZ** 1977, Heft 8, s. 530-533.
- Honsell, Heinrich / Harrer, Friedrich : “Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht”, **JuS**, 1985, s. 161-170.
- Honsell, Heinrich : “Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht” , **JuS**, 1973, Heft 2, s.69-75.
- Honsell, Heinrich : **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 3. Bası, Zürich, 2000.
- Huber, Christian : “Nichteheliche Lebensgemeinschaft- Ersatz nur bei Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht?“, **NZV**, Heft 1, 2007, s. 1-7.
- İmre, Zahit/ Erman, Hasan : **Miras Hukuku**, 7.bası, Der Yayınları, İstanbul.
- İnan, Ali Naim : “*Culpa in Contrahendo*-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma 2”, **AD.**, 1954, S.: 8, s.999-1013.
- Jaeggi, Peter : “Zum Begriff der Vertragliche Schadenersatzforderung”, **Festgabe für Wilhelm Schönenberger**, Freiburg, 1968, s.181-197.
- Jahnke, Jürgen : “Versorgungsschaden in der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft nach einem Unfall”, **NZV**, Heft 7, 2007, s. 329-337(Metin içerisinde Jahnke, NZV şeklinde atıf

- yapılmıştır).
- Jahnke, Jürgen : “Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch”, *r+s*, Heft 3, 2003, s.89-98 (Metin içerisinde Jahnke, *r+s* şeklinde atıf yapılmıştır).
- Jahnke, Jürgen : **Der Verdienstausschlag im Schadenersatzrecht**, 3. Bası, Deutscher Anwaltsverlag, 2009.
- Janssen, Andre : “Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung”, *ZRP*, 2003, Heft 5, s.156-159.
- von Jhering, Rudolf : “*Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *JherJb*, 4 1861, s.1-112.
- Joussen, Jacob : **Schuldrecht I- Allgemeiner Teil**, Verlag W. Kohlhammer, 2008.
- Junker, Michael : **Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht: ein Beitrag zum Problem des Drittschadenersatzes**, München, 1991.
- Junker, Michael : “Das “wirtschaftliche Eigentum” als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB”, *AcP*, 193, 1993, s. 348-363.
- Juris PraxisKommentar : **Juris PraxisKommentar BGB** Band 2.1, Schuldrecht (Teil: §§ 241 bis 432), Yayına Hazırlayanlar Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüssmann, Stephan Weth, 2.Bası, Saarbrücken, 2004.

- Kaenzig, Ernst : **Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit**, Bern 1939.
- Kaneti, Selim : **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı, 2007.
- Kaneti, Selim : “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara, 21-22 Ekim 1977**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1980, s.29-66.
- Karabağ Bulut, Nil : **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, İstanbul, XII Levha, 2009.
- Karakaş, Fatma Tülay / Söğütlü Erişgin, Özlem : “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, **BATİDER**, 2006, C.XXIII, S.: 3., s. 157-181.
- Karatzenis, Fotios : **Deliktsrechtlicher Schutz bei mittelbaren Persönlichkeitsverletzungen**, Athen, 2001.
- Karner, Ernst / Koziol, Helmut : “Non-Pecuniary Loss under Austrian Law”, **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s.1-27. .
- Kaser, Max/ Knütel, Rolf : **Römisches Privatrecht**, 18. Gözden

- Geçirilmiş ve Genişletilmiş Bası, München, 2005.
- Keller, Alfred : “Landesberichte: Die Schweiz”, **Deliktsrecht in Europa Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen**, Yayına Hazırlayan Christian v.Bar, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, s.7-25.
- Keller, Alfred : **Haftpflichtrecht im Privatrecht, Band II**, İkinci Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Bası, Bern, 1998.
- Keller, Max/ Schöbi, Christian : **Das Schweizerische Schuldrecht I- Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel, Frankfurt am Main, 1983.
- Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja : **Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht**, 2. Bası, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988.
- Keller, Max/ Carole Schmied-Syz : **Haftpflichtrecht**, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, 5. Bası, Zürich, Schulhess, 2001.
- Kırca, Çiğdem : **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.
- Kindereit, Kai : “Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf- Rudolf von Jhering und die “*culpa in contrahendo*””, **Zivilrechtliche Entdecker**, Yayına Hazırlayan Thomas Hoeren, München, 2001,

