

**TAŞINIR EŞYANIN MALİKİN ELİNDEN RIZASI DIŞINDA ÇIKTIĞI HALLER
KAPSAMINDA ALMAN HUKUKUNDA TAZMİNAT BORÇLUSUNA TANINAN
“TALEP HAKLARININ DEVRİ” KURUMU (§ 255 BGB) VE TARİHSEL GELİŞİMİ**

*INSTITUTION OF “ASSIGNMENT OF CLAIMS” (§ 255 BGB) GRANTED TO DEBTOR OF COMPENSATION
UNDER GERMAN LAW IN CASES WHERE OWNER UNINTENTIONALLY LOOSES POSSESSION ON
MOVEABLE PROPERTY
AND ITS HISTORICAL DEVELOPMENT*

Araştırma Makalesi

Aydın KAYA*

ÖZ

Alman Hukukunda § 255 BGB hükmü ile eşyanın kaybı nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü olan kişiler lehine “talep haklarının devri” kurumu düzenlenmiştir. Temeli Roma Hukukuna dayanan ve Ius Commune döneminde önemli değişiklikler geçirdikten sonra 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe giren BGB’de yer verilen söz konusu düzenleme ile bir taraftan malikin zararının en kısa sürede giderilmesi amaçlanırken, diğer taraftan tazminat borçlusuna malikin eşyaya bağlı olarak üçüncü kişilere karşı sahip olduğu talep haklarının devri sağlanmaktadır. Talep haklarının devri, zararın, zarardan ilk derecede sorumlu kişi üzerinde bırakılabilmesi için tazminat borçlusuna gerekli hukuki araçları sağlamaktadır. Talep haklarının devri kurumu, aynı zamanda malikin zenginleşme yasağına aykırı şekilde zarardan fazla bir tazminata hak kazanmasını engelleme amacı da taşımaktadır. Talep haklarının devri, yasal devir niteliğinde olmayıp tazminat borçlusuna ödemezlik def’ine benzer haklar vererek, alacaklıyı talep haklarını kendisine hukuki işlemle devretmesi için zorlama imkanı tanımaktadır. Talep haklarının devri, sebebin ortadan kalkması nedeniyle ortaya çıkan sebepsiz zenginleşme (condictio sine causa ob finitam) hükümlerini dışlamamakta olup, söz konusu hükümlerle birlikte uygulanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: talep haklarının devri, zenginleşme yasağı, sebepsiz zenginleşme, yasal devir, condictio sine causa ob finitam

* DOI: 10.32957/hacettepehdf.1567057

Makalenin Geliş Tarihi: 15.10.2024 **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.11.2024

Ar. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: a.kaya@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7217-6166

Bu makale Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ABSTRACT

In German law, § 255 BGB regulates the assignment of claims in favour of person liable to pay compensation for the loss of goods. This regulation, which is based on the Roman Law and entered into force on 01.01.1900 after having undergone significant changes during the Ius Commune period, aims to compensate owner's damage as soon as possible, on the one hand, and on the other hand, the assignment of claims, which the owner holds against third parties on the basis of ownership of the goods, to the compensation debtor. The assignment of claims provides the compensation debtor with necessary legal tools to leave damage on the person primarily responsible for it. The institution of assignment of claims also aims to prevent the owner from being entitled to compensation in excess of the damage in violation of the prohibition of enrichment. The assignment of claims does not constitute a legal assignment, but gives debtor of compensation some rights similar to defence of non performance, and allows debtor to force the creditor to assign the claims to him by legal transaction. The assignment of claims does not exclude the provisions on unjust enrichment (*condictio sine causa ob finitam*) arising from the cease of cause, and is applied together with these provisions.

Keywords: assignment of claims, prohibition of enrichment, unjust enrichment, legal assignment, *condictio sine causa ob finitam*

EXTENDED SUMMARY

According to § 255 BGB, a person who is to pay damages to the owner or right holder for the loss of a thing or a right is only liable to pay compensation if the owner or right holder assigns him his claims arising from the lost thing or right.

This regulation is based on Roman Law. In Roman Law, the issue was mostly handled through the loan contract. The rights of the debtor who cannot fulfil the contractual obligation to return the goods due to the theft of a third party and liable for compensation to the owner are widely discussed.

In Roman Law before the Ius Commune period, owner had a number of rights of action against both thief and debtor. The owner has *rei vindicatio*, *condictio furtiva* against thief. In addition to these actions against thief, owner may also claim compensation for damages from debtor. Since all of these actions are aimed at the return of the stolen goods or, when this is not possible, the compensation of the damage caused, it is not possible to apply them simultaneously. On the other hand, together with these actions, there is *actio furti*, which can be filed by the owner against thief, which is a full criminal action (*poenam tantum*).

Although *actio furti* is essentially a right of the owner, with a formula regulated in the Republican Period, it has become a right recognised to persons other than the owner, who 'have a legal interest in the prevention of theft'. If the persons to whom the goods are delivered by contract have a *custodia* liability against the owner, the right of *actio furti* belongs to these persons, not to the owner. The acquisition of the right of *actio furti* by these persons does not depend on the condition that they have indemnified the damage of the owner, but is realised upon the theft of the goods. It is also accepted that some debtors who do not have the right to *actio furti* at the same time with theft, will acquire this right with the payment of compensation.

With the development of the idea of excluding criminal proceedings from the private law during the *Ius Commune* period, the owner, whose property is stolen, may be entitled to compensation limited to the damage suffered.

In addition to the transfer of certain rights of action, in Roman Law, in some cases where compensation is paid to the owner in a noncontractual relationship, there is also assignment of claims to the person who pays compensation. With *rei vindicatio*, if the defendant possessor refuses to return the goods to the owner and pays *litis aestimatio* to the plaintiff, he acquires the rights of the buyer. During the *rei vindicatio* action, the defendant has the right to request the plaintiff to transfer the right of *rei vindicatio* claim to him. Thanks to the transfer of the right of *rei vindicatio*, the defendant, who pays compensation, can obtain possession of the goods from the third parties and become owner. However, if the owner regains possession before the debtor, how the problem will be resolved is controversial among Roman jurists. According to one opinion, the owner who obtains compensation as a result of *rei vindicatio* does not have the right to keep the thing by returning the compensation in case he gains possession later, while according to another opinion, the owner should be given the right to choose in such a case. According to another opinion, the debtor who has paid compensation may demand the return of it by either relying on the contract or by filing '*condictio quasi sine causa*'.

The influence of Roman Law in German law during and after the *Ius Commune* period is much more important than in other European states. In cases of conflict between local and national laws and the Roman Law, the Pandekt Law was recognised as superior. Therefore, the Pandekt Law remained valid in most of the country until the entry into force of the BGB and played an important role in the preparation process of the BGB. During the drafting of the BGB, the German legislator was confronted with three different approaches to the subject, the first of which was related to actions of *rei vindicatio*, the second of which was related to loan agreements, and the last of which was the general transfer obligation developed in the 19th century.

In some laws in force in Germany prior to the entry into force of the BGB and during the drafting of the BGB, the view was adopted that the ownership of the property subject to compensation should be transferred to the defendant by law upon the payment of compensation by the defendant.

In the case that the property in question returns to the possession of the owner after the payment of compensation by the debtor within the scope of contractual relations, the property right of the owner was prioritised in Pandekt Law.

Finally, at the beginning of the 19th century, Mühlenbruch laid down a general principle to cover all restitution obligations and established the basis of the assignment of claims. Accordingly, anyone who is liable for compensation for lost or damaged property may request the assignment of claims for the compensation of damages related to this property.

In the light of these developments the current § 255 BGB provision was concluded.

GİRİŞ

Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) 2. kitabında borç ilişkilerine ilişkin genel hükümler arasında yer verilen § 255 BGB¹ hükmü ile bir eşyanın ya da hakkın kaybindan dolayı malike ya da hak sahibine karşı tazminat sorumluluğu olan kişinin, ancak malikin ya da hak sahibinin kaybolan eşyadan ya da haktan kaynaklanan talep haklarını² kendisine devretmesi karşılığında tazminat ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile bir taraftan zarar görenin zararının bir an önce giderilmesi amaçlanırken, diğer taraftan zararın, zarara en yakın konumda bulunan kişide, diğer bir ifadeyle zarardan ilk derecede sorumlu olan ve eşyanın kaybına yol açan kişide bırakılabilmesi için tazminat borçlusuna bazı olanaklar tanınmaktadır. Söz konusu fonksiyonlarının yanı sıra talep haklarının devri kurumu, aynı zamanda zarar görenin zenginleşme yasağına aykırı olacak şekilde zararını aşacak şekilde tazmin edilmesini engellemeyi de amaçlamaktadır.

Hukukumuzda bulunmayan söz konusu düzenlemenin temeli Roma Hukukuna dayanmaktadır. Bu bakımdan anılan hukuki kurumun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle Roma Hukukunda ortaya çıkışı ve Ius Commune³ dönemindeki gelişimi ele alınacak, daha

¹ § 255: “*Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen.*”

² Talep hakkı (Anspruch): § 194 BGB hükmünde “... bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteme hakkıdır.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Cilt 1, (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2010), s. 39 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Yetkin Yayınevi 2018), s. 77. Talep hakkı ve alacak hakkı çok zaman eş anlamlı olarak kullanılsa da, bazı durumlarda özellikle de aynı haklar ve kişilik hakları gibi mutlak haklar söz konusu olduğunda bir alacak hakkı bulunmamasına rağmen talep hakkı bulunabilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 42; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018), s. 14; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 77 vd.; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015), s.18; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Turhan Kitabevi 2013), s. 26.

³ 11. yy. sonu 12. yy. başında Avrupa'da yaşanan kültürel hareketlikle birlikte Bologna'da başlayan Roma Hukuku çalışmaları neticesinde Ortaçağ sonlarında Batı Avrupa'da ortaya çıkan ve 19. yy.'da gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerine kadar süren ve Roma Hukukunun iktibas edilmesiyle oluşturulan hukuka Ius Commune (Ortak Hukuk) ya da Pandekt Hukuku adı verilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Eşref Küçük, 'XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku' (2007) 56 AÜHFD, s. 112 vd. Çalışmamızda karışıklığa yer vermemek için Anglo-Sakson Hukukunu ifade eden

sonra BGB'nin hazırlık süreci ve nihayet § 255 BGB hükmünün günümüzdeki uygulaması incelenecektir.

Çalışmamızda § 255 BGB hükmü, eşyanın kaybı nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk ve haklar kapsamında ele alınacaktır. Roma Hukukundan bu yana kullanılan klasik örnek konuyu somutlaştırmaya yardımcı olacaktır. Bir kullanım ödünç sözleşmesi kapsamında kendisine bırakılan taşınır eşyanın üçüncü kişi tarafından çalınması nedeniyle sözleşmeden doğan eşyayı iade borcunu yerine getiremeyen ve malike karşı tazminat sorumluluğu doğan kişinin hakları nelerdir? Çalışmamızda bu sorunun cevabı Roma Hukuku ve BGB'nin tarihsel gelişim süreci kapsamında tartışılacaktır.

Roma Hukukunda Ius Commune dönemi öncesinde, kullanım ödünç sözleşmesi kapsamında muhafaza sorumluluğu bulunan ödünç alana, ödünç verene tazminat ödemesi yapıp yapmadığına bakılmaksızın, hırsıza karşı başvurabileceği tam bir ceza davası niteliği taşıyan *actio furti* hakkı tanınmaktadır. Hırsızlık eylemi ile doğrudan doğruya *actio furti* hakkı kazanamayan kişilere ise tazminat alacaklısının üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği talep haklarının devrini isteme hakkı tanınmıştır.

