

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

DOKTORA TEZİ

**Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme
ve Menfaat Devri Yaptırımı**

Ece Baş
2502110103

Tez Danışmanı
PROF. DR. İLHAN HELVACI
İSTANBUL 2015



T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
1982 ENSTİTÜSÜ



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : ECE BAŞ

Numarası : 2502110103

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : PROF.DR. İLHAN HELVACI

Tez Savunma Tarihi : 11.02.2015

Tez Savunma Saati : 15:00

Tez Başlığı : GERÇEK ÖLMEYAN VEKALET SİZ İŞ GÖRME VE MENFAAT DEVRİ YAPTIRIMI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, soruların sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR. RONA SEROZAN		Kabul
2. PROF.DR. İLHAN HELVACI		Kabul
3. PROF.DR. HALUK NAMİ NOMER		Kabul
4. PROF.DR. İLKAY ENGİN		Kabul
5. PROF.DR. YEŞİM M. ATAMER		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. DOÇ.DR. ZEKERİYA KURŞAT		
2. DOÇ.DR. MURAT İNCEOĞLU		

Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yapıtırımı

Ece Baş

Öz

Çalışmanın konusu gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına ait iş görmek suretiyle o kişinin hakkını ihlal etmek ve bunun sonucunda bir menfaat elde etmek kastedilmektedir (Türk Borçlar Kanunu m. 530; BGB § 687/II; OR Art. 423). Türk Borçlar Kanunu'nda var olan genel düzenlemeye ek olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kira hukuku, ortaklıklar hukuku, haksız rekabet gibi pek çok uygulama alanı vardır.

Çalışmanın amacı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin teorik temellerini belirlemek ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm önerileri getirmektir. Bu amaç doğrultusunda, öncelikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin Roma hukukunda tarihi gelişimi inceleme konusu edilmiştir. Ardından, sorumluluğun şartları, sonuçları ve asıl yaptırım olan menfaat devri incelenmiştir. Son olarak ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama alanları üzerinde yoğunlaşmıştır.

Anahtar Kelimeler

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, menfaat devri, tazminat, cezalandırıcı tazminat, özel hukuk cezası, alt kira, Blake kararı, kişilik hakkı ihlali, fikri ve sınai hak ihlali, haksız rekabet, rekabet yasağının ihlali.

False Agency Without Authority and Disgorgement of Profit

Ece Başı

Abstract

The subject of the thesis is false agency without authority. False agency without authority refers to the situation where the business is conducted in the agent's interest (Turkish Code of Obligations Art.530; BGB § 687/II; OR Art.423). In addition to general rule in the Code of Obligations, the concept of false agency without authority is commonly used in several other legal areas such as protection of personal rights, intellectual property rights, unfair competition and tenancy law.

This study lays down a theoretical basis for the concept and to develop solutions for the problems encountered in practice by comparing the provisions concerning false agency without authority in national Codes and the doctrine. To this end, historical basis and concept of false agency without authority is explained within first chapter. The following chapter is devoted to the main remedy, namely, disgorgement of profits. Finally, the last chapter of the study focuses on specific areas of application of false agency without authority and disgorgement of profits.

Keywords

Spurious agency without authorization, disgorgement of profit, damages, punitive damages, civil sanction, subleasing, the Blake decision, infringement of personal rights, infringement of intellectual property rights, unfair competition, infringement of non-competition

Önsöz

Söz konusu tez Prof. Dr. İlhan Helvacı danışmanlığında yazılmış olup, Prof. Dr. Rona Serozan, Prof. Dr. İlhan Helvacı, Prof. Dr. B. İlkay Engin, Prof. Dr. Haluk N. Nomer ve Prof. Dr. Yeşim M. Atamer önünde savunulmuştur. Hocalarımla kıymetli katkıları için her birine içtenlikle teşekkür ederim.

Bu süreçte desteğini esirgemeyen kürsü hocalarıma, eşim Yrd. Doç. Dr. Cüneyt Süzel'e ve aileme çok teşekkür ederim.

