

ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞME VE YENİ SORUNLARI*

Prof. Dr. Jürgen SONNENSCHNEIN**
Çev.: Yard. Doç. Dr. İsmail KARAPINAR***

I. GİRİŞ

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, uzun zamandan beri yargısal içtihat-
larda kabul edilmiş bir müessesedir. Bununla beraber, bu konuda sürpriz mahiyetin-
de değişik mahkeme kararlarına ve ilmi tartışmalara yol açan daima yeni sorunlar
ortaya çıkmaktadır. Problemin esasını, bu hukuki müessesenin yasal bir tanzimi bu-
lunmadığından, korunan kişi kapsamının soyut olarak kesinlikle ve güvenle tayin ve
tespit edilememesi teşkil etmektedir.

II. KONU İLE İLGİLİ TİPİK PROBLEMLER

1. 12 yaşındaki ev sahibi bir kız, evinin zemin katını bir beye ve üst katını da
bir bayana kiralamıştır. Zamanla her iki kiracıda birbirleriyle samimi dost olmuşlar
ve üst katta birlikte yaşamaya başlamışlardır. Günün birinde balkon parmağlığı bi-
linmeyen sebepten dolayı kırılmış ve erkek arkadaşı üst katın balkonundan düş-
müştür. BGB § 828 fık. 2¹ uyarınca sorumluluk bulunmadığından, ev sahibesinin
haksız fiilden dolayı sorumlu tutulması olanaksızdır. Diğer yandan, BGB § 278²
gereğince kanuni temsilcinin kusuruna dayanan bir sorumluluğun dikkate alınabile-
ceği akdi talepler de mahkeme tarafından reddedilmiştir; zira mahkemenin görüşüne

-
- * Bu makale Prof. Dr. Jürgen Sonnenschein tarafından "Juristische Arbeits-
blaetter 1979, Heft 5, Verlag Ernst und Werner Gieseking" de yayınlamıştır.
- ** Prof. Dr. Jürgen Sonnenschein; Kiel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim
Üyesi. Bu çeviri Prof. Dr. Jürgen Sonnenschein'in Yard. Doç. Dr. İsmail Kara-
pınar'a 19.4.1983 tarihli cevabi mektubuyla verdiği izin üzerine hazırlanmıştır.
Ayrıca Türk Hukuku da dikkate alınmıştır.
- *** Yard. Doç. Dr.; Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.
- 1 Kşl. MK. m. 16 fık. 3; BK. m. 54.
- 2 Kşl. BK. m. 100.

göre kira akdinin koruma alanı, bir bayan kiracı ile onun ikametgâhında evlilik dışı birlik içinde birlikte yaşayan bir erkeği kapsamamaktadır³. Bu kararın gerekçesi, bir yandan birlikte yaşamının heriki tarafın tamamen bağlantısızlığı ve bunun için bayan kiracının erkek arkadaşına karşı gözetme ve koruma yükümünün bulunmaması ile, diğer yandan ikametgâha erkek arkadaşın keyfi olarak alınması ve bu sebeple sözleşmeye aykırı kullanma ile haklı gösterilmektedir⁴.

Ancak bu karar, mahkemenin ahlâki tasavvur ve telâkkilerini hukuki dayanak kabul ettiği ve kiralayanı kiracısının ahlâk zabıtası yaptığı gerekçesiyle tenkit edilmektedir⁵.

2. Bir gayrimenkul sahibi bir depoyu kiraya vermiştir; ancak depo, mal sahibinin açık rızası olmaksızın, fakat onun bilgi ve müsamahası ile kiracı tarafından bir alt kiracıya (ikinci kiracı, kiracının kiracısı) devir ve teslim edilmiştir. Şiddetli yağmurlar esnasında depoya su girmiş ve ikinci kiracının orada depo edilen mobilyelerini hasara uğratmıştır. Kiracının kiracısı, haksız fiilden dolayı esas kiralayana karşı tazminat davası açmış, fakat tazminat talebi kusur bulunmadığından reddedilmiştir. Diğer yandan, kusura dayanmayan BGB § 538 fık. 1⁶ uyarınca asıl kiralayana karşı akdi bir tazminat talebi de aynı şekilde reddedilmiştir; zira alt kiracı, kaideten esas kira sözleşmesinin koruma alanı içine alınmamaktadır. Esasen zarara uğrayan ikinci kiracı, alt kiralayanına (ikinci kiralayan) karşı aynı kapsamlı kişisel özel akdi haklara sahip olduğu için, esas kira sözleşmesinin koruma alanı içine alınmasına ihtiyâç bulunmamaktadır⁷.

3. Yukarıda zikredilen her iki olayda da taraf olmayan üçüncü şahsın kişisel özel haklarını sözleşme taraflarından birine karşı ileri sürebilmek için, hangi koşullar altında yabancı bir sözleşmeye istinat edebileceği sorunu sözkonusu olmaktadır. Bunun için Larenz'e katılarak⁸ üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme deyimi yerleşmiştir. Kural olarak, üçüncü kişi hak iddia ettiği ve talepte bulunduğu borçlunun özel akdi ilişkileri içinde bulunmamaktadır. Gerçi ilk olayda bir sözleşme mevcuttur; fakat bu sözleşme başka bir kira konusunu kapsamaktadır. Bundan başka, her iki olay, ihlâl edilen hukuki menfaatin nevi ve mahiyeti dolayısıyla ayrılmaktadırlar; zira olaylardan ilkinde cismani tamamîyet ve vücut sağlığı, ikincisinde ise bir eşya üzerindeki mülkiyet sözkonusudur.

Üçüncü kişinin bir sözleşmenin koruma alanı içine alınması, kesin olarak yasal bir hükme dayanmadığı için, geçerlik sebebi ve uygulama alanı önceden olduğu gibi ihtilâflı bir konudur. Bundan dolayı kesin ve nihai sorun, belirli bir kişi ile bir

3 Kşl. OLG Hamm, VersR 1977, s. 531; Bosch, FamRZ 1977, s. 321; Evans-von Krbek, VersR 1978, s. 906; Palandt/Heinrichs, BGB, 38. Aufl. 1979, § 328 Anm. 3; Scheepers, ZRP 1978, s. 13.

4 Kşl. OLG Hamm, a.g.e., s. 533.

5 Bkz. Evans-von Krbek, a.g.e., s. 906; Scheepers, a.g.e., s. 13.

6 Kşl. BK. m. 250 fık. 2.

7 Kşl. BGHZ 70, s. 327; Haase, JR 1978, s. 285; Weimar, BIGBW 1978, s. 137; Berg, NJW 1978, s. 2018; Rebe, JA 1979, s. 148; OLG Celle, VersR 1975, s. 838; Emmerich/Sonnenschein, Mietrecht, 1979, § 549 Rz 59.

8 Kşl. Larenz, Karar Eleştirisi, BGH, NJW 1956, s. 1193; Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl. 1976, § 17 II.

sözleşme yapan borçluyu, akdi sorumluluğun göze çarpan bir biçimde genişletilmesi ve yayılması karşısında çok sayıdaki alacaklılara karşı korumaktan ibaret olmaktadır.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN GELİŞME SEBEPLERİ

1. Akdi Borç İlişkilerinin Sosyal Etkisi

Bir sözleşme yapılmasına dayanan borç ilişkisi, ilk bakışta ilgili sözleşmeyi akdeden taraflar arasında bir hukuki özel ilişki olarak görünmektedir. Bundan dolayı, sözleşmeden doğan hak ve yükümler yalnız taraflara ait olmaktadır. Bununla beraber, genellikle üçüncü kişiler, mevcut olan davranış yükümlerinden ve bir borç ilişkisi çerçevesinde ifa edilen edimlerden daha çok veya daha az şiddette etkilenmektedirler. Örneğin kiralayan hizmetçisine merdiven dairesini iyice cilalattırır, ardi ardına kiracının, eşinin, çocukların, çocuk hizmetçisinin, davet edilen ve edilmeyen misafirlerin, aynı şekilde istenmeyen taraftarların, temsilcilerin, dilenci ve seyyar satıcının merdivenden aşağıya düşmeleri beklenebilir. Böylece BGB'nin akdi borç ilişkilerinin bu sosyal etkisini yeterli ölçüde dikkate alıp almadığı sorunu ortaya çıkmaktadır⁹.

2. Üçüncü Kişilerin Haksız Fiilden Doğan Tazminat Hakları ve Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Dolayı Sorumluluk

Sözleşmenin yapılmasına katılmayan kişilerin haksız fiilden doğan tazminat haklarına dikkatler çevrilirse, bunlar BGB § 831¹⁰ deki kurtuluş olanağı bulunan yardımcı kişiler için sorumluluk (istihdam edenlerin sorumluluğu) karşısında bulunmaktadırlar. Ancak BGB § 831 deki yardımcı kişiler için sorumluluk, kurtuluş imkânı dolayısıyla, BGB § 278¹¹ deki durumdan farklı olarak, çok defa yeterli olmamaktadır. BGB § 823¹² uyarınca talepte bulunulan yardımcı kişi, çok defa daha az ödeme gücüne sahip olmaktadır. Ayrıca buna, kısmen akdi ve haksız fiil sorumluluğu arasındaki amaç dışı farklar da eklenmektedir; çünkü yalnız ilk durumda, genel olarak münhasıran bir maddi zarar (Vermögensschaden) tazmin edilmektedir¹³. Diğer yandan, BGB § 282¹⁴ uyarınca ispat yükü borçluya yüklenmekte ve tazminat haklarının zaman aşımı süresi, BGB § 852¹⁵ den farklı olarak üç yıl değil, aksine BGB § 195¹⁶ gereğince kaideten otuz yıl olmaktadır¹⁷. Bütün bu nedenler, belirli koşullar altında üçüncü kişinin şahsi özel iddia ve taleplerinin yargısal içtihat tarafından kabul edilmesine sebep olmuşlardır¹⁸.

9 Kşl. Gernhuber, Festschrift für A. Nikisch, 1958, s. 249.

10 Kşl. BK. m. 55 fık. 1.

11 Kşl. BK. m. 100.

12 Kşl. BK. m. 41.

13 Kşl. BGH, NJW 1965, s. 1955; Larenz, Karar Eleştirisi, JZ 1966, s. 143; Lüderitz, StudK BGB, 1975, § 328 Anm. IV 1.

14 Kşl. BK. m. 96 ve 102.

15 Kşl. BK. m. 60.

16 Kşl. BK. m. 125.

17 Kşl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 195 Anm. 2, § 328 Anm. 2.

18 Kşl. Esser/Schmidt, Schuldrecht I 2, 5. Aufl., 1976, § 34 IV 2.

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞME KAVRAMI ve HUKUKİ TEMELLERİ

1. Kavram

Kural olarak, sözleşmenin etkisi, taraflarla sınırlı olup, taraflarca sözleşmeden yararlanmasa öngörülme, adları sözleşmede bulunmayan ve hatta sözleşme yapılırken bulunmayan üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazmini için kaideten haksız fiil sorumluluğu kurallarına dayanmaları gerekmele beraber, Alman ve Fransız mahkemeleri zarara uğrayan üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olan şahsa yakınlığını dikkate alarak ona akdi sorumluluğun fayda ve avantajlarını sağlamak istemişler ve bu olanağın yaratılması için de "Üçüncü şahıs yararına sözleşme" müessesesinden faydalanarak zarar gören üçüncü kişi yararına adeta bir sözleşme kurulduğunu varsaymışlardır. Nitekim, hizmet sözleşmesi gereğince işverenin sağladığı konutun iyi dezenfekte edilmemiş olması sebebiyle, konuttan yararlanan işçilerin tüberküloz mikrobi olarak hastalanan yakınlarının işverene karşı açtıkları davayı, taraf olmadıkları hizmet akdine dayandırabilmeleri kabul edilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi, işçinin yakınları için sözleşmenin amacına uygun olarak yapılan bu yorumu, bir üçüncü kişi yararına sözleşme olarak görmüş ve üçüncü şahıslara sözleşmeye dayanma imkânı tanımıştır¹⁹.

Aynı şekilde, kocanın akdettiği kira sözleşmesinin kötü ifasından zarar gören eşin ve çocukların kiralayana²⁰, babası tarafından getirilen hekimin kötü tedavisinden zarar gören çocuğun hekime²¹, işverenin kiraladığı makinenin ilgili koruyucu yönetmelikteki koşullara sahip olmamasından dolayı elinden yaralanan işçinin makine sahibine²² karşı sözleşmeden doğan bir dava hakkı olduğu yine üçüncü kişiyi koruma düşüncesiyle benimsenmiştir²³.

Diğer yandan, Fransız Hukukunda da, özellikle taşıma sözleşmelerinde üçüncü kişiler yararına bir sözleşme koşulunun bulunduğu kabul edilerek sözleşmeye dayanma olanağı tanınmıştır²⁴.

Ayrıca Stoll bir makalesinde²⁵ borçlunun yükümlerini, edim yükümleri ve koruma yükümleri olarak ikiye ayırmış, "Edim İhlalleri" isimli kitabında da²⁶ koruma yükümünden doğan ilişkinin bir güven ilişkisi olduğunu ve güven ilişkisinin de borç ilişkisinden bağımsız olduğunu ortaya koymuştur.