Ius Commune döneminde Roma Hukukunda yaşanan değişimle birlikte ceza davalarının özel hukukun dışına çıkarılmaya başlanmasının sonucu olarak 19. yy. başlarında günümüzde yürürlükte olan § 255 BGB hükmünün de temelini oluşturan, eşyanın kaybindan dolayı malike karşı tazminat sorumluluğu bulunan tüm tazminat borçlularını kapsayan genel nitelikli bir hak olarak talep haklarının devri kurumu geliştirilmiştir.

Bu çalışmayla hukukumuzda karşılığı bulunmayan talep haklarının devri kurumunun gelişimi ile fonksiyonları incelenerek söz konusu kurumun Türk hukuk uygulamasında tartışmaya açılması amaçlanmaktadır.

I- ROMA HUKUKUNDA EŞYANIN KAYBI NEDENİYLE TAZMİNAT SORUMLULUĞU DOĞAN KİŞİLERİN HAKLARI

A- Genel Olarak

Kendisine eşyanın iadesi borcu yükleyen sözleşmenin tarafının üçüncü kişinin eylemleri nedeniyle ortaya çıkan zarardan malike karşı sorumlu tutulduğu haller ve bu kişilerin sahip olduğu haklar Roma Hukukunda genellikle kullanım ödünç sözleşmesi üzerinden ele

“common law” olarak da anlaşılmaya müsait olan Ortak Hukuk terimi yerine Ius Commune terimi kullanılmıştır.

alınmıştır⁴. Bu çalışmada da benzer bir yaklaşım izlenerek, kullanım ödünçü ya da diğer sözleşmeler kapsamında kendisine teslim edilen bir eşyanın kaybolmasından ya da çalınmasından dolayı, tazminat ödenmeden önce ya da ödendikten sonra tazminat borçlusunun ne tür haklarının bulunduğu veya tazminat ödemesinden sonra tazminata konu eşyanın tekrar malikin zilyetliğine girmesi durumunda tazminat ödeyen borçlusunun ne tür haklarının bulunduğu gibi sorular üzerinden konuya yoğunlaşılacaktır.

Roma Hukukunda eşyanın kaybindan dolayı malike karşı sorumlu olan belli kişilere tazminat ödemesinden bağımsız olarak belli bazı haklar, eşyanın kaybıyla birlikte tanınmaktadır. Eşyanın kaybindan sorumlu olan kişilere tazminat ödemesinden bağımsız olarak tanınan bu haklar Ius Commune döneminde önemli değişikliklere uğramıştır. Bazı durumlarda ise malikin eşyanın kaybı nedeniyle uğradığı zararı tazmin eden kişilere, tazminat ödemesiyle birlikte malikin üçüncü kişilere yöneltebileceği eşyadan doğan bazı talep haklarının devrini talep etme hakkı tanınmıştır.

B- Üçüncü Kişinin Eylemi Sonucunda Eşyanın Kaybı Nedeniyle Doğan Tazminat Borcunun İfasından Bağımsız Olarak Tazminat Borçlusunun Üçüncü Kişilere Karşı Sahip Olduğu Talep Hakları

1- Ius Commune Öncesi Dönem

Roma Hukukunda, malikin bir eşyasını kullanım ödünçü, kira ya da saklama sözleşmesi ile borçluya teslim ettiği ve söz konusu eşyanın üçüncü bir kişi tarafından çalındığı hallerde, alacaklı malikin bir dizi dava hakkı bulunmaktadır.

Malikin hem hırsıza karşı hem de sözleşme ilişkisi kapsamında borçluya karşı bir takım dava hakları söz konusudur. Malik tarafından hırsıza yöneltebilecek davalardan ilki *rei vindicatio*'dur⁵. Malikin hırsıza karşı sahip olduğu bir diğer dava hakkı ise, hırsızın çaldığı eşya

⁴ Sonja Meier, *Gesamtsschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive* (Jus Privatum, Mohr Siebeck 2010), s. 788.

⁵ En genel haliyle zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı zilyetliğini kaybettiği eşya üzerinde fiili egemenliğini tekrar sağlamak için başvurduğu *rei vindicatio* yolu hakkında detaylı bilgi için bkz. Max Kaser ve Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht* (18. Baskı, C. H. Beck 2005), s. 133; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku* (5. Baskı, Turhan Kitabevi 2015), s. 213 vd.; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku* (6. Baskı, Der Yayınları 2015), s. 95 vd.

nedeniyle sebepsiz zenginleşmesi olgusuna dayanan⁶ *condictio*⁷ *furtiva*⁸ yoludur⁹. *Condictio furtiva* ile çalınan eşyanın iadesi ya da çalınan eşya yok olmuşsa zararın tazmini talep edilir¹⁰. Diğer taraftan sözleşme ilişkisi kapsamında alacaklı konumunda olan malik, borçludan da sözleşme ilişkisine dayanarak zararlarının tazminini talep edebilmektedir. Ancak bu sayılan *rei vindicatio*, *condictio furtiva* ve sözleşmeye dayanan sorumluluk davası çalınan eşyanın iadesi ya da bunun mümkün olmaması halinde doğan zararın tazmini amacı güden davalar olduğundan, bunlara aynı anda ve birlikte başvurulması mümkün değildir¹¹. Diğer taraftan bu davalarla birlikte esas itibarı ile malik tarafından hırsıza ve hırsızın mirasçılara karşı açılabilir olan ve çalınan eşyanın değerinin iki ya da dört katının dava edilebildiği tam bir ceza davası (*poenam tantum*) niteliği taşıyan *actio furti*¹² bulunmaktadır. Malikin zararının diğer davalarla tazmin edilmiş olması bu davada hırsızın ya da mirasçılarının mahkum

⁶ Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (AÜHF Yayınları 1977), s. 257, 258.

⁷ Haksız iktisap davası niteliği taşıyan *condictio* hakkında detaylı bilgi için bkz. Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Der Yayınları 2010), s. 115 vd.; *Condictio*, Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümlerine de esas oluşturmaktadır. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 865; Rona Serozan, *Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 3 (Filiz Kitabevi 2016), s. 306 vd.; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016), s. 557. Ayrıca *condictio* hakkında detaylı tarihsel bilgi için bkz. William L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law* (Tekrar Basım, The Lawbook Exchange, Ltd. 2012), s. 632.

⁸ *Condictio furtiva* çaldığı malın mülkiyetini kazanamayan hırsıza karşı açılabilen bir davadır. Bkz. Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 118, 119.

⁹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2. Baskı, Oxford University Press 1996), s. 839 vd.; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771; Andrew Borkowski ve Paul du Plessis, *Borkowski's Text Book on Roman Law* (4. Baskı, Oxford University Press 2010), s. 333.

¹⁰ Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 257.

¹¹ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771.

¹² Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 175, 254, 255; Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, s. 492; Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 932 vd.; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 124; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771; Borkowski ve du Plessis, *Borkowski's Text Book on Roman Law*, s. 333, 334.

edilmesine engel olmamaktadır¹³. Zira *actio furti* sonucunda tazminata değil, malikin zararını aşan bir para cezasına hükmedilmektedir¹⁴.

Actio furti esas olarak malike ait bir hak olmakla birlikte, Cumhuriyet Döneminde düzenlenen bir formülle “hırsızlığın yapılmamasında hukuki bir yararı bulunan”¹⁵ malik dışındaki diğer kişilere¹⁶ de tanınan bir hak haline gelmiştir¹⁷. Bu kapsamda eşyanın sözleşmeyle teslim edildiği kişilerin malike karşı sözleşmeden kaynaklanan *custodia* sorumluluğu ya da *receptum* sorumluluğu¹⁸ bulunması halinde, *actio furti* hakkı malike değil bu kişilere ait olmaktadır¹⁹. *Custodia* sorumluluğu olan bu kişiler, saklama sözleşmesi, kullanım ödücü sözleşmesi, rehin sözleşmesi ya da eser sözleşmesiyle²⁰ malik tarafından

¹³ Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 175; Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, s. 492; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771.

¹⁴ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 774, 775.

¹⁵ Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, s. 492; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 266; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 772.

¹⁶ *Actio furti* hakkı tanınan ve tanınmayan kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 772 vd.

¹⁷ Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 124; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771.

¹⁸ *Receptum* sorumluluğu *custodia* sorumluluğuna ek olarak borçlunun durumu ağırlaştırılan ve Praetor tarafından çıkarılan bir Edictum ile düzenlenen bir sorumluluk halidir. Bkz. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 1121; Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)* (İmaj Yayınevi 2002), s. 110 vd.

¹⁹ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771; Borkowski ve du Plessis, *Borkowski's Text Book on Roman Law*, s. 299. Ayrıca *receptum* sorumluluğu bulunan gemi sahipleri ve hancıların da benzer şekilde *actio furti* hakları bulunmaktadır. Praetorlar tarafından geliştirilen *receptum* sorumluluğu, işleyen ile yolcu arasında imzalanan *receptum* kapsamında bulunan eşyanın mücbir sebep hali dışında kaybolması ya da zarar görmesi halinde gemi sahibine ya da hancıya kusursuz sorumluluk yükleyen bir sorumluluk türü olup, sözleşmeden kaynaklanan *custodia* sorumluluğu altında değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Kurt Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (Verlag von Theodor Weicher 1929), s. 3; Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 237, 238; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 747; Söğütü Erişgin, *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, s. 111, 112.

²⁰ Yüklenicinin *custodia* sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 397 vd.

eşyanın teslim edildiği kişiler²¹ olup, bu kişilerin malike karşı kendilerine teslim edilmiş bulunan eşyayı muhafaza borcu bulunmakta ve hırsızlık ve benzeri belli hallerde alacaklıya karşı kusursuz sorumlulukları doğmaktadır²².

Custodia sorumluluğu olan kişilerin *actio furti* hakkı kazanmaları malikin zararını tazmin etmiş olmaları şartına bağlı olmayıp, eşyanın çalınmasıyla birlikte gerçekleşmektedir²³. Belirtilmelidir ki, sözleşme borçlusunun *actio furti* sonucunda eşyanın değerinden fazla bir tutar tahsil etmesi halinde bunu malike ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır²⁴. *Actio furti* hakkının *custodia* sorumluluğu bulunan borçluya ait olmasının ilk istisnası, borçlunun aciz halinde olmasıdır. Bu durumda *actio furti* malikin hakkı haline gelmektedir²⁵. Yine kötü niyetle hareket eden kişilere *actio furti* hakkı tanınmamaktadır. Örneğin kullanım ödünç sözleşmesi ile eşyayı ödünç alan kişinin eşyayı elinden kötü niyetle çıkarması durumunda malike karşı *custodia* sorumluluğu bulursa da, *actio furti* hakkı bulunmamaktadır²⁶.

Günümüzün hukuk anlayışı ile, malikin sadece eşyanın değeri ile sınırlı bir miktarda tazminata hak kazanabildiği, buna karşılık sözleşmeyle eşya kendisine bırakılan kişinin ise hırsıza karşı eşyanın değerinin dört katına kadar ceza ödenmesi talebiyle dava açma hakkı olması anlaşılır bir durum değildir. Bu durumun nedeni eşyanın çalınma riskinin *custodia* sorumluluğu olan kişinin üzerinde olmasıdır. Hırsızlık olaylarının büyük bir kısmında hırsızın bulunup zararın tahsil edilmesi bir yana, hırsızın kimliğinin tespit edilmesi dahi mümkün olmamakta ve *custodia* sorumlusu malikin zararını tazmin ederek rizikoyu üstlenmektedir²⁷. Justinianus tarafından bu kuralda değişiklik yapılarak malike seçim hakkı tanınmıştır. Malike isterse hırsıza karşı *actio furti* yoluna, isterse de borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğuna

²¹ Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 266, 267.

²² Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 180 vd.; Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 398 vd.; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 771, 772.

²³ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 772.

²⁴ Ibid, s. 772.

²⁵ Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 267; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 772; Borkowski ve du Plessis, *Borkowski's Text Book on Roman Law*, s. 299.

²⁶ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 773, 774.; Aksi yöndeki yaklaşım için bkz. Paulus, D. 6, 1, 69.

²⁷ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 772.

başvurma hakkı tanınmış olup, malik tarafından *actio furti* yoluna başvurulması halinde *custodia* sorumlusuna karşı dava hakkı düşmektedir²⁸.

Actio furti yolunun aksine *condictio furtiva*, yalnızca malike ve belli durumlarda da sınırlı aynı hak sahiplerine²⁹ ait bir haktır³⁰. Aynı şekilde eşyanın iadesi ya da malikin zararının karşılanması amacı güden diğer dava olan *rei vindicatio* da yalnızca malike tanınan bir haktır³¹.

2. Ius Commune Dönemi

Ius Commune döneminde geliştirilen hukuk sistemi Roma Hukukuna dayanmakta olsa da, bazı konularda Roma Hukukundan farklı ilkeler benimsenmeye başlanmıştır³². Örneğin Ius Commune döneminde ceza davalarının özel hukuk alanı dışına çıkarılması fikri gelişmiştir. Artık eşyası çalınan malik, ister *actio furti*, ister *condictio furtiva* isterse de genel haksız fiil hükümlerine (*Lex Aquilia*³³) dayanarak tazminat davası yoluna başvursun, yalnızca uğradığı zararlarla sınırlı olacak şekilde tazminata hak kazanabilmektedir. Buradan hareketle *actio furti* ya da *condictio furtiva* yolu ile malikin zararının tazmin edildiği durumlarda, malikin artık diğer yollara başvurma imkanı kalmamaktadır. Nitekim hırsız özel hukuk hükümleri bakımından en fazla neden olduğu zarar ile sorumlu tutulabilmektedir³⁴.

Ius Commune döneminde cezalandırma fonksiyonunun özel hukukun dışına çıkarılması ile birlikte, malike karşı eşyanın kaybindan dolayı sözleşmeye dayanan sorumluluğu bulunan kişilerin hırsıza karşı *actio furti* yoluna başvurma hakları olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir. Bu konuda bir kesim *actio furti*'nin yalnızca cezalandırma fonksiyonunun ortadan kalktığını, davanın kendisinin ve buna bağlı olarak üçüncü kişinin fiili sonucunda malikin zararından sorumlu olan kişilerin *actio furti* yoluna başvurma haklarının ortadan kalkmadığını

²⁸ Ibid, s. 772.

²⁹ Rehin alacaklısının *condictio furtiva* hakkı için bkz. Ulpianus, D. 13, 1, 12, 2.

³⁰ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 774.

³¹ Ibid, s. 774.

³² Ibid, s. 771

³³ M.Ö. 3. yy.'da çıkarılmış olan ve "Lex Aquilia" adı verilen kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulama alanı başlangıçta daha dar iken, zaman içerisinde Praetorlar tarafından hukuka aykırı her türlü fiil ile mala verilen zararlara uygulanmaya başlanmıştır. Justinianus döneminde Lex Aquilia'dan doğan dava genel bir tazminat davası niteliğine bürünmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 267 vd.; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (14. Baskı, Yetkin Yayınları 2010), s. 256 vd.; Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 126 vd.

³⁴ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 775.

savunmuştur³⁵. Diğer görüşe göre ise, malike karşı üçüncü kişinin hırsızlık eyleminden ötürü sorumlu olan borçluya ceza davası niteliğindeki *actio furti* yolunun tanınamayacak olması nedeniyle oluşan hukuki boşluğun, borçluya *condictio furtiva* hakkı verilerek doldurulabileceği savunulmuştur³⁶.

Burada ortaya çıkan bir diğer sorun ise, malike karşı eşyanın çalınmasından sorumlu olan borçluya, tazminat ödeyip ödemediğine bakılmaksızın *actio furti* ya da *condictio furtiva* hakkı tanınması halinde, borçlunun söz konusu davalar yoluyla hırsızdan neden olduğu zararı tahsil etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Zira ceza davalarının özel hukuk alanından çıkarılmasının bir sonucu olarak borçlunun sorumluluğu zarar ile sınırlı olduğundan, malikin hırsıza başvurma olanağı ortadan kalkmaktadır³⁷.

Diğer taraftan ceza davalarının özel hukukun alanı dışına çıkartılması ve genel olarak sorumluluğun zararlarla sınırlandırılmasıyla birlikte bu dönemde, Ius Commune öncesi dönemde Roma Hukukunda eşyaya verilen zararlardan ötürü yalnızca malike tanınan ve hem haksız fiil failini cezalandırma hem de zararı telafi etme fonksiyonu bulunan *Lex Aquilia* kaynaklı davaların, eşyanın zarara uğramasından malike karşı sorumlu olan borçlulara da tanınıp tanınmayacağı hususu tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmaların ortaya çıkması “*usus modernus*” olarak adlandırılan dönemde modern haksız fiil hukukunun da temel taşlarını oluşturan genel haksız fiil kuralların ortaya çıkmasıyla ilişkilidir³⁸.

Bu dönemde ortaya çıkan genel kurallardan birisi de saf malvarlığı zararlarının da haksız fiil hukuku kapsamında talep edilebilecek olmasıdır³⁹. Hem mala verilen zararlar bakımından hem de hırsızlık eylemleri bakımından geçerli olan bu kuralın bir sonucu da kendi zarar verici eylemleri nedeniyle malike karşı sorumlu olan üçüncü kişilerin, tazminat yükümlüsü tarafından kendilerine yöneltilecek tazminat talepleri bakımından da sorumlu tutulmaları olmuştur⁴⁰. Bu genel kural, sözleşmeden doğan sorumluluğu nedeniyle üçüncü kişinin eylemi nedeniyle

³⁵ Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Cilt 2 (H. W. Müller 1889), s. 345; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspective*, s. 775.

³⁶ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Cilt 2.2 (Buddeus 1866), s. 290, 291, dn. 11.

³⁷ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspective*, s. 775.

³⁸ Ibid, s. 777, 778.

³⁹ Ibid, s. 778.

⁴⁰ Ibid, s. 778.

malike karşı sorumlu olan kişilerin, zararı eylemleri ile gerçekleştiren kişilerden tazminat talep edebilmesinin önünü açmıştır⁴¹.

C- Talep Haklarının Devri

Roma Hukukunda özellikle klasik dönemde *formula* usulüne hakim olan genel ilkeye göre mahkumiyetler sadece bir miktar paraya ilişkin olabilmektedir. Bu ilkenin temeli borçlunun aynen ifaya zorlanamamasıdır⁴². Söz konusu ilke Roma Hukukunda *rei vindicatio* davalarında da uygulanmıştır. *Rei vindicatio* davasında davalı zilyet, malike iade etmesi gereken eşyayı iadeye yanaşmaz ise, belirlenen dava değerini (*litis aestimatio*)⁴³ davacıya ödemekle yükümlüdür. Bu bedeli ödemekle davalı zilyet, satım sözleşmesi ile alıcının sahip olduğu haklara kavuşmaktadır⁴⁴. Eşyanın hali hazırda zilyedi olması halinde, zilyetlik *traditio*⁴⁵ ile eşdeğer olduğundan, davalı zilyet derhal mülkiyeti kazanmaktadır⁴⁶. Ancak *res mancipi*⁴⁷ açısından bu durum geçerli değildir ve şekil şartı yerine getirilmediğinden mülkiyet zilyede geçmemektedir. Fakat pratik olarak bu husus çok fazla bir önem taşımaz. Zira zilyedin, malikin *rei vindicatio* yoluna başvurması halinde def'i hakkı bulunmasının yanı sıra, bu durumdaki

⁴¹ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 778. Ancak belirtmelidir ki, §§ 823 ve 826 BGB hükümleri ile tazminat sorumluluğunun alanı daraltıldığından sözleşmeden doğan sorumluluğu nedeniyle üçüncü kişinin fiili sonucunda ortaya çıkan malikin zararından sorumlu olan kişiler, üçüncü kişilere karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunmamaktadırlar.

⁴² Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 174; Erkan Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)* (Yetkin Yayınları 2002), s. 84.

⁴³ Litis aestimatio hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 174

⁴⁴ Ibid, s. 137.

⁴⁵ Geçerli bir hukuki nedene dayanarak zilyetliğin geçirilmesi yoluyla mülkiyetin devrini ifade eden *traditio* hakkında detaylı bilgi için bkz. Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 173 vd.; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 63 vd.

⁴⁶ Paulus, D. 6, 1, 46.

⁴⁷ İtalyan arazisi ve bu arazi üzerindeki tarımsal irtifaklar, köleler ile yük ve çeki hayvanları *res mancipi* olarak kabul edilen mallardır. Detaylı bilgi için bkz. Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 44 vd.; Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, s. 6.

zilyet üçüncü kişilere karşı da *actio Publiciana*⁴⁸ aracılığıyla korunmaktadır ve kısa kazandırıcı zamanaşımını süresinin dolmasıyla malik olmaktadır⁴⁹.

Bazı durumlarda davalı zilyet, kendisine *rei vindicatio* davası açıldıktan sonra eşyanın zilyetliğini kaybetmiş olsa bile sorumlu tutulmaktadır. Bu gibi bir durum karşısında Roma Hukukçularının konuya ilişkin görüşleri zaman içerisinde farklılaşmıştır. Proculianus hukuk okulunun savunduğu görüşe göre davalı iyi niyetli zilyet, eşyayı kusuru olmaksızın kazara kaybetmiş olsa bile sorumlu tutulmaktayken daha sonra hakim görüş haline gelen Sabinianus hukuk okulunun savunduğu yaklaşıma göre davalı zilyet eşyanın kaybından kasıt (*dolus*) veya ihmal (*culpa*) nedeniyle ve bazı istisnai hallerde de *custodia* nedeniyle sorumlu tutulmuştur. Dava açıldığı anda zilyet olan davalı gibi zilyet olmayan davalı da eşya üzerinde alıcının sahip olduğu haklara sahip olmaktadır⁵⁰.

Aynı durum eşyayı kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmelerde (kullanım ödücü, kira vs.) borçlunun eşyayı iade etmemesi ya da edememesi halinde de geçerlidir. Borçlunun eşyayı elinden kasten çıkardığı durumlarda alacaklının yeminli olarak beyan ettiği değere göre, diğer hallerde ise hakim tarafından takdir edilen değere göre tazminat miktarı belirlenmektedir. Her iki halde de borçlu tazminat ödemesiyle birlikte alıcının sahip olduğu haklara sahip olmaktadır⁵¹.

