

SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUKTA YANSIMA ZARAR VE GİDERİMİNE İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER

*Yrd. Doç. Dr. Çağlar ÖZEL**

I. Giriş

Sözleşme dışı sorumluluk hukuku, kapsamına sözleşmeden doğan sorumluluğu da alan geniş anlamda sorumluluk hukukundan farklı olarak, giderim yükümlülüğünün, zararlı sonucun gerçekleşmesinden önce var olan bir hukuksal ilişkiye dayanmadığı hallerde ortaya çıkan, zararın giderimine yönelik normları düzenleyen hukuk kurallarının bütünü olarak anlaşılır.

Sorumluluk hukukunun birincil işlevi ise, bir sorumluluk normunun uygulanması için gerekli koşulların oluşması halinde, zarar gören kişinin uğradığı zararın bir başkasına aktarılmasını sağlamaktır. Bu husus ortak hukuktan gelen ve bu gün hala geçerliliğini koruyan bir ilke olan "casum sentit dominus" (kendi düşen ağlamaz, zarara zarar gören katlanır) ana kuralına getirilmiş istisnayı oluşturur. Sözün özü, zarar gören kişi kural olarak bu zararına kendisi katlanmalıdır; meğer ki, bu zararın bir başka kişiye aktarılmasını olası kılan bir istisna olsun.

"Casum sentit dominus" kuralına getirilen istisnaların temelindeki düşünce kimsenin, bir başkasına haksız bir biçimde zarar vermemesi zorunluluğundan (neminem leadere, başkasına zarar verme!), başka bir deyişle kimsenin haksız biçimde uğradığı zarara katlanmak zorunda olmamasından kaynaklanmaktadır.¹

Uğranılan zararın giderilmesinin bir başkasına aktarılmasını sağlayan prensiplere ise sorumluluk prensipleri denilir. Bu anlamda temel prensip,

* H.Ü. İ.İ.B.F.Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, Beytepe/Ankara

¹ Geniş bilgi için bak. REY, Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 1998, s. 3 vd.; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I. 6. Bast, İstanbul 1998, s. 455 vd.

Roma Hukuku ve Ortak Hukukta gelişip Türk/İsviçre Hukuklarına aktarılan kusur prensibidir (Verschuldensprinzip). Bunun dışında, kusurun aranmadığı, özellikle ortaya çıkan zararlar, davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin sorumluluğu kurmada temel alındığı, -bugün artık genel kural olan kusur sorumluluğunun istisnaları olmaktan çıkıp neredeyse ana kural haline gelmiş olan- objektif sorumluluk (sebebi sorumluluğu, kusursuz sorumluluk) halleri vardır.

Sözleşme dışı sorumluluğun (dar anlamda haksız fiil sorumluluğunun) unsurları, bir davranışın olması, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusura dayanan sorumluluk açısından kusurun varlığıdır. İşte biz aşağıda bu unsurlardan "zarar"ın özel bir görünümü olan "yansıma zarar"ın niteliği ve özellikle de yansıma zarar gören üçüncü kişinin bu zararının gideriminin istenip istenemeyeceği hususları üzerinde duracağız.

Bu hususta yapılacak açıklamaların temelinde, öncelikle yansıma zarar kavramının tanımı yer alır. Bunun için de, ilişki içinde olduğu kavramlarla arasındaki ayrım noktalarının açığa çıkarılması gerekmektedir. Öğreti ve mahkeme kararlarında -aşağıda görüleceği gibi- dolaylı zarar kavramına verilen anlam bakımından ve yansıma zarar olarak nitelendirilebilecek haller bakımından değişik yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, yansıma zarar olarak nitelenen zararlardan dolayı failin -sözleşme dışı- sorumluluğunun olup olmayacağı konusunda birbirine aykırı düşünceler olduğu gibi, yansıma zarara verilen anlama göre de sorumluluğun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin farklı düşünceler söz konusudur. Biz aşağıda önce yansıma zarar kavramının tespit edilmesine, sonra da bu tür zararların giderilmesinin istenip istenemeyeceğine ilişkin açıklamaları getirmeye çalışacağız.

II. Terim Sorunu: Üçüncü Kişinin Zararı-Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar

A-Genel Olarak

Yansıma zararın belirlenmesindeki ilk güçlük, bunun sınırlandırılmasındaki zorluktan kaynaklanmaktadır. Bu durum, üçüncü bir kişiye verilen zararın, yasa koyucunun hiç bir yerde belirtmediği ve çoğu zaman çok değişik hipotezler için kullanılan bir önolgu (Voraussetzung) olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle bizi ilgilendiren kavramı kesin olarak sınırlandırmakla işe başlamak önem taşımaktadır. Bu düşünce aşamasında sorumluluğu doğrudan mağdura bağlayan ilişkinin yapısı o kadar önemli değildir. Tazminat ödeme zorunluluğu ister haksız fiilden ister

sözleşmeden doğmuş olsun fiili durum aynı şekilde incelenir.² Ancak biz açıklamalarımızı, yukarıda da belirtildiği gibi sözleşme dışı sorumluluk içinde tutmaya çalışacağız

Yansima zarar, dolaylı zarar adı verilen zararlar kategorisine altlanır. Deyim (kural olarak bir kişinin malvarlığında meydana gelen azalma anlamına gelen) zararın yapısını değil de kaynağını belirler. Gerçekten de bu deyim, bir illiyet sorununu akla getirmektedir. Bir kişinin sorumlu olduğu fiil ve bir başkasına yansıyan böyle bir zarar arasında sebep - sonuç bağlantısı doğrudan değildir. Şu anlamda ki; ara olgular (vakıalar) işin içine girer. İhlalle doğrudan doğruya verilen ilk zarar (örneğin taşıttaki hasar) bazı zararlı sonuçlar doğurabilir. (Örneğin hasar gören taşıt aracının yerine konacak aracın kira giderleri) ve diğer nedenlere bağlı olarak da yeni zararlar ortaya çıkabilir. (örneğin aracın onarımı amacıyla bırakıldığı tamirhanedeki yangında zarara uğraması). Bu dizi zararlar aynı kişide toplandığında dolaylı zararlara "takip eden zararlar" adı verilebilir. Buna karşılık nedensellik zinciri, ilk zararın mağdurundan başka kişileri etkilediğinde bu zararlar yansima zarar olur. Görüldüğü gibi, takip eden (sonraki) zararlar yansima zarar arasındaki fark, illiyet bağının sağlamlığında değil de, zararın bir tek ya da birden çok kişi üzerinde yansımada bulunmaktadır. Nitekim, bir borunun arızalanmasıyla meydana gelen iş kesintisi, boru, etkilenen işletmeye ait olduğu zaman takip eden zarara , bir üçüncü kişiye ait olduğu zaman da yansima zarara yol açar. Bu belirleme sorunun temel görünümünü ortaya çıkarmaktadır.³

B-Yansima Zararın Tanımı

Yansima zarar kavramının tanıtılması için önce örnek olaylarla başlamak daha uygun olur kanısındayım. Buna öğretilerde verilen yaygın örneklerden⁴ başlayalım:

(1) Ünlü bir tiyatro oyuncusu, sahne alacağı tiyatro binasına doğru yol alırken bir otomobilin çarpması sonucu, bacağı ağır şekilde yaralanır. Bunun üzerine tiyatro düzenleyicisi oyunu iptal etmek zorunda kalarak biletleri iade eder; aynı zamanda tiyatrodaki bulunan lokantayı işleten kişi de bu nedenle azalan müşteri yüzünden gelir kaybına uğrar. Tiyatro düzenleyicisinin ve lokanta işletmecisinin uğradığı zarar yansima zarardır.

² *TERCIER*, Pierre, La Réparation du Préjudice Réfléchi en Droit Suisse de la Responsabilité Civile, Gedächtnisheft Peter Jäggi, Freiburg 1977, (s. 239-271) s. 242.

³ *TERCIER*, La Réparation, s.242-243.

⁴ Örnekler *REY*, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998, s. 78, N. 355'den alınmıştır.

(2) Küçük ölçekli bir işletme sahibinin vasıflı işçilerinden birisi, üçüncü kişi tarafından yaralanır. Bu yaralanma neticesinde işgöremez hale gelen işçinin belirli bir süre içinde iş sahibine teslim edilmesi gereken makineyi zamanında yetiştirememesi dolayısıyla işi yüklediği kişiye tazminat ödemek zorunda kalan işletme sahibinin uğradığı zarar, yansıma zarardır.

Bu örneklerden yola çıkılarak yapılan bir tanım gereğince yansıma zarar (Reflexschaden), bir ya da birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile özel bir ilişkisi nedeniyle, aynı zarar verici davranış yüzünden uğradığı, ancak bu kez dolaylı biçimde ortaya çıkan zarar olarak nitelendirilir.⁵

HATEMİ'ye göre ise yansıma zarar, "BK.41 veya 41/II anlamında Hukuka veya Ahlâka aykırı bir eylem dolayısı ile de olsa sonucu olmayan, diğer bir deyişle, bu anlamda bir eylem mağdurunun malvarlığında meydana gelmeyen, bir kazanç kaybı (lucrum cessans) veya "masraf" yapılması sonucunda ortaya çıkan bir "malvarlığı eksilmesi" (damnum emergens) zarardır."⁶

OĞUZMAN/ÖZ 'e göre ise yansıma zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin , aynı davranış yüzünden uğradığı zarardır.⁷

Sorumluluk hukuku, genel olarak taleplerin ölçümlenemeyecek derecede büyümesine izin verilmemesi eğilimindedir.⁸ Bu bağlamda mahkeme kararlarında da yerleşmiş düşünce gereğince, sadece zararlı sonucun doğrudan sonucu olan zarara uğrayan kişiler zarar giderim talebinde bulunabilirler.⁹ Dolaylı zarar denilen durum, en az üç kişinin katıldığı bir

⁵ REY. Haftpflichtrecht, N.354.

⁶ *HATEMİ*, Hüseyin, *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/İSEROZANI/ARPACI*, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1997, §4, N.17.

⁷ *OĞUZMAN*, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, s. 499.

⁸ STARK, Emil, W., *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 1988, s. 42, N. 161.