19 Kşl. RGZ 91, s. 21 ve 24; ayrıca bkz. Şener Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s. 51.

20 Kşl. RGZ 81, s. 215; 102, s. 232; 91, s. 24; Ayrıca bkz. Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., München 1976, s. 183 vd.; BGHZ 33, s. 247.

Buna karşılık, kocanın, eşi ve çocukları adına kiralayana karşı dava açamayacağı hk. bkz. RGZ 152, s. 76.

21 Kşl. RGZ 152, s. 176.

22 Kşl. RGZ 98, s. 210; BGH LM Nr. 11 zu § 328 BGB; Larenz, a.g.e., s. 186.

23 Bkz. Akyol, a.g.e., s. 52.

24 Bkz. Akyol, a.g.e., s. 52, Dn. 5; ch. civ. 24 Mayıs 1933, D. 1933 I, s. 137; ayrıca bkz. NJW 1956, s. 1193; BGHZ 33, s. 247; BGH, FamRZ 1960, s. 19; Larenz, Schuldrecht I, s. 186; BGHZ 49, s. 350 ve 354; BGH, NJW 1970, s. 419.

25 Bkz. Stoll, AcP 136 (1932), s. 258 vd.; Akyol, a.g.e., s. 52.

26 Bkz. Stoll, Die Lehre von der Leistungsstörungen, Tübingen 1936, s. 26.

Bundan başka, uygulamada da üçüncü şahıslara gerçek bir edim borcu değil, aksine sadece karşı tarafın özen ve itina borcunun ihlâlinden dolayı bir tazminat hakkı tanınmıştır²⁷.

Buna karşılık, Larenz, koruma yükümlerinden üçüncü kişilerin de yararlanabilecekleri görüşünü ileri sürmüştür²⁸.

Böylece uygulamadaki üçüncü kişileri koruma eğilimi ile doktrinadaki koruma yükümlerinden üçüncü kişilerin yararlanacağı görüşü, sözleşmelerin "Üçüncü kişiyi koruyucu etkisi" bulunduğu dair ortak bir noktaya varmıştır²⁹. Mahkemeler bu etkiyi, üçüncü kişi yararına sözleşme yapıldığı varsayımından çıkarmışlardır. Aynı şekilde Larenz'de sözleşmeye dayanmaktadır³⁰.

Diğer yandan, sözleşmenin yapılması sırasındaki yükümlülüklerden doğan sorumluluğun (culpa in contrahendo) ilkeleri dikkate alınarak sözleşme öncesi dönemde de koruma yükümlerinin bulunabileceği ileri sürülerek, koruma yükümlerinin sözleşmeye dayanmadıkları ortaya konmuş ve böylece sözleşmenin hiç yapılamaması veya butlanı hallerinde de koruma yükümünün bulunacağı sonucuna varılmıştır³¹. Böylece taraflar arasındaki sözleşmenin üçüncü şahıs yararına yapılmasını varsaymak gereği artık ortadan kalkmaktadır. Şu halde koruma yükümlerinin doğması için bir sözleşme bağına ihtiyaç olmadığından, mevcut bir sözleşmeye yabancı olan kişiler bakımından onları koruyucu bir takım yükümlerin doğması için bir sözleşmenin varlığının araştırılması da şart olmaktan çıkmakta ve bu suretle koruma yükümü mükellefi ile himayeden yararlanacak üçüncü kişi arasında temeli dürüstlük kuralına (MK. m. 2; BGB § 242) dayanan sadece bir yasal³² güven ilişkisi³³ meydana gelmekte olup, himayeden yararlanacak kişi ile koruma yükümü mükellefi arasında bir edim ilişkisi bulunmamaktadır³⁴. Bu nedenle Larenz, temel edimin sözkonusu olmadığı iki tipin bulunduğunu iddia etmekte, bunlardan birincisinin "işlem temasından doğan borç ilişkisi" (culpa in contrahendo), ikincisinin ise "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme" olduğunu ortaya koymaktadır³⁵. Buna göre, her ne kadar koruma yükümünden yararlanan kişi ile koruma yükümü mükellefi arasında doğrudan doğruya bir sözleşme ilişkisi yoksa da, himayeden yararlanacak kişi ile koruma yükümü mükellefi arasında dürüstlük kuralına dayanan bir yasal "güven ilişkisi" bulunduğundan, himayeden yararlanan kişi koruma yükümü mükellefine karşı açacağı tazminat davasını sözleşmeye dayandırabilecektir³⁶.

27 Bkz. Akyol, a.g.e., s. 53.

28 Kşl. Larenz, NJW 1960, s. 58.

29 Kşl. Akyol, a.g.e., s. 53.

30 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., München und Berlin 1967, § 2 I, s. 6 ve 9, § 11 III, s. 126.

31 Örneğin; muayene veya deneme sürüşünde, satın alınmak istenen otomobilin denenmesi veya muayenesi sırasında koruma yükümlülüklerinde olduğu gibi. Bununla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Canaris, JZ 1965, s. 476 ve 478; ayrıca kşl. Akyol, a.g.e., s. 53.

32 Kşl. Canaris, JZ 1965, s. 475.

33 Kşl. Stoll, Die Leistungsstörungen, a.g.e., s. 26.

34 Kşl. Akyol, a.g.e., s. 53.

35 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 2 II, s. 9.

36 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 11 III, s. 126; Esser, Schuldrecht I, 4. Aufl., Karlsruhe 1970, § 54 I, s. 397 vd.; Canaris, JZ 1965, s. 477.

Böylece üçüncü şahıs yararına sözleşme müessesesine dayanılarak ortaya çıkarılmış olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme³⁷, üçüncü şahsa akdi edim üzerinde bir hak bahsetmemektedir. Ancak borçlu edimini ifa ederken, elbette üçüncü kişilere zarar verilmemesi için gerekli dikkat ve ihtimamı da göstermek zorundadır. Bu davranış yükümlünün ihlali halinde üçüncü kişiye özel bir tazminat hakkı doğabilmektedir. Şu halde üçüncü kişi esas akdi edim üzerinde bir hakka sahip olmamakta, aksine sözleşme ile lehine sadece koruma yükümleri tesis edilmektedir³⁸.

2. Hukuki Temeller

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tesirleri ve kabulü konusunda geniş ölçüde birlik bulunmasına rağmen³⁹, hukuki temelleri henüz kesin olarak aydınlatılamamıştır⁴⁰. Mamafih bir yandan bu gibi hukuki sonuçların düzenlenmesi için soyut bir yasal temel sözkonusu, diğer yandan üçüncü kişiye teşmilin somut sözleşmeye veya doğrudan doğruya kanuna dayanıp dayanmayacağı sorunu sözkonusu olmaktadır.

a) Alman İmparatorluk Mahkemesi, yasal temel olarak BGB § 328'na dayanmış ve üçüncü kişi yararına sözleşmeyi bu kuralın anlamında kabul etmiştir⁴¹. Üçüncü kişinin güvene hakkı, tahminen zımnî bir anlaşmadan, şartlara ve hali icabına göre bir yorumdan, özellikle sözleşmenin amacından (§ 328 fık. 2 BGB) ve BGB § 157 anlamında tamamlayıcı bir sözleşme yorumundan çıkarılmıştır⁴².

b) Alman Federal Temyiz Mahkemesi de, önce BGB § 328'na hukuki temel olarak dayanmıştır⁴³. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi, yasağa aykırı olarak park edilmiş bir otomobilin çekilmesi polis tarafından kendisine havale edilen çekme müteahhitinin, olayın özel durumu sebebiyle, otomobil zilyedine (kiracı) karşı doğrudan doğruya BGB § 328 uyarınca zarar ziyandan sorumlu olacağını ve tazminat ödeyeceğini kabul etmiştir. Buna göre, hukuki ilişkilerin bütüm olarak değerlendirilmesi, menfaat durumlarının nazarı dikkate alınması ve sözleşmeyi yapan tarafların risikonun taksimi konusunda açıklanan iradelerinin yorumu, çekilen taşıtların zilyetlerine (Fahrzeug-halter) çekici müteahhite karşı doğrudan doğruya bir tazminat hakkının tanınması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

c) Fikentscher'in görüşü:

Fikentscher, üçüncü şahıs yararına hak tanıyan ve sadece yetki veren sözleşme arasındaki farka dayanmaktadır. Burada yan edimlere ilişkin tazminat yükümleri ile üçüncü şahıs yararına bir sözleşme sözkonusu olmaktadır⁴⁵. Böylece üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, BGB §§ 328 ve müteakıp paragraflarının sistematigi içinde düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁶.

37 Kşl. Akyol, a.g.e., s. 54.

38 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 11, Aufl., § 17 II.

39 Kşl. Böhmer, MDR 1962, s. 345.

40 Kşl. Kümmeth, Die Dogmatische Begründung des Rechtsinstituts des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, Diss., Würzburg 1976.

41 Kşl. RGZ 87, s. 64; 91, s. 21; 127, s. 218. Ayrıca kşl. BK. m. 111.

42 Kşl. RGZ 98, s. 210; 127, s. 218; 152, s. 175.

43 BGHZ 9, s. 316; kşl. LG Düsseldorf, VersR 1952, s. 263 vd.

44 BGH, NJW 1978, s. 2502 vd.

45 Kşl. Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl. 1976, § 37 IV 1.

46 Kşl. Caemmerer, Festschrift für Wieacker, 1978, s. 311 ve 315.

d) Baskın görüş:

Buna karşılık, Larenz'in de katıldığı ve geniş ölçüde kabul edilmiş olan görüşe göre, üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme, kesin olarak yasa düzenlenmemiş olan ve kendine has özelliği bulunan müstakil bir hukuk müessesesidir. Bu hukuk müessesesi, kesin benzerlikler bulunsada, BGB §§ 328 ve müteakıp paragraflarında düzenlenmiş bulunan üçüncü şahıs yararına sözleşme tipi ile aynı kabul edilemez ve buna benzetilemez⁴⁷. Ancak bununla koruyucu etkilerin üçüncü kişiye teşmilinin ilgili sözleşmeye, yani esas itibarıyla tarafların iradesine dayandırılıp dayandırılmayacağı veya teşmilin tarafların muhtemel bir arzu ve iradesinden bağımsız olarak doğrudan doğruya yasa ile gerçekleşip gerçekleşmediği kesin değildir.

aa) Yargısal içtihat, kısmen geçerlik sebebi olarak tamamlayıcı bir sözleşme yorumunu BGB § 157 uyarınca kabul etmiştir. Üçüncü kişi kaideten tarafların açık sözleşmeleri ile bir akdin koruyucu etkileri içine alınmadığı için, bu boşluk, şayet taraflar üçüncü kişinin açık kalan güvencesini keza düzenlemiş ve bu sırada örf ve adet ve dürüstlük (objektif iyiniyet) kurallarına riayet etmiş olsalardı, akdin amacını dikkate alarak ne beyan edeceklerdi ise, buna göre sonradan tamamlanacaktır⁴⁸.

bb) Bununla beraber, muhtemel veya farazi bir taraf arzu ve iradesinden bağımsız olarak çok defa üçüncü kişiye doğrudan doğruya sözleşme benzeri tazminat hakları tanınmaktadır.

aaa) On yıllık bir kazai içtihat sayesinde, bu konuda bir taraf arzu ve iradesine bağlı olmaksızın, bir sözleşmenin koruyucu etkileri içine üçüncü kişinin alınmasının en azından bazı alanlar için örf ve adet hukuku bakımından sağlamlaştığı, tek tük kabul edilmektedir⁴⁹. Ancak bu sırada hâkim hukukunun (Richterrecht) esasen örf ve âdet hukukuna (Gewohnheitsrecht) sebep olup olamayacağı sorunu araştırılmaktadır⁵⁰.

bbb) Düzenleyici yasa hukukunun (dispositives Gesetzesrecht) tipik, o bakımdan düzenlenmesi ve kurallaştırılması gerekli sözleşme şekillerinin yargıç hukukunun gelişmesi ile tamamlanacağı genellikle literatürde kabul edilmektedir. Yasal temel, bir çok davranış yükümlülüklerinde olduğu gibi, BGB § 242'deki dürüstlük kuralı ile tesis edilmektedir⁵¹.

Aynı şekilde BGB § 242'ye istinat eden görüşe göre, üçüncü kişinin korunması, güven verilmesi ve istenmesi dolayısıyla haklı olan yasal bir borç ilişkisine dayanmaktadır⁵²; nihayet burada hukuki bir problem değil, aksine artan sosyal temastan dolayı koruma ilişkisinin tesir sahası sözkonusu olmaktadır⁵³.

47 BGH, NJW 1959, s. 1676; Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., § 17 II; Palandt/Heinrichs, BGB, § 328 Anm. 2b.

48 BGHZ 56, s. 269 ve 273; BGH, LM § 157 BGB (D) Nr. 5; VersR 1970, s. 831; NJW 1977, s. 2208 vd.

49 Kşl. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, s. 249 ve 269; aynı, JZ 1962, s. 553 ve 555; ayrıca kşl. Fikentscher, Methoden des Rechts III, 1976, s. 697; Larenz, Schuldrecht I, § 17 II, s. 185 Dn. 4.