Hem *rei vindicatio* hem de sözleşme sorumluluğuna dayanan davalarda, davalının hali hazırda zilyet olmadığı hallerde tazminat ödemesi ile birlikte, teslim şartı *traditio* gerçekleşmediğinden, davalı tazminat ödemesiyle birlikte malik sıfatını kazanamamakta ve davacı malik kalmaya devam etmektedir. Davalı ancak sonradan zilyetliği elde etmesi durumunda malik sıfatını kazanmaktadır. Ancak zilyetliği kazanıp kazanamayacağı belirsiz bir durumdur. Bu nedenle Roma Hukukunda davalıya bazı haklar tanınmıştır⁵². İlk olarak *rei vindicatio* davası sırasında, eşyanın zilyetliğini kasten elinden çıkarmamış olması şartıyla davalının, davacıdan *rei vindicatio* hakkının kendisine devretmesini ya da devredileceğine dair

⁴⁸ Henüz mülkiyet hakkını kazanamamış olmalarına rağmen, hukuki durumlarının korunması adalet duygusuna ve hakkaniyete uygun düşen kişilerin korunması amacıyla Praetor tarafından tanınan *actio Publiciana* hakkında detaylı bilgi için bkz. Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 166 vd.; Kaser ve Knütel, *Römisches Privatrecht*, s. 137 vd.; Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 231 vd.; Erdoğmuş, *Roma Eşya Hukuku*, s. 101 vd.

⁴⁹ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 779.

⁵⁰ Ibid, s. 780.

⁵¹ Ibid, s. 780.

⁵² Ibid, s. 780, 781.

teminat vermesini talep hakkı bulunmaktadır. *Rei vindicatio* hakkının devri sayesinde tazminat ödeyen davalı, malı elinde bulunduran üçüncü kişiler aleyhine dava açarak eşyanın zilyetliğini elde edip malik sıfatını kazanabilmektedir. Ancak devredilen bu hak davacı malike karşı ileri sürülemez. Bu nedenle davalının, dava konusu eşyanın kaybı nedeniyle davalıdan tazminat almasından sonra eşyanın zilyetliğinin davacıya geçmesi ve bu zilyetliği davalıya devretmemesi veya davacının eşyanın zilyetliğinin davalıya geçmesini herhangi bir şekilde engellemesi durumuna karşılık, davalı davacıdan güvence talep edebilmektedir⁵³.

Davalının böyle bir güvence talebinin bulunmadığı hallerde, malikin tazminatı tahsil ettikten sonra davaya konu eşyanın zilyetliğini tekrar ele geçirmesi durumunda davalının eşyanın mülkiyetini kazanıp kazanamayacağı ya da ne yolla kazanacağı Roma Hukuku kaynaklarında açık bir şekilde ortaya konulmamış olup, bu konuda farklı görüşler savunulmuştur. Papinianus'a göre *rei vindicatio* sonunda tazminat elde eden malikin, daha sonra zilyetliği kazanması durumunda tazminatı iade ederek eşyayı tutma hakkı bulunmamaktadır⁵⁴. Diğer bir ifadeyle eşyanın davalıya iadesi şarttır. Konuyu kullanım ödücü sözleşmesi kapsamında ele alan Paulus'a göre⁵⁵ ise böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde malikin seçim hakkı bulunmaktadır. İsterse eşyayı, isterse tahsil etmiş olduğu tazminatı iade edebilir⁵⁶. Nihayet konuyu tazminat borçlusunun tarafından değerlendiren Ulpianus'a göre⁵⁷ temizlenmek ve tamir edilmek üzere kendisine bırakılan bir kıyafetin kaybolması nedeniyle malike tazminat ödeyen davalının, malikin söz konusu eşyanın zilyetliğini sonradan kazanması halinde, sözleşme sorumluluğuna ya da "*condictio quasi sine causa*" yoluna başvurarak ödemiş olduğu tazminatın iadesini isteme hakkı bulunmaktadır⁵⁸. Sonuç olarak, malik ile davalı arasındaki uyuşmazlık, en azından davalının dava konusu eşyanın zilyetliğini bir şekilde ele geçirdiği durumlarda davalı lehine çözüme kavuşturulmakta ve eşyanın mülkiyetinin davalıya ait olacağı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda davacı malikin daha önce kendisine ödenen tazminatın iadesi karşılığında eşyanın mülkiyetinin kendisine devredilmesi için başvurabileceği herhangi bir hukuki yol bulunmamaktadır⁵⁹.

⁵³ Ibid, s. 781.

⁵⁴ Papinianus, D. 6, 1, 63.

⁵⁵ Paulus, D. 13, 6, 17, 5.

⁵⁶ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 5.

⁵⁷ Ulpianus, D. 12, 7, 2.

⁵⁸ Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 855.

⁵⁹ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 781.

Eşya hukuku alanında Roma Hukuku kaynaklarında bir kişinin devir (*cessio*) hakkında bahsedildiğinde, üçüncü bir kişinin eylemi neticesinde eşyanın elden çıkması nedeniyle malike karşı sorumlu olan kişinin devir hakkı anlaşılmaktadır⁶⁰. Bu kişi yalnızca *rei vindicatio* davasında davalı zilyet, kullanım ödücü alan ve yüklenici kişilerden olmayıp, aynı zamanda kusurlarıyla müvekkilin ya da vesayet altındaki kişinin eşyasının çalınmasına sebep olan vekil ve vasi gibi kişiler de olabilmektedir⁶¹.

Dava haklarının devrinden bahsedildiğinde, malikin devre konu olabilecek bir çok dava hakkı bulunmakla birlikte akla ilk olarak *rei vindicatio* ve *condictio furtiva* gelmektedir. Malike karşı eşyanın kaybindan sorumlu olan kişi zararı tazmin etmekle adeta söz konusu eşyayı malikten satın almış olmaktadır⁶². Roma Hukukunda “*beneficium cedendarum actionum*” olarak adlandırılan bu fiktif alım satım sözleşmesi, Paulus tarafından aktarılan Plautius’un görüşüne göre⁶³ başkasına ait bir borcu ifa eden kişinin borcu sona erdirmediğini, aksine alacaklının dava haklarını satın aldığını ifade etmektedir⁶⁴.

Ancak tekraren vurgulanmalıdır ki *rei vindicatio* hakkının devri tek başına mülkiyetin geçmesi için yeterli değildir. *Rei vindicatio* hakkını devralan ve alıcının haklarına sahip olan kişi, ancak bu hakkın yardımıyla eşya üzerinde zilyetlik kurmakla mülkiyeti kazanabilecektir. Eşyayı elinde bulunduran üçüncü kişiden eşyanın zilyetliğinin kazanılamaması halinde de en azından *rei vindicatio* yoluyla davalıdan eşyanın değerini talep edebilecektir⁶⁵. Malikin söz konusu davaları açma hakkı bulursa da, bu davaların birlikte açılması mümkün değildir. Malikin anılan dava yollarından birini seçmesi diğerinden vazgeçmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle Gaius tarafından da ifade edildiği gibi⁶⁶ malikin zararını tazmin eden davalıya hem *rei vindicatio* hem de *condictio furtiva* hakkını devretmesi gerekmektedir⁶⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere, eşyanın çalınması halinde malike karşı sorumlu olan bazı kişilerin eşyanın çalınmasıyla birlikte hırsıza veya mirasçılara karşı tazminat ödemesinden

⁶⁰ Ibid, s. 781, 782.

⁶¹ Ibid, s. 782.

⁶² Ibid, s. 782.

⁶³ Paulus, D. 46, 1, 36.

⁶⁴ Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 135.

⁶⁵ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 782.

⁶⁶ Gaius, D. 19, 2, 25, 8.

⁶⁷ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 4; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 782.

bağımsız olarak, hırsızlık eyleminin gerçekleşmesiyle birlikte *actio furti* hakkı doğmaktadır. Tazminat ödemesinden bağımsız olarak *actio furti* hakkı bulunmayıp, malikin üçüncü kişinin hırsızlık eyleminden doğan zararını tazmin eden kişilerin, dava haklarının kendilerine devredilmesini talep edip edemeyecekleri hususu Roma Hukukunda tartışmalı bir konu olmuştur. Paulus tarafından aktarıldığına göre, malikin eşyasının vekaletsiz iş gören kişinin fiili hakimiyeti altındayken çalınması halinde, vekaletsiz iş gören ancak malik dava haklarını bu kişiye devrettiği takdirde zarardan sorumlu tutulabilecektir,⁶⁸ ki burada kastedilen dava hakkı *actio furti*dir⁶⁹. Yine Paulus tarafından aktarıldığına göre, istihdam ettiği kişinin gerçekleştirmiş olduğu hırsızlık nedeniyle doğrudan doğruya *actio furti* hakkı bulunmayan gemi sahibine eşyanın maliki tarafından dava açılması durumunda *actio furti* hakkının davalıya devredilmesi gerekmektedir⁷⁰. Böyle bir durumda dava hakkının gemi sahibine devredilmesinin nedeninin gemi sahibine zarara neden olan asıl faile rücu imkanı tanımak olmadığı, zira gemi sahibinin istihdam ettiği kişiye karşı aralarındaki sözleşmeye dayanarak dava açabileceği, asıl amacın zarar görenin zenginleşmesini önlemek olduğu savunulmaktadır⁷¹.

II- ALMAN HUKUKUNDA TALEP HAKLARININ DEVRİ

A- Tarihsel Süreç

1- Genel Olarak

Alman hukukunda *Ius Commune* döneminde ve sonrasında Roma Hukukunun etkisi diğer Avrupa devletlerine kıyasla çok daha baskındır. Zira *Ius Commune* diğer Avrupa devletlerinde ikincil hukuk kaynağı olarak, diğer bir ifade ile bölgesel ve ulusal hukukta boşluk olduğunda tamamlayıcı hukuk olarak uygulama alanı bulurken,⁷² 1495 yılında Almanya'da en yüksek yargı organı olarak kurulan Reichskammergericht adli mahkemenin statüsünde mahkemenin Pandekt Hukukuna⁷³ göre karar vereceği belirtilmiş olup, böylelikle devlet

⁶⁸ Paulus, D. 47, 2, 54, 3.

⁶⁹ Friedrich Mommsen, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, Cilt 1 (C. A. Schwetschke 1859), s. 94 vd.

⁷⁰ Paulus, D. 4, 9, 6, 4.

⁷¹ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 3.

⁷² Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 37; Küçük, 'XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku', s. 116.

⁷³ 15-16. yy.'dan itibaren Alman kültürünün egemen olduğu bölgelerde Roma Hukukunun doktrin ve uygulama yoluyla aldığı biçim için Pandekt Hukuku deyimini kullanılmaya başlanmıştır. Roma Hukukundan farklı olarak

organları aracılığıyla yerli ve ulusal hukuk ile Roma Hukuku arasında çatışma bulunduğu hallerde Roma Hukukuna üstünlük tanınmıştır⁷⁴. Dolayısıyla Pandekt Hukuku olarak anılan ve zamanın ve bölgenin gerekleri doğrultusunda çeşitli değişiklikler geçiren ve gelişen Roma Hukuku kuralları 01.01.1900 tarihinde BGB'nin yürürlüğe girişine kadar ülkenin büyük kesiminde geçerliliğini korumuş ve BGB'nin hazırlık sürecinde de önemli rol oynamıştır⁷⁵. Bu kapsamda § 255 BGB hükmünün temelleri de Roma Hukuku kurumu olan *beneficium cedendarum actionum* dayanmaktadır⁷⁶.