⁹ BGE 82 38; BGE 99 II 223 ve daha bir çok kararda bu husus belirtilmiştir. Yargıtay'a göre de "Sözleşme dışında ve sözleşmeye dayanan sorumluluk hallerinde olaydan uzak veya yakın biçimde zarar gören bütün kişilerin tazminat istemeleri kabul edilemez. Türk hukuk sisteminde haksız fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişinin tazminat isteyebileceği, kural olarak kabul edilmiştir. Bunun tek istisnası BK. nun 45/2 maddesindeki, ölenin yardımından mahrum kalanların da bu zararlarını isteyebileceklerine dair hükümdür.. Bu durumu sonucu olarak dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin, fiilin direkt mağduru dışında zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarının tazminini isteyemeyecekleri anlaşılmaktadır. Haksız fiil ile doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi doğrudan uğradığı zararın dışında dolayısıyla uğradığı zararların da tazminini isteyebilir. Yeter ki dolayısıyla zararlar uygun illiyet bağıyla fiile bağlı olsunlar." Y. 4. HD 8.1.1979 T ve E. 1977/13144, K. 1979/38 (YKD., 1979, S.1, s. 28-30).

ilişkiden doğar. Bu kişilerden biri (sorumlu) bir başkası (doğrudan mağdur) için yeniden bir zarara yol açar ve bu zarar da yansıma yoluyla bir üçüncü kişi (dolaylı mağdur) için yeni bir zarara yol açar. Dolaylı zarar bu yolla dördüncü, beşinci, altıncı olmak üzere başka kişileri de etkileyebilir. Bir mağdurun bir başka mağdura yönelmesi bazan önemli sayılabilecek nüansla "üçüncü kişiye verilen zarar", "dolayısıyla zarar", "yansıma zarar" ya da "dolaylı zarar" deyimleriyle ifade edilir.¹⁰

Bir üçüncü kişi son derece farklı bazı varsayımlarda bir zararın mağduru olabilir. Bu nedenle benzer bir nitelik gösteren bu tür durumları toplayan ve farklı terimlerle ortaya çıkan bütün halleri bir yana iten dolaylı zararın kesin bir tanımının yapılması önemli bir sorundur. Bu soruna bağlı güçlüklerin büyük bir kısmı, amaçlanan durumların ve ortaya konan sorunların sınırlanmasındaki yetersizlikten kaynaklanmaktadır. Başlangıçtaki zararın mağduruna bağlı bir üçüncü kişinin dolaylı olarak uğradığı zarar, yansıma zarardır. Bu tanım aşağıdaki dört kesin belirlemeyi gerektirmektedir¹¹:

1-Bir Zarar

Zarar sözcüğü hukukumuzda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.¹² Zarar kavramı kural olarak dar anlamda zarara (buna maddi zarar da denilebilir)¹³ karşılık gelir. Dar anlamda zarar ise malvarlığında oluşan eksilme (damnum emergens) ya da artmanın önlenmesi (lucrum cessans) olarak ortaya çıkan malvarlığı zararıdır (Vermögensschaden). Maddi zararın karşıtı ise manevi zarardır (immaterieller Schaden). Maddi zarar malvarlıksal değerlerin ihlali sonucunda meydana gelirken, manevi zarar kişilik hakkının koruma kapsamına giren değerlerin ihlalinde meydana gelen zarar olarak nitelendirilir. Geniş anlamda zarar ise bunların hepsini de birden kapsayacak şekilde kullanılır.¹⁴ Böylece geniş anlamda zarar, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir saldırının (ihlalin) gerçekleşmesinden önce ve sonraki durumları arasındaki fark olarak tanımlanır.¹⁵

Kuşkusuz, bir zarar olmadan, yansıma zararın olmayacağını söylemek herkesin bildiği bir şeydir. Bununla birlikte bu bize, zarar kavramı ile bir

¹⁰ *TERCIER*, La Réparation, s. 241.

¹¹ *TERCIER*, La Réparation, s. 246 vd.

¹² *TANDOĞAN*, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s.63.

¹³ *TANDOĞAN*, Mes'uliyet, s.63.

¹⁴ Bkz. *HATEMİ*, Borçlar Hukuku, s.44 vd.; *KELLER*, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1979, s.39 vd.

¹⁵ *TANDOĞAN*, Mes'uliyet, s.63.

kişinin mallarındaki her türlü azalmanın kastedildiğini ve bu kavramın hem dar anlamında zararı (malvarlığında azalma) hem de manevi zararı (refahın azalması) kapsadığını hatırlatma olanağını tanımaktadır. O halde, bir dolaylı zarar söz konusu olduğu gibi dolaylı bir manevi zarar da olabiliyor demektir. Bu durumda ortaya konan sorunların birlikte ele alınması gerekmektedir. Çünkü maddi zarar ve manevi zarar zararın iki şeklidir.¹⁶

2- Bir Üçüncü Kişinin Dolaylı Olarak Uğradığı Zarar

TERCIER'e göre yansıma zarar ancak, doğrudan mağdura yönelik zararın, dolaylı mağdurda yeni bir zarar doğurucu etki meydana getirdiği ölçüde olabilir. Başka bir deyişle, en azından iki saldırı (ihlal) olayı olmak zorundadır. Yazara göre, içinde yalnız bir tek saldırının bulunduğu, ama, sonuçlarına bir üçüncü kişinin katıldığı varsayımları bir kenara bırakmak gerekir. Bu durumda aktarılan (başkalarına geçirilen) bir zarardan söz edilebilir.¹⁷ *HATEMİ*'ye göre de "Dolayısı ile zarar..dolayısı ile zarara uğrayan mağdurun bir mutlak hakkının ihlal edilmiş olması dolayısıyla uğradığı kazanç kaybı ve yapmak zorunda kaldığı masraflardır. BK 41/I anlamında bir 'hukuka aykırılık' veya BK 41/II anlamında -yine geniş anlamda hukuka aykırılık kapsamına giren- bir ahlâka aykırılık söz konusu oldukça; dolayısı ile zarar da sözleşme dışı sorumluluk kurallarının uygulama alanına girer. Diğer bir deyişle, 'dolayısı ile zarar'ın giderimi de, borç kapsamına girer. Buna karşılık , kazanç kaybı veya masraf iddia eden kimsenin bir mutlak hakkı ihlal edilmemiş veya zarar verme kasdı ile bu zarara sebebiyet vermemiş ise, bu artık 'dolayısı ile zarar' değil, illiyet bağı isbat edilmek şartı ile "yansıma zararı" olur."¹⁸

3- İlk Saldırının Mağduruna Bağlı Zarar

Doğrudan zarar-dolaylı zarar nitelemesi, temelde, zarar gören kişi açısından değerlendirilir. Sıkça, zarar yüzünden, bir başka kişi başka bir

¹⁶ *TERCIER*, La Réparation, s.241.

¹⁷ En tipik olgu, satıştaki hasarın geçmesine bağlıdır (BK. md. 183): Satılan mal sözleşme yapıldıktan sonra ve alıcıya teslimden önce bir üçüncü kişi tarafından hasara uğratıldığı takdirde saldırı hâlâ malın sahibi olan satıcının haklarına yapılmıştır. Oysa zarar, satış bedelini ödemekle yükümlü olan alıcıya yüklenmektedir. Ortada bir tek saldırı vardır, ancak sonucu özel (aksi kararlaştırılabilir) bir hükümle üçüncü bir kişiye aktarılmıştır. Sonuçta seçilen oluşum biçimi ne olursa olsun, bedeli ödeyen alıcıya, ister kendi adına, isterse doğrudan mağdur lehine olmak suretiyle dava açarak zararının bedelini alma hakkının tanınması olağan görünmektedir. İşte özellikle bir malın (güvene dayalı) devir ya da dolaylı temsil durumunda ortaya çıkan sorunlar benzeri düşüncelerle ele alınmalıdır. Bu zararların anladığımız anlamda "yansıma" olmadığını ve tazmin edilmelerinin de kısmen farklı ilkelere tabi olduğunu belirtmek bizim için yeterlidir (*TERCIER*, La Réparation, s.241).

¹⁸ *HATEMİ*, Borçlar Hukuku s.47. N.15.

kayıba uğrar. Bu durumda dolaysız zarardan değil, dolaylı zarar, yansıma zarar, üçüncünün zararı ile karşı karşıya kalınır.¹⁹.

Yansıma zarar ancak dolaylı mağdurun uğradığı zararların, ortaya çıkmasından önce doğrudan mağdura her hangi bir şekilde bağlı olması halinde söz konusu olabilir. Doğrudan mağdurun uğradığı saldırının dolaylı mağdura yansıması gibi bir sonuç, işte bu önceki karşılıklı bağımlılıkla ortaya çıkar.

Bu belirleme önemlidir. Bu bize üçüncü kişinin, doğrudan mağdurun fiiliyle, fakat, failin sorumlu olduğu başlangıçtaki saldırının uzantısı nedeniyle mağdur olduğu yolundaki varsayımları bertaraf etme olanağını sağlamaktadır: Sürücü A, B'nin aracına şiddetli bir şekilde çarptığında ve kaldırılma fırlayan bu araç yaya C'yi çiğnediğinde, yayanın uğradığı zarar kuşkusuz B'nin aracından kaynaklanmaktadır. Ama A'nın fiilinden ileri gelen doğrudan bir sonuç bulunmaktadır. İşçi A, B'ye ait bir boruyu dikkatsizlikle deler ve bu şekilde açılan yarıktan akan su, C'nin binasının ön cephesini hasara uğrattırsa ya da yine A, B'yi ağır bir şekilde yaralar ve bunu gören C şiddetli bir fiziksel şoka maruz kalırsa, durum yine aynı olur. Doğrudan mağdurun aracı görevini üstlendiği doğrudur. Fakat mağdur, başlangıçtaki tecavüzden doğan nedenler dizisinde bir araçtan başka bir şey değildir. Doğrudan mağdur ile üçüncü kişi arasındaki bağlantı tamamen rastlantısaldır; bu bağlantı failin sorumlu olduğu fiille ortaya çıkar.²⁰

Bu durumların kesin formüllerle ayıklanıp, bir üçüncü kişinin uğradığı zararın giderimini sistematik olarak bir yana bırakarak çözmek, olanaklı görünmemektedir. Bunların çözümünde, hukuksal sorumluluğun genel ilkelerinin uygulanması ve özellikle ilk fiille ortaya çıkan zarar arasındaki nedensellik bağının her zaman, bu formülün kabul edildiği anlama uygun olup olmadığının araştırılması daha doğru olur. Uygun olduğu hallerde üçüncü kişi muhtemelen, doğrudan mağdura bir sorumluluk payı yüklenebildiği ölçüde, hem ilk eylemi gerçekleştirene, hem de doğrudan mağdura karşı dava açabilir. Zaten yukarıda verilen örnekler de, özellikle trafik kazalarıyla ilgili olanlarında bu şekilde çözümlenmiştir.²¹

4-Sigortacının Durumu

Sorumlu olmayan bir üçüncü kişinin yasa ya da bir sözleşme gereği, doğrudan mağdurun uğradığı zararın tümünü ya da bir kısmını tazmin etme

¹⁹ KELLER, Haftpflicht, s. 41.