50 Kşl. Esser, Festschrift für F. V. Hippel, 1967, s. 95 vd.; Staudinger/Coing, BGB, 12. Aufl. 1978, Einleitung Rz 228 vd.

51 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, § 17 II; Ermann/H.P. Westermann, BGB, 6. Aufl., 1975, § 328 Rz 11; Lüderitz, StudK BGB, § 328 Anm. IV 2.

52 Kşl. Canaris, JZ 1965, s. 475 ve 478.

53 Kşl. Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 2. Aufl., § 34 IV 2. 2; Hagen, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971, s. 18 m. w. N.

ccc) Objektif iyiniyet kuralı:

Yargısal içtihat, geçerlik sebebini kısmen bilerek açık bıraktıktan sonra⁵⁴, bazı kararlarda belirli bir hukuki temel bildirmeksizin sadece doğruluk (objektif iyiniyet) kuralına işaret olunmaktadır⁵⁵.

cc) Gerçi muhtelif görüşler, hukuki temel itibariyle farklı bir hareket noktasına rağmen, esas itibariyle sonuçta birleşmektedirler; fakat üçüncü kişinin korunması, sözleşme ile kararlaştırılan edim ilişkilerinden tamamen bağımsız olarak, özel ve ayrı bir yasal borç ilişkisinin temeline dayandırılırsa, farklı sonuçlar kabul ve müdafaa edilebilir. Esser/Schmidt'e göre⁵⁶ bu durumda sözleşme alacaklısına karşı mevcut olan bir garanti sorumluluğu⁵⁷, alacaklı tarafından kararlaştırılan bir sorumluluk tahdidi⁵⁸ ve alacaklının ortak kusuru (Mitverschulden)⁵⁹ üçüncü şahsın himayesini etkilememesidir⁶⁰. Mamafih bu sonuçlar amir bir nitelik taşımamaktadırlar. Sözleşme borçlusu ve üçüncü kişi arasında özel bir yasal borç ilişkisi kabul edilse dahi, bu borç ilişkisi temelini mamafih yine sözleşmelerin içinde veya müstakbel âkit tarafların sosyal temasında bulmaktadır. Şayet üçüncü kişinin korunması bundan tamamıyla tecrit edilebilirse, artık üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme müessesesine gerek kalmayacaktır. Bundan başka, sadece muhtelif kişiler arasındaki sosyal temas ve bundan doğan sözleşme benzeri bir koruma yükümü sözkonusu olabilir; örn. "culpa in contrahendo" da kabul edilen koruma yükümü gibi. Fakat bu, haksız fiil sorumluluğu dışında sözleşme benzeri bir koruma yükümünü kurmak için lâlettayın (rasgele) kişiler arasındaki sosyal temasın ne kadar sıkı ve samimi teşekkül etmesi gerektiği sorusuna problemin sadece bir kaydırılmasıdır.

Bundan dolayı, bir sözleşmenin koruyucu etkisi içine üçüncü kişinin somut olarak alınması için hukuki temel hakkında dogmatik açıklık bulunmalıdır. Burada hareket noktası, ilgili sözleşme veya müstakbel âkit tarafların sözleşme yapma vaadine ilişkin temaslarının başlamasıdır. Şayet üçüncü kişinin korunması hakkında taraflar arasında açık ve kesin sözleşmeler yapılmamışsa, doğrudan doğruya BGB § 242'ye göre hareket etmek esasen daha uygun bulunmaktadır; yoksa bu gibi durumlarda; daha çok veya daha az hayali bir taraf arzusuna göre hareket edilmesi ve tamamlayıcı sözleşme yorumu yolu ile tarafların muhtemel arzu ve iradelerinin nazarı dikkate alınması sözkonusu değildir. Akit taraflar, risikoyu göz önünde tutmak için, bir sözleşme ile üçüncü kişiye etkileri istisna edebildikleri zaman, şüphesiz o bakımdan yine sözleşmenin mutasarrıfları olarak kalmaktadırlar. Bu durumda üçüncü kişinin korunması, sadece ancak âkit taraflardan birinin müstakbil bir güven ilişkisinin temelinde mümkün bulunmaktadır. Şu halde sözleşmenin muhteviyatı her zaman nihai hüküm ve karar veren olmaktadır⁶¹.

54 BGHZ 66, s. 51, 56 vd.; BGH, NJW 1968, s. 1929 ve 1931; NJW 1977, s. 2073 ve 2074; ayrıca bkz. BGH, NJW 1975, s. 867 ve 869.

55 Kşl. BGHZ 69, s. 82 ve 86; 70, s. 327, 330; OLG Köln, VersR 1976, s. 1182.

56 Kşl. Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 2. Aufl., § 34 IV. 2. 3.

57 a.M. BGHZ 40, s. 350 ve 354.

58 a.M. BGHZ 56, s. 269, 273 vd.

59 a.M. BGHZ 33, s. 247 ve 250.

60 BGHZ 56, s. 269, 272; Larenz, Schuldrecht I, § 17 II; a.M. Esser/Schmidt, Schuldrecht I 2, § 34 IV. 2. 3; BGHZ 9, s. 316; 24, s. 325; BGH, NJW 1968, s. 1323, 1324; NJW 1975, s. 867 vd.; Emmerich, Grundlagen des Vertragsund Schuldrechts, 1972, s. 279 ve 314.

61 Kşl. BGHZ 71, s. 175 ve 178.

dd) Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, bu şekliyle müstakil bir hakkın temelini teşkil etmemektedir. Daha ziyade, âkit tarafa karşı bir sözleşme ihlâlinde uygulanan kural esas olmaktadır. Burada genellikle bir pozitif sözleşme ihlâli söz-konusu olmaktadır. Kira sözleşmelerinde, muhtemelen BGB § 538⁶² nazarı dikkate alınmalıdır. Akit yapma vadi sırasındaki temasta ise, "culpa in contrahendo" dan doğan bir talep hakkı söz-konusu olmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, ilk defa üçüncü şahıs yararına sözleşme kalıbı içinde tanıtılmış olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, üçüncü şahıs yararına sözleşmenin bir genişletilme ve yumuşatılma hali olmaktadır⁶³. Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Fransız Yargıtayı, üçüncü kişiyi korumayı, bir sözleşme ilişkisine dayandırma gereğini duymuşlardır; özellikle Alman İmparatorluk Mahkemesi BGB § 157'de⁶⁴ düzenlenen "tamamlayıcı yorum" kurallarından yararlanarak üçüncü şahsı korumayı, üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayandırmıştır⁶⁵. Ancak bu görüş bugün Alman Hukukunda tamamen terkedilmiş⁶⁶ ve üçüncü şahsın korunmasının, üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayandırılmayacağı, aksine bunun akdin tamamlayıcı yorumundan çıkarılabileceği belirtilmiştir⁶⁷. Buna karşılık, üçüncü kişiyi korumanın ne üçüncü şahıs yararına sözleşmeye ve ne de genişletilmiş şekilde sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayanmadığı, aksine eli yıldır devam eden müstakar mahkeme kararları ile meydana gelen örf ve âdet hukukuna dayandığı da ileri sürülmüştür⁶⁸. Ancak örf ve âdet hukukunun kaynağını⁶⁹ mahkeme kararlarına dayandırmak isabetli bir görüş olamaz⁷⁰; zira örf ve adetler, yetkili bir otoritenin bilinçli bir işlemi ile meydana gelmezler, aksine nitelikleri itibarıyla birbirine benzeyen muhtelif durumlarda aynı davranış biçiminin tekrarlanması ile meydana gelirler. Başlangıçta belki bilinçsiz bir şekilde tekrarlanan bu davranışlar, zamanla insanların şuurunda yer alan bir teâmül kuralı haline gelir ve toplum da bunu benimseyerek müeyyide altına alır. Böylece gelenek hukuku meydana gelmiş olur. Bu şekilde meydana gelen gelenek hukuku yazılı olmayıp, toplumsal vicdanda yaşar⁷¹.

62 Kşl. BK. m. 249 vd.

63 Kşl. Peter Bastein, Zur Drittwirkung von Vertragen, Hamburg 1963, s. 45.

64 Ayrıca bkz. BGB § 242 ve MK. m. 2.

65 RGZ 91, s. 21; 81, s. 215; 152, s. 76; 98, s. 210; ayrıca bkz. Oh. civ. 24 Mayıs 1933, D. 1933 I, s. 137; Akyol, a.g.e., s. 52 dn. 5 deki eserler.

66 Bkz. Esser, Schuldrecht I, § 54 I, s. 398; BGHZ 1, s. 383, 2 s. 94; BGH JZ 1960, s. 124.

67 Bkz. Larenz, NJW 1960, s. 78; Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 11 III, s. 126.

68 Bkz. J. Gernhuber, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, s. 269.

69 "Örf ve âdet hukuku" deyimi yerine bazen "Gelenek hukuku", "Teâmüller ve gelenekler" deyimleri de kullanılmaktadır (bkz. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1975, s. 40).

70 Kşl. Bilge, Hukuk Başlangıcı, s. 40 vd.; Christian Goetz Ernst, Die Drittwirkung von Schuldverhältnissen aus zusammenhängenden und kollidierenden Verträgen, Basel 1963 s. 44 vd.

71 Kşl. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 4. Baskı, Ankara 1983, s. 41 vd.

Türk Hukukunda da, kanunda bu konuda boşluk olduğu ve bu boşluğun yargı tarafından MK. m. 1'deki "takdir yetkisine" dayanarak doldurulması tavsiye edilmekte ve bu konuyu düzenleyen hükümlerin kanuna konulması istenmektedir⁷².

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme İle İlgisi ve Aralarındaki Farklar

a) Üçüncü şahıs yararına sözleşme ile ilgisi

Kaideten sözleşmenin etkisi, onu akdeden taraflarla sınırlı olmakla beraber, günümüzün modern hukuku "üçüncü şahıs yararına sözleşmeleri" de geçerli kabul etmektedir. Örn. Alman MK. nun 328 ve müteakip paragraflarında, Fransız MK. nun 1121. md. de, İsviçre BK. nun 112. Md. de ve Türk BK. nun 111. Md. de üçüncü şahıs yararına sözleşme müessesesi düzenlenmiştir. Modern hukukta kabul edilen bu müessese sayesinde, tarafların yaptıkları sözleşmede adı bile geçmeyen üçüncü şahıslar, sözleşmenin etki alanına girmekte, taraf olmadıkları halde sözleşmeye dayanabilmeye hakkına sahip olmaktadır.

İlk defa üçüncü şahıs yararına sözleşme kalıbı içinde tanıtılmış olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, esas edimi olmayan borç ilişkisinin bir türüdür. Esas edim yükümü olmayan bazı hallerde yalnız "diğer davranış yükümlerine" riayeti talep hakkı doğar ve yükümün ihlâli halinde karşı taraf tazminat isteyebilir⁷³. Temel edimi olmayan borç ilişkisinin bir diğer türü de "işlemlerin yapılması sırasında doğan borç ilişkisi, yani sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk" (culpa in contrahendo) dur⁷⁴.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuk düzeninde yer alması ile birlikte sözleşme bir taraftan mutlak bir hukuki bağ olmaktan çıkarılmış, diğer yandan da sözleşme sorumluluğunun alanı sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) alanının daralması pahasına genişletilmiş ve nihayet sözleşmenin etkisi tarafların dışına (üçüncü kişilere) yayılmıştır⁷⁵.

Ancak burada belirtilmesi gereken bir husus da, sözleşmenin etkisinin üçüncü şahıslara yayılmasında, "üçüncü şahıs yararına sözleşme" nin tarihi gelişme bakımından ilk sırayı almasıdır; zira önce üçüncü şahıs yararına sözleşme içinde yer alan "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme", daha sonra üçüncü şahıs yararına sözleşmeden ayrılarak tarafların arzu ve iradelerinden bağımsız yasal bir borç ilişkisi niteliğine kavuşturulmuştur⁷⁶.

72 Bkz. Haluk Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 295 vd.; ayrıca bkz. Y. 9. HD., 16.11.82, E. 982/8156, K. 982/8965 zu MK. m. 1 ve 4 (Tekstil işveren Dergisi, sayı: 65, İstanbul, Temmuz 1983, s. 21).

73 Kşl. Akyol, a.g.e., s. 7.

74 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., s. 188; L. Diers, Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo, Diss., Münster 1962; Canaris, JZ 1965, s. 478; Akyol, a.g.e., s. 8.

75 Kşl. Akyol, s. 8.

76 Kşl. Akyol, s. 9.

b) Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile üçüncü şahıs yararına sözleşme arasındaki fark

İlk kez hukuk hayatında üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak görülen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ile bunun bir türü olan üçüncü şahıs koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesinin gerçek anlamda bir sözleşme olmadıkları, aksine temeli dürüstlük kuralı olan koruma yükümü gibi yasal bir borca dayandıkları modern hukukta kabul edilmektedir⁷⁷.