Son olarak tezin yazım sürecinde yurtdışında ve yurtiçinde burs sağlayan TÜBİTAK'a teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

Öz	III
Abstract	IV
Önsöz	V
Kısaltma Cetveli	XVIII
Giriş	1
Ş 1 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Genel Bakış	6
I. Tanım	6
II. Roma Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme	8
III. Türk Hukukunda Düzenlendiği Yer ve Terim Sorunu	12
A. Kanundaki Yeri	12
1. Mevcut Düzenlemeler	12
2. Güncel Eğilim	15
B. Terim Sorunu	17
Ş 2 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Unsurları	19
I. İş Görme	19
A. Tanımı	19
B. İş Görmenin Kapsamı Üzerine Görüşler	21
1. Hukuki İşlem Görüşü	21
2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	22
3. Hukuka Aykırı Fiilleri Kapsam Dışında Bırakan Görüş	23
C. Yardımcı İş Gören	25
II. Yetkinin Olmaması	26
III. İşin İş Sahibi Menfaatine Görülmemesi	28
A. Kendine Mal Etme Teorisi	28
B. İşin İş Gören veya Üçüncü Kişi Menfaatine Görülmesi	29

1. İş Gören veya Üçüncü Kişinin Menfaati.....	29
2. Özel Bir Durum: Birden Fazla İş Sahibinin Bulunması Halinde Menfaatin Tespiti.....	31
C. İş Sahibinin Yasaklamasına Rağmen İşin Görülmesi	32
1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Sayılır mı?	32
2. Açık veya Örtülü Yasaklama.....	36
IV. İş Görenin Kusuru	38
A. Bir Şart Olarak “Kusur”	38
1. Düzenlemenin Lafzı ve Gerekçesi	38
2. Öğretide Yer Alan Görüşler ve Değerlendirme.....	39
B. Kusurun Ağırlık Derecesi: “Kötüniyet”	42
C. İşin Hataen Görülmesi	43
1. Yetkide Yanılma	44
2. İşin Kime Ait Olduğu Konusunda Yanılma.....	45
3. İş Sahibinin Menfaatinde Yanılma	46
D. İyiniyetli İş Görenin Durumu	46
E. Yardımcı İş Görenin Durumu	49
F. Kötüniyetin İspatı.....	50
V. Hukuka Aykırılık	51
A. Hukuka Aykırılık Teorisi	51
B. Mutlak Hak İhlalleri Dışında Müdahalenin Hukuka Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu.....	53
1. Üçüncü Kişinin Müdahalesi	53
2. Sözleşmenin İhlali	57
3. Değerlendirme ve Sonuç.....	58
VI. Nedensellik Bağı	60
§ 3 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sonuçları.....	64
I. İş Görenin Borç ve Sorumlulukları	64
A. Borç ve Sorumlulukların Temeli	64

B. Tartışmalı Olan Borç ve Sorumluluklar	65
1. İş Sahibinin Varsayılan İradesine Uygun İş Görme Borcu	65
2. İş Görenin Başladığı İş Bitirme Borcu	66
3. İş Görenin Bilgilendirme Yükümlülüğü	67
C. Zararlarının Tazmini Yükümlülüğü	69
1. Hukuki Dayanak	69
2. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı	71
3. Sorumluluğun Kapsamı	72
a. Genel Olarak	72
b. Özel Durumlar	73
aa. Ağırlaştırılmış Sorumluluk – Yasaklamaya Rağmen İşin Görülmesi	73
bb. Zararı Hafifletmek veya Zarar Tehlikesini Gidermek Amacı	75
D. Menfaat Devri	75
1. Genel Olarak	75
2. Menfaat Devrinin Kapsamı	77
a. Nedensellik Bağının Talep Edilebilecek Menfaatlerin Kapsamına Etkisi	77
b. Menfaatin Belirlenmesinde “Masraftan Kurtulma”nın Etkisi	79
c. Ürünler ve Faiz	82
d. Devredilmesi Gereken Menfaat: Net Menfaat	84
e. Hukuka Aykırı Fiilden Bağımsız Olarak Elde Edilen Menfaat	85
3. Devredilecek Menfaatin İspatı	86
4. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı’nın Yaklaşımı	88
E. İş Görenin Ehliyetinin Borç ve Sorumlulukları Üzerindeki Etkisi	90
1. Tam Ehliyetsizler	90
2. Sınırlı Ehliyetsizler	92
a. Menfaat Devri Açısından	92
aa. Sözleşme Ehliyetinden Yoksun Olma?	92