Almanya'da Ius Commune dönemi yazarları ve yasal düzenlemeleri özellikle şu soruya cevap aramışlardır: Bir kişinin eşyanın kaybindan dolayı herhangi bir sebeple malike karşı sorumlu olması ve malikin eşyanın kaybindan doğan zararını karşılaması halinde kaybolan söz konusu eşya üzerinde kim hak sahibi olacaktır⁷⁷? 19. yy.'a kadar bu konuda genel bir kural geliştirilememiş olup, konu özellikle istihkak davası ve kullanım ödöncü sözleşmesi olmak üzere farklı bağlamlarda ele alınmıştır. Bu nedenle BGB'nin hazırlanması sırasında Alman kanun koyucu konuyla alakalı olarak, ilki istihkak davalarına ilişkin, ikincisi kullanım ödöncü sözleşmelerine ilişkin sonuncusu da 19. yy.'da geliştirilen genel nitelikli talep haklarının devir yükümlülüğü olmak üzere üç farklı yaklaşımla karşı karşıya kalmıştır⁷⁸.

yalnızca özel hukuk alanına ilişkin konularla ilgilenen ve genel bir tanımla Roma Hukuku kökenli ortak Alman özel hukuku şeklinde nitelendirilen Pandekt Hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. Küçük, 'XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku', s. 111 vd.

⁷⁴ Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, s. 38; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 32, 33; Küçük, 'XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku', s. 117, 118.

⁷⁵ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 33; Küçük, 'XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku', s. 118.

⁷⁶ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 2 vd.

⁷⁷ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 786.

⁷⁸ Ibid, s. 786.

2- İstihkak Davasında Davalının Hakları

Pandekt hukukunda istihkak davasında davalının durumu, zilyetliği elinden kötü niyetle çıkarmamış olması şartıyla⁷⁹ çok güçlüdür⁸⁰. Davalının dava konusu eşyayı kusurlu bir şekilde kaybetmesi durumunda ise Roma Hukukunda tazminat ödemesinin satın almaya denk olduğu yönündeki yaklaşım kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu durumdaki bir davalı malikten üçüncü kişilere yöneltilebilecek istihkak davası hakkının kendisine devredilmesini talep edebilmektedir. Ancak Roma Hukukunda da olduğu gibi istihkak davası açma hakkının devri tek başına mülkiyetin davalıya geçmesini sağlamamaktadır⁸¹.

Ancak BGB'nin hazırlanması aşamasında bazı kanun taslağı çalışmalarında bahsedilen bu yaklaşımdan uzaklaşmıştır. Örneğin Bavyera Taslağında, yalnızca iyi niyetli davalılar bakımından değil, aynı zamanda kötü niyetli davalılar için de geçerli olacak şekilde, tazminat ödemesiyle birlikte davacı malikin eşya üzerindeki haklarının davalıya geçeceği düzenlemesi yer almıştır⁸². 1836 tarihli Saksonya Medeni Kanunu'nun 304. maddesi ile eşyanın zilyetliğini kötü niyetli bir şekilde elden çıkaran kişinin, ödemiş olduğu tazminatı ancak malikin dava konusu eşyanın zilyetliğini tekrar ele geçirmesi durumunda geri isteyebileceği hüküm altına alınmış olup, 305. madde hükmü ile bunun dışındaki tüm durumlarda davalının tazminatı ödemekle malikin eşyasını satın ve teslim aldığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu kanun ile yasadan kaynaklanan bir mülkiyet devri söz konusu olmaktadır⁸³. Reinhold Johow tarafından BGB'nin eşya hukukuna ilişkin hükümlerine ilişkin olarak hazırlanan taslakta, Bavyera Tasarısı'nda olduğu gibi kötü niyetli davalıları da kapsayacak şekilde, istihkak davası sonucunda davalı tarafından malike tazminat ödenmesi ile birlikte yasal mülkiyet devri kabul edilmiştir⁸⁴.

⁷⁹ Paulus, D. 6, 1, 69; Mommsen, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, s. 96, 97, dn. 26; Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*

⁸⁰ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 786.

⁸¹ Ibid, s. 786, 787.

⁸² Ibid, s. 787.

⁸³ Ibid, s. 787, 788. İlgili kanun metni için bkz. <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/GHNYEC6E6LTUTT4ZJRBAPPIY4YMFJVDR>

⁸⁴ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 788.

3- Sözleşme İlişkisi Kapsamında Eşyayı İade Borcu Bulunan Ödünç Alanların ve Diğer Borçluların Hakları

Roma Hukukunda kendisine eşyanın iadesi borcu yükleyen sözleşmenin tarafının haklarının genellikle kullanım ödünç sözleşmesi üzerinden ele alınması Alman hukuk doktrininde ve BGB hazırlık sürecinde de etkisini göstermiş olup, kullanım ödünç alınan bir eşyanın kaybolmasından dolayı tazminat ödendikten sonra söz konusu eşyanın tekrar ödünç verenin zilyetliğine girdiği örnek üzerinden konuya yoğunlaşmıştır⁸⁵.

Roma Hukuku kaynaklarında kullanım ödünç sözleşmesi bakımından da ödünç alanın çalınan bir eşya için ödünç veren malike tazminat ödenmesiyle satım sözleşmesi benzeri bir sonuç gerçekleştiği kabul edilse de,⁸⁶ malikin daha sonradan söz konusu eşyanın zilyetliğini tekrar elde ettiği durumlarda tazminat ödeyen ödünç alanın eşyanın kendisine teslim edilmesini isteyebileceği yönündeki hukuki yaklaşım⁸⁷ Pandekt hukukçuları tarafından 19. yy.'dan itibaren reddedilmiştir⁸⁸. Bunun yerine Paulus tarafından aktarılan Labeo'nun görüşüne paralel bir yaklaşım benimsenerek, kullanım ödünç veren malike seçim hakkı tanınmıştır⁸⁹. Labeo'ya göre, karşılığında tazminat aldığı eşyanın zilyetliğini sonradan tekrar ele geçiren kullanım ödünç veren ya eşyayı ya da tazminatı davalıya iade etmek zorundadır⁹⁰. Yine Ulpianus tarafından aktarılan görüşe göre eser sözleşmesine istinaden kendisine teslim edilen kıyafetin kaybindan dolayı tazminat ödeyen borçlu, söz konusu kıyafetin tazminat ödendikten sonra tekrar iş sahibinin zilyetliğine dönmesi halinde, ödemiş olduğu tazminatı yalnızca eser sözleşmesine dayanarak değil "*condictio quasi sine causa*" yoluyla da talep edebileceği⁹¹ yönündeki yaklaşım Ius Commune döneminde sebebin sonradan ortadan kalkmasına dayanan⁹²

⁸⁵ Ibid, s. 788.

⁸⁶ Paulus, D. 46, 1, 36; Marcellus, D. 42, 1, 12.

⁸⁷ Papinianus, D. 6, 1, 63.

⁸⁸ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspective*, s. 788, 789.

⁸⁹ Ibid, s. 789.

⁹⁰ Paulus, D. 13, 6, 17, 5.

⁹¹ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspective*, s. 788.

⁹² Hukuki sebebin (causa) sonradan ortadan kalkması hukukumuzda da sebepsiz zenginleşme hallerinden birine vücut vermekte olup TBK m. 77/II hükmünde düzenlenmiştir. Bkz. Serozan, *Kocayusuşpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 333, 334; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 902; M. Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle* (Kazancı 1990), s. 101 vd.; Hatemi ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, s. 206; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 520, 521; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 563.

“*condictio ob causam finitam*” olarak devam etmiştir⁹³. Pandekt hukukçuları tarafından Roma Hukukundaki durumun aksine kullanım ödünç alan, ödünç verene göre daha zayıf bir konuma oturtulmuştur. Bu yaklaşımın altında yatan neden ise ödünç veren malikin mülkiyetinin korunması gerektiği kabulü ve bu doğrultuda kullanım ödünç alanın, çalınan eşya üzerinde tekrar zilyetlik kuran ödünç veren malikin iradesi dışında söz konusu eşyanın mülkiyetini kazanamaması gerektiği düşüncesidir⁹⁴.

Bu dönemde istihkak davasında davalının, tazminat ödeyen kullanım ödünç alana göre daha avantajlı bir konumda bulunması ya da kullanım ödünç sözleşmesine ilişkin olarak benimsenen kuralların borçluya eşyanın iadesi borcu yükleyen diğer sözleşmeler bakımından geçerli kabul edilmemesi gibi hususlar tartışmalara sebebiyet vermiştir. Yürütülen tartışmalar sonucunda tüm bu hukuki ilişkilerden kaynaklanan hukuki sorunların sebepsiz zenginleşmeye ilişkin ilkeler kapsamında *condictio ob causam finitam* yolu ile ve genel bir düzenlemeyle çözüme kavuşturulması gerektiği kabul edilmiştir⁹⁵. Buna göre, zilyetliğinde bulunan bir eşyanın kaybolmasından ötürü tazminat ödeyen kimse, zararın ortadan kalkması halinde ödediği tazminatın iadesini talep edebilecektir⁹⁶. Dolayısıyla artık malikin tekrar zilyetliğine giren eşyayı borçluya bırakarak kendisine ödenmiş bulunan tazminatı iadedden kaçınması mümkün olmayacaktır⁹⁷.

4- Genel Nitelikli Bir Kural Olarak Tazminat Sorumlusuna Talep Haklarının Devri

Yukarıda değinildiği üzere, borçlar hukukundan doğan ve iade yükümlülüğü içeren sözleşmeler bakımından genel bir kural ortaya konulsa da söz konusu kural yalnızca tazminata konu eşyanın tekrar malikin zilyetliğine döndüğü durumları kapsamaktadır. Fakat bu kural ile tazminata konu eşyanın üçüncü kişinin elinde bulunduğu hallerde Roma Hukukunda tazminat borçlusuna tanınan, tazminat alacaklısının üçüncü kişiye yöneltebileceği talep haklarının

⁹³ Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, s. 855; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 789.

⁹⁴ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 790.

⁹⁵ Ibid, s. 790, 791.

⁹⁶ “*Insbesondere ist Derjenige, welcher für eine ihm anvertraute und ihm abhanden gekommene Sache einem Anderen Schadensersatz geleistet hat, insoweit, als der Schaden später weggefallen ist, Rückerstattung zu fordern berechtigt.*” şeklindeki düzenleme Franz Philipp von Kübel tarafından hazırlanan BGB'nin sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin taslakta yer almıştır. Bkz. Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 791.

⁹⁷ Ibid, s. 791.

kendisine devrini talep hakkı tanınmamaktadır. Bu nedenle zararın nihai olarak zarara en yakın sorumlu üzerinde bırakılması gerektiği yönündeki ilke desteklenmemektedir. Bu eksikliği gidermek üzere Christian Friedrich Mühlenbruch tarafından ilk basısı 1817’de kaleme alınan monografide istihkak davalılarını, kullanım ödücü alanları, saklayıcıları, gemicileri ve yüklenicileri hep birlikte kapsamına alan genel bir ilke formüle edilmiştir⁹⁸. Buna göre kaybolan ya da zarar gören bir eşya nedeniyle tazminat yükümlüğü doğan herkes, bu eşyaya ilişkin zararların giderilmesine yönelik davaların kendisine devredilmesini talep edebilir. 19. yy.’da Alman hukuk doktrininde öne çıkan bu görüş 1836 tarihli Saksonya Medeni Kanunu’nun 961. maddesinde yer bulmuştur⁹⁹. Anılan madde uyarınca, tazminat ödemekle yükümlü olan kişi, tazminat ödediği kişinin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu eşyanın iadesine ya da zararın tazminine ilişkin talep haklarının kendisine devrini talep edebilmektedir. Söz konusu madde hükmü ile yasal mülkiyet devri değil, yalnızca istihkak davası açma hakkının devri öngörülmüştür¹⁰⁰. Buna ilaveten, kendisine teslim edilen eşyanın kaybindan dolayı tazminat ödeyen borçlunun, tazminata konu eşyanın sonradan tekrar alacaklı malikin zilyetliğine girmesi durumunda *condictio ob causam finitam* yoluna başvurma hakkı saklıdır¹⁰¹.