Koruma yükümünün sözkonusu olduğu hallerde yasal bir borç ilişkisi olduğundan⁷⁸, koruma yükümünün varlığının kabul edilmesi için bir sözleşme ilişkisine gerek duyulmaması⁷⁹, üçüncü şahıs yararına sözleşmenin bu tür koruma ihtiyacı için hukuki bir kalıp olarak kullanılmasını gereksiz kılmıştır⁸⁰.

Şu halde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin varlığının kabul edilmesi için bir sözleşmeye gerek olmadığından, bunların, gerçek bir sözleşme olan üçüncü şahıs yararına sözleşmeden farklı oldukları açıkça görülmektedir⁸¹.

V. ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞMENİN KOŞULLARI

1. Sözleşme

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramının sözkonusu olduğu ilişkiler konusunda iki görüş mevcuttur. Bunlardan, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi bir sözleşme temeline dayandırmak isteyenler, bu müesseseyi zorunlu olarak sözleşmeden doğan hakların bir genişlemesi olarak görmektedirler. Bu fikri savunanlara göre, yasal borç ilişkilerinde üçüncü şahıs koruyucu etkili sözleşme sözkonusu olmayacaktır⁸². Buna karşılık, koruma yükümünün sözleşmeden değil de kanundan doğduğu kabul edilirse, kanundan doğan borç ilişkilerinde de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığı kabul edilecektir⁸³.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkiler meydana getirebilen sözleşmelerin özel ve toplu bir sayısı bulunmamaktadır. Kural olarak bu, her sözleşmede mümkündür⁸⁴. Bununla birlikte, tipik olarak üçüncü kişilerin yalnız âkit taraflar gibi akdi edimlerle temas ettiği belirli sözleşme türleri hâkim durumdadırlar.

a) Kira sözleşmesi

Ön plânda kira sözleşmesi bulunmaktadır. Zira kira sözleşmesi uyarınca kiray alan yalnız kiracıya karşı değil, aksine kiracının ev birliğine dahil olan aile bireylerine ve hizmetçilerine karşı da koruma ve özen borcu ile yükümlü bulunmaktadır⁸⁵.

77 Kşl. Akyol, s. 60.

78 Kşl. Canaris, JZ 1965, s. 475.

79 Kşl. Stoll, AcP 136 (1932), s. 258 ve 289.

80 Kşl. Akyol, a.g.e., s. 60.

81 Kşl. Akyol, a.g.e., s. 60.

82 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 11 III, s. 128; Esser, Schuldrecht I, § 54 I, s. 397; ayrıca bkz. Akyol, a.g.e., s. 57.

83 Kşl. Canaris, JZ 1965, s. 478.

84 Kşl. Lorenz, JZ 1960, s. 108 ve 111.

85 RGZ 91, s. 21; BGHZ 61, s. 227 ve 233; BGB-RGRK-Gelhaar, 12. Aufl., 1977, vor § 535 Rz. 166 vd.; Weyer, BB 1972, s. 339.

Aynı şekilde benzeri yükümlülük, bir otelci ile yapılan otel (konaklama) sözleşmesi ve ödünç (âriyet ve karz) sözleşmesi için de geçerlidir⁸⁶.

b) Alım-satım sözleşmesi

Alım-satım sözleşmesi, anlaşma uyarınca alıcının tarafında ve alıcı için alım-satım konusu ile temasa gelen üçüncü kişilere karşı satıcının koruma yükümünü kura-bilmektedir; örn. işçilerin ve müstahdemlerin satın alınan makinalarda⁸⁷ veya ham-maddelerde⁸⁸, aile fertlerinin satın alınan mobilyelerde (ve diğer ev eşyalarında)⁸⁹ ve kiralayan tarafından getirtilen kurşunlu (yani kurşun ihtiva eden) su sebebiyle zarara uğrayan kiracıların durumlarında olduğu gibi⁹⁰. Bundan başka, alım-satım ve kira unsurlarından oluşan karma bir sözleşme tipi de nazarı dikkate alınmaya değerdir⁹¹.

c) Hizmet sözleşmesi

Hizmet akdi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerin daha büyük ve geniş bir grubunu oluşturmaktadır.

Buraya, tıbbi tedavi sözleşmesi⁹², yalnız belirli özel koşullar altında hastane-ye kabul sözleşmesi⁹³, ayrıca vekâlet sözleşmesi⁹⁴ dahil sayılmaktadır. Buna karşılık, ortaklıktaki hissedarlar bakımından bir ortaklık ile iktisat müfettişi ve iktisadi denetçi arasındaki sözleşme bu gruba dahil değildir⁹⁵. Diğer yandan, banka sözleşmesi de bazı sınırlamalarla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler grubuna dahil edilmektedir⁹⁶. Bundan başka, nihayet hizmet temini ve iş bulma sözleşmesi de (Dienstverschaffungsvertrag) üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler arasında zik-redilebilir⁹⁷.

d) Eser sözleşmesi ve taşıma sözleşmesi

İstisna akdi (Werkvertrag)⁹⁸ ve özellikle nakliye sözleşmesi (Beförderungsvertrag)⁹⁹ de üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler arasına dahil edilmektedir.

2. Akit Yapma Vadine Dayanan Güven İlişkisi

Üçüncü kişiler, sözleşmenin yapılmasından önce, müstakbel âkitlerden biri tarafından zarara uğratılabilirler. Örn. Alışveriş yapmak için bir süpermarkete giden

86 BGHZ 71, s. 175.

87 BGH, NJW 1956, s. 1193 m. Anm. Larenz.

88 BGH, NJW 1959, s. 1676; ayrıca bkz. Heiseke ve Larenz, NJW 1960, s. 77.

89 OLG Hamm, MDR 1977, s. 137.

90 RG, JW 1937, s. 737; BGH, NJW 1975, s. 344; BGHZ 51, s. 91.

91 RGZ 98, s. 210.

92 RGZ 152, s. 175.

93 RG, JW 1937, s. 926; BGHZ 2, s. 94; OLG Düsseldorf, NJW 1975, s. 596.

94 BGH, NJW 1965, s. 1955 m. abl. Anm. Lorenz, JZ 1966, s. 143.

95 OLG Saarbrücken, BB 1978, s. 1434.

96 BGHZ 69, s. 82, 186 ve 187; BGH, NJW 1979; s. 542.

97 RGZ 164, s. 397; BGH, LM § 157 BGB (D) Nr. 5.

98 RGZ 127, 218; BGHZ 33, 247; BGH, NJW 1956, s. 1193; VersR 1962, s. 86; VersR 1970, s. 831; OLG Nürnberg, MDR 1974, s. 401.

99 RGZ 87, 64; RG, Recht 1924 Nr. 161; BGHZ 9, 316.

annesine refakat eden 14 yaşındaki bir çocuk, kasanın yanında bir sebze yaprağının üstünden ayağı kayarak düşmüş ve yaralanmıştır¹⁰⁰. Böyle bir durumda, henüz bir sözleşme yapılmadıkça, bundan ne müstakbel âkit taraflar için ne de üçüncü kişiler için haklar doğabilir. Bununla beraber, müstakbel âkit taraflar, sözleşme müzakerelelerinin ve görüşmelerinin başlamasıyla birlikte kurulan yasal borç ilişkisi sayesinde korunmaktadırlar; bu yasal borç ilişkisi, müstakbel âkit tarafları koruma ve özene, ihtimama zorlamaktadır. Böylece müstakbel âkit tarafların koruma ve özen yükümü bulunmaktadır. Bu durumlarda üçüncü kişilerin korunması için daha önce BGB § 328'in kıyasen uygulanması teklif edilmekteydi¹⁰¹. Ancak bugünkü anlayışa göre üçüncü kişiler, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede olduğu gibi, aynı şartlar altında akit yapma vaadine (BK. m. 22; BGB §§ 610, 761, 331 vd.) dayanan güven ilişkisi içine alınabilmektedirler¹⁰². Bundan da anlaşılıyor ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin genel hukuki temeli, ne tamamlayıcı bir sözleşme yorumunda ve ne de nihayet subjektif bir sebepte bulunmaktadır, aksine objektif bünyede ve şeyin tabiatında bulunmaktadır; yani yasa gereğince ortaya çıkmaktadır¹⁰³. Bununla beraber, burada da bizzat kendisi bir sözleşme yapmak veya şahsen ticari temaslar kurmak istemeyen üçüncü kişinin korunması, müstakbel sözleşme tarafları arasındaki somut akit yapma vaadine dayanan güven ilişkisine bağlı bulunmaktadır.

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Ticari Temastan Doğan Borç İlişkileri

Günümüzdeki görüşe göre, bir ticari temasın (geschaeftlicher Kontakt) veya sözleşme müzakerelerinin ve görüşmelerin başlaması sebebiyle meydana gelen bir borç ilişkisi, asli (esas) edim yükümü olmaksızın, koruma yükümlerini (Schutzpflichten), muhafaza yükümlerini (erhaltungspflichten), doğruluk, sadakat ve bağlılık yükümlerini (Loyalitätspflichten) kapsayabilmektedir. Üçüncü kişiler, bu yasal borç ilişkisinin koruyucu etkisi içine de alınmaktadırlar; ancak bu koruyucu etkinin üçüncü kişiye teşmil edilebilmesi için âkit taraflardan birisinin üçüncü kişileri müzakereye görüşmeye veya istenen sözleşmenin tamamlanması ve yapılması hazırlıklarına, örn. bir deneme sürüşüne veya muayenesine, iştirak ettirmesi ve diğer tarafın buna mava fakat etmesi veya bu yardımcı veya refakatçi kişilerin (Hilfs-oder Begleitpersonen) de kendisinin ihtimamına emanet edildiklerini, dikkat ve özenine güvendiklerini idrak edebilmesi ve anlayabilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, ister deneme sürüşü sırasında satıcının veya müstahdeminin bir kusuru sebebiyle alıcı olarak görünen ve davranan kişi veya ona refakat eden eşi kazaya uğrayıp yaralansın ve zarar görsün, ister satılık evin gezilmesi esnasında alım satımla ilgilenenin kendisi veya onun için müzakereleri yürüten vekili arzalı bir merdiven yüzünden ve uygun bir işaret bulunmadığından dolayı düşüp yaralansın bu hususta hiçbir ayırım yapılamaz.

100 BGHZ 66, 51.

101 Kşl. Ermann, AcP 139 (1934), 273 (325); Weimar, MDR 1959, s. 266. Bu konuda ayrıca bkz. BK. m. 111.

102 BGH m. Anm. Kreuzer, JZ 1976, s. 778 ve Anm. Stratz, JR 1976, s. 458; Canaris, JZ 1965, s. 475 ve 478; Diers, Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo, Diss., Münster 1962; Larenz, Schuldrecht I, § 17 III; Hohloch, JuS 1977, s. 302.

103 Kşl. Canaris, JZ 1965, s. 475 vd.; Kreuzer, JZ 1976, s. 780.

Birincisinde olduğu gibi, diğerinde de müzakere ve görüşme ilişkisinden doğan bir koruma yükümü ihlâl edilmiş bulunmaktadır¹⁰⁴.

Şayet üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede üçüncü şahsa karşı sorumluluğun temeli sözleşme değil, aksine BGB § 242 deki (MK. m. 2) dürüstlük kuralından doğan yasal borç ilişkisi olarak telâkki edilirse ve koruyucu etkinin borç ilişkisi içine alınması için koşullar bulunuyorsa, artık ticari temastan doğan yasal borç ilişkisinin koruyucu etkisinden üçüncü kişinin yararlandırılmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır¹⁰⁵.

4. Edaya (Edime) Yakınlık

a) Bir akit yapma vaadine dayanan güven ilişkisinin veya bir sözleşmenin koruma alanı içine üçüncü kişilerin alınması için gerekli diğer şartlar, uygulama alanını yalnız çok sınırlı hallerde inhisar ettirmek için, hedef ve amacın hüküm ve etkisi altında bulunmaktadır. Böylece akdi ve haksız fiil sorumluluğunun kanunen farklı şekillendirilmesi terkedilmeyecek veya bozulmayacaktır¹⁰⁶. Bu suretle daha ağır bir sözleşme sorumluluğunun riski borçlu için baki kalmaktadır.

b) Bundan başka, üçüncü kişinin edimin yakınında bulunması gerekmektedir¹⁰⁷.

Üçüncü kişi, borçlunun edimi ile anlaşma uyarınca temas etmeli ve kötü ifa sebebiyle aynen sözleşme alacaklısı gibi tehlikeye maruz kalmalıdır. Ancak bu, muhtemelen bir âkit tarafın aile fertleri için sözkonusu olmaktadır. Örn. kiracının bir kızı, dezenfekte edilmeyen bir evde mikrop kapmış ve tüberküloza yakalanmıştır¹⁰⁸. Bir vapurun iskeleye yanaşması sırasında, taşıma sözleşmesine taraf olan şahsın çocuğunun eli geminin küpeştesi ile iskelenin tombazı arasında ezilmiştir¹⁰⁹. Buna benzer bir yaralanmaya bir tarım işçisinin çocuğu hayvan ahırında maruz kalmıştır¹¹⁰. Kiracının bir çocuğu, apartmanın avlusunda bidonlar içinde bulunan bir kezapla yaralanmıştır¹¹¹. Aynı şekilde hizmetçi kızlar da kötü ve bozuk bir edimden (Schlechtleistung) zarar görebilirler. Örn. bir evde hizmet eden bir gündelikçi kadın, hatalı takılan bir havagazı saatinin patlaması sırasında yaralanmıştır¹¹². Bir ticarethanenin işçileri, işverenlerinin âkit tarafının kötü ve kusurlu edimleri dolayısıyla tehlikeye maruz kalmışlardır. Aynı şekilde işçiler, usulüne uygun olmayarak donatılan kiralananmış bir testere ile¹¹³ ve bir harman makinasının emniyetle işleme-yen satın alınmış bir haraket çarkı ile yaralanmışlardır¹¹⁴.