²⁰ TERCIER, La Réparation, s. 246.

²¹ ATF 83/1957 II 409=JdT 1958 I 419 (Aktaran, TERCIER, La Réparation, s. 247 ve dn. 23'e ait metin).

zorunda kalması halinde yansıma zarar söz konusu değildir. Bu nedenle kanımızca sigortacılar yansıma zarardan etkilenmezler. Sigortacının, sigortalı kişinin kaza halinde uğrayabileceği zararı ödemeyi sözleşme ile yüklediği bazı özel sigortalarda, özellikle kaza sigortalarında durum böyledir. İkinci olarak yasa gereği yükümlülük altına giren kamu sigortalarının durumu gelmektedir. Sigortacılar, ilk saldırının mağduruna bağlı olan ve doğrudan mağdura parasal edimde bulunmak zorunda oldukları ölçüde mal varlıklarında dolaylı bir azalmaya maruz kalan üçüncü kişilerdir. Fakat uğradıkları zarar gayri iradî değildir. Çünkü yükümlülükleri sigortalının edimleri karşılığıdır ve kaynağı da yasalar ya da sözleşmelerdir. Doğrudan mağdurda zararın ortaya çıkması, sigortacıların edimlerine yol açan bir fırsattan başka bir şey olmayıp, gerçek anlamda edimin nedeni değildir.²²

Durum, yansıma zarar hallerinden esas itibariyle farklıdır. Çünkü, üçüncü kişi, doğrudan mağdurun uğradığı zararın bir kısmını üzerine almaktadır. Böyle olunca da bir zararı tazmin etmekle yükümlü olan çeşitli kişiler arasındaki teselsül ile ilgili kurallar uygulanır (BK md. 51). Pek çok durumda, özellikle zarar sigortasında ve kamu sigortalarında, üçüncü kişi olan sigortacı, tazminat ödediği mağdurun haklarına halef olur. Bu nedenle zarara neden olana karşı kendi adına değil de doğrudan mağdurun sorumluya (zarara sebebiyet verene karşı) açabileceği bir dava açar.²³

C-Temel Uygulamalar

Bu şekilde belirtilen yansıma zarar, her zaman insanlar arasında var olabilecek, karşılıklı bağımlılığın bir sonucu olur. Toplumsal ilişkilerin dokusu o denli sıkıdır ki, en küçük bir kopma kaçınılmaz bir şekilde başkası üzerinde etkiler meydana getirir. Bir kişiye verilen her türlü zararın gerçekten de kendisine bir ön ilişkiyle bağlı olan üçüncü kişiler üzerinde de uzantısı olabilir. Bu bağıntı ekonomik olabilir ve yansıma bir zarar ortaya çıkabilir ya da duygusal olabilir ve bir yansıma manevî zarar ortaya çıkabilir.²⁴

1-Ekonomik Bir İlişkiden Doğan Yansıma Zarar

Dolaylı mağdur, doğrudan mağdura ekonomik nitelikli bir bağ ile bağlandığı takdirde yansıma bir zarar söz konusudur. Dolaylı mağdur, doğrudan mağdurdan, saldırı nedeni ile gerçekleştirilemeyecek durumda

²² *TERCIER*, La Réparation, s. 247-248.

²³ *TERCIER*, La Réparation, s. 248.

²⁴ *TERCIER*, La Réparation, s. 249.

olduğu bir edimde bulunmasını isteyebilir (Oysa doğrudan mağdur saldırıya uğraması nedeniyle bunu yapabilecek durumda değildir). Çoğu zaman bir ekonomik zarar, münhasıran da maddi bir zarar söz konusu olur. İfası olanaksız hale gelen borç, ya sözleşmesel ya da bir başka türden olabilir.²⁵

a) Sözleşmeden Doğan Borç Halinde

Doğrudan mağdurun uğramış olduğu zarar, sözleşme gereğince dolaylı mağdura yapması gereken edimin ifasına engel oluşturur. İşte bir kaç örnek: Malik B, A tarafından yıkılmış olan taşınmazının kullanımını, kiracısı C'ye bırakamaz²⁶; A tarafından sebebiyet verilmiş bir kazada yaralanmış olan sanatçı B, rolünü yapamaz ve böylece onun yokluğu nedeniyle C tarafından düzenlenen gösteriden halkın bir kısmı yararlanamaz; küçük bir işletmenin patronu B, A tarafından yaralanmış olup, artık işçi C'ye iş temin edemez; A'nın kusuru nedeniyle B işletmesi, müşterisi C'ye ihtiyacı olduğu mamülleri sağlayamaz. Bütün bu hallerde doğrudan mağdurun edimi olanaksızlaşmıştır (BK. md. 117). Doğrudan mağdur tarafından kusur işlenmemiş olduğunda o, ilke olarak fiilden dolaylı biçimde zarara uğramış olan diğer tarafa karşı ediminden kurtulmuştur.²⁷

b) Sözleşmeden Doğmayan Borç Halinde

Bir kimse sözleşme dışı belirli bir edimi yerine getirmek zorunda olabilir. Özellikle aile hukukundan doğan bütün borçlar akla gelebilir. Saldırımın doğrudan mağdurları tarafından bakım ve işesi gerçekleştirilecek kişiler eğer bu edimden yararlanamıyorlarsa dolaylı (yansımaya) bir zarara uğramışlardır. Hukukumuzda bu durum özellikle BK md. 45 /II (OR md. 45/III) tarafından ele alınmıştır²⁸.

2- Duygusal Bir İlişki Nedeniyle Doğan Dolaylı Manevi Zarar

Dolaylı mağdur, doğrudan mağdura özel bir duygu ile bağlandığı takdirde ortada dolaylı bir manevi zarar var demektir. Bundan dolayı doğrudan mağdurun uğradığı zarardan dolaylı mağdur etkilenir. Manevi zarar ilke olarak manevi acıdan ibarettir. Burada üç temel hal akla gelebilir:

²⁵ İbid.

²⁶ Bilimsel görüşlerde oybirliği ile kabul edilen fikre göre, mesken ya da işyeri olarak kiralanmış taşınmazların üçüncü kişiler tarafından zarara uğratılması halinde malik, malının değerinin azalan kısmı için tazminat, kiracı da, kiralanandan yararlanmasının halele uğraması nedeniyle tazminat isteyebilecektir." Y.4.HD 13.5.1974 T. ve E. 1973/2449 Sayılı Kararından (YKD., 1975, sayı 5, s.55-57).

²⁷ *TERCIER*, La Réparation, s.249

²⁸ Bakınız aşağıda III, C 1.

a) Doğrudan Mağdurun Ölüm Hali

Doğrudan mağdur, bir haksız fiil sonucunda öldüğü takdirde, onun yakınları (örneğin, ana-baba, eş ve çocuklar) genel olarak bu ölümden etkilenirler. Acılarının yoğunluğu, her şeyden önce ilişkilerinin niteliğine bağlıdır. Deneyimler, bu ölüm olayının mağdurla birlikte aynı evde yaşayan bireyler tarafından daha güçlü hissedildiğini göstermektedir. Bu varsayım BK md. 47/II' de gözetilmiştir²⁹.

b) Doğrudan Mağdurun Bedensel Zarara Uğraması Hali

Doğrudan mağdur, beden bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırıya uğradığı takdirde, yakınları bunun sonuçlarından etkilenebilirler. Örneğin, kocasının kısırlaşması sonucu artık çocuk sahibi olamayacak bir kadın bakımından doğrudan olabileceği gibi ya da örneğin, bütünüyle hareket edemeyecek şekilde sakatlanmış çocuklarına yaşam boyu destek olmak zorunda kalan ebeveyn için dolaylı da olabilir³⁰.

²⁹ İBK 22.6.1966; RG 12369 (düzeltmesi 12404).Bu konudaki değişik Federal Mahkeme Kararları için bkz. Kemal OĞUZMAN/Şener AKYOL/Cumhur ÖZAKMAN, Medenî Kanun Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1993 BK md. 47'ye ait notlar.