- s. 107-121.
- Knödgen, Johannes : “Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag”, **Karlsruher Forum 1998**, Karlsruhe, 1999, s.3-49.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme**, Necip Kocayusufpaşaoğlu /Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Yenilenmiş Genişletilmiş 4.üncü Bası, İstanbul, 2008.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22/Ekim/1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 141-180.
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen**, Band II, Bern, 2006. (Metin içerisinde Koller, Band II şeklinde atıf yapılmıştır.)
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen**, Band I, Bern, 2006. (Metin içerisinde Koller, Band I olarak atıf yapılmıştır.)
- Koller, Jürg : **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Dissertation, Zürich, Buchhandlung Schulthess Juristische Medien AG, 2003

(Metin içerisinde Koller, Genugtuung şeklinde atıf yapılmıştır).

- Kollhossner, Helmuth : “Lohnfortzahlung, Schadenersatz und Regressinteressen beim Unfall eines Angestellten”, **AcP**, 166, 1966, s. 277-310.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, Band 2, §§ 611-1296**, Yayına Hazırlayanlar Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München, Verlag C.H. Beck, 2003 (Metin içerisinde KommBGB/Yazar adı şeklinde atıf yapılmıştır).
- Koziol, Helmut / Bydlinski, Peter / Bollenberger, Raimund : **Kurzkommentar zum ABGB**, 2., Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Bası, Wien, 2007 (Metin içerisinde Yazar adı/KBB şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Koziol, Helmut : **Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I. Allgemeiner Teil**, 3. Bası, Wien, 1997.
- Koziol, Helmut/ Welser, Rudolf : **Bürgerliches Recht, Band II**, 13., Yenilenmiş Bası, Wien, 2007.
- Kramer, Ernst A. : “Der Einfluß des BGB auf das schweiz, und österreichische Privatrecht”, **AcP**, 200, 2000, s. 365-400.
- Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno : **Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18**, Bd. VI, 1.Abt., Bern, Staempfli Verlag, 1986. (BernK/Yazar

Adı şeklinde atıf yapılmıştır)

- von Kries, Johannes : “Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben” **Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie**, 1888, s.179-240.
- von Kries, Johannes : **Die Principien der Warscheinlichkeitsrechnung-eine logische Untersuchung**, Freiburg, 1888.
- Küppers, Karsten : **Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Eine Untersuchung zur Kommerzialisierungstheese und Frustrationlehre**, Karlsruhe, 1976.
- Lange, Herman/ Schiemann, Gottfried : **Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Yayına Hazırlayan: Joachim Gernhuber, Bd. I, 3. Yenilenmiş Bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- Langforth Schulte, Marie : **Verschulden gegen sich selbst als Rechtswidrigkeit**, Diss., Bonn, 1928.
- Lanz, Walter : **Alternativen zur Lehre vom Adaequaten Kausalzusammenhang**, Frankfurt, 1974.
- Larenz, Karl : “*Culpa in contrahendo*, Verkehrssicherungspflicht und “Sozialer Kontakt””, **MDR 9/1954**, s. 515-518.
- Larenz, Karl : “Bemerkungen zur Haftung für “*culpa in contrahendo*””, **Beitraege zum Zivil und**

- Wirtschaftrecht Festschrift für Kurt Ballerstedt**, Berlin, 1975, s.397-419.
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, 14. Bası, München, 1987.
- Larenz, Karl : **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 6. bası, Berlin, 1991.
- Larenz, Karl : “Anmerkung zu BGH, Urt.v. 25.4.1956-VI ZR 34/55”, **NJW 1956**, s. 1193 vd.
- Lauri, Hans : **Kausalzusammenhang und Adaequanz im schweizerischen Haftpflicht-und Versicherungsrecht**, Bern, 1976.
- Leonhard, Franz : **Verschulden beim Vertragsschluss**, Berlin, 1910.
- Leonhard, Marc : “Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung”, **AcP**, Band 199, 1999, s. 660-694.
- Looschelders, Dirk : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 5., Gözden Geçirilmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007.
- Lorandi, Franco : “Haftung für reinen Vermögensschaden”, **recht**, 1990, s.19-26.
- Löwe, Walter : “Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbstaendiger Vermögenswert?”, **NJW** 1964, Heft 16, s.701-705.
- Löwe, Walter : “Schadenersatz bei Nutzungentgang von Kraftfahrzeugen”, **VersR** 163, s.308-312.