104 Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 1. Bd., Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976, s. 188.

105 Ksl. Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., s. 188; Canaris, JZ 1965, s. 478; L. Diers, Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo, Diss., Münster 1962.

106 BGHZ 49, 278 ve 280; 49, 350 ve 354; 61, 227 ve 234; 66, 51 ve 57; ayrıca bkz. V. Caemmerer, Festschrift für Wieacker, s. 311 ve 315.

107 Ksl. Medicus, Bürgerliches Recht, 8. Aufl., 1978, Rz. 844.

108 RGZ 91, 21.

109 RG, Recht 1924 Nr. 161.

110 BGH, NJW 1975, s. 867.

111 LG Düsseldorf, VersR 1952, s. 263; ayrıca bkz. BGHZ 9, 316; 66, 51; BGH, NJW 1956, 1193; OLG Hamm, MDR 1977, s. 137.

112 RGZ 127, 218.

113 RGZ 98, 210.

114 BGH, NJW 1956, s. 1193 m. Anm. Larenz; ayrıca bkz. RGZ 164, 397; BGHZ 71, 175; BGH, NJW 1959, s. 1676; VersR 1970, s. 831; VersR 1972, 553.

Bir derneğin odalar kiralaması halinde, derneğin üyeleri kullanışın ve açılışın kutlanması için geleceklendir¹¹⁵. Şüphesiz üçüncü kişinin bizzat kendisinin edadan etkilenmesi, edimle temasa gelmesi gerekli değildir; maddi veya iktisadi değerlerine, yani eşyalarına ve mal varlığına dokunulması da yeterlidir¹¹⁶.

Bundan başka, tehlikenin üçüncü kişi için doğrudan doğruya edimin konusundan çıkıp çıkmadığı, yani gerçekten kötü ve kusurlu bir edimin bulunup bulunmadığı veya tehlikenin edimin konusundan bağımsız olarak yalnız gidiş geliş (trafik) güvenliği yükümlünün (Verkehrssicherungspflicht) ihlâlinden dolayı üçüncü kişinin diğer âkit taraf ile birlikte gittiği borçlunun hakimiyet sahası (raeumliche Sphaere) içinde gelişip gelişmediği bir fark da yapmamaktadır¹¹⁷.

5. Üçüncü Kişinin Korunmasında Alacaklının Menfaati ve İlğisi

a) Sözleşme alacaklısı, âkit tarafına (sözleşme partnerine) karşı üçüncü kişinin korunmasında ilgili olmalıdır¹¹⁸. Şayet alacaklı sözleşme ilişkisinin kapsamına giren alanda üçüncü kişiye karşı özen ve koruma yükümlüsü (Fürsorge-und obhutspflichtig) olmakta ise¹¹⁹ ve böylece bizzat kendisi zararın tazmini ile yükümlü olabileceksen, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının ilgisinin ve menfaatinin bulunduğu kabul edilmelidir. Böyle bir özen ve koruma yükümü (Fürsorge-und Obhutspflicht), muhtemelen eşler (karı-koca) arasında (kşl. BGB § 1353; MK. m. 151), ebeveyn (ana-baba) için çocuklarına karşı (kşl. BGB § 1626; MK. m. 262) ve işveren için işçilerine karşı (BGB § 618; BK. m. 332; İş K. m. 73 vd.; SSK. m. 130) bulunmaktadır¹²⁰. Buna karşılık, tesadüfi ziyaretçiler ve misafirler, arzu edilmeyen taraftarlar, dilenciler ve seyyar satıcılar bakımından böyle bir yükümlülük kabul edilmemektedir.

b) Üçüncü kişinin korunmasında alacaklının ilgi derecesi:

Üçüncü şahsın korunmasında alacaklının ilgisinin ne kadar kuvvetli ve yoğun olması gerektiği hususu da önemli bir sorun olmaktadır¹²¹. Yargısal içtihat, kural olarak alacaklı ile üçüncü kişi arasında, üçüncü kişinin saadet ve felâketinden (für das Wohl und Wehe des Dritten) alacaklının müştereken sorumlu olduğu şahsın hukuku ile ilgili bir ilişkisinin —örn. muhtemelen aile hukukuna, iş hukukuna veya kira hukukuna ilişkin münasebetlerde olduğu gibi— bulunması gerektiğini istemektedir¹²². Bununla beraber, Federal Mahkemenin bir kararında, bir alım satım veya eser sözleşmesinde, kaideten böyle bir ilişki reddedilmek suretiyle özellikle üreticinin sorumluluğu (Produzentenhaftung) üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin alanından çıkarılmıştır¹²³.

115 BGH, NJW 1965, s. 1757; kşl. RGZ 160, 153.

116 BGHZ 49, 350, 354; 69, 82; BGH, NJW 1965, 1955; Lorenz, JZ 1966, s. 143.

117 Kşl. BGHZ 66, 51; Kreuzer, JZ 1976, s. 778 ve 781.

118 Kşl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 845.

119 BGHZ 49, 350 ve 354.

120 Özellikle kşl. İş K. m. 73 ve 75 (bkz. 29.7.83 tarih ve 2869 sayılı yasa ile yapılan değişiklik: RG. 30.7.83 tarih ve 18120 sayılı).

121 Kşl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rz 845.

122 BGH, NJW 1959, s. 1676; NJW 1977, s. 2208 vd.

123 BGHZ 51, 91 ve 96.

Ancak yargısal içtihat, diğer kararlarda, muhtemelen kiracının üçüncü kişiyi koruma ve özenle yükümlü olduğu fikrinin daha az, aksine sözleşmenin kapsamına göre kiralananın üçüncü kişi tarafından kullanılacağına ön plânda bulunduğunu vurgulamaktadır¹²⁴. Bundan başka, bankaların zimmet kaydı muamelesinde ve sisteminde (Lastschriftverfahren) olduğu gibi, şayet müştereken icra edilen, güvenin kazanılması amacıyla fevkalade büyük stil içinde gerçeğe ve amaca uygun çözüm için hukuki muameleye teklif edilen bir metot ve sistem ile belirli bir tipin ve modelin seri halindeki işlemleri söz konusu olduğu takdirde, şahsın hukuku ile ilgili ilişkinin ferdi anlaşılmalarda geliştirilen ilkesi gereksiz olarak sınırlandırılmaktadır¹²⁵. Mamafih doktrin, kısmen şahsın hukuku ile ilgili ilişkinin daha dar ve sınırlı koşulunda direnmektedir; zira üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, aksi halde her açık sınırı kaybedecektir¹²⁶.

c) Korunan kişilerin kapsamının sınırlandırılması:

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tüm koşullarında yinelenen temel ve asıl sorun, korunan kişilerin kapsamının sınırlı ve anlaşılabilir tutulmasında bulunmaktadır. Aksi halde, bir sözleşmenin yapılması sırasında rizikolu bir işe girişen borçlu, rizikoyu artık hesaba katamamaktan korkmak zorundadır¹²⁷.

Diğer yandan, korunan kişilerin sözleşmenin yapılması sırasında henüz sayısal veya hatta bireysel olarak belirlenmiş olmaları gerekmediği fikrinden hareket edilmelidir. Bundan dolayı, salon kiralınması halinde, tüm hazır bulunanlara ve böylece iç ilişkiye göre belirli ziyaretçilere karşı organizatörün bir koruma ve özen yükümü kabul edilirse¹²⁸, toplantının (konferans, eğlence gibi) bütün ziyaretçilerine ve misafirlerine karşı kiralayanın sorumluluğu daha fazla ileri gitmemektedir¹²⁹.

Aynı şekilde akit yapma vaadine dayanan güven ilişkisinin ilkelerine göre korunan üçüncü kişilerin kapsamı geniş düşünülebilir; ancak korunan üçüncü kişilerin kapsamı esasen müstakbel âkit taraflarca sözleşme müzakerelerinin başlatılmasıyla somutlaşacaktır. Bundan başka, korunan üçüncü kişilerin kapsamı içine sadece âkit tarafların aile fertleri değil, aksine refakatçiler, yani beraberinde gidenler de dahil sayılabilirler, şayet sözleşme müzakerelerine bunların katılmasında sözleşme taraflarından birinin ticari menfaati ve ilgisi bulunmakta ise¹³⁰.

Diğer yandan, sözleşme alacaklısı ve üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişki bulunmuyorsa, bir özen ve koruma yükümü kabul edilmeyebilir, yani bu durumda sözleşme veya sözleşme benzeri hukuki ilişkilere dayanan bir iç ilişki bulunmamaktadır. Böylece üçüncü kişinin sadece tesadüfen veya kendi arzu ve isteği ile alacaklı ve borçlu arasındaki âkdi sahaya girdiği veya temas ettiği ve bundan etkilendiği durumlar hesaba katılamazlar. Bu hukuki durum ve sonuç, muhtemelen davetsiz gelen

124 BGHZ 61, 227 ve 234; BGH, NJW 1976, s. 1843 vd.

125 BGHZ 69, 82 ve 86.

126 Kşl. Berg, Anm. zu BGH, NJW 1969, s. 1172 vd.; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz 845.

127 BGHZ 51, 91 ve 96.

128 Kşl. Humborg, VersR 1965, s. 40.

129 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., § 17 II; RGZ 160, 153; BGH, NJW 1965, s. 1757.

130 Kşl. Hohloch, JuS 1977, s. 302 ve 305.

ziyaretçiler ve misafirler veya taraftarlar için de geçerli olmaktadır. Zira ancak sadece alacaklı ve üçüncü kişi arasındaki iç ilişkide bulunan hukuki münasebetlerden dolayı, başka bir sözleşmenin koruyucu etkisi aksine bu üçüncü kişiye şâmil olamayacaktır. O halde örn. kiraladığı odalardan sızan ve akan suyun sebep olduğu zararlardan dolayı genellikle kiracının, aynı evin odalarının bir başka kiracısına karşı bir sorumluluğu, koruyucu etkili kira sözleşmesinden çıkarılamaz. Zira kiralayan ve kiracı arasındaki ilişki, kural olarak kiralayanın, kiracısının saadet ve felâketi için sorumlu olacağı ve böylece âdeta diğer kiracının sorumluluğunu elde edeceği kadar sıkı ve yakın değildir¹³¹. Buna karşılık, kiralayan, mazotlu kaloriferin bakımını yapması için bir müteahhit ile bir istisna akdi yaparsa, hukuki durum değişmekte ve başka türlü olmaktadır¹³². Zira bu eser sözleşmesinin koruyucu etkisi içine kiracı da alınmaktadır. Çünkü kiracı burada üçüncü kişi olarak amaca, usul ve nizamına uygun olarak diğer sözleşmeden doğan edimle temas etmektedir.