³⁰ "Manevî giderim için BK. nun 47 ve 49. maddesi çerçevesinde üçüncü kişilerin talepte bulunamayacakları hakkında Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bir kararında bu tür bir talep reddedilmişti. Olayda ana ve baba, çocuklarının bedeninde meydana gelen bir zarar nedeni ile manevî tazminata hükmedilmesini istemişlerdi. Yargıtay'a göre, burada BK.nun 47 ve 49. maddelerine dayanılması olanağı bulunmayan bir zarar verme söz konusudur. Zira, ana-baba bu eylemden ötürü maddî veya manevî herhangi bir zarar görmüş değillerdir. O halde, mahkemece çocukların vücudunda meydana gelen zarardan ötürü, bu davacılar yararına manevî zarara hükmedilmesi BK. nun anılan maddelerine aykırıdır." Y. 4.HD 17.6.1975 T ve E. 1974, K. 7807 (İKİD., 1975, s. 3678 (TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP. Borçlar Hukuku s. 562-563'den aktarılmıştır.) . Aynı daire bir başka kararında farklı sonuca varmıştır "Davacı (K) ve (H) diğer davacı küçük (V) nin ana ve babasıdır ve çocuklarının uğradığı cismanî zarar nedeniyle manevî tazminat istemişler ve mahkemece de manevî tazminata hükmedilmiştir. Manevî tazminat isteme hakkı Borçlar Kanununun 47. maddesine göre cismanî zarara duçar olan kimseye ya da ölüm halinde ölünün ailesine düşer. Çünkü bu hak sıkı surette kişiye bağlı haklardandır. Yakın olmak, beden zararına uğrayanın ailesinden bulunmak, bir kimseye bu yolda bir hak sağlamaz. Çünkü, haksız eylem çocuğa karşı işlenmiştir ve baba bu haksız eyleme göre üçüncü kişi durumundadır. Bu tür olaylarda genellikle babanın ve ananın az ya da çok bir üzüntü ve acı duyacağı kuşkusuzdur. Ancak mücerret böyle bir eylem ve ızdırap için baba ve anaya manevî tazminat hükmedilmesine tazminat hukuku kuralları engeldir. Çünkü beden bütünlüğü ihlal edilenin yakınlarının manevî tazminat dileklerinin benimsenebilmesi, yaralama olayı nedeniyle gerçekten kişisel yararlarının, haklarının doğrudan doğruya ağır biçimde haleldar olmasına, bu yüzden büyük üzüntüye uğramış olmalarına bağlıdır. Diğer bir deyimle çocuğa karşı işlenmiş olan haksız eylem, aynı zamanda cismanî tamamıyeti ihlâl edilen kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramalarına neden olmuşsa, o takdirde yakınların da manevî tazminat istemeleri mümkündür. Çünkü bu eylemle uygun neden-sonuç bağı var demektir. Örneğin bir çocuğun beden bütünlüğünün ihlali sonucu, ana ya da baba veya kardeşleri vs. asabî bir

c) Doğrudan Mağdurun Başkaca Kişisel Menfaatine Saldırı Hali

Doğrudan mağdurun belirli ağırlıkta bir saldırıya uğradığı her durumda onun yakınları da yakınlık derecelerine göre bundan etkilenebilirler. Örneğin şiddetli bir basın kampanyasının kurbanı olan kocanın eşinin durumu ya da irza tecavüz gibi utanç verici başka bir saldırının mağdurunun ebeveyninin durumu böyledir.³¹

III. Yansımaya Zarar Gören Kişinin Bu Zararının Tazmini

A-Genel Olarak

Yansımaya zarar hususunda ortaya çıkan bir diğer sorun, yansımaya zarar nedeniyle bir zarar giderim talebinde bulunulup bulunulamayacağı hususudur. Buna göre belirli bir durumda zarar gören kişiler uğradıkları zararın giderimini isteyebilecekler midir?³²

HATEMİ, yansımaya zararın tazmini konusunda öncelikle yansımaya zarar kavramının belirlenmesi ve bunun dolaylı zarar kavramından ayrılması gerektiği kanısındadır. Yazar bu konuya şöyle yaklaşmaktadır: "Failin eylemi; mağdurun bir mutlak hakkını ihlal etmiş ise, bu tür zarar "yansımaya zararı" değil "dolayısı ile zarar" olur. Giderilmesi gerekir. Zarar verme kasdı ile yapılan ahlaka aykırı bir eylemin sonucu ise yine giderilmesi gerekir (BK. 41/II). Bu şartlar gerçekleşmemiş -fakat, BK.45/II'de olduğu gibi- özel bir kanun kuralı ile zararın giderimi yükümü getirilmiş ise , yine "yansımaya zararı"nın giderilmesi borcu doğar. Böyle bir kural yok ise, "Hukuka aykırılık bağı" kavramına başvurmaya gerek olmaksızın, BK.41/I ve 41/II'nin şartları olmadığı ve özel bir kanun kuralı da giderim yükümü getirmedeği için, "yansımaya zararının sözleşme dışı sorumluluk kapsamına girmediği" sonucuna varmamız gerekir."³³

OĞUZMAN/ÖZ 'e göre ise yansımaya zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin de, aynı davranış yüzünden uğradığı zarardır. Ancak yansımaya zararlardan failin sorumlu tutulabilmesi için hem fiille uygun illiyet bağı, hem de hukuka aykırılık bağının varlığı aranır. Bu

buhran, bir ruhî sarsıntı geçirir, bu yüzden hastalanır ve böylece ruh tamlığını geçici ya da devamlı olarak kaybederse, bu yön rapor vesair detillerle kanıtlanırsa, bu kişinin de manevî tazminat isteme hakkı vardır. Y. 4.HD. 30.11.1976 T. ve E. 1976/6958, K. 1976/10448 (YKD..1978, Sayı 1, s. 27/28'den aktaran, *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, Borçlar Hukuku s. 563 ve dn. 51b'ye ait metin).

³¹ *TERCIER*, La Réparation, s. 250.

³² *STARK*, Ausservedtragliches Haftpflichtrecht, s. 41, N. 158.

³³ *HATEMİ*, Borçlar Hukuku §4, N.17.

açından yansıma zararın bir mutlak hakkın ihlalinden ya da bir nisbi hakkın ihlalinden kaynaklanması hukuka aykırılık bağı açısından önem taşır. Zarar verici davranışla uygun illiyet bağı bulunan bir mutlak hak ihlali biçiminde ortaya çıkan yansıma zararlarda hukuka aykırılık bağı mutlak hakkın ihlalinden kaynaklanır. Buna karşılık nisbî hak ihlali nedeniyle uğranılan yansıma zararlarda uygun illiyetin varlığına karşılık hukuka aykırılık bağı normun koruma amacına bağlı olarak tespit edilecektir.³⁴

Görüldüğü gibi yazarlar arasındaki fark şudur; birinde nisbî hak ihlalinin BK md. 41/II anlamında ahlâka aykırılık ya da özel bir yasa hükmüyle düzenlenmiş tazmin yükümlülüğü doğurmaması halinde, sadece üçüncü kişinin yansıma yolla uğradığı mutlak hak ihlalinden kaynaklanan zararının giderilmesi kabul edilmekte; diğerinde ise, buna ek olarak nispi hak ihlalleri halinde uygun illiyet bağının yanı sıra hukuka aykırılık bağının varlığı da aranarak, bunun gerçekleştiği durumlarda yansıma zarar gören kişinin zararının tazmin edilebileceği belirtilmektedir. Aşağıda bu konuyla ilgili olarak özellikle İsviçre ve Alman hukuklarında var olan yaklaşımları ele alıp bir sonuca ulaşmaya çalışılacaktır.

B- Ana Kural: Üçüncü Kişinin Zararı Dolayısıyla Sorumluluk Doğmaz

Geleneksel çözüm tarzı, bu gün gelinen noktadan farklı olarak, dolaylı ya da yansıma yoluyla zarar gören kişilerin bu zararının giderilmesinin failden istenemeyeceği biçimindedir. Federal Mahkeme içtihatlarında bir çok kez belirtilen bu ilke ile karşılaşmaktadır. Gerçeği söylemek gerekirse, yargıçların üçüncü kişilerin uğradığı zararın giderimi istemlerini reddetmek için ileri sürdükleri durumlar oldukça enderdir. Bununla birlikte aşağıdaki durumları zikredebiliriz³⁵:

Bir annenin kızının uğradığı ırza tecavüz olayından sonra kendisinin uğradığı manevi zararın tazmin edilmesini istemeye hakkı yoktur; ancak kızı isteyebilir.³⁶ Ölen mağdurun erkek ve kız kardeşleri, ileride yaşlı anne ve babalarıyla yalnız başlarına uğraşacakları gerekçesiyle bir tazminat talebinde bulunamazlar.³⁷ Doğrudan mağdurun desteklediği kişilerin, mağdurun saldırıdan sonra hayatta kalması halinde bir tazminat istemeye hakları

³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku s. 499.

³⁵ Bkz. *TERCIER*, La Réparation, s. 251.

³⁶ ATF 20/1894 s. 471(479).

³⁷ ATF 34/1908 II 4 (10).

yoktur.³⁸ Bir kooperatifin alacaklıları, kusurlu yöneticilerden şirketin iflası nedeniyle uğradıkları dolaylı zararın giderimini isteyemezler.³⁹

Yansıma zarar dolayısıyla genel olarak bir giderim (tazminat) yükümünden söz edilemez. Kural olarak giderim talebinde bulunabilecek olan kişi yalnızca doğrudan zarara uğrayan kişi (ya da kişiler) dir.⁴⁰ Yansıma zararın böylece kapsam dışı bırakılması, yansıma zarar gören kişinin, çoğunlukla özel bir koruma normu ihlal edilmiş olmadığı sürece (en azından sorumluluk sınırlarının hukuk politikasına özgü bakış açısından) saf malvarlığı zararına uğramasında söz konusudur.⁴¹

Kısacası, yasada destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi açık bir tazminat talebi tanınmadığı sürece, kural olarak yansıma zararın gideriminin talep edilemeyeceği genel kuralı işleyecektir. Bu bağlamda destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zarar, yasada açıkça öngörülüş biçimde talep hakkı tanıyan yansıma zararı oluşturmaktadır.⁴²

Yasadan ve buna uygun bakış açısından kaynaklanan yorum neticesinde ortaya konulan anlayış mahkeme kararları tarafından da temellendirilmiştir. BGE 57 II 181'de belirtildiği gibi, haksız fiilden kaynaklanan bir zarar giderim talebine kural olarak, haksız fiilin yansıma etkisi nedeniyle dolaylı olarak zarar gören değil, doğrudan bu fiilin hedefindeki kişi sahiptir.⁴³

Yansıma zararı reddeden yazarlardan von *CEAMMERER*'in hareket noktası doğrudan zarar gören kişiden başkasının zararlı sonuç nedeniyle giderim talep edemeyeceğidir.⁴⁴ Yazara göre fail, mülkiyetin ihlali halinde sadece malikin uğradığı zararların; kişide oluşan zarar halinde bedensel bütünlüğü ihlale yönelik zararların; koruyucu yasalarda sadece korunan kişinin kendisinin uğradığı zararların giderilmesi ile yükümlüdür. Buna bağlı olarak eğer, örneğin bir şirketin yöneticisi bir kazada ağır yaralanır ve ölürse bu doğrudan o kişinin uğradığı zarardır ve bunun sonucunda hastane masrafları, uzman hekim tedavisi ve diğer masrafları ile destekten yoksun kalanların bu zararlarının giderilmesi gerekecektir. Buna karşılık şirket, yöneticisinin ölümü nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemeyecektir.