- Lüchinger, Niklaus : **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Universitätsverlag, Freiburg, 1999.
- Macke, Peter : “Der Unterhaltsschaden zwischen Schadensrecht und Familienrecht”, **NZV**, 1989, Heft 7, s. 249-254.
- Magnus, Ulrich / Fedtke, Jörg : “Non-pecuniary Loss under German Law”, **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s.109-128.
- Magnus, Ulrich : **Schaden und Ersatz**, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1987.
- Markesinis, B.S./ Unbreath, H. : **The German Law of Torts, A Comparative Treatise**, 4.Band, Oxford, 2002.
- Markesinis, Basil/ Coester, Michael / Alpa, Guido / Ullstein, Augustus : **Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, A Comparative Outline**, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2005.
- Medicus, Dieter : “Normativer Schaden”, **JuS**, 1979, Heft 4, s.233-239.
- Medicus, Dieter : “Die *culpa in contrahendo* zwischen Vertrag und Delikt”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, 1989, s.205-219.

- Medicus, Dieter : **Bürgerliches Recht**, 21. Yenilenmiş Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007.
- Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan : **Schuldrecht I Allgemeiner Teil Ein Studienbuch**, 18. Yenilenmiş Bası, München, 2007.
- Merz, Hans : **Vertrag und Vertragsschluss**, Freiburg, 1988.
- Mommsen, Friedrich : **Beitraege zum Obligationsrecht II: Zur Lehre von dem Interesse**, 1855.
- Münchener Kommentar zum BGB : **Münchener Kommentar zum BGB Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432**, 5. Bası, München, Verlag C.H. Beck, 2007 (Metin içerisinde MünchKomm/Yazar adı şeklinde atıf yapılmıştır).
- Neuner, Robert : “Interesse und Vermögensschaden”, **AcP**, Bd. 133, 1931, s. 277-314.
- Neuner, Jörg : “Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen”, **JZ 1999**, Heft 3, s.126-136.
- Neuner, Jörg : “Die Entwicklung der Haftung für Drittschaden,, **Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)**, Yayına Hazırlayanlar Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt, Rechtsprechung Band 14, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, s.193-205.

- Nomer, Haluk N. : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996 (Metin içerisinde Nomer, Maddi Tazminat şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Nomer, Haluk N. : **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Beta, 2011.
- Oertmann, Paul : **Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht**, Berlin, Guttentag, 1901.
- Oetker, Hartmut : “Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation”, **JuS**, Heft 9, 2001, s.833-841.
- Oftinger, Karl : **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, 4. Bası, Zürich, 1975.
- Oğuzman, M.Kemal / Öz, Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006.
- Oğuzman, M.Kemal : “İsviçre’de ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1990, s. 6-54.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8.bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.

- Oğuztürk Kalkan, Burcu : **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, 2008.
- Orhunöz, Ergun : **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (BK.m.47)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Özel, Çağlar : “Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **AÜHFĐ.**, 2001, s.81-106.
- Öğüz, M.Tufan : **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, 2007.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch : **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 68. bası, München, 2009 (Metin içerisinde Palandt/Yazar adı şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Palandt : **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts**, München, 2002.
- Perren, Ruben : “Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation”, **ZBJV**, Band 140, 2004, s. 58-81.
- Peters, Frank : “Zum Problem der Drittschadensliquidation”, **AcP**, 180, 1980, s. 329-372.
- Pfeifer, Guido : “Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelikten”, **AcP**, 205, 2005, s. 795-820.
- Pichonnaz, Pascal : “Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht”, **Kaufen nach Römischen**

- Recht Antikes Erbe in den europaeischen
Kaufrechtsordnungen,** Yayına
Hazırlayanlar Eva Jakab ve Wolfgang Ernst,
Berlin, 2008, s. 183-202.
- Planck, Gottlieb / Siber, Heinrich : **Planck Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5.
Basi,** 1913.
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd : **BGB Kommentar,** Neuwied, Luchterhand,
2006 (Metin içerisinde PWWKomm/Yazar
adı şeklinde atıf yapılmıştır).
- Puhle, Winfred. : **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten
Dritter und Drittschadensliquidation,**
Frankfurt am Main, 1982
- Ranieri, Filippo : **Europaeisches Obligationenrecht, 3.,
Tamamen Yenilenmiş Basi,** Springer Verlag,
Wien, New York, 2009.
- Raschein, Heinz : **Die Widerrechtlichkeit im System des
Schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss.,**
Bern, 1986.
- Rebe, Bernd : “Zur Abgrenzung von vertraglicher
Drittschutzwirkung und
Drittschadenliquidation, **JA,** 1979, s. 148-
150.
- Reichard, Ingo : **Die Frage des Drittschadenersatzes im
klassischen römischen Recht,** Forschungen
zum Römischen Recht, Bd. 38, Köln,
Weimar ve Wien, 1993.
- Reinhardt, Rudolf : **Der Ersatz des Drittschadens,**