Şayet bir taraftan sadece tesadüfen veya kendi arzusuyla alacaklı ve borçlu arasındaki akdi sahanın içine giren üçüncü kişiler korunmuyorsa, aksine bundan alacaklının bizzat sebep olduğu genel bir koruma yükümü çıkarılamaz. Bundan başka, davet edilmiş misafirler de veya hatta kiralayanın haberi olmaksızın eve alınmış devamlı birlikte oturan da (Mithbewohner) korunmamaktadır¹³³. Bu arada, birlikte oturanın, aynı evin diğer odalarının bizzat kiracısı olup olmaması bir rol oynamaktadır. Çünkü bu kira sözleşmesi, zararın meydana geldiği konuta şâmil olmaktadır. Diğer yandan, kiracının BGB § 549¹³⁴ uyarınca, kural olarak kiralananı, kiralayanın izni olmaksızın bir üçüncü kişiye (kiracının kiracısı) devretmeye yetkisi bulunmadığı kesindir. Söz konusu iznin verilmesine ilişkin bir talep hakkı, kiracının haklı bir menfaatinin bulunduğunu ispat etmesi şartıyla, sadece oda (Wohnraum) için mevcut olmaktadır. Buna göre, kiralanan bir daireye (Mietwohnung) üçüncü kişilerin alınması ve kabulü sadece dar sınırlar içinde caiz olmaktadır¹³⁵. O bakımdan kiracı ve üçüncü kişi arasındaki bir arada yaşamının büsbütün bağımsızlığını ve bağlantısızlığını varsaymak gerçeğe aykırı olmamaktadır. Diğer yandan, dairesinin, yani evinin konut olarak kullanılmasını kime devredeceğini tayin ve tespit etmek, kiralayanın işidir. Şayet kiralayanın menfaati kiracının çıkarı karşısında azalmakta ve gerilemekte ise, ancak bu durumda diğer kullananlar (kiracının kiracısı ve diğer üçüncü kişiler) kiralayana zorla kabul ettirilebilirler. Ancak bu, herhalde BGB'nin anlayışına göre, birarada yaşamının sadece aile hukuku ile ilgili kabul edilen şekillerinde söz konusu olmaktadır¹³⁶.

d) Hayat münasebetlerinin çok şekilliliği karşısında temel sorunun çözümü:

Hayat münasebetlerinin çok şekilliliğine göre esas sorun, kişi kapsamını sınırlı ve anlaşılabilir tutmaktır. Bu itibarla, sorun hiçbir şekilde genel ve sloganlı kısa formlerle çözümlenmemelidir. Esasen kendi etki alanı içinde, kendisi ile te-

131 BGH, NJW 1964, s. 33 ve 35; NJW 1969, s. 41; AG Bremerhaven, WuM 1976, s. 228.

132 Kşl. OLG Köln, VersR 1976, s. 1182.

133 Kşl. OLG Hamm, VersR 1977, s. 531; Gernhuber, JZ 1962, s. 553 ve 555.

134 Buna karşılık, BK. m. 259'ne göre kiralayanın izni gerekli değildir.

135 Kşl. Emmerich/Sonnenschein, Mietrecht, §§ 535, 536 Rz 92, § 549 Rz 3.

136 Kşl. § 569 a BGB; ayrıca kşl. BK. m. 265.

mas eden kişilerin zarar görmemeleri ve bir kazaya uğramamaları gerçi herkesi ilgilendirmektedir; fakat bir özen ve koruma yükümü (Fürsorge-und Obhutspflicht) sadece belirli hukuki ilişkiler dolayısıyla mevcut olabilir. Ancak bu kabul edilirse, üçüncü kişiye karşı sözleşme alacaklınının bu yükümlülüğünün sözleşme borçlusu için de anlamlı olup olmadığı hususunda başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Burada, sözleşmenin koruyucu etkileri içine üçüncü kişilerin alınması için inşai sebep (Gestaltungsgrund) olarak yalnız BGB § 242'nin genel kuralına (dürüstlük kuralı) dayanılmayacağına nasıl kesin olduğu açıkça görünmektedir. Zira bu hüküm, sadece soyut hukuki temel teşkil etmektedir. Üçüncü kişinin korunması, BGB § 242 dolayısıyla kapsamı itibariyle teşekkül etmiş somut sözleşmeye dayanmaktadır. Bu temeli ile koruyucu etki, tamamlayıcı yorum olmaksızın da sözleşmenin anlam ve amacına göre borçlunun edimi veya diğer davranışı ile usul ve nizamına göre temas eden kişi kapsamına münhasır kalabilir¹³⁷. Fakat sözleşmenin yapılması anında bu kişilerin henüz ismen belirli olmaları gerektiği için, sadece kimin tipik surette amacına uygun edimden etkilendiği önemli olabilmektedir.

6. Koruma Menfaatinin ve Edime Yakınlığın Görülebilir ve Anlaşılabilir Olması

a) Üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaati ve edime yakınlık:

Üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaati (ilgisi) ve edime yakınlık, sözleşmenin yapılması veya sözleşme müzakerelerinin başlaması sırasında borçlu için görülebilir ve anlaşılabilir olmalıdır¹³⁸. Borçlunun âkdi sorumluluğu, ancak borçlu âkit tarafının bazı üçüncü kişilerin güvenliğini aynen kendisinininki gibi emniyet ettiğini farkedebildiği ve anlayabildiği hallerde haklı olmaktadır.

b) İdrak koşulunun bağımsızlığı:

İdrak şartı, BGB § 157 gereğince tamamlayıcı bir sözleşme yorumundan¹³⁹ veya BGB § 242 uyarınca dürüstlük kuralından¹⁴⁰ hukuki temel olarak yararlanılıp yararlanılmayacağından tamamiyle bağımsızdır. Sonuncu durumda da sadece görülebilen sebepler ve anlaşılabilen koşullar bakımından sözleşme borçlusu için bir rizi-ko mevcut olabilmektedir¹⁴¹.

7. Korunma İhtiyacı Sorunu

a) Üçüncü kişinin korunma ihtiyacı ve zureti:

İkinci kira, yani alt kira (Untermiete) hakkında başlangıçta zikredilen kararda Federal Temyiz Mahkemesi (BGH), Celle İstinaf Mahkemesine (OLG)¹⁴² istinaden, üçüncü kişinin korunması ihtiyacını ve zureti ilave şart olarak kabul etmiştir¹⁴³.

137 Kşl. BGHZ 70, 327, 329 vd.

138 Kşl. BGHZ 66, 51 ve 57; BGH, NJW 1959, s. 1676 ve 1677; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz 846.

139 Kşl. MK. m. 1 ve 4.

140 Kşl. MK. m. 2.

141 Bkz. Medicus, Bürgerliches Recht, Rz 846.

142 Kşl. OLG Celle, VersR 1975, s. 838, 839 vd.

143 Kşl. BGHZ 70, 327, 329 vd.

Şayet üçüncü kişi zararın tazmini için sadece haksız fiilden doğan haklara ve iddialara bağlı değilse, aksine özel bir sözleşme dolayısıyla borçluya karşı bir akdi tazminat hakkına sahip olacak surette esasen alacaklı ile aynı derecede bulunuyorsa, bu takdirde Celle İstinaf Mahkemesi artık ikinci kiracının (kiracının kiracısı) bir korunma ihtiyacını ve zaruretini kabul etmemektedir¹⁴⁴. Federal Mahkemenin (BGH) bununla ilgili gerekçesi de benzer niteliktedir¹⁴⁵. Üçüncü kişinin tazminat hakkının kabulü, sözleşmesiz olan, fakat usul ve nizamına uygun olarak kiralanan şey ile temas eden ve bu sebepten dolayı bir zarara uğrayan üçüncü kişiye, kolaylıkla esas sözleşme partnerine ait olan bir akdi hakkın reddedilmesinin haksız olabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Buna karşılık, şayet zarara uğrayan üçüncü kişi aynı kapsamlı kendi akdi haklarına —başka bir borçluya karşı olmakla birlikte— sahipse, artık sözkonusu ihtiyaç ve zaruret bulunmamaktadır. Böylece ikinci kiracı, yani kiracının kiracısı akitten doğan ve sözleşmeye dayanan haklarından yalnız ikinci kiralanana (Untervermieter) sorumlu tutabilecektir.

b) Tenkitler

Federal Mahkemenin sözkonusu edilen bu kararı doktrinde itirazla karşılaşmıştır.

aa) Korunma ihtiyacının lüzumu ve üçüncü kişiyi koruyucu etkiyi sınırlandırma:

Üçüncü kişinin zararının tasfiyesinden (Drittschadensliquidation) kaynaklanan korunma ihtiyacının zorunluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkiyi sınırlandırmaya elverişli değildir; çünkü sözleşme ile korunan üçüncü kişinin hukuki durumu, onun zarar verenden başka esas alacaklısına karşı da bir tazminat hakkına sahip olması dolayısıyla kötüleştirilemez¹⁴⁶.

Ancak bu itiraza karşı, bir kötüleştirmeden bahsetmeden önce, sözleşme ile korunan üçüncü kişi olarak her şeyden önce hukuki durumun tesis edilmesi ve haklı olması gerektiği ileri sürülebilir.

- Diğer yandan, yargısal içtihat, üçüncü kişinin zararının tasfiyesi ile ilgili kanunen düzenlenmemiş bir müessesenin kriterlerini, aynı şekilde yasa ile düzenlenmemiş üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye, bunun uygulanma alanını daraltmak için nakletmekte ise, bu tamamiyle meşru ve kanuna uygundur.

bb) Üçüncü kişiye etkiyi hariç bırakmak amacıyla sözleşmeden doğan diğer haklara dayanma:

Bundan başka, üçüncü kişiye etkinin hariç bırakılması için sözleşmeden doğan diğer haklara dayanmanın, Federal Mahkemenin başka bir kararı¹⁴⁷ ile çelişkili bulunduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de Federal mahkemenin sözkonusu kararında, emanetçi olarak ardiyeci (Lagerhalter) ve emanete mal (eşya) tevdi eden (Hinterleger) arasında doğrudan doğruya sözleşmeye (Hinterlegungs- bzw. Verwahrungsvertrag)¹⁴⁸ dayanan haklar bulunmasına rağmen ardiyeye mal ve eşya tev-

144 Kşl. OLG Celle, VersR 1975, s. 838, 839 vd.

145 Kşl. BGHZ 70, 327, 329 vd.

146 Kşl. Berg, NJW 1978, s. 2018 vd.; ayrıca bkz. Rebe, JA 1979, s. 148.

147 LM § 328 BGB Nr. 41.

148 Vedia sözleşmesi.

di eden (Einlagerer), kiralayan ve ardiyeci arasındaki sözleşmenin (yani kira sözleşmesinin) koruyucu etkileri içine alınmıştır¹⁴⁹. Ancak burada sadece görünüşte bir çelişki bulunmaktadır. Mahkeme kararlarının pek çoğunda üçüncü kişiler, başka bir sözleşmenin alacaklısına karşı kendi akdi hakları nazarı dikkate alınmaya lâyık olmasına rağmen — öm. herşeyden önce işçi ve işveren ilişkisinde olduğu gibi, bir sözleşmenin koruma alanı içine alınmışlardır. İşverenin sözleşme partneri (sözleşme tarafı), kusurlu iş aletlerinin ve makinaların veya hammaddelerin temini esnasında, keza çalışma yerlerinin ve odalarının tamiri sırasında bir yükümlülüğünü ihlâl ederse, bu takdirde işçiye karşı işveren tarafından başka birine nakledilmiş özel bir sözleşme ihlâli sözkonusu olabilir. Mamafih bu son durumda işçi esasen esas sözleşme, yani iş sözleşmesi ile korunmaktadır¹⁵⁰. Ancak kiracının kiracısı olayından farklı olarak, burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden doğan hak karşısında, icabı halinde farklı koşullarla, daima başka bir hakkın temeli sözkonusu olmaktadır. Fakat aynı hak sözkonusu olursa, bu takdirde üçüncü kişiye kendi sözleşme partnerine karşı sahip olduğu haklar yanında, açık yasal kural olmaksızın, ayrıca bunun sözleşme borçlusuna karşı diğer akdi hakları bahşetmeye artık gerçekten ihtiyaç bulunmamaktadır. Bundan başka, üçüncü kişinin sözleşme partnerinin ödeme gücünün bulunup bulunmaması da bir rol oynamamaktadır. Zira bu, her alacaklı için sözkonusu olan bir rizikodur.

cc) Asli kiracı ve ikinci kiracı ilişkisindeki garanti sorumluluğu:

Bir başka itiraza göre, esas kiracı (Hauptmieter) ve kiracının kiracısı (Untermieter) ilişkisinde BGB § 538 fık. 1'dan¹⁵¹ dolayı bir garanti sorumluluğu haksız olmaktadır; zira gayrimenkulün ayıpları ve noksanları henüz yeni taşınmış bir asli kiracı, yani birinci kiracı (Hauptmieter) tarafından, mal sahibi kadar, çok defa bilinmemektedir¹⁵².

Ancak bu, aynı şekilde bir gayrimenkulü satın alarak iktisap eden için de geçerli olmakta ve orada da garanti sorumluluğuna aykırı düşmemektedir¹⁵³. Örn. binanın merdiven dairesi (Treppenhaus) gibi esas kiralayanın, yani birinci kiralayanın (Hauptvermieter) sorumluluk alanı içine giren kiralanan gayrimenkulün çevresi için ikinci kiracıya karşı birinci kiracının kusurlu bir sorumluluğu da imkânsız olmaktadır¹⁵⁴. O bakımdan, birinci kiracının ikinci kiracı ile olan ilişkisine göre, esas kiralayan birinci kiracının yardımcısı (Erfüllungsgehilfe) olmaktadır (BGB § 278; BK. m. 100). Şayet esas kiralayan bir kâhya (Hausverwalter) kullanmakta ise, bu takdirde kâhya birinci kiracının dolaylı yardımcısı olmaktadır.

dd) Yeni yargısal içtihatın amaca uygun olması:

Böylece yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, yeni yargısal içtihat faydalı, haklı ve amaca uygun görünmektedir. Bir koruma ihtiyacının (Schutzbedürfnis)

149 Bkz. Haase, Karar Eleştirisi, JR 1978, s. 285 ve 286.

150 Kşl. RGZ 98, 210; 127, 218; 164, 397; BGH, NJW 1956, s. 1193; ayrıca bkz. OLG Köln, VersR 1976, s. 1182.

151 Kşl. BK. m. 259 fık. 2. Söz konusu fıkrada "Hauptmieter" in karşılığı olarak "birinci kiracı", "Untermieter" için de "ikinci kiracı" sözcükleri kullanılmıştır.