³⁸ ATF 58/1922 II 127 (129).

³⁹ ATF 63/1937 II 18 = JdT 1937 I 338.

⁴⁰ *KELLER*, Haftpflicht, s.70; *REY*, Haftpflichtrecht, N. 356.

⁴¹ *REY*, Haftpflichtrecht, N. 356.

⁴² *STARK*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, s.43, N. 163.

⁴³ *KELLER*, Haftpflicht, s. 41-42; BGE 52 II 263, BGE 63 II 21, BGE 82 II 38.

⁴⁴ *CEAMMERER*, Ernst von, Das Problem des Drittschadenersatzes, Gesammelte Schriften, (s. 597-633), Tübingen 1968, s. 601.

Von *CEAMMERER* zarar görenden başka kişilerin uğradığı yansıma zararların giderilemeyeceğine ilişkin genel kuralı yerindelik açısından şöyle temellendirmektedir: "dolaylı olarak zarara uğrayanların zarar giderim talebinin reddedilmesi, haksız fiil sorumluluğu aracılığıyla müeyyide altına alınmış davranış normlarının koruma yönü ve koruma kapsamının sınırlandırılmasına ilişkin akılcı bir hukuk politikası sonucudur. Burada söz konusu olan insan davranışlarının ve işlem iradesi özgürlüğünün tehlikelerinin adil bir sınırlanmasıdır." Bu ya da benzer hukuksal yerindelik açıklamaları, dolaylı zararın giderimini kabul etmeyen pek çok yazarın temel gerekçesidir. Ancak von *CEAMMERER* devamla, giderimi sadece doğrudan zararlarla sınırlandırmanın açıkça uygun kabul edilemeyeceği hallerin varlığından söz etmektedir. Buna bağlı olarak da bu tip hallerin genel olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı sorusuyla karşılaşılır. Ancak bu güne kadarki özellikle Alman Hukukunda ortaya atılan çeşitli çözüm önerileri,⁴⁵ sorunun bu yolla üstesinden gelinemeyeceğini göstermiştir. Hemen bu sorunu takip eden ve modern hukukta temsil edilen düşünce, hukukun yansıma zarara ne zaman izin verdiği ve bunun nasıl yapılandırılması gerektiği hususundadır. Bu da buna ilişkin olay gruplarının tespitine yönelik sınıflandırma aracılığıyla çözülebilecek hukuksal alandaki gelişmenin bir sorunu olarak görülür.⁴⁶

Bu yapılan açıklamalar ışığında saydamlaşan iki hususu tespit etmek gerekmektedir. Bunlardan birincisi ve sürekli olarak tekrarlanan husus yansıma zararın gideriminin istenemeyeceği genel kuralının varlığı, ancak bu kuralın uygulanmasının açıkça tutarlı olmadığı bazı hallerin ortaya çıkmasıdır. Diğerleri ise çözümlerin genişletilmesidir. Ancak sadece görülebilenler için bu söz konusu olacaktır; çünkü bu çözümler olay gruplarına yönelik olarak belirlenmeli ve çoğu bu açıdan sınırlandırılmalıdır.⁴⁷

*BIEBERSTEIN*e göre hukuksal bir varlığı doğrudan ihlale uğrayan kişi ile olan hukuksal ilişkisi neticesinde üçüncü kişinin malvarlığında zarar meydana gelmesi halinde yansıma zararı ortaya çıkar. Ancak bu ilişki doğrudan bir sözleşme tarafı olma biçiminde ise bu durumda özel hukuk ya da kamu hukukundan doğan hukuksal ilişki içine girer. Alman hukuku, zarar verenin, öngörülemeyen bu gibi giderim taleplerden kaçınabilmesi için bu tür dolaylı zarar gören kişiye talep hakkı tanımaz. Eğer üçüncü kişi uygun

⁴⁵ Bak. *FREI*, Armin, Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht, Zürich 1973, s. 55 vd.

⁴⁶ *FREI*, Reflexschaden, s. 47. *CEAMMERER* dört olay grubundan söz eder: 1-Dolaylı temsil (mittelbare Stellvertretung), 2- Yeddiemin (Treuhand), 3- Risk üzerine alma (Gefahrenlastung), 4- Koruma pozisyonu (Obhutzposition). Yazar bunların genelgeçer olduğunu ancak bundan öteye geçilemeyeceğini açıkça belirterek yansıma zararı reddeden bir düşünce sergilemektedir. (*CEAMMERER*, Gesammelte Schriften s. 610 vd.)

⁴⁷ *FREI*, Reflexschaden, s. 48.

görülmeyen bir başka yolla giderim talebini gerçekleştirmeyi başarır⁴⁸ her zaman dikkate alınması gereken, bu konuda yapılan anlaşmaların aynı zamanda zarar veren için de geçerli olarak kabul edilip edilemeyeceği ya da yasa koyucunun amacıyla artık uyuyor olup olmadığıdır.⁴⁹

Bunun yanı sıra yasa koyucunun amacı, zarar verene ek yük yüklenmediğinde ya da en azından somut olayda böyle bir sonuç doğmadığında ortaya çıkan tazmini engellemek değildir. Bu kural olarak doğrudan zarar görenin zararının üçüncü kişiye olan ve zararlı sonucu ortadan kaldıran ya da azaltan, sigorta edimleri gibi ya da memur ve işçiye ücret, maaş, emekli ikramiyesi gibi edim yükümlerini sona erdirdiğinde ortaya çıkar. Bu durumda, ek olarak ortaya çıkan zararın giderimi değil, rücu sorunu ile karşılaşmış olur.⁵⁰ Sonuç olarak doğrudan zarar gören kişinin zararından yansıyarak bir başka kişide ortaya çıkan zararlar, haksız fiil nedeniyle zarar görene karşı ortadan kalkan edim yükümlerinin birbirinden ayrılması gerekir. Birinci durumda yansıma zarar, ikinci durumda ise bir rücu ilişkisi vardır.⁵¹

C- Ana Kuralla Getirilen İstisnalar

Federal Mahkemenin verdiği bir kararda, toprak kazma çalışmaları sırasında bir istihkam bölüğünün askerleri (özel bir şirketin işçileri ile birlikte) bir elektrik şebekesini hasara uğratmışlardır. Şebekeden enerji alan bir işletme faaliyetini geçici olarak durdurmak zorunda kalmıştır. Şebekenin arızalanmasından sorumlu olan kişilerden, ortaya çıkan zararın tazmini istenmektedirler. Birinci durumda Konfederasyon, Askeri Teşkilat Kanununun 22 ve devamı maddeleri uyarınca, ikinci durumda ise işveren BK'nın 55. maddesine göre davalıdır. Yargıçlar bu isteği yerine getirmişlerdir. Dolaylı olarak zarara uğrayan 3. kişilere tazminat ödenmeyeceği ilkesini ileri süren davalıya, zarar gören işletmenin gerçekte doğrudan doğruya zarara uğradığını, nitekim İsviçre Ceza Kanununun (St6B) kamu yararına olan hizmetlerin engellenmesine ilişkin 239.

⁴⁸ Örneğin, küçük bir tartı merkezinin kiralanmasında, bir zarar meydana geldiğinde kiracının zarar giderim talepleri, terazinin işletmesine yerleştirilmiş olup olmamasına ya da çalışanları tarafından kiralayamın kendi binasında kullanılıp kullanılmayacağına hususuna bağlı denilebilir mi? Malik § 275, 323 BGB karşısında kira konusu mala üçüncü kişi tarafından zarar verildiği her durumda ortaya çıkan zararın giderilmesinin öngörüldüğü, ancak ifa yerine bu kişinin hileli davranışı nedeniyle kendi zarar giderim taleplerinin ileri sürülebileceğine ilişkin çekincesi yer alırsa sözleşmesel bağ ne kadar dikkate alınacaktır? (BIEBERSTEIN, Wolfgang Frhr. Marschall von, Reflexschäden und Regressrechte, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967, s. 29).

⁴⁹ BIEBERSTEIN, Reflexschäden und Regressrechte s. 30.

⁵⁰ BIEBERSTEIN, Reflexschäden und Regressrechte s. 30.

⁵¹ FREI, Reflexschaden, s. 48.

maddesinin aynı zamanda bu hizmetlerden yararlananları da koruduğu, bu hükmün sorumlular tarafından ihlalinin federal bir hukuk kuralıyla doğrudan doğruya korunan menfaatlere zarar verdiği ve dolayısıyla hukuka aykırılık koşullunun gerçekleştiği yolunda cevap vermiştir. Böylelikle de işletmenin zararının giderilmesi yolundaki istemin kabul edilmemesi için bir neden kalmamış oluyordu.⁵²

Bu kararlar anlaşılması kolay bir yankı doğurmuştur. Ne denirse densin, Federal Mahkeme bu kararıyla dolaylı olarak zarar gören üçüncü kişilerin zararlarından dolayı giderim isteminde bulunamayacakları yolundaki yerleşik içtihadı bozmuş bulunuyordu. Federal Mahkeme bunu yaparken, verilen zararın tazmin edilmesi gerektiğine yönelik kurala getirilen son sınırlandırmayı da ortadan kaldırıyordu. Bunu yaparken, soruna o zamana kadar geçerli olan pragmatizmle çelişen kuramsal düşüncelerden hareketle genellik ilkesi çerçevesinde yaklaşmaktaydı.⁵³

Buna karşılık Federal Mahkeme, OR 45/III (BK md. 45/II) hükmüyle ilgili sınırlayıcı bir yorumu haklı göstermek amacıyla, çoğu zaman bu ilkeyi hatırlatmıştır. Destek kaybı ile ilgili bu hüküm gerçekten istisnai bir nitelik taşımaktadır.⁵⁴ Bir yandan desteklenen kişilerin çevresi kesinlikle belirtilmelidir; öte yandan ödenen zarar desteğin kaybı ile sınırlandırılmalıdır. İşte bu nedenledir ki mirasçılar, mağdurun, servetini artırmaktan alıkonulması nedeniyle uğradıkları zararı ileri süremezler; kaza sonucu ölen çocuğun annesi, sinir şoku nedeniyle uğradığı zarar için tazminat alamaz; ölünün reşit olmayan çocukları, toprakların erken satımından dolayı uğradıkları kayıp için bir tazminat isteme hakkına sahip değildirlir.⁵⁵

BK md. 45/II ve 47. maddeleri her yerde tazminat ödememe ilkesinin istisnaları olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bazı yazarlar, yakınların cismani bütünlüğüne sürekli bir zarar verilmiş olması halinde uğranılan zararlar bakımından bir esneklik önermişlerdir.⁵⁶ Bununla birlikte

⁵² *TERCIER*, La Réparation, s. 239.