- Manheim/Berlin/Leipzig, 1933.
- Reis, Gerhard : “Grundprobleme der Drittschadensliquidation und der Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte”, **JA**, Heft 10, 1982, s. 453-459.
- Reisoğlu, Safa : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Rensig, Franz : **Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatz-Grund**, Freiburg, 1892.
- Rey, Heinz : “Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, 1989.
- Rey, Heinz : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich, Schulthess, 1995.
- Röckrath, Luidger : “Die vertragliche Haftung für den Unterhaltsscaden Hinterbliebener”, **VersR**, Heft 28, 2001, s. 1197-1204.
- Röthel, Anna : “Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht- Zum deliktischen Schutz von Unterhaltsbeziehungen *de lege lata* und *de lege feranda*”, **NZV**, Heft 8, 2001, s. 329-335.
- Rümelin, Max : “Der Verwendung der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht”, **AcP**, 90, 1900, s. 171-344.
- Sanlı, Kerem Cem : **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.

- Schaefer, Hans- Bernd : “Stromkabelfall: Anmerkung zum Ersatz reiner Vermögensschaden”, **German Working Paper in Law and Economics**, Volume 2000, Paper 5, s. 1-18.
- Schaefer, Herbert : **Rechtswidrigkeit und Verschulden im Rahmen des § 254 BGB**, Diss., Köln, 1969.
- Schellammer, Kurt : **Schuldrecht nach Anspruchgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil**, 5., Yenilenmiş Bası, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- Schiemann, Gottfried : **Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts**, München, 1981.
- Schmid, Jörg : “Vertrauenshaftung bei Formungültigkeit”, **Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag**, Bern, 2005, s. 417-430.
- Schönenberger, Beat : “Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie”, **HAVE**, s. 3-12.
- Schönenberger, Wilhelm/ Jaeggi, Peter : **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teil 1a Allgemeine Einleitung**, Zürich, 1993.
- von Schroeter, Hans Ulrich : “Die Haftung für Drittschäden”, **JURA**, Heft 7, 1997, s. 343-349.
- Schulte, Werner : **Schadenersatz in Geld für Entbehrungen, Die Entwicklungslinien der Rechtsprechung und ihre dogmatischen Grundlagen**, Berlin, 1978.
- Schütz, Markus : **UN-Kaufrecht und *Culpa in Contrahendo***,

- Frankfur am Main, 1996.
- Schwarz, Günter Christian / Wandt, Manfred : **Gesetzliche Schuldverhaeltnisse Deliktsrecht-Schadensrecht-Bereicherungsrecht- GoA**, München, 2006.
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Gözden Geçirilmiş Bası, Bern, 2003.
- Selb, Walter : “Ein Problem der “mittelbaren Schaedigung” im deutschen und österreichischen bürgerlichen Recht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung”, **Festschrift zum 50- jährigen Bestehen des Institutes für ausländisches und internationales Privat und Wirtschaftsrecht der Univesitat Heidelberg**, 1967, s. 259-265 (Metin içerisinde Selb, mittelbaren Shaedigung şeklinde atıf yapılmıştır).
- Selb, Walter : “Kritik formaler Drittschadensthesen”, **NJW**, Heft 38, 1964,s. 1765-1771.
- Selb, Walter : **Schadensbegriff und Regressmethoden**, Heidelberg, 1963.
- Serozan, Rona : “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof.Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan**, Ankara, 1990, s. 67-101.(Metin içerisinde Serozan, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım şeklinde atıf yapılmıştır.)
- Serozan, Rona : **“Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der**