bb. Hükümün Yorumu	93
b. Tazminat Sorumluluğu Açısından.....	94
II. İş Görenin Hakları.....	95
A. İş Görenin Haklarını Kullanmasına İlişkin Ön Şartlar	95
1. İş Sahibinin Malvarlığında Artış.....	95
2. Bağış Amacı Gütmeme	97
B. İş Görenin Haklarını Kullanılmasında Sınır: Malvarlığında Artış	98
C. İş Görenin Taleplerinin Hukuki Temeli	100
1. Sorunun Ortaya Konması	100
2. Görüşler ve Değerlendirme	100
D. İş Görenin Sahip Olduğu Hakları	102
1. Masraf Talebi	102
a. Tanım ve Hukuki Nitelik.....	102
b. Kapsam ve Uygulanacak Hüküm	105
2. Ücret Talebi	112
3. Borçlardan Kurtarma	113
4. Zararların Tazmini	114
5. Söküp Alma Hakkı.....	116
a. Genel Olarak.....	116
b. Söküp Alma Hakkının İş Gören Tarafından Kullanılması.....	120
6. Alıkoyma Hakkı	122
7. Hapis Hakkı	125
III. Zamanaşımı	127
A. İş Sahibinin Talepleri Açısından	127
B. İş Görenin Talepleri Açısından	131
C. Güncel Eğilim	133
IV. Görülen İşin Uygun Bulunması.....	134
A. Uygun Bulma	134
B. Görüşler	135

C. Değerlendirme	137
§ 4 Kendine Özgü Bir Yaptırım Olarak Menfaat Devri	140
I. Tanım ve Talep Temeli	140
II. Menfaat Devri Yaptırımının Hukuki Niteliği	141
A. Hukuki Niteliğin Tespitinde İzlenecek Yol	141
B. Tazminat Yaptırımı Olup Olmadığı	142
1. Genel Olarak	142
2. Tazminat Hukukunun Amaçları	144
a. Zararı Telafi Etmek Amacı (Denkleştirme)	144
aa. Genel Olarak	144
bb. Tam Tazminat İlkesi, Zenginleştirme Yasağı İlkesi ve Hakkın Devam Ettirilmesi (İkamesi)	145
b. Önleme Amacı (Caydırıcılık)	146
3. Ara Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımı Bir Tazminat Değildir	148
C. Tazminat Hesaplanma Yöntemi Olup Olmadığı	149
1. Tazminat Hesaplama Yöntemi Olarak Menfaat Devri	149
2. Hollanda Hukuku	150
3. Türk Hukuku	153
4. Ara Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımı Bir Tazminat Hesaplama Biçimi Değildir	156
D. Özel Hukukta Cezalandırma Düşüncesi: Cezalandırıcı Tazminat ve Özel Hukuk Cezası	157
1. Genel Olarak	157
2. Anglosakson Sisteminde Cezalandırıcı Tazminat (<i>Punitive Damages</i>)	157
a. İngiliz Hukukunda	157
b. Amerikan Hukukunda	159
c. Ara Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımı Bir Cezalandırıcı Tazminat Değildir	163
3. Kara Avrupası Sisteminde “Özel Hukuk Cezası”	165

a. "Özel Hukuk Cezası"	165
b. Özel Hukuk Cezasının Amaçları.....	166
aa. Cezalandırma Amacı	166
bb. Caydırma (Önleme) Amacı	167
c. Kara Avrupası Ülkelerine Bakış	168
d. Değerlendirme	173
E. Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımını Bir Özel Hukuk Cezasıdır	174
III. Sözleşme İhlalinde Menfaat Devri Yaptırımını Mümkün müdür?.....	177
A. Sözleşme İhlalinde Yaptırımlar	177
B. Anglosakson Hukukunda.....	180
1. Özel Bir Karar: Attorney General v. Blake	180
a. <i>Blake</i> Öncesi Dönem.....	180
b. Kararın Konusu ve Değerlendirilmesi	183
c. Kararda Kabul Edilen İlkeler.....	186
aa. Zarar Verme Kastı ile Sözleşmenin İhlal Edilmesi	186
bb. Sözleşmenin İfasını Talepte Meşru Menfaat.....	188
cc. Sadakat ve Güven İlişkisi (<i>Fiduciary Relationship</i>)	190
dd. Menfaatin Sözleşmeyi İhlal Sayesinde Elde Edilmiş Olması	192
2. Değerlendirme	193
a. Hukuk ve Ekonomi Öğretisine Dayanılarak Yapılan Değerlendirmeler	193
aa. Sözleşme Hukukunda Etkin İhlal mi Yoksa Menfaat Devri mi Üstün Tutulmalıdır?	194
aaa. Etkin İhlal Kavramı.....	194
bbb. Etkin İhlal Kavramı ile Menfaat Devri Yaptırımının Çakışması	196
bb. Baraj Kapakları (<i>Floodgate</i>) Argümanı.....	197
cc. Sözleşme Yapma Maliyetini Artırması.....	198
dd. Nedensellik Sorunu.....	199

ee. Menfaat Elde Edilip Edilmediği Konusunda Bilgi Asimetrisi Sorunu	199
b. Kişi Özgürlüğünün Korunması.....	200
c. Mülkiyet Hakkının Üstünlüğü.....	201
d. Kamu Menfaati ve Hukukun Üstünlüğü.....	203
e. Menfaat Devri Yaptırımının Yalnızca Belli Alanlarda Kabul Edilmesi Görüşü	205
f. Varılan Sonuçlar	206
aa. İngiliz Hukukunda.....	206
bb. Diğer Bazı Anglosakson Ülkeleri.....	210
aaa. Kanada	210
bbb. Amerika	213
ccc. İrlanda	215
ddd. Avustralya	216
eee. Yeni Zelanda	218
C. Türk Hukukunda.....	219
D. Genel Değerlendirme.....	221