⁵³ *TERCIER*, La Réparation, s. 240. Ancak mahkemenin verdiği bu karar öğretide Art. 239 StGB hükmünün kamuya hizmet eden bir kurum ya da kuruluşun işletmecisinin korunması amacını güttüğü; elektrik abonelerinin zararının giderilmesi gereken bir yansıma zarar olarak nitelendirilemeyeceği, çünkü bu kişilere yönelik bir davranış normunun ihlal edilmediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. *REY*, Haftpflichtrecht, N. 361.

⁵⁴ *TERCIER*, La Réparation, s. 252.

⁵⁵ *TERCIER*, La Reperation, s. 252.

⁵⁶ Yargıtay'ın doğrudan zarar gören kişi kavramını genişletici bir biçimde, ana -baba gibi üçüncü kişilerin uğradıkları yansıma zararların giderilmesi amacıyla, bu kişilerin doğrudan zarar gören olarak kabulüne ilişkin kararları da aynı yöndedir. Bkz. yuk. dn 30' a ait metinde belirtilen kararlar.

dolaylı zararın mağdurlarına tazminat ödenmemesi ilkesi gibi temel bir ilkenin ayrıntılı olarak saptanmaması biraz çelişkili olarak görülmektedir. Bu hiç kimsenin kuşku ile karşılama düşüncesinde olmadığı bir durumdur. Bu dogma gerçekten pratik nitelikteki düşüncelere ve yasa metnine dayanmaktadır.

1- Destekten Yoksun Kalma Nedeniyle Uğranılan Yansıma Zararın Tazmini

Dolaylı ya da yansıma yolla gerçekleşen zararın tazmin edilmesi gerektiğini söyleyen ya da buna karşı çıkan düşüncelerin hepsinin en önemli ortak noktası, BK md. 45'de düzenlenen adam ölmesi yüzünden destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi gerektiğidir. Uğranılan bu tür bir zararın yansıma zarar olduğu ve tazmin edilmesi gerektiği hususunda kuşku yoktur. Bu nedenle belirtilen hususa kısa da olsa değinmekte yarar vardır.⁵⁷

BK md. 45/II gereğince bir kişi, desteğinin ölümü sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini, sorumlu olan kişiden isteyebilir. Madde metni "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararlarını da tazmin etmek gerekir" biçimindedir. Metinde geçen "müteveffanın yardımından" deyiminin "destekten" biçiminde anlaşılması gerekir.⁵⁸

Bu bağlamda destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zarar, kişinin hukukça korunan varlıklarının hukuka aykırı olarak zarar görmesi, bir başka deyimle sadece doğrudan zarar gören kişinin zarar giderim talebinde bulunabileceği biçimindeki genel kurala istisna oluşturur⁵⁹. Ölen kişinin hukukça korunan varlığına hukuka aykırı olarak zarar verilebileceği için, destekten yoksun kalan kişi yansıma yoluyla zarar gören kişi, bu kişinin destekten yoksun kalması nedeniyle uğradığı zarar ise yansıma zarar olarak nitelendirilir.⁶⁰

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. *TEKİNAY*, Selahattin S., Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963; *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, Borçlar Hukuku s. 619 vd.

⁵⁸ Bkz. *ZEVKLİLER/ORTAN*, Medeni Kanun, BK md. 45'in altında yer alan açıklama.

⁵⁹ *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, Borçlar Hukuku s. 619 vd.; *REY*, Haftpflichtrecht, N. 358.

⁶⁰ *REY*, Haftpflichtrecht, N. 358.

2- Normun Koruma Amacına Aykırılık Nedeniyle Yansıma Zararın Tazmini

Hukuk düzeninde üçüncü kişinin zararına karşı takınılan bu olumsuz tavır, makul olmayan pek çok durumun ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır.⁶¹ Örneğin işletmede çalışan işçi A yerine işletme sahibi yaralanmış olsa ve alınan iş zamanında yetiştirilememiş olsaydı, gecikme nedeniyle uğranılan zararın sorumlu kişiden talep edilmesi mümkün olabilecekti. Böyle bir durumda ihlalle doğrudan bağlantılı bir zarar ortaya çıkmış olacaktır.⁶²

Tazmini gereken zararın sınırlandırılması bu alanda tamamen tatmin kabiliyetinden yoksundur. Şimdiye kadar genel kabul gören bir çözüm bulunmuş değildir. Federal Mahkeme yeni kararlarında, eğer dolaylı zarar gören kişi özel bir norm tarafından korunuyorsa (örneğin Art. 239 StGB) o kişinin tazminat talebini kabul etmektedir.⁶³ Bu durum örneğin belediyenin itfaiye masrafları için söz konusu olmaz; çünkü yangın çıkarmanın yasaklanması, belediyenin korunması amacıyla getirilmiş bir norm değildir.⁶⁴ Yine istisnai olarak, zarar verenin, amacı korunulan kişiyi zarardan korumayı sağlamak olan özel bir davranış normunu ihlal etmesi neticesinde, bir yansıma zarar ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda yansıma yoluyla zarar gören kişi, eğer zarar verici davranış sonucunda bir hukuki değeri ihlal edilmiş ya da zarar görmüş ise -ihlal edilen normun koruma amacına bu tür hukuki değerleri koruma, böyle bir normun koruma amacına girmekteyse- bu normu ihlal eden zarar veren kişiye karşı tazminat talebinde bulunabilir.⁶⁵

Normun koruma amacı yansıma zarar gören kişiye genişlemez ve normun ihlal edilmesi, onunla sorumlu kişi arasında ilişki doğmasının nedeni olmazsa ne olacaktır? *THORENS*e göre bu sorunun çözümüne şu şekilde varılabilir: Var olan menfaatler ve genel hukuk ilkeleri dikkate alınarak, yansıma zarar göreni korumasız ve sorumlu kişiyi serbest bırakmanın haklı olup olmadığı tespit edilmesi gerekir. Burada çözüm, ancak, katılan ilgilileri (yani doğrudan zarar gören, yansıma zarar gören ve sorumlu kişi) hukuksal ilişkilerinde karşılıklı olarak kendi başlarına bırakmak yoluyla bulunabilir. *THORENS*, sorunun bütün zarar verici davranışlar için aynı kaldığı düşüncesiyle örnek olarak bir mutlak hakkın ihlalini ele alır. Buna göre "zarar verici davranış herkesin uymak zorunda

⁶¹ *STARK*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, s.43, N. 163.

⁶² *STARK*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, s.43, N.163.

⁶³ BGE 101 I b 254; BGE 102 II 86. *STARK*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N.164.

⁶⁴ *STARK*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, s. 43, N. 164.

⁶⁵ *REY*, Haftpflichtrecht, N. 360.

olduğu mutlak bir hakkı ihlal ettiği için hukuka aykırıdır. Mutlak hak sahibi ile yansıma (Indirekt) zarar gören kişi arasında her hangi bir ilişki olmasaydı, sorumlu kişi tarafından sebep olunan zarar, mutlak hak sahibinin malvarlığında meydana gelecekti. Böylece de (yansıma zarar gören) zararının giderimini talep edebilecektir. Bu ilişkinin yeterli olması nedeniyle, zarar verenin her türlü sorumluluktan kurtulması pek olağan bir sonuç olarak görülmez. Zarar, kendi davranışı yüzünden gerçekleşmiştir ve normal olan onun, sonuçlarına katlanmasıdır. Buna karşılık her hangi bir şekilde hukuka aykırı davranışı olmayan üçüncü kişinin zararı üstlenmek zorunda olması katlanılamaz bir durumdur. Bundan da öte, eğer doğrudan zarar gören kişinin sadece ihlal edilen hakkı açısından dikkate alınsa ve hakkının ihlali neticesinde ortaya çıkan zararını gidermeye yönelik takip imkanından yoksun olsa, çok daha vahim bir sonuç doğardı. Sorumlu kişinin doğrudan zarar görenle yansıma zarar gören kişi arasındaki ilişki nedeniyle serbest bırakılması için hiç bir sebep olmaması gerekir. Zarar verenin durumu, bu ilişkinin hiç olmaması hali ve doğrudan zarar görenin zararını gidermek zorunda olması halinden daha kötü olmayacaktı. Yansıma yoluyla zarar gören kişinin zararının giderimi, bu kişi zarara uğradığı sürece doğrudan zarar gören tarafından gerçekleştirilecektir.⁶⁶

FREI 'a göre, "Thorens'in bu sözleşmeler için öngördüğü ancak haksız fiiller için de geçerliliğini iddia ettiği kuramının haksız fiillere uygulanması hemen hemen imkânsızdır. Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda başlıca emare, doğrudan zarar görenin uğradığı ihlal nedeniyle gerçekleşen yansıma etki sonucunda başka bir kişi grubunun etkilenmesidir. Böyle bir oluşum doğrudan kendisine yönelen kişinin zarar görmemesi olgusundan bağımsız olarak gerçekleşemez. Kusura dayanan sorumluluk olup olmadığına bakmaksızın bir kazayı göz önüne alalım: doğrudan zarar gören olmazsa bundan dolayı bir yansıma etki de olmaz, sonuç olarak bir yansıma zarar ortaya çıkmaz; zararın giderimi sorunundan söz edilemez. Bu durum da sorunun çözümü için her hangi bir şekilde fayda sağlamayacağı anlamına gelir."⁶⁷

TANDOĞAN ise, hem sözleşmeden doğan hem de sözleşme dışı alanda üçüncü kişinin uğradığı zararların ve bu zararlarının giderimi temellerine özgülediği eserinde⁶⁸ bu konuya çok yakından eğilmiş ve önemli bazı saptamalarda bulunmuştur. Buna göre yazar -sözleşme dışı sorumlulukta sorumluluğu gerektiren eylem ya da olaya uygun illiyet bağı ile bağlı bütün zararlı sonuçların karşılanamayacağı temeli kabul edildiğinden- tazminat

⁶⁶ *THORENS*, Justin. Le dommage causé à un tiers, Diss. Genf 1962, s. 13'den nakleden, *FREI*, Reflexschaden, s. 49.