152 Kşl. Weimar, BLGBW 1978, s. 137 ve 138.

153 Kşl. BGHZ 49, 350, 352.

154 Başka görüş için bkz. Weimar, BLGBW 1978, s. 137 vd.

gereği, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme için de muhafaza edilmelidir. Ancak üçüncü kişi aynı hakkının hukuki temeli dolayısıyla kendi sözleşme partnerine karşı akdi haklara, yani sözleşmeden doğan haklara sahip olursa, artık koruma ihtiyacının gereği kalmamaktadır.

VI. KORUMANIN KAPSAMI

Bazı hukukçular, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre böyle bir sözleşme ilişkisinin meydana geldiğini kabul ederek, bu himayenin sınırının dürüstlük kuralına göre sözleşmenin amacının elverdiği ölçüde genişletilebileceğini, ancak sözleşmeden doğan koruma yükümünün daha uzağa götürülmesinden çekinilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar. Bunlara göre, bu himaye özellikle şu hallerde kabul edilmelidir:

1. Bir edim borçlusu, edimden sadece karşı tarafın değil de aynı şekilde diğer şahısların da yararlanacağını biliyorsa veya bu kişiler edim alacaklısının yakınları ise, edim borçlusu için bir özen yükümü söz konusu olmaktadır.

2. Aynı şekilde, örn. bir makinenin tesliminde olduğu gibi, bir üçüncü şahsın edimle temas etmesi ve bu nedenle tehlikeye maruz kalması halinde, böyle bir koruma yükümü bulunmaktadır. Buradaki koruma yükümü, makine ile ilgili gerekli açıklamanın yapılması veya makinenin özenle kurulmasıdır. Makineyi sipariş edenin, makine ile temas eden işçinin sözleşmenin koruma alanı içine alınmasındaki menfaati, onun bu işçiye karşı olan özen borcundan ileri gelmektedir. Ancak görülemeyecek kadar geniş olan kişiler, bu himayenin kapsamına giremezler; bunlar, karşı tarafın ediminin mahiyetine göre, bu edimle az veya çok zorunlu olarak temas edecek kişilerdir. Bu şahıslar alacaklıya, alacaklının borçludan kendisi gibi bunların da güvenliklerinin sağlanmasını isteyebileceği kadar yakındırlar. Borçlu, dürüstlük kuralına göre, alacaklıya karşı göstermekle yükümlü olduğu özeni, bu şahıslara da göstermelidir¹⁵⁵.

3. Korunacak kişiler kapsamına, alacaklı vasıtasıyla edimle temas eden ve borçlu tarafından tanınabilen şahıslar da alınmaktadır. Bu kişiler, ev topluluğuna dahil olan şahıslar ile işletme ve iş çevresine bağlı kişilerdir¹⁵⁶.

4. Bundan başka, ayıplı edimin tehlikelerine aynı yoğunlukta maruz kalan, edime bağlı tehlikenin alacaklıdan az olmayacak ölçüde isabet edebileceği kişiler de koruma kapsamına alınmaktadır¹⁵⁷.

VII. HUKUKİ SONUÇLAR

1. Üçüncü Kişinin Tazminat Hakkı

a) Özel sözleşmeden doğan tazminat hakkı:

Eğer borçlu üçüncü kişiye bir zarar vermişse, korunan üçüncü kişi üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak borçluya karşı özel sözleşmeden doğan bir tazminat hakkına sahip olmaktadır. Bu, aynı şekilde akit yapma vaadi ile ilgili bir

155 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl. § 11 II, s. 128.

156 Kşl. Esser, Schuldrecht I, § 54 I, s. 398.

157 Kşl. Gernhuber, a.g.e., s. 271; ayrıca bkz. Tandoğan, a.g.e., s. 154.

güven ilişkisi için de geçerlidir. Böylece üçüncü kişi yalnız haksız fiilden doğan haklara bağlı olmamaktadır. Sözleşmeden doğan sorumluluğun fayda ve avantajı, her şeyden önce borçlunun yardımcı personeli için BGB § 278¹⁵⁸ uyarınca bir kurtuluş olanağı olmaksızın sorumlu olduğu durumlarda bulunmaktadır.

b) Tazmin edilecek zararın türü

Genel eğilim, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin sadece şahsa verilen zararların tazminine hizmet edeceği ilkesini benimsemesine rağmen¹⁵⁹, diğer bir grup hukukçular ise hem şahsa hem de mala verilen zararların aynı esaslar içinde tazmininin istenebileceği fikrindedirler¹⁶⁰.

Kısmen muhtemelen alacaklı ve üçüncü kişi arasındaki şahsın hukuku ile ilgili bir iç ilişkinin şartlarından çıkarıldığı gibi tazmin edilecek zararın nevi, bugün hâkim olan görüşe göre, sadece şahsa ilişkin zarara, yani cismani ve manevi zarara (Personenschaden) münhasır kalmamaktadır¹⁶¹. Aksine maddi hasarlar (Sachschaden)¹⁶² ve tamamiyle mala ilişkin zararlar da tazmin edileceklerdir¹⁶³. Böylece muhtemelen tazmin edilecek hasar ve zararın türüne göre üçüncü şahsın zararının tasfiyesi ile ilgili bir sınırlama her halde mümkün değildir¹⁶⁴. Aralarındaki kesin ve nihai fark, üçüncü şahsın zararının tasfiyesinde (Drittschadensliquidation) sadece bir hasarın veya zararın nakli söz konusu olduğu halde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) borçlu için bir sorumluluk artması ve sorumluluk kümelenmesi (Haftungskumulation) ortaya çıkmaktadır¹⁶⁵.

2. Borçlunun İtirazları

a) Bir sorumluluk tahdidi sözleşmesi:

Şayet üçüncü kişi yabancı bir sözleşmeden haklar çıkarmakta ise, bu takdirde üçüncü şahıs tarafların serbest tasarruflarını ve bu arada sorumluluğu bertaraf etmelerini veya akdi sorumluluk tahditlerini kabullenmek zorundadır¹⁶⁶. Fakat bu, sadece akdi koruyucu etkiler bakımından geçerli olmaktadır. Bu nedenle, üçüncü kişinin haksız fiilden doğan hakları, tarafların anlaşmaları ile sınırlandırılmazlar; zira böyle bir sözleşme, üçüncü kişi hesabına caiz olmayan bir akit, yani üçüncü şahıs aleyhine akit (Vertrag zu Lasten Dritter) teşkil edebilir¹⁶⁷. Fakat üçüncü kişi-

158 Kşl. BK. m. 100.

159 Kşl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 11 III, s. 128.

160 Kşl. Tandoğan, a.g.e., s. 160 vd.; Necip Kocayusufoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 27; Çanaris, JZ 1965, s. 478.

161 Bkz. Yukarıda V 5, s. 11; ayrıca kşl. Gernhuber, JZ 1962, s. 553, 556; Roquette, Das Mietrecht des BGB, 1966, § 538 Rz. 20.

162 BGHZ 49, s. 350; BGH, LM § 328 BGB Nr. 41; JZ 1968, s. 304; NJW 1970, s. 38, 40; OLG Nürnberg, MDR 1974, s. 401.

163 BGHZ 69, 82; BGH, NJW 1965, s. 1955, 1957; ayrıca bkz. Berg, MDR 1969, s. 613, 616; v. Caemmerer, Festschrift für Wieacker, s. 311, 321; Lorenz, JZ 1966, s. 143; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 847.

164 Kşl. Berg, MDR 1969, s. 613, 615; Berg, JuS 1977, s. 363; Berg, NJW 1978, s. 2018.

165 Kşl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 839; Rebe, JA 1979, s. 148, 150.

166 BGHZ 56, 269, 272; Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., § 17 II; A.M. Esser/Schmidt, Schuldrecht I 2, § 34 IV 2. 3.; bkz. Yukarıda s. 6, IV 2 cc.

167 Kşl. Berg, NJW 1978, s. 2018.

nin sözleşmeye dayanan hakkı esasen doğmuş, artık üçüncü şahıs aynı sebepten dolayı tarafların tamamlayıcı ek anlaşmalarından mahrum bırakılabilir. Bu hukuki durum, üçüncü kişiye esasen akit yapma vaadi sahası içinde zarar verilmiş olması, fakat tarafların daha sonraki sözleşmede bir sorumluluk tahdidi kararlaştırmaları halinde de geçerli olmaktadır¹⁶⁸.

b) Üçüncü şahsı koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesi:

aa) Anlamı

Üçüncü şahsı koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesi, sözleşmeye konan sorumluluktan kurtulma şartının taraflardan birinin işini gören şahsa veya firmaya da etkili olacağı kabul edilmesi suretiyle, bu üçüncü kişilerin korunmasıdır. Bu durumda, üçüncü kişi ile sorumluluktan kurtulma sözleşmesi yapan karşı taraf arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı halde, adeta böyle bir sözleşme varmış gibi hüküm ve sonuçlar doğmaktadır¹⁶⁹. Bu nedenle, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesi müessesesi, üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşmenin bir alt bölümü, bir türü olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰.

bb) Konu ile ilgili somut örnekler

aaa) Malik, bir taşıma firması ile yapı malzemesinin taşınması konusunda bir sözleşme yapmıştır. Taşıma firmasının genel ticari koşulları (allgemeine Geschaeftsbedingungen) arasında hafif kusurdan dolayı sorumluluktan kurtulma şartı bulunmaktadır (BGB § 276; BK. m. 99). Gemi ile taşınan mallar, kaptanın hafif kusuru nedeniyle hasara uğramıştır. Malzemenin sahibi, sorumluluktan kurtulma şartının bulunması sebebiyle taşıma firmasına başvurmadığı için, gemi sahibine karşı dava açmıştır. Bu davada gemi sahibi de, malzeme maliki ile taşıma firması arasındaki sorumluluktan kurtulma şartından yararlanacağını iddia etmiş, Alman Federal Mahkemesi de (BGH) gemi sahibinin bu koşuldaki yararlanabileceğini ve hafif kusur sebebiyle sorumlu olmayacağına karar vermiştir¹⁷¹.

bbb) Davacı, ekip ve edevat arabalarının korunması için bir bekçilik firması ile anlaşmıştır. Taraflar, bekçilik firmasının ihmali sebebiyle sorumlu olmayacağını kararlaştırmışlardır. Bekçilik firması, bu arabaların gözetlenmesi ve korunması görevini 71 yaşındaki bir işçisine vermiştir. Bu işçinin ihmali ile arabalar hasara uğrayınca davacı, aralarında sorumluluktan kurtulma anlaşması bulunan bekçilik firmasına başvurmadığı için işçiyi dava etmiştir. Aynı şekilde burada da bekçinin, mensup olduğu firma yararına kararlaştırılan sorumluluktan kurtulma şartından yararlanacağı sonucu çıkarılmıştır¹⁷².

ccc) Bazı işverenler, iş sahipleri ile yaptıkları sözleşmelere sorumluluktan kurtulma kayıtları koymaktadırlar. İhmal sonucu zarara uğrayan iş sahipleri, işverene

168 Kşl. Canaris, JZ 1965, s. 475, 481.

169 Kşl. Gernhuber, JZ 1962, s. 554; Esser, Schuldrecht I, § 54 II, s. 399; Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., § 11 III, s. 129; Dorethea Kümmel, Haftungsausschluss zugunsten Dritter, Marburg 1968, s. 25; Akyol, s. 58.

170 Bkz. D. Kümmel, a.g.e., s. 25.

171 Bkz. BGH VGR 1960, 251 (Kümmel, s. 3 de; Akyol, s. 59 dn. 38 de anılmıştır).

172 Kşl. BGH, JZ 1962, s. 570; Akyol, s. 59.

başvuramayınca, işçiye başvurmakta, işçi de işvereni ile iş sahibi arasındaki bu sorumluluktan kurtulma anlaşmasının kendi yararına hükümler doğurduğunu iddia etmektedir. Örn. hava taşıma sahasında mevcut olan IATA tip sözleşmelerinde olduğu gibi¹⁷³.

Şu halde bir sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılan sorumluluktan kurtulma şartı, bu sözleşmeye taraf olmayan üçüncü şahıs yararına ve onu sorumluluktan kurtaracak biçimde etkili olmaktadır¹⁷⁴. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir kararında, benzer bir varsayım için üçüncü kişi yararına sözleşmeden yararlanılmıştır¹⁷⁵.

c) Ortak kusur:

Diğer yandan, üçüncü kişinin bir ortak kusuru da (Mitverschulden) BGB § 254¹⁷⁶ uyarınca nazarı dikkate alınacaktır. Ancak sözleşme alacaklısının bir ortak kusuruna hangi önemin ve anlamın verileceği ise şüpheli bulunmaktadır. Bunun için, sözleşmenin koruyucu etkileri içine üçüncü kişinin somut olarak alınması hangi hukuki temele dayandırılıyorsa, o bu hususta kesin olmaktadır.

aa) Sözleşme alacaklısının ortak kusuru ve etkisi

Şayet sözleşme alacaklısı üçüncü kişinin temsilcisi veya yardımcısı ise, bu takdirde üçüncü kişi sözleşmeden doğan tazminat talebi sırasında sözleşme alacaklısının bir ortak kusurunu BGB § § 254 fık. 2 c. 2, 278¹⁷⁷ uyarınca herhalde mahsup ettirmek zorundadır¹⁷⁸.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme unsurları itibariyle mevcut borç ilişkisi olup, bunun alanı içinde BGB § 278'nin¹⁷⁹ uygulanması haklı olmaktadır.