- Schadenszurechnung**”, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, Zürich und Bern 1980’den ayrı bası, Zürich 1981, s.447-497 (Metin içerisinde Serozan, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona : **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi/ Serozan/ Arpacı), III. Cilt, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 (Metin içerisinde Serozan, İfa Engelleri şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona : “*Culpa in Contrahendo*, Akdin Müspet İhlâli ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri – Yıl: 1, No:3’den Ayrı Bası, İstanbul, 1968, s.108-129 (Metin içerisinde Serozan, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona : “Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimleri”, **Prof.Dr.Yavuz Alangoya’ya Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s.715-741.
- Serozan, Rona : “Kişiyi Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçığa Geçebilirliği”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin,

- 2006, s. 559-565.
- Serozan, Rona : “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **MHAD**, Y.11, S.14, s. 93-112.
- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Simonius, August : “Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts”, **ZSR**, 71, 1952, s. 237-273.
- Sonnabend, Wolfgang : **Die Typen der Culpa in Contrahendo- unter besonderer Berücksichtigung des Inhalts des Schadensersatzanspruchs**, Diss., Bielefeld, 1984.
- Spickhoff, Andreas : “Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff”, **JZ**, 2002, s. 970-977.
- Stark, Emil W. : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2.Bası, Zürich, Schulthess, 1988.
- von Staudingers, J./ Werner, Alfred : **J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse**, 10./11., Yenilenmiş Bası, 1967.
- von Staudingers, J. : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts**, Neubearbeitung 2008, Berlin, 2008, s.402 (Metin içerisinde Yazar adı /Staudinger/Eckpfeiler (2008) şeklinde atıf yapılmıştır).
- von Staudingers, J. : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und**

- Nebengesetzen Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadenersatzrecht)**, Berlin, 2005 (Metin içerisinde Staudinger/Yazar adı şeklinde atıf yapılmıştır).
- von Staudingers, J. : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1. Allgemeiner Teil §§ 164- 240 (Allgemeiner Teil 5)**, Berlin, 2004.
- Steding,Ulrich : “Die Drittschadensliquidation”, **JuS**, Heft1, 1983, s. 29-32.
- Stoll, Hans : “Tatbestände und Funktionen der Haftung für *culpa in contrahendo*”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, Tübingen, 1978, s.435- 474.
- Stoll, Heinrich : “Abschied von der Lehre der positiven Vertragverletzung”, **AcP**, 136, 1932, s. 257-320.
- Stöckli, Hubert : “Notizen zur Widerrechtlichkeit”, **Festschrift für Franz Riklin**, Yayına Hazırlayanlar M.A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Schulthess Zürich, Basel, Genf, 2007, s.227-243.
- Ströfer, Joachim : **Schadenersatz und Kommerzialisierung, Grundprobleme der Grenzbereiche von materiellem und immateriellem Schaden unter besonderer Berücksichtigung des Vertragsrechts**, Berlin, 1982.

- Taegert, Hans : **Die Geltendmachung des Drittschadens**, Abhandlung aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht, Heft 1, Heide i. Holst, 1938.
- Tandoğan, Haluk : **Türk Mes’uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, 1961 (Metin içerisinde Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Tandoğan, Haluk : **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara, 1963 (Metin içerisinde Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tandoğan, Haluk : “Hukuka Aykırılık Bağı”, **Sorumluluk Hukukundan Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 5-27.
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, İstanbul, 1963.
- Tekinay, Selahattin Sulhi : “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, **Prof. Dr. Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 55-65.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Atila

- Tercier, Pierre : “Appendix 2: Short Comments Concerning Non-Pecuniary Loss under Swiss Law”, **Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective**, ed. W.V.Horton Rogers, Springer Verlag, Wien, New York, 2001, s. 301-311.
- Thiemann, Rudolf : ***Culpa in Contrahendo*-ein Beitrag zum Deliktsrecht**, Gelsenkirchen, 1984.
- Tolk, Martin : **Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Scaeden, Darstellung und Versuch einer Kritik**, Berlin, 1977.
- Traeger, Ludwig : **Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht**, Marburg, 1904.
- Traugott, Rainer : **Das Verhaeltnis von Drittschadensliquidation und vertraglichem Drittschutz. Zugleich eine Lanze für die Liquidation im Drittinteresse**, Duncker & Humblot GmbH, 1997.
- Traugott, Rainer : “Risiko und Haftungsgrund bei Drittschaeden”, **ZIP 1997**, s. 872-878.
- von Tuhr, Andreas : “Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Vertraegen”, **Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart**, Bd. 25, 1898, s. 529-584.
- von Tuhr, Andreas : **Der Allgemeine Teil des Deutschen**