⁶⁷ *FREI*, Reflexschaden, s. 50-51.

⁶⁸ *TANDOĞAN*, Haluk, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.

borçlusunu çok ağır külfetler altına sokmamak için, onun, dolaylı zarar gören (yansıma zarar gören) kişilerin zararlarından sorumlu olmayacağı biçimindeki öğreti ve mahkeme kararlarındaki yaygın görüşlerden hareket etmekte, ancak, hakkaniyetin, başkasının hukuken korunan bir varlığının ihlalden dolayı zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının da giderilmesini gerektirdiğini kabul etmektedir. Yazar bu anlamda sözleşme dışı sorumlulukta üçüncü kişinin zararının giderilmesi sorununun, dolaylı (yansıma) zarar gören kişinin zararının giderilemeyeceği kuralına ne oranda istisnalar tanımak gerektiği şeklinde kendini gösterdiğini belirtmektedir. *TANDOĞAN*, özellikle sözleşme sorumluluğu çerçevesinde destekleyen görüşleri ele almakta ve çıkarımlarda bulunmaktadır. Ancak bunlar genellikle sözleşme sorumluluğu içinde kalmakta ve sözleşme dışı alanda ise genellikle mutlak hak ihlalleri ile sınırlı olmaktadır.

Federal Mahkeme, verdiği yeni kararlarında, yansıma yoluyla zararların giderimini (ihlal edilen) normun koruma amacı kuramı çerçevesinde kabul etmektedir. Normun koruma amacı kuramı⁶⁹ Borçlar Kanunu md. 41/I gereğince hukuka aykırılık oluşturan hallerin belirlenmesinde yararlanılan bir kuram olarak karşımıza çıkar. BK md. 41/I anlamında hukuka aykırılık oluşturan haller, temel koruma normları olarak da adlandırılan mutlak hakların ihlali ile bireylerin diğer yararlarını koruma amacı güden hukuk normlarının ihlalidir. Temel koruma normları, öğretilerde yapıldığı gibi beş alt bölüme ayrılabilir: İsviçre öğretisinde özellikle Max *KELLER* tarafından savunulan bir düşünce olduğu için Max *KELLER* Öğretisi olarak anılan bu sınıflandırmaya göre⁷⁰ bunlar, "(1) başkasını öldürme yasağını, (2) başkasının vücut bütünlüğünü (ruh ve beden bütünlüğünü), (3) kişiliğini, (4) ayni (özellikle mülkiyet) hak ve zilyedliğini ihlal yasağı ile (5) dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağını içeren normlardır. Bu beş normdan birinin ihlali hukuka aykırılığı oluşturur."⁷¹ Bu kapsama giren, örneğin, yaşam hakkı, beden bütünlüğü üzerindeki hak ve kişi sağlığına ilişkin hakların ihlaliyle hukuka aykırılık olgusunun gerçekleştiği duraksamasız kabul edilir. Buna karşılık mülkiyet, fikir ürünleri ve bazı kişilik haklarının (MK. md. 24) ihlali hukuka aykırılığın varlık ve kapsamının saptanması her zaman kolay olmaz. Malvarlığı haklarından olmakla birlikte mutlak haklardan olmaması nedeniyle, kural olarak alacak haklarının ihlali BK md. 41/I açısından hukuka aykırılık oluşturmayıp borca aykırılığın varlığından söz edilir. Buna karşılık borca aykırılığın aynı zamanda bir mutlak hakkın ihlali olarak ortaya çıkması ve üçüncü kişinin borçlunun borcunu ifa etmesini

⁶⁹ Bu konudaki açıklamalar *EREN, Fikret*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I.6. Bası, İstanbul 1998, s. 575 vd.'dan alınmıştır. Bu konuda ayrıca bak. *ATAMER, Yeşim*, M, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 42 vd.

⁷⁰ *REY*, Haftpflichtrecht, s. 162, N. 734.

⁷¹ Bak. *EREN*, Borçlar Hukuku, s. 577 ve. dn. 407'ye ait metin.

kasten engellemesi durumunda temelini BK 41/II de bulunan ahlaka aykırılık nedeniyle hukuka aykırılıkla aynı sonuç gerçekleşmiş olur.

Normun koruma amacı kuramının ortaya çıktığı hukukça korunan diğer menfaatlerin ve özel koruma normlarının ihlal edildiği hallerde ise "fail, hukuk düzeninin zarar görenin mutlak hakları dışındaki diğer menfaatlerini korumak amacıyla koymuş olduğu bir davranış kuralını, bir kanun hükmünü ihlal etmektedir."⁷² ... "Burada ihlal edilen davranış kuralları kişilerin hukuki menfaatlerini dolaylı olarak koruma amacı güderler. Bunların ihlali halinde mutlak bir hak çiğnenmiş olmamakla birlikte, bir zarar meydana gelmektedir. İşte; ihlalleri halinde "şahsa" veya "şeye verilen zarar" dışında "diğer mameleki bir zarar" husule gelen bu tür davranış kurallarına aykırı hareket de hukuka aykırılık teşkil eder. Şu halde ihlâl edilen norm, zarar verenin davranışını, bir ferden menfaatini başka bir menfaat (mesela toplum menfaati) yanında korumak amacıyla yasaklanmış olmalıdır. Buna doktrinde "hukuka aykırılık bağı" veya "ihlal edilen normun koruma amacı teorisi" denir."⁷³

III. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Üçüncü kişinin (yansıma) zararı, dolaylı zarar kavramı ile yakın ilişki içindedir. Ancak en başta belirtilmesi gereken husus, zararın doğrudan gerçekleşmesi ya da dolaylı gerçekleşmesinin, davranışın sorumluluk doğuran etkisi açısından her hangi bir fark yaratmayacağıdır. Zararlı sonuç, sebep zincirinin tüm halkalarından veya bileşik etkisinden doğmuş olabilir. Bu durumda sorumluluk doğuran sebeple her hangi bir mantıksal bağı olmayanlar hariç, her türlü sonuçları dikkate alınmalıdır. Bu halde uygun illiyet bağı (adäquaten Kausalzusammenhang) kuramı ile karşılaşılır.⁷⁴ Buna karşılık dolaylı zarar gören kişilerin belirlenmesinde, aykırı davranılan hukuk kuralının kimi korumayı hedeflediği gözönünde tutulur. Yani bu sorun, daha çok hukuka aykırılık kavramıyla ilintilidir.⁷⁵

Dolaylı zarar adı altında , haksız fiilin ilk ve doğrudan doğruya sonucu olan zarardan doğan ve doğrudan doğruya zarardan daha uzak sonuçlar anlaşılmaktadır. Bu uzaklık, zaman dolayısıyla ya da araya başka olayların girmesi biçiminde kendisini göstermektedir. Dolaylı zarar kavramına, sorumlu kişiyi, eyleminin bütün sonuçlarından sorumlu tutmanın ağır olacağı düşüncesiyle, tazmini gereken zarar tutarının sınırlandırılması

⁷² EREN, Borçlar Hukuku, s.578.

⁷³ EREN, Borçlar Hukuku, s. 580, 581'den naklen.

⁷⁴ Aynı zamanda tazminat talebini içeren davada yapılan mahkeme masrafları da zarar kalemlerinden sayılır (BGE 97 II 268) KELLER, Haftpflicht s. 40-41.

⁷⁵ TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s. 10.

amacıyla başvurulmuştur. Bu bağlamda sorumlu kişinin sorumluluğunun, eyleminin bütün sonuçlarını kapsamayacağı belirtilmek istenmektedir. Ancak, artık bu ayırım ortadan kalkmış ve eylemle uygun illiyet bağıyla bağlı her türlü zarar, bu arada dolaylı zararın da giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁶

Doğrudan zarar-dolaylı zarar kavramları öğretilerde ve uygulamada farklı iki anlamda kullanılmaktadır.⁷⁷ Yansıma zararın tespit edilmesi, dolaylı zarara verilen bu anlamlar arasında gizlidir. Birinci anlamda doğrudan zarar, saldırının doğrudan sonucu olan zararı ifade eder. Bu kavramla ardışık olarak kullanılan dolaylı zarar ise, zarar nedeniyle ve onun sonucu olarak malvarlığında oluşan tüm azalmaları ifade eder. İkinci anlamıyla doğrudan zarar ise saldırıdan doğrudan doğruya mağdurun uğradığı zararı ifade eder. Buna karşılık ikinci anlamda dolaylı zarar, saldırıdan dolayı üçüncü kişilerin yansıma yoluyla uğradığı zararı anlatır.⁷⁸

Dolaylı zarar kavramıyla iç içe geçmiş bir biçimde kullanılan yansıma zararı diğerlerinden ayırtedebilmek için, öğretilerde belirtildiği gibi⁷⁹, dolaylı zararın mağdurun mutlak hakkının ihlali ile meydana gelen doğrudan zararları ile yine mağdurun uğradığı kazanç kaybı ve/veya masraf zararı olarak kabul edilmesi, sorunun çözümü açısından bir çıkış noktası olacaktır. Bu çerçevede yeri gelmişken belirtilmesi gereken bir başka husus ise fiili zarar (damnum emergens, enstandener Schaden)-yoksun kalınan kâr (lucrum cessans, entgegengener Gewinn) ayrımı ile doğrudan zarar- dolaylı ile zarar kavramlarının kesişmesidir. Bu iki ayırım birarada ele alındığında doğrudan zarar = fiili zarar, dolaylı zarar = yoksun kalınan kâr biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁸⁰ Bu durumda dolaylı da olsa bir zarar gören kişinin, eğer mutlak hakkı ihlal edilmiş, ya da geniş anlamda hukuka aykırılık çerçevesinde failin ahlâka aykırı bir davranışı neticesinde bir nispi hakkı ihlal edilmişse, ortaya çıkan doğrudan ve dolaylı zararları giderilecektir. Bu bağlamda zararlı davranışın doğrudan hedefi olmayan kişide gerçekleşen fiili zararlar ile yoksun kalınan kâr ve buna ilişkin olarak yapılan masraflar, zarar görenin mutlak hakkı ihlal edildiği ya da ahlâka aykırı bir davranış neticesinde nispi hakkı ihlal edildiği durumlarda, failin sorumluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Bu hallerin dışında ortaya çıkabilecek

⁷⁶ TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s. 9-10.