B- BGB Taslak Çalışmaları

1- Genel Olarak

Alman Medeni Kanunu’nun hazırlanması sırasında taslak çalışmaları iki farklı komisyon tarafından yürütülmüştür. Söz konusu komisyonların çalışmaları sırasında talep haklarının devrine ilişkin farklı öneriler gündeme gelmiş olup, nihayet günümüz § 255 BGB hükmüne ulaşılmıştır.

⁹⁸ “*Wer jemandem zum Schadensersatz wegen abhanden gekommener oder beschädigter Sachen verpflichtet ist, der kann verlangen, dass ihm die diese Sache betreffenden Klagen zur Entschädigung abgetreten werden.*”

Bkz. Christian Friedrich Mühlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des Römischen Rechts* (3. Baskı, Ernst Mauritius 1836), s. 409 vd.; Aynı yönde bkz. Mommsen, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, s. 87 vd.

⁹⁹ “*Wer Schadensersatz wegen einer Sache zu leisten hat, kann von Demjenigen, welchem er Schadensersatz leistet, Abtretung der Forderungen verlangen, welche diesem auf Erlangung der Sache oder auf Schadensersatz gegen einen Dritten zustehen.*” Bkz. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/GHNYEC6E6LTUTT4ZJRBAPPIY4YMFJVDR>; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 792.

¹⁰⁰ Ibid, s. 793.

¹⁰¹ Ibid, s. 793

2- Komisyon Çalışmaları ve § 255 BGB Hükümünün Kabulü

Taslak hazırlık çalışmaları kapsamında ilk komisyonun önünde birbirine taban tabana zıt iki ön taslak bulunmaktaydı. Reinhold Johow tarafından hazırlanan eşya hukukuna ilişkin taslakta, eşyanın mülkiyetinin yasal devri önerilmektesyken, Franz Philipp von Kübel tarafından hazırlanan sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin ön taslakta, tazminat ödeyen borçlu bakımından eşyanın iadesi borcu doğuran tüm borç ilişkilerinde uygulanacak bir tazminatın iadesi hakkı yer almıştır¹⁰².

Anılan bu hukuki yaklaşımların değerlendirilmesi sonucunda birinci komisyon tarafından hem istihkak davası bakımından hem de iade borcu doğuran sözleşmeler bakımından geçerli olacak ve borçlar hukukunun genel hükümleri altında yer alacak bir düzenleme üzerinde karar kılınmıştır¹⁰³. İlk taslağın § 223 hükmü ile, borçlunun tazminat ödemesi ile birlikte tazminata konu eşyaya ilişkin talep haklarının özellikle de istihkak davası hakkının alacaklıdan borçluya yasal devri öngörülmüştür¹⁰⁴.

İkinci Komisyon tarafından ilk taslakta yer alan genel nitelikli devir hakkı korunmuştur. Ancak yeni taslakta yasal devir hakkından vazgeçilerek, yerine tazminat yükümlüsüne malikin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği mülkiyet hakkına dayanan talep haklarının kendisine devredilmesini talep hakkı tanınmıştır. Böylelikle yürürlükteki § 255 BGB hükmü kabul edilmiştir¹⁰⁵. § 255 BGB hükmüne kanun sistematığı içerisinde borç ilişkilerine ilişkin genel hükümler altında, tazminat talebinin kapsamını belirleyen § 249 BGB ve devamı hükümler arasında yer verilmiş olup, bunun nedeni yukarıda bahsedilen Mühlenbruch'un ortaya koyduğu genel ilkedir¹⁰⁶.

¹⁰² Ibid, s. 793.

¹⁰³ Ibid, s. 794.

¹⁰⁴ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 3; Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 794.

¹⁰⁵ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 797.

¹⁰⁶ Walter Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327*, Cilt II (12. Baskı, J. Schweitzer Verlag 1979), § 255, I, 2;

C- Günümüz Alman Hukukunda Talep Haklarının Devri

1- Genel Olarak § 255 BGB

§ 255: “Bir eşyanın ya da bir hakkın kaybı sebebiyle doğan zarardan sorumlu olan, ancak tazminata hak kazananın mülkiyet veya hak temelinde üçüncü kişilere karşı sahip olduğu talep haklarının devri karşılığında tazminat ödemekle yükümlüdür.”

§ 255 BGB hükmü ile yasal bir devir hakkı değil hukuki işlemle gerçekleşecek fakat ödemezlik def'ine benzer şekilde hak sahibine, karşı tarafı devre zorlama imkanı veren bir devir hakkı düzenlenmiştir¹⁰⁷. Tazminat alacaklısının tazminata konu eşyadan kaynaklanan üçüncü kişilere yöneltebileceği talep haklarını tazminat borçlusuna devretmeye yanaşmaması halinde, tazminat borçlusu tazminat ödemekten kaçınabilmektedir¹⁰⁸.

Anılan hüküm ile tazminat borçlusuna tanınan talep haklarının devrini talep etme hakkını ödemezlik def'i olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Zira öğretilde ve uygulamada, ödemezlik def'inden farklı olarak, bu haktan haberdar olmayan borçluyu korumak amacıyla, tazminat ödemesinden sonra da borçluya talep haklarının devrini talep etme hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Ancak söz konusu hak ancak üçüncü kişilere yöneltebilecek bir talep hakkı olduğu sürece kullanabilmektedir. Malik, tazminat ödemesinden sonra tazminata konu eşyanın zilyetliğini tekrar elde etmişse, tazminat borçlusu üçüncü kişilere yöneltebilecek herhangi bir talep hakkı kalmadığından, bu yönde bir talepte bulunamayacaktır. Böyle bir durumda tazminat ödemesinin sebebinin sonradan ortadan kalkması nedeniyle, sebepsiz

¹⁰⁷ Ibid, § 255, I, 1, § 255, V; Hartmut Oetker ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, Cilt 2 (4. Baskı, Verlag C. H. Beck 2001), s. 674, 675, § 255, III, 1; Gerhard Dannemann ve Reiner Schulze, *German Civil Code Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, Cilt 1 (C.H. Beck 2020), s. 374; Harm Peter Westermann, Peter Bydlinski ve Stefan Arnold, *BGB - Schuldrecht Allgemeiner Teil* (9. Baskı, C.F. Müller 2020), s. 473.

¹⁰⁸ Westermann, Bydlinski ve Arnold, *BGB - Schuldrecht Allgemeiner Teil*, s. 473.

¹⁰⁹ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 36; Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327*, § 255, III, 1; Oetker ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, s. 675, § 255, III, 1; BGHZ 52, 39, 42, bkz. Westermann, Bydlinski ve Arnold, *BGB - Schuldrecht Allgemeiner Teil*, s. 473, 474.

zenginleşme hükümleri uyarınca daha önceden ödenmiş olan tazminatın iadesi talep edilebilecektir¹¹⁰.

Yasanın tarihsel gelişimi dikkate alındığında, § 255 BGB hükmünün yalnızca tazminata konu eşyanın kendisinin ya da onun yerine ikame olan değer (Surrogat) mevcudiyeti halinde uygulama alanı bulunmaktadır¹¹¹. Yine müşterek müteselsil sorumluluğa ilişkin § 840 BGB hükmünün kapsamına giren hallerde § 255 BGB hükmü uygulanmamaktadır¹¹².

2- § 255 BGB Hükmünün Amacı

Aynı zarardan bir kişi haksız fiil sorumluluğu kapsamında sorumlu iken bir başkasının sözleşmeden kaynaklanan özen ve koruma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu olduğu her durumda müşterek müteselsil sorumluluk doğmamaktadır. Kanun bazı durumlarda bu kişileri eşit derecede sorumlu tutmayıp bunlardan birini nihai olarak zarardan sorumlu tutarken diğerini zarar görenin hızlı bir şekilde tatmini için ikincil derecede sorumlu tutmaktadır. § 255 BGB hükmü ile bu tür bir üçlü ilişkide ikinci derecede sorumlu olan kişinin hakları düzenlenmektedir¹¹³. Anılan hükümle bir taraftan ortaya çıkan zarardan ikinci derecede sorumlu olan kişiye bazı haklar tanınırken, diğer taraftan da tazminat alacaklısının zararından fazla olacak şekilde tatmin edilmesinin önüne geçilmektedir¹¹⁴.

¹¹⁰ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil* (14. Baskı, C.H. Beck 1987), s. 561; Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327*,

¹¹¹ Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert ve Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432* (Mohr Siebeck 2007), s. 648; Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (11. Baskı, De Gruyter 2017), s. 415, 416. Aksi görüşe göre eşyanın zarar görerek yok olması halinde de § 255 BGB hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327*, § 255, II, 2.

¹¹² Oertmann, 288 ff, 290; Schmoeckel, Rückert ve Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432*, s. 248.

¹¹³ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil*, s. 557; Dannemann ve Schulze, *German Civil Code Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 373.

¹¹⁴ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 2 vd.; Oetker ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, s. 671, § 255, I, 1; Schmoeckel, Rückert ve Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432*, s. 647; Helmut Heinrichs ve diğerleri, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (62. Baskı, Verlag C. H. Beck 2003), s. 317, § 255, 1, a; Dannemann ve Schulze, *German Civil Code Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*,

Eşyası iradesi dışında elinden çıkan kişinin zararı eşyanın tam değerine eşit değildir. Zira malikin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu eşyanın iadesini ya da eşyanın değerini talep etme hakkının belli bir ekonomik değeri bulunmaktadır. Ancak bu değer belirlenmesi hem çok zahmetli hem de çok fazla belirsizlikler içermektedir. Zira eşyanın kaybı bir tarafta sadece zilyetliğin kaybı olabileceken, diğer tarafta eşyanın fiziki olarak yok edilmesi ya da mülkiyetinin başka bir kişi tarafından kazanılması da olabilecektir. Ancak bu iki uç arasındaki sınırlar bazen ortadan kalkmaktadır. Halen var olan ancak nerede olduğunun tespit edilmesi imkansız olan bir eşya bakımından durum böyledir. Ancak yine de eşyanın tamamen yok olmadığı ya da mülkiyetinin kaybedilmediği bu tür durumlarda eşyanın kaybindan doğan zararın eşyanın değerine eşit olacak şekilde hesaplanamayacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Sadece kaybolan eşya göz önünde bulundurulduğunda, eşyanın yeri biliniyorsa eşyanın malike iadesi için yapılması gereken nakliye masrafları, dava yoluyla eşyanın iadesi sağlanabiliyorsa yapılan yargılama masrafları kesin olarak ortaya konulabilecek zararlardır. Eşyanın nerede olduğunun bilinmediği hallerde eşyanın bulunması için yapılan masraflar da kesin olarak belirlenebilecek zararlar arasında sayılabilir. Ancak eşyanın bulunamama ya da yargılama sonucunda elde edilememe riskinin parasal olarak kesin bir şekilde ortaya konulması mümkün değildir. Eşyanın tamamen yok olduğu hallerde, eşyanın yerine geçecek ikame değer ve de bu değeri elde edememe riskinin parasal karşılığının ve son olarak eşyanın kaybindan nihai olarak sorumlu olan kişiden eşyanın değerini tazmin edememe riskinin maddi karşılığının kesin bir şekilde belirlenmesi de imkansızdır. Zararın belirlenmesine ilişkin anılan güçlükler nedeniyle § 255 BGB hükmüyle kendine özgü bir tazminat sorumluluğu kabul edilmiş olup, hükmün uygulama alanı yalnızca zarar görenin tazminat sorumlusunun yanı sıra eşyanın kaybindan dolayı üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği talep hakları bulunduğu ve tazminat borçlusunun zarardan nihai olarak sorumlu olmadığı, sorumluluğunun diğer sorumlularla aynı seviyede olmadığı¹¹⁵ halleri kapsamaktadır. § 255 BGB hükmü bakımından, eşyanın yok edilmesi veya eşyaya zarar verilmesi hallerinde uygulama alanı bulan § 823 BGB

s. 373; Othmar Jauernig ve diğerleri, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz* (14. Baskı, C. H. Beck 2011), s. 236, § 255, 1-a; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, s. 416.