- Bürgerlichen Rechts Bd.I.**, 1907.
- von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, 3. Bası, Zürich, 1979.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- Ulusan, İlhan : “*Culpa in Contrahendo* Üzerine”, **Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan**, C.I, İstanbul, 1982, s. 275-316.
- Umur, Ziya : **Institutiones**, 1968.
- Urban, Werner : **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation-Vergleichende Untersuchung zur Integration in ein System des vertraglichen Drittschutzes**, Verlag Josef Eul, Bergisch Gladbach, Köln, 1989.
- Üçışık, Güzin : “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kuralla Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Hukuku Sempozyumu (28- 29 Mayıs 2009)**, s. 127-145.
- Veldet, Hıfzı : “Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 739-758.
- Verweyen, Urs : “Gegenläufige Entwicklungstendenzen bei der Drittschadensliquidation”, **JURA 2006**,

Heft 8, s. 571-575.

- Vorndran, Wilhelm : “Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger, Ein Diskussionsvorschlag”, **ZRP**, 1988, Heft 8, s. 293-295.
- Wagner, Gerhard : “Ersatz immaterieller Schaeden, Bestandsaufnahme und europaesiche Perspektiven”, **JZ**, 2004, s. 319-331.
- Walter, Hans Peter : “Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?”, **ZSR**, 120, 2001, s. 79-100.
- Walter, Hans Peter : “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, **ZBJV**, 132/1996, s. 273-295.
- Weimar, Peter : “Der Begriff des Versorgers nach Art.45 Abs.3 OR”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, 1989, s. 337-357.
- Werro, Franz : “Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art.41 OR” **ZSR 1997**, s. 343-384.
- Westermann, Harm Peter/Bydlinski, Peter/ Weber,Ralph : **BGB- Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6., Yenilenmiş Bası, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2007.
- Widmer, Corinne : “Vertrauenshaftung – Von der Gefaehrlichkeit des Überflüssigen”, **ZSR**, 120, 2001, s. 101-125.
- Windscheid, Bernhard : **Lehrbuch des Pandektrechts**, İkinci Cilt, 9.

- Bası, Frankfurt, 1906.
- Winterfeld, Rosemarie : **Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, Diss., Bonn, 1983.
- Woitkewitsch, Christopher : “Der Haftungsausschluss für durch Dritte bewirkte Mietmaengel ein Fall der Drittschadensliquidation?”, **ZMR**, 2004, s. 401-403.
- Yalman, Süleyman : **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2006.
- Yılmaz, Hamdi : “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “*Culpa in Contrahendo*” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **YD**, 1985, C.IX, S.3, s. 234-251.
- Yılmaz, Süleyman : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD.**, C.: 59, S.: 3, s. 551-578.
- Zeuner, Albrecht : “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaeden” **AcP**, 163, 1964, s.380-400.
- Zeytin, Zafer : “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I Maddi Zarar Olarak “Özel Kullanım Kaybı”, **BATİDER**, 1999, C. XX, S.2, s. 73-87.
- Zimmermann : “Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Kommissionaer, ohne dass dabei des Kommissionsverhaeltnisses Erwaechnung geschah, kontrahirt hat, zum Ersatz des aus

seiner Vertragswidrigkeit dem Kommittenten erwachsenden Schadens”, **Neues Archiv für Handels**, 1. Band, 1858, s. 48 –82.

Zimmermann, Reinhard

: **The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition**, Oxford, 1996.

ÖZGEÇMİŞ

Seda İrem Çakırca 1981 yılında İstanbul’da doğdu. Kabataş Erkek Lisesi’ni bitirdikten sonra 1999 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2003 yılında mezun oldu. Aynı yılın Eylül ayında, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans programına kayıt oldu ve 2006 yılında “Adi Alacakların Rehni” başlıklı yüksek lisans tezini vererek mezun oldu.

2006 yılının Eylül ayında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nün Özel Hukuk doktora programına kaydolan Seda İrem Çakırca, 2008 yılının Şubat ayında doktora yeterlilik sınavını vererek “Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı Kuramı” başlıklı doktora tezi üzerinde çalışmaya başladı.

Doktora tez çalışmaları için Eylül 2008- Ağustos 2009 tarihleri arasında Almanya’da Rheinische Friedrich Wilhelms Universitaet Bonn’da incelemelerde bulunan Seda İrem Çakırca, 2005 Aralık ayından bu yana İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı’nda Medeni Hukuk araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.