Diğer yandan, baskın görüşe göre, BGB § 278'nin şartlarından bağımsız olarak, zarar veren BGB § 334'nin hukuk anlayışından dolayı üçüncü kişinin zarara uğramasında bunun sözleşme partnerinin bir ortak kusuruna dayanabilecektir; çünkü üçüncü kişinin hakları, sözleşme partnerinin haklarından daha ileri gidemezler¹⁸⁰. Buna karşılık Berg¹⁸¹, üçüncü şahıs yararına gerçek bir sözleşme (echter

173 Bkz. J.G. Helm, Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schadensgeneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insbesondere im Verkehrsrecht, AcP 160, s. 153 vd.; J.G. Helm, Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer, AcP 161, s. 516 vd.; ayrıca kşl. Johannes Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Aussenhaftung, Heidelberg 1980, s. 254 vd.

174 Bkz. Akyol, a.g.e., s. 60.

175 RGZ 77, 320; Akyol, s. 60.

176 Kşl. BK. m. 44.

177 Kşl. BK. m. 44, 100.

178 Kşl. BGHZ 9, 316; 24, 325; BGH, NJW 1968, s. 1323, 1324; NJW 1975, s. 867, 868; ayrıca bkz. Emmerich, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 1972, s. 279, 314 (Sözleşme partneri üçüncü kişinin güvenlik yardımcısı, yani koruma personeli olduğu takdirde, onun ortak kusurunun mahsubu hakkında); bkz. Finger, JR 1972, s. 406.

179 Kşl. BK. m. 100.

180 Kşl. BGHZ 33, 247, 250; BGH, NJW 1965, s. 1757, 1759; Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., § 17 II, s. 187 Dn. 2. Ayrıca kşl. BK. m. 167 i.V.m. BK. m. 111.

181 Bkz. Berg, NJW 1978, s. 2018.

Vertrag zugunsten Dritter) ve üçüncü kişiyi sadece koruyucu etkili sözleşme arasındaki artan farka işaretlerle buna karşı cephe almaktadır. Ancak bu itiraz, üçüncü kişiye karşı koruyucu etkinin geçerlik sebebi tamamiyle sözleşmeden ayrıldığı ve yalnız yasal bir kurala dayandığı takdirde haklı olabilir. Halbuki, yukarıda da açıklandığı gibi, üçüncü kişiye karşı koruyucu etkinin temeli sözleşmedir¹⁸². Bundan dolayı, üçüncü kişinin sözleşmeden doğan haklarına karşı borçlunun bundan bütün itirazları çıkarması haklı olmaktadır. Ayrıca BGB § 404'de, borçlunun itirazları bakımından bir başkasının asıl alacaklıninkinden daha iyi durumda olmadığını göstermektedir (Kşl. BK. m. 167).

bb) Haksız fiilden doğan bir tazminat hakkı ve etkisi

Şayet üçüncü kişi haksız fiilden doğan bir tazminat hakkına dayanıyorsa, artık BGB § 334'nin hukuk anlayışı nazarı dikkate alınamayacaktır. Bununla beraber BGB § 278'nin şartları gerçekleşmişse, yargısal içtihat bu durumda da sözleşme alacaklısının bir ortak kusurunu BGB § 254 fık. 2 c. 2 uyarınca nazarı dikkate almaktadır. Ancak sorumluluğu gerektiren olaydan önce zarar gören ve zarar veren arasında borçlar hukukuna ilişkin münasebetler esasen mevcut olmamışsa, artık BGB § 278'nin¹⁸³ emredici kuralı haksız fiilden doğan haklar alanında uygulanamaz. Bu sırada zarar görenin haklarını yalnız sözleşmeye değil, aksine aynı zamanda haksız bir fiile de veya yalnız bir haksız fiile dayandırıp dayandırmaması önemli olmadığı için, bu yüzden üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yeterli olabilmektedir¹⁸⁴.

Korunan üçüncü kişiye, sözleşme partnerine karşı bir yükümlülük terettüp etmediği, gerekçesiyle bu yargısal içtihat reddedilemez. Bu sebepten dolayı, bir taahhütü ve yükümlülüğü gerektiren BGB § 278'nin uygulanma alanı içinde ona yabancı bir kusur da isnat edilemez¹⁸⁵. Bu, BGB § 278'nin alanı içinde de bir kusur anlamında aleyhe bile yorumlanan, yani haklarının kullanılması sırasında kendi ilgisi içerisinde kişiye terettüp eden özen yükümünün (Sorgfaltspflicht) ihlâlinde¹⁸⁶, BGB § 254'nin¹⁸⁷ genel bir sorunu olmaktadır.

Şayet üçüncü kişinin tazminat talebi esasen haksız fiil hukukuna göre haklı olmakta ise, koruma alanı içine alınmanın üçüncü kişiye artık zarar vermeyeceği itirazı daha önemli ve ciddi olmaktadır. Buna göre, sözleşmenin koruyucu etkisi içine alınma üçüncü kişiye kâr ve yarar sağlamalı, fakat onu haksız fiilden doğan talep ve iddialarında daha kötü bir duruma düşürmemelidir¹⁸⁸. Diğer yandan, üçüncü kişi, yalnız haksız fiilden doğan haklarını takip etmek için, akdi güvenceyi ve sözleşmeye dayanan himayeyi reddettiği takdirde, artık BGB § 333'nin kıyasen bir tatbiki düşünülemez¹⁸⁹. Kendiliğinden teşekkül eden, hâkim hukuku (Richterrecht) ile yara-

182 Bkz. Yukarıda s. 6 cc.

183 Kşl. BK. m. 100.

184 Kşl. BGHZ 9, 316, 318; 24, 325, 327; BGH, VersR 1956, s. 500, 502; NJW 1975, s. 867, 869; Marburger, karar eleştirisi, JR 1975, s. 369; Denck, JuS 1976, s. 429.

185 Kşl. Esser, Schuldrecht I, 4. Aufl., 1970, § 47 VI 3.

186 Kşl. BGHZ 3, 46 ve 50; BGH, NJW 1964, s. 1670 ve 1671.

187 Kşl. BK. m. 44.

188 Kşl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 871; Medicus, NJW 1962, s. 2081 vd.

189 Kşl. Medicus, NJW 1962, s. 2081, 2083 vd.; ayrıca kşl. BK. m. 236/II.

tılan borç ilişkisine rağmen BGB § 278 nın haksız fiilden doğan haklarının çerçevesi içinde uygulanamayacağı, doğmatik olarak en çabuk üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin amacına yöneltilen tahdidi bir yorumla haklı gösterilmekte ve kurulmaktadır¹⁹⁰. Diğer yandan, BGB § 425 nın benzer bir tatbiki de düşünmeye ve incelemeye deşmektedir ki, buna göre ezcümle kusur kaideten yalnız şahsında bulunan müteselsil borçlunun (Gesamtschuldner) lehine ve aleyhine tesir etmektedir¹⁹¹. Böylece üçüncü kişinin haksız fiilden doğan tazminat hakkı korunmuş olmakla birlikte, sözleşme taraflarının iç ilişkisinde muhtemel bir tesviye ve anlaşma olabilir, eğer her ikisi de üçüncü kişinin zararından dolayı sorumlu olmakta iseler.

d) Zamanaşımı:

aa) 30 yıllık zamanaşımı süresi

Şayet hakkın çıkarıldığı sözleşme ilişkisi için istisnaen daha kısa bir zamanaşımı süresi bulunmadığı takdirde, üçüncü kişinin tazminat hakkı BGB § 195 uyarınca kural olarak 30 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır¹⁹². Buna karşılık, haksız fiil benzeri karakterinden dolayı herhalde akit yapma vaadine ilişkin yükümlülük ihlalleri için Kreuzer¹⁹³ tarafından teklif edilen BGB § 852 nin¹⁹⁴ haksız fiille ilgili zamanaşımı kuralının kıyasen uygulanması sözkonusu olamaz. Zira sözleşme ihlallerinin bir çoğu aynı şekilde haksız fiil karakterinde olduğundan, bunun için genel haksız fiil zamanaşımı düşünülmemelidir. Bundan başka, bir yandan haksız fiil hukuku ile ilgili alandan kurtuluş imkânı dolayısıyla BGB § 831¹⁹⁵ deki yardımcı kişiler için sorumluluğu üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hakkında kabul etmemek, diğer yandan BGB § 852'deki zamanaşımı süresini uygulamak herhalde amaca uygun olmamaktadır. Bu nedenle, kural olarak daha uzun zamanaşımı süresi, esasen akdi sorumluluğun fayda ve avantajlarından biri olduğundan, bunun korunan üçüncü kişiye de tanınması gerekmektedir.

bb) Kısa zamanaşımı süresi

Şayet tazminat talepleri ve iddiaları bir kira sözleşmesinin veya bir ariyet (ödünç) akdinin (Leihvertrag) koruyucu etkisi içine alınmış üçüncü kişiye karşı yöneltilmekte ise, o takdirde bu üçüncü kişi BGB § § 558, 606'daki kısa zamanaşımı süresine dayanabilecektir¹⁹⁶. Böylece BGB § 852 deki zamanaşımı kuralı saf dışı edilmektedir.

Şu halde sözleşme içine alınmak, burada üçüncü kişi için sadece faydalı ve avantajlı bir sonuç vermekte, onun yararına tesir icra etmektedir.

190 Hâkim Hukukunun yorumu için bkz. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979, s. 345 vd.

191 Kşl. BK. m. 134. Burada hukuki durum farklı bulunmaktadır.

192 Kşl. BK. m. 125.

193 Kşl. Kreuzer, karar eleştirisi, BGH JZ 1976, s. 776, 781; ayrıca kşl. v. Caemmerer, Festschrift für Wieacker, s. 311, 316; Peters, VersR 1979, s. 103.

194 Kşl. BK. m. 60.

195 Kşl. BK. m. 55.

196 Kşl. BGHZ 49, 278, 281; 61, 227, 233 vd.; 71, 175, 178. Ayrıca kşl. BK. m. 125 i.V.m. BK. m. 304 ve 312.

VIII. SONUÇ

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, on yıldan fazla uygulamaya ve git-tikçe kuvvetlenen bir yargısal içtihadı rağmen pek çok sorunları beraberinde geti-ren rengarenk bir hukuki şekil ve figür olarak kalmaktadır. Bu, özellikle korunan ki-şi kapsamının sınırlandırılmasının söz konusu olduğu hallerde, doğrudan doğruya yeni mahkeme kararlarında görünmektedir.

Genellikle kabul edilebilen sınırlandırma kriterleri nihai emniyetle ve kesin bir güvence ile konulamamaktadır.

Bundan başka, belirli karakteristik unsurlar ve açık yasal bir temel bulunma-dığından dolayı, bu sorunun çözümü yine tamamıyla bireysel olayın koşullarına bağlı olan mahkeme kararlarına kalmaktadır. Bu yargıç hukuku için zorunlu bedel, mükâfat ve övgü olmaktadır.

KAYNAKLAR

- Akyol, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.
Bastein, Peter; Zur Drittwirkung von Verträgen, Hamburg 1963.
Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1975.
Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, 4. Baskı, Ankara 1983.
Caemmerer; Festschrift für Wieacker 1978.
Denck, Johannes; Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Aussenhaftung, Heidelberg 1980.
Diers, L.; Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo, Diss., Münster 1962.
Emmerich; Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts 1972.
Emmerich/Sonnenschein; Mietrecht 1979.
Ermann/H.P. Westermann; BGB, 6. Aufl. 1975.
Ernsf, G.C.; Die Drittwirkung von Schuldverhältnissen aus zusammenhängenden und kollidierenden Verträgen, Basel 1963.
Esser; Schuldrecht I, 4. Aufl., Karlsruhe 1970.
Esser/Schmidt; Schuldrecht I 2, 5. Aufl., 1976.
Esser; Festschrift für F.V. Hippel, 1967.
Fikentscher; Schuldrecht, 6. Aufl., 1976.
Fikentscher; Methoden des Rechts III, 1976.
Gernhuber, J.; Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnahe, zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, Festschrift für A. Nikisch 1958.
Hagen; Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik 1971.
Kocayusufoğlu, Necip; Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Ha-ta Kavramı, İstanbul 1968.
Kümmel, Dorethea; Haftungsausschluss zugunsten Dritter, Marburg 1968.
Kümmeth; Die dogmatische Begründung des Rechtsinstituts des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, Diss., Würzburg 1976.
Larenz, K.; Schuldrecht I, 11. Aufl., München 1976.

- Larenz, K.; Schuldrecht I, 8. Aufl., München und Berlin 1967.
Larenz, K.; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979.
Lüderitz; StudK BGB, 1975.
Medicus; Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 1978.
Palandt/Heinrichs; BGB, 38. Aufl., 1979.
Staudinger/Coing; BGB, 12. Aufl., 1978.
Stoll; Die Lehre von der Leistungsstörungen, Tübingen 1936.
Tandoğan, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.