⁷⁷ TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s. 9. TANDOĞAN'a göre Federal Mahkeme BGE 63 II 21'de ve Yargıtay 4. HD. 17.7.1942, E, 1890/K. 2049'da bu kavramları birbiriyle karıştırmıştır (TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s. 9. dn. 33'e ait metin)

⁷⁸ DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, Sorumluluk Hukuku (Çeviren: Salim Özdemir), Ankara 1983, s. 22.

⁷⁹ HATEMİ, Borçlar Hukuku § 4 N.14.

⁸⁰ KELLER, Haltpflicht, s. 41.

zarar, saldırının doğrudan hedefi olmayan kişide gerçekleşen kazanç kaybı ve/veya masraflardır. Bunların giderilmesinin istenebilmesi, ancak bir hukuk politikası sonucudur. Gerçi, zararın giderilmesi talebinde bulunma hakkını sadece doğrudan zarara uğrayan kişiye tanımak bazı durumlarda çok ağır olarak nitelenebileceği gibi tam tersi ile de karşılaşılabılır; ancak bu durum uygulamanın ve aklın bir emri olarak nitelendirilmelidir. Eğer doğrudan zarar gören kişiden yola çıkılarak diğer her hangi bir yansıma zarara uğramış kişiler dikkate alınmak istenirse, bazı zararlı sonuçların çevresi sınırsız hale gelecektir.⁸¹

Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının manevî tazminat istemleri de, eğer gerçekten kişisel menfaatleri doğrudan doğruya zarar görmüş, bu yüzden büyük üzüntüye uğramışlarsa kabul edilmelidir. BK md. 47 de yalnız adam ölmesi halinde ailesinin giderim isteminde söz edilmiş olması, bedensel bütünlüğü ihlal edilenin yakınlarının da, BK md. 49'un koşulları gerçekleşmişse manevî tazminat isteyebilmelerine engel olmamalıdır. Çünkü artık burada onların dolayısıyla değil, doğrudan doğruya kendi hukuki varlıklarına aykırı davranılması sonucunda uğradıkları bir manevî zarar söz konusu olmaktadır.⁸²

Öğretide, istisnai olarak, zarar verenin, amacı korunulan kişiyi zarardan korumayı sağlamak olan özel bir davranış normunu ihlal etmesi neticesinde bir yansıma zararı ortaya çıkabileceği düşüncesinden dolayı, yansıma yoluyla zarar gören kişinin, eğer zarar verici davranış sonucunda bir hukuki değeri ihlal edilmiş ya da zarar görmüş ise, ihlal edilen normun koruma amacına bu tür hukuki değerleri korumak girmekteseyse, bu normu ihlal eden zarar veren kişiye karşı tazminat talebinde bulunabileceği ileri sürülmektedir.⁸³ Bu anlamda, zarar verici davranışın yalın bir biçimde hukuka aykırı olması yetmez. Zarar verici davranış sonucu ihlal edilen normun, aynı zamanda zarar gören kişiyi koruma amacının da olması

⁸¹ Bir kaza neticesinde elindeki mektupları karıştıran kurye, bir haberi zamanında götüremediği için , haberi alacak kişinin iş ortağı için çok önemli olan bir önlem almayı ihmal etmiştir; çünkü iş ortağı karısının yapmayı planladığı bir seyahatin gerçekleşmesini sağlayamamıştır, bu nedenle de vs. vs. (KELLER, Haftpflicht, s. 41).

⁸² TANDOĞAN, Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini, s. 8. Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya zarar uğramaları halinde tazminat istemeleri uygun görülürse, sorumlu kişinin sınırsız ya da ağır bir tazminat yükü altında kalabileceği ileri sürülebilirse de , yargıcın bu gibi durumlarda "yakın" kavramını geniş tutmaması ve ancak gerçek sınır hastalığı veya çok ağır ve açık bir üzüntü halinde tazminata hükmetmesi olasıdır. Kaldı ki, sınır hastalığında yargıç, zarar gören kişinin bünyesinden kaynaklanan özellikleri tenkis sebebi olarak dikkate alabilir. (TANDOĞAN, Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini, s. 8-9). Mağdurun bünyesinden kaynaklanan fakat sorumlu olmadığı sebepler öğretide diğer tenkis sebepleri arasında sayılmaktadır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, s. 561, s. 562 ve dn. 383'e ait metinde belirtilen yazarlar.

⁸³ REY, Haftpflichtrecht, N. 360.

gerekir. Buna bağlı olarak zarar verici davranış sonucunda, mağdurun kendi mal varlığında gerçekleşen zararların tazmin edilmesi gerektiği, buna karşılık başkasına yönelmiş hareketten kaynaklananların ise tazmin edilmemesi gerektiği belirtilir.⁸⁴ Bu çerçevede Federal Mahkemenin yeni kararlarına göre⁸⁵ doğrudan zarar gören olarak aynı zamanda, orada bulunmamasına karşılık yakınının uğradığı ağır bir kaza nedeniyle çok yaşayan kişi de kabul edilmektedir.⁸⁶ Yine Federal Mahkemenin verdiği bir kararda, karısının sakatlanması dolayısıyla aile hayatı bozulan kocanın kazaya sepep olana karşı manevî tazminat talebi haklı görülmüştür.⁸⁷ Yargıtay da verdiği bir kararında,⁸⁸ kızlarının ırzına geçen kişiye karşı anne ve babanın manevi tazminat taleplerini, zarar verici fiili doğrudan tüm aile bireyleri aleyhine işlendiği gerekçesiyle kabul etmiştir.

Ancak ileri sürülen bu görüş ve verilen mahkeme kararlarında belirtilen hususlar tamamen dolaylı zarar kavramına yansıma zarar anlamı verilmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de bu sonuçlar, artık terkedilmiş bulunan dolaylı zararın karşılanmayacağı ilkesinden tamamen uzaklaşarak, üçüncü kişinin de tazminat talep edebileceği biçimindeki yeni gelişmelerin bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, genel ilke olan yansıma zararın giderilemeyeceği kuralı kabul edilmelidir. Bu ilkenin istisnası ancak yasa hükmüyle böyle bir yansıma zararı giderilmesine ilişkin hüküm varsa söz konusu olabilir. Öğretide ileri sürülen üçüncü kişinin uğradığı yansıma zarar, zarar göreni korumaya yarayan bir hukuk kuralının ihlali neticesinde gerçekleştiğinde, bu tür zararların da giderilmesi gerektiği düşüncesi ise aslında pratik açıdan fazla önem taşımaz. Şöyle ki, bu tür özel davranış normları yansıma yolla zarar görenin malvarlığını korumaya yönelik olmayıp, öncelikle doğrudan zarar görenin malvarlığının korunmasına yönelik olarak ortaya çıkarlar. Ancak mahkeme kararlarında bu tür özel davranış normlarının koruma amacı, yansıma zarar görenin bu zararının giderilmesini kolaylaştırmak amacıyla geniş yorumlanmaktadır.⁸⁹

⁸⁴ Thorens, s. 13'den nakleden, *FREI*, Reflexschaden, s. 49.

⁸⁵ BGE 112 II 124.

⁸⁶ STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, s.41, N. 159.

⁸⁷ BGE 112 II 222 vd; JdT 1986 I 456 (OĞUZMANIÖZ, s. 653, dn. 26'dan naklen).

⁸⁸ Y.9. HD. 16.10.1979, 6924/11432. Ayrıca bkz. Y.4.HD 21.12.1989, 11538/9884 (Bkz. OĞUZMANIÖZ, Borçlar Hukuku, s. 653, dn. 24 ve orada belirtilen eserler.)

⁸⁹ REY, Haftpflichtrecht, s. 79, N. 361.

Kısaltmalar Dizini

Art.	Artikel
Aşa.	Aşağıda
ATF	Arrets de Tribunal Federal
Bak.	Bakınız.
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BK	Borçlar Kanunu
C	Cilt
dn	dip notu
E	Esas
HD	Hukuk Dairesi
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
JdT	Journal des Tribunaux
md.	madde
N.	Numara
OR	Obligationenrecht
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
StGB	Strafgesetzbuch
T.	Tarih
vd.	Ve devamı
Y	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

Bibliyografya

BIEBERSTEIN, Wolfgang: Frhr. Marschall von, Reflexschäden und Regressrechte, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967.

CEAMMERER, Ernst von: Das Problem des Drittschadenersatzes, Gesammelte Schriften, (s. 597-633), Tübingen 1968.

DESCHENAUX, Henri: Sorumluluk Hukuku (Çeviren: Salim Özdemir), Ankara 1983.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1998

FREI, Armin: Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht, Zürich 1973

HATEMİ, Hüseyin: *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI*. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1997.

KELLER, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1979.

OĞUZMAN, Kemal/ *ÖZ*, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998.

REY, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998.

STARK, Emil, W.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1988.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TANDOĞAN, Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963.

TEKİNAY, Selahattin, S./*AKMAN*, Sermet/*BURCUOĞLU*, Haluk/*ALTOP*, Atilla: *TEKİNAY* Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre: La Réparation du Préjudice Réfléchi en Droit Suisse de la Responsabilité Civile, Gedächtnisheft Peter Jäggi, Freiburg 1977, (s. 239-271).