¹¹⁵ Oetker ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil* §§ 241-432, s. 672, § 255, I, 4; Jauernig ve diğerleri, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, s. 236, § 255, 1-a.

hükmünde olduğu gibi zararın kesin bir şekilde belirlenmesi gerekmemektedir¹¹⁶. Sonuç olarak § 255 BGB hükmü ile eşyanın kaybı nedeniyle tazminat ödeme sorumluluğu olanlar, ancak malikin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu talep haklarının kendilerine devri karşılığında, eşyanın değerinin tamamını ödemekle sorumlu tutulmaktadır. Devredilen talep hakları sayesinde tazminat borçlusu, zarardan nihai olarak sorumlu olan kişilere rücu edebilmektedir. Ancak yine de § 255 BGB hükmü uyarınca kaybolan eşyanın değerini malike ödemekte ve böylelikle eşyanın kaybı nedeniyle ortaya çıkan ve nihai olarak üçüncü kişinin sorumlu olduğu zararın giderilmemesi riskini üstlenmektedir. Bu riskler istihkak davasının ya da genel haksız fiil sorumluluğu yolunun sonuçsuz kalması gibi bütün riskleri içermektedir¹¹⁷.

§ 255 BGB hükmüyle devredilen talep hakları; § 985 BGB hükmü uyarınca eşyanın iadesi talebi ve eşyanın zarar görmüş bir şekilde iade edilmesi halinde §§ 990, 992 BGB hükümleri uyarınca tazminat talebi gibi talepleri kapsamaktadır¹¹⁸.

Belirtilmelidir ki; sorumluluğun kaynağının sözleşme ya da haksız fiil olmasının, ya da zararın ihmalle ya da kasten doğmasının sorumluluğun niteliğinin tespitinde önemi yoktur. Örneğin hırsızın çaldığı bir malı üçüncü kişiye teslim etmesi halinde de sorumlu olduğu risk zararın giderilememesi, diğer bir deyişle çalınan eşyanın üçüncü kişiden geri alınmaması riskidir¹¹⁹. Böyle bir durumda malik hırsızdan zararının giderilmesini dava ettiği takdirde, hırsızın tazminat ödemesi karşılığında § 255 BGB hükmü uyarınca talep haklarının devrini isteme hakkı bulunmaktadır¹²⁰.

3- § 255 BGB Hükmünün Mülkiyetin Nakline Etkisi

Alman eşya hukukunda taşınır eşyanın mülkiyetinin malik tarafından üçüncü bir kişiye devri için § 929 BGB hükmü uyarınca tarafların mülkiyetin devri konusunda anlaşmaları ve

¹¹⁶ Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse* §§ 255-327, , § 255, I, 3.

¹¹⁷ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil*, s. 558; Heinrichs ve diğerleri, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 317, § 255, 1-a.

¹¹⁸ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil*, s. 558.

¹¹⁹ Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse* §§ 255-327, § 255, II, 4.

¹²⁰ Ibid, § 255, III, 1; Aksi görüşe göre, tazminat sorumlusu hırsız tarafından eşya üçüncü kişiye satılmışsa, hırsızın tazminat ödemesi karşılığında malikten talep haklarının kendisine devrini isteme hakkı bulunmamaktadır. Bkz. Oetker ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil* §§ 241-432, § 255, II, 1.

eşyanın zilyetliğinin devri gerekmektedir¹²¹. Ancak § 931 BGB hükmü ile istihkak iddialarının devrinin zilyetliğin devri yerine geçeceği düzenlendiğinden,¹²² tarafların arasında mülkiyetin devri konusunda anlaşma bulunması şartıyla istihkak iddialarının devri mülkiyetin el değiştirmesini mümkün kılabilmektedir¹²³. Yine doktrinde, istihkak davasını düzenleyen § 985 BGB hükmünden yola çıkılarak istihkak davası açma hakkının mülkiyet hakkından ayrılarak bağımsız olarak devredilemeyeceğini savunulmaktadır¹²⁴.

Alman doktrininde bazı yazarlar tarafından¹²⁵ § 255 BGB hükmünün lafzından yola çıkılarak, anılan hüküm ile tazminat alacaklısına yalnızca istihkak iddiasını eşyayı elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı ileri sürme hakkını devir borcu yüklediği, mülkiyetin devrine ilişkin anlaşma ve mülkiyetin devri konusunda herhangi bir yükümlülük yüklenmediği savunulmaktadır. Tazminat borçlusuna istihkak iddiasının devrinin, tazminat sorumluluğuna neden olan ve üçüncü kişinin elinde bulunan eşyanın zilyetliğini elde etmesi imkanı sağlamakta olduğunu, eşyanın zilyetliğini elde etmekle tazminat borçlusunun ödediği tazminat tutarının iadesi karşılığında eşyayı malike teslim etmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁶.

Benzer şekilde § 255 BGB hükmünün mülkiyet devrini zorunlu kılmadığını savunan bir görüş,¹²⁷ söz konusu hükmün lafzından yola çıkarak, alacaklının istihkak iddiasını devir borcu bulunmasına rağmen, mülkiyeti devir anlaşması yapmak zorunda olmadığını savunmaktadır. Buna göre § 985 BGB hükmü uyarınca istihkak davası açma hakkı yalnızca malike tanınan bir

¹²¹ Jan Schapp ve Wolfgang Schur, *Sachenrecht* (4. Baskı, Verlag Franz Valen 2010), s. 81 vd.

¹²² Ibid, s. 92 vd.; Bilgehan Çetiner, 'İstihkak Talebi Temlik Edilebilir Mi?', Prof Dr Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan (On iki Levha 2020), s. 141.

¹²³ Meier, *Gesamtsschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 801; Çetiner, 'İstihkak Talebi Temlik Edilebilir Mi?', s. 141, 142. Ayrıca Türk Hukukunda istihkak taleplerinin devrini mümkün gören yazarın, Türk-İsviçre Hukuku bakımından konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. aynı eser s. 143 vd.

¹²⁴ Meier, *Gesamtsschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 802.

¹²⁵ Paul Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht* (I. Guttentag Verlagsbuchhandlung 1901), s. 300 vd.; Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 34 vd.; Carl Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts Recht der Schuldverhältnisse*, Cilt 1 (Verlag von I.C.B. Mohr 1902), s. 81 vd.; Oetker ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, s. 675, 675, § 255, III, 2.

¹²⁶ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I. Band Allgemeiner Teil*, s. 558, 559, dn. 6.

¹²⁷ Selb, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327*, § 255, III, 1.

hak olduğundan, § 255 BGB hükmü uyarınca borçluya devredilmesi gereken talep haklarının en azından bir eşyanın zilyetliğini talep edip teslim alma (ahzu kabz) yetkisi şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla eşyanın zilyetliği bu yolla borçluya geçse bile mülkiyet borçluya geçmemektedir. Bu yaklaşım da alacaklının korunması prensibine dayanmakta olup, alacaklıdan tazminat alabilmek için yeri ve varlığı tespit edilemeyen eşyanın mülkiyetini borçluya devretmesinin beklenemeyeceğini kabul etmektedir. Böylelikle borçlunun tazminat ödemesi aşamasında alacaklının nihai bir hak kaybı söz konusu olmamakta, eşyanın ortaya çıkması halinde alacaklının eşya üzerindeki hakları korunmaktadır. Borçlunun eşyanın iadesini talep hakkına dayanarak eşyanın zilyetliğini üçüncü kişiden elde etmesi durumunda, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin § 812 BGB hükmü uyarınca eşyanın alacaklıya iadesi karşılığında ödemiş olduğu tazminatın kendisine iadesini talep etmesi mümkün olacaktır. Bir görüş tarafından¹²⁸ ise burada alacaklıya, eşyanın mülkiyetini borçluya devrederek tazminatı iade etmekten kaçınma hakkı tanınması gerektiği savunulmaktadır.

Diğer bir görüşe¹²⁹ göre ise, her ne kadar § 255 BGB hükmünün lafzı bu şekilde bir yoruma izin verse de, yasanın tarihsel gelişimi izin vermemektedir. Zira hem *Ius Commune* döneminde hem de ilk tasarıda istihkak talebinin devri yalnızca zilyetliğin devrini değil, aynı zamanda mülkiyetin tazminat alacaklısına geçmesi için gerekli bir şartın gerçekleşmesini amaçlamıştır. İstihkak talebinin devri, zilyetliğin tazminat borçlusuna tarafından kazanılmadığı ya da zilyetliğin alacaklı malikin eline geçtiği durumlarda mülkiyetin tazminat borçlusuna geçişi için yeterli değildir. Ancak tazminat borçlusunun zilyetliği kazandığı durumlarda, alacaklı malikin istihkak iddiasını devirden dönme hakkının bulunmamasından ötürü mülkiyet borçluya geçmektedir. Dolayısıyla §§ 929, 931 BGB hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde § 255 BGB hükmü ile tazminat alacaklısı istihkak talebinin devri ile birlikte, tazminata konu eşyanın mülkiyetini tazminat borçlusuna geçirme önerisini de sunma ve böylelikle alacaklının eşyanın zilyetliğini kazanması halinde mülkiyeti alacaklıya devretme yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁰.

¹²⁸ Hauk, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, s. 35.

¹²⁹ Dieter Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil* (17 Baskı, C.H. Beck 2006), s. 226; Dieter Medicus ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil* (22 Baskı, C.H. Beck 2021), s. 322.

¹³⁰ Meier, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, s. 801, 802.

SONUÇ

Ius Commune dönemi öncesinde Roma Hukukunda malikin hem hırsıza hem de sözleşme ilişkisi kapsamında borçluya karşı sahip olduğu bir takım dava hakları bulunmaktadır. Malik tarafından hırsıza yöneltebilecek davalardan ilki *rei vindicatio*'dur. Malikin hırsıza karşı sahip bir diğer dava hakkı ise, hırsızın çaldığı eşya nedeniyle sebepsiz zenginleşmesi olgusuna dayanan *condictio furtiva*'dır. Hırsıza karşı sahip olduğu bu davaların yanı sıra malik, borçludan da sözleşme ilişkisine dayanarak zararlarının tazminini talep edebilmektedir. Sayılan tüm bu davalar çalınan eşyanın iadesi ya da bunun mümkün olmaması halinde doğan zararın tazmini amacı güden davalar olduğundan, bunlara aynı anda ve birlikte başvurulması mümkün değildir. Diğer taraftan bu davalarla birlikte esas itibarı ile malik tarafından hırsıza ve hırsızın mirasçılara karşı açılabilir olan, tam bir ceza davası (*poenam tantum*) niteliği taşıyan *actio furti* bulunmaktadır ki, malikin zararının diğer davalarla tazmin edilmiş olması bu davada hırsızın ya da mirasçılarının mahkum edilmesine engel olmamaktadır.

Actio furti esas olarak malike ait bir hak olmakla birlikte, Cumhuriyet Döneminde düzenlenen bir formülle "*hırsızlığın yapılmamasında hukuki bir yararı bulunan*" malik dışındaki diğer kişilere de tanınan bir hak haline gelmiştir. Bu kapsamda eşyanın sözleşmeyle teslim edildiği kişilerin malike karşı sözleşmeden kaynaklanan *custodia* sorumluluğu bulunması halinde, *actio furti* hakkı malike değil bu kişilere ait olmaktadır. Bu kişilerin *actio furti* hakkı kazanmaları malikin zararını tazmin etmiş olmaları şartına bağlı olmayıp, eşyanın çalınmasıyla birlikte gerçekleşmektedir. Bu şekilde hırsızlık eylemi ile birlikte *actio furti* hakkı bulunmayan bazı borçluların da tazminat ödemesiyle birlikte bu hakkı kazandıkları kabul edilmektedir.

Ius Commune döneminde ceza davalarının özel hukuk alanı dışına çıkarılması fikrinin gelişimiyle birlikte, eşyası çalınan malik, ister *actio furti*, ister *condictio furtiva* isterse de genel haksız fiil hükümlerine (*Lex Aquilia*) dayanarak tazminat davası yoluna başvursun, yalnızca uğradığı zararla sınırlı olacak şekilde tazminata hak kazanabilmektedir. Buradan hareketle *actio furti* ya da *condictio furtiva* yolu ile malikin zararının tazmin edildiği durumlarda, malikin artık diğer yollara başvurma imkanı kalmamaktadır.

Diğer taraftan malike karşı eşyanın çalınmasından sorumlu olan borçluya, tazminat ödeyip ödemediğine bakılmaksızın *actio furti* ya da *condictio furtiva* hakkı tanınması halinde, borçlunun söz konusu davalar yoluyla hırsızdan neden olduğu zararı tahsil etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Zira ceza davalarının özel hukuk alanından çıkarılmasının bir sonucu olarak borçlunun sorumluluğu zarar ile sınırlı olduğundan, malikin hırsıza başvurma olanağı ortadan

kalkmaktadır. Bu nedenle tazminat ödemesinden bağımsız olarak belli hakların sözleşme borçlusuna devredilmesi çözüm olmaktan uzaklaşmıştır.

Bazı dava haklarının doğrudan doğruya ya da tazminat ödendikten sonra sözleşme borçlusuna devrinin yanı sıra, Roma Hukukunda sözleşme ilişkisi dışında malike tazminat ödenen bazı durumlarda da tazminat ödeyen kişiye talep haklarının devri söz konusudur. *Rei vindicatio* davasında davalı zilyet, malike iade etmesi gereken eşyayı iadeye yanaşmaz ve belirlenen dava değerini (*litis aestimatio*) davacıya öderse, alıcının sahip olduğu haklara kavuşmaktadır. Davalının *rei vindicatio* davası sırasında, eşyanın zilyetliğini kasten elinden çıkarmamış olması şartıyla, davalının davacıdan *rei vindicatio* hakkının kendisine devretmesini ya da devredileceğine dair teminat vermesini talep hakkı bulunmaktadır. *Rei vindicatio* hakkının devri sayesinde tazminat ödeyen davalı, malı elinde bulunduran üçüncü kişiler aleyhine dava açarak eşyanın zilyetliğini elde edip malik sıfatını kazanabilmektedir. Ancak bundan önce malikin tekrar zilyetliği kazanması halinde sorunun nasıl bir çözüme kavuşturulacağı Roma Hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre *rei vindicatio* neticesinde tazminat elde eden malikin, daha sonra zilyetliği kazanması durumunda tazminatı iade ederek eşyayı tutma hakkı bulunmamaktayken, başka bir görüşe göre böyle bir durumda malike seçme hakkı tanınması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, tazminat ödeyen borçlu böyle bir durumda isterse sözleşmeye dayanarak isterse de "*condictio quasi sine causa*" yoluna başvurarak ödemiş olduğu tazminatın iadesini talep edebilir.

Böylece, *Ius Commune* öncesi dönemde ceza davası niteliği taşıyan *actio furti* bir kenara bırakıldığında, bir taraftan mülkiyet hakkı aynı anda farklı sorumluluk türleri bakımından çeşitli dava haklarıyla koruma altına alınan maliklerin zararlarından fazla zenginleşmeleri, diğer taraftan ise zarardan ikincil derecede sorumluluğu bulunan kişilerin korunması ve zararın nihai sorumlu üzerinde bırakılması esas olarak iki şekilde sağlanmıştır. Bunlardan ilki malikin zarar veren üçüncü kişilere karşı tazminata konu eşya nedeniyle sahip oldukları talep haklarının sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zararı tazmin eden borçluya devridir. Diğerisi ise zararın tazmin edildiği anda var olan hukuki sebebin (*causa*) malikin dava konusu eşyanın zilyetliğini tekrar elde etmesi sonucunda ortadan kalkması nedeniyle tazminat ödeyen borçlu tarafından *condictio quasi sine causa* ve sonrasında *condictio ob causam finitam* yoluna başvurmak suretiyle ödemiş olduğu tazminatın kendisine iadesinin sağlanmasıdır.

Alman hukukunda *Ius Commune* döneminde ve sonrasında Roma Hukukunun etkisi diğer Avrupa devletlerine kıyasla çok daha belirgindir. Zira yerli ve ulusal hukuk ile Roma Hukuku arasında çatışma bulunduğu hallerde Pandekt Hukukuna üstünlük tanınmıştır. Dolayısıyla Pandekt Hukuku, BGB'nin yürürlüğe girişine kadar ülkenin büyük kesiminde

geçerliliğini korumuş ve BGB'nin hazırlık sürecinde de önemli rol oynamıştır. BGB'nin hazırlanması sırasında Alman kanun koyucu konuyla alakalı olarak, ilki istihkak davalarına ilişkin, ikincisi kullanım ödöncü sözleşmelerine ilişkin sonuncusu da 19. yy.'da geliştirilen genel nitelikli talep haklarının devri yükümlölüğü olmak üzere üç farklı yaklaşımla karşı karşıya kalmıştır.

BGB'nin yürürlüğe girmesinden önce Almanya'da yürürlükte olan bazı kanunlarda ve BGB'nin hazırlanması esnasında istihkak davalarında davalının tazminat ödemesiyle birlikte tazminata konu eşyanın mülkiyetin yasa ile davalıya devredilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir.

Sözleşme ilişkileri kapsamında borçlu tarafından tazminat ödendikten sonra söz konusu eşyanın tekrar malikin zilyetliğine dönmesi durumunda, Pandekt Hukukunda malikin mülkiyet hakkına öncelik verilmiştir.

Nihayet Mühlenbruch tarafından 19. yy. başlarında tüm iade yükümlölülerini kapsayacak şekilde genel bir ilke ortaya konularak talep haklarının devri kurumun temeli oluşturulmuştur. Buna göre kaybolan ya da zarar gören bir eşya nedeniyle tazminat yükümlölüğü doğan herkes, bu eşyaya ilişkin zararların giderilmesine yönelik davaların kendisine devredilmesini talep edebilmektedir.

Bu gelişmeler ışığında BGB hazırlık komisyonlarında yürütölen çalışmalar neticesinde günümüz § 255 BGB hükmüne ulaşılmıştır. Anılan hükümle bir eşyanın ya da hakkın kaybindan dolayı malike ya da hak sahibine karşı tazminat sorumluluğu olan kişinin, ancak malikin ya da hak sahibinin kaybolan eşyadan ya da haktan kaynaklanan talep haklarını kendisine devretmesi karşılığında tazminat ödemekle yükümlölü olduğu düzenlenmiştir. Talep haklarının devri kurumu *condictio sine causa ob finitam* ile birlikte uygulanmaktadır. § 255 BGB hükmü ile kaybolan eşyanın malikin zilyetliğine dönmeden önceki aşamada tazminat borçlusunun hakları korunup zararın asıl sorumlu üzerinde bırakılmasına imkan sağlanırken, hukukumuzda da TBK m. 77/II hükmü uygulama olanağı bulunan *condictio sine causa ob finitam* ile kaybolan eşya üzerinde malikin tekrar zilyetlik kurması nedeniyle ortaya çıkan zenginleşme ortadan kaldırılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Borkowski A ve du Plessis P, *Borkowski's Text Book on Roman Law* (4. Baskı, Oxford University Press 2010)
- Burdick WL, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law* (Tekrar Basım, The Lawbook Exchange, Ltd. 2012)
- Crome C, *System des deutschen bürgerlichen Rechts Recht der Schuldverhältnisse*, Cilt 1 (Verlag von I.C.B. Mohr 1902)
- Dannemann G ve Schulze R, *German Civil Code Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, Cilt 1 (C.H. Beck 2020)
- Dernburg H, *Pandekten*, Cilt 2 (H. W. Müller 1889)
- Erdoğan B, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Der Yayınları 2010)
- Erdoğan B, *Roma Eşya Hukuku* (6. Baskı, Der Yayınları 2015)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Yetkin Yayınevi 2018)
- Fikentscher W ve Heinemann A, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (11. Baskı, De Gruyter 2017)
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015)
- Hauk K, *Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (Verlag von Theodor Weicher 1929)
- Heinrichs H ve diğerleri, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (62. Baskı, Verlag C. H. Beck 2003)
- Jauernig O ve diğerleri, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz* (14. Baskı, C. H. Beck 2011)
- Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Hukuku* (14. Baskı, Yetkin Yayınları 2010)
- Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Eşya Hukuku* (5. Baskı, Turhan Kitabevi 2015)
- Kaser M ve Knütel R, *Römisches Privatrecht* (18. Baskı, C. H. Beck 2005)
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Turhan Kitabevi 2013)

- Kocayusufpaşaoğlu N, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Cilt 1 (5. Baskı, Filiz Kitabevi 2010)
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (AÜHF Yayınları 1977)
- Küçük E, 'XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku' (2007) 56 AÜHFD
- Küçükgüngör E, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)* (Yetkin Yayınları 2002)
- Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts 1. Band Allgemeiner Teil* (14. Baskı, C.H. Beck 1987)
- Medicus D, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil* (17. Baskı, C.H. Beck 2006)
- Medicus D ve Lorenz S, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil* (22. Baskı, C.H. Beck 2021)
- Meier S, *Gesamtschulden Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspective* (Jus Privatum, Mohr Siebeck 2010)
- Mommsen F, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, Cilt 1 (C. A. Schwetschke 1859)
- Mühlenbruch CF, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des Römischen Rechts* (3. Baskı, Ernst Mauritius 1836)
- Oertmann P, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht* (I. Guttentag Verlagsbuchhandlung 1901)
- Oetker H ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, Cilt 2 (4. Baskı, Verlag C. H. Beck 2001)
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018)
- Öz MT, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle* (Kazancı 1990)
- Schapp J ve Schur W, *Sachenrecht* (4. Baskı, Verlag Franz Valen 2010)
- Schmoeckel M, Rückert J ve Zimmermann R, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432* (Mohr Siebeck 2007)

Selb W, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327*, Cilt II (12. Baskı, J. Schweitzer Verlag 1979)

Serozan R, *Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 3 (Filiz Kitabevi 2016)

Söğütlü Erişgin Ö, *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)* (İmaj Yayınevi 2002)

Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016)

Watson A (çev.), *The Digest of Justinian*, Cilt 1-4, (University of Pennsylvania Press 1998)

Westermann HP, Bydlinski P ve Arnold S, *BGB - Schuldrecht Allgemeiner Teil* (9. Baskı, C.F. Müller 2020)

Windscheid B, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Cilt 2.2 (Buddeus 1866)

Zimmermann R, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2. Baskı, Oxford University Press 1996)