§ 5 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Benzer Kurumlarla İlişkisi

..... **223**

I. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Benzer Kurumlardan Ayrılması.223

A. Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Ayırt Edilmesi	224
B. Yetkisiz Temsilden Ayırt Edilmesi	226
C. Sözleşmeden Ayırt Edilmesi	227
D. Haksız Fiilden Ayırt Edilmesi	229
E. Sebepsiz Zenginleşmeden Ayırt Edilmesi.....	231

II. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeyi Diğer Talep Temellerine Dayalı

Açıklayan Görüşlerin Değerlendirilmesi **235**

A. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Varlığını Reddeden Görüş	235
---	-----

B. Gerçek ve Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Arasında Ayrım Yapmayan Görüş	236
C. Haksız Fiile Dayanan Görüş	237
D. Kanun Tarafından Kurulmuş Bir Sözleşme İlişkisine Dayanan Görüş.....	237
E. Sözleşmeye Dayanan Görüş	238
F. Sonuç: Kanundan Doğan Bağımsız Bir Borç İlişkisi – Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme	238
III. Talep Temellerinin Bir Arada Bulunması Sorunu	239
A. Sözleşme ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme.....	242
B. Haksız Fiil ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme.....	244
C. Sebepsiz Zenginleşme ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme	247
1. Sebepsiz Zenginleşmenin Tâli Niteliği Tartışması.....	248
2. Yarışma	249
D. Eşya Hukuku Kaynaklı Talepler ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme.....	251
1. Kötüniyetli Haksız Zilyetlik	251
a. Kullanma Çıkarlarından Doğan Sorumluluk (Ecrimisil) ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme İlişkisi.....	252
aa. Ecrimisil Talebinin Hukuki Temeli Hakkında Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi	252
bb. Yargıtay Uygulaması – Yarışma?	255
cc. Değerlendirme.....	256
b. Elde Edilen Ürünlerden Doğan Sorumluluk (TMK m.995) ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme İlişkisi.....	258
c. Kötüniyetli Haksız Zilyetlik ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Birbirini Tamamladığı Görüşü	262
2. Diğer Talepler	263
§ 6 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulama Alanları	267
I. Genel Olarak	267
II. Kişilik Hakkı İhlalinde	269

A. Kişilik Hakkı	269
B. Düzenlemeler: TMK m.25 ve TBK m.530	272
1. Özel Düzenlemenin Varlığından Önce Durum	272
2. Özel Düzenleme: TMK m.25	274
C. Menfaat Devri Yaptırımı.....	276
1. Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri ile İlişkisi.....	276
a. Genel Olarak.....	276
b. Haksız Fiilin, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeyi Dışlayacağına İlişkin Görüşün Değerlendirilmesi.....	279
2. Hesaplanması	281
a. Menfaat Devri-Manevi Tazminat İlişkisi	281
b. Kriterlerin Belirlenmesi.....	283
3. İspatı.....	287
III. Fikri ve Sınai Hak İhlalinde	289
A. Eser Üzerindeki Hakkın İhlali.....	289
1. Genel Olarak	289
2. Düzenlemenin Hukuki Niteliği	290
3. Menfaat Devri.....	293
a. Hesaplanması	293
aa. Ön Şart: Menfaat Elde Edilmiş Olması.....	293
bb. Devredilmesi Gereken Menfaat: <i>Net Menfaat</i>	293
cc. Elde Edilen Menfaatin İspatı.....	294
b. Zamanaşımı	295
B. Marka, Patent, Faydalı Model ve Tasarım Üzerindeki Hakların İhlali.....	296
1. Marka, Patent, Faydalı Model ve Tasarım.....	296
2. Düzenlemelerin Hukuki Niteliği	298
3. Menfaat Devri.....	301
a. Hesaplanması	301
aa. Ön Şart: Menfaat Elde Edilmiş Olması.....	301

bb. Kriterlerin Belirlenmesi	302
cc. Devredilmesi Gereken Menfaat: Net Menfaat.....	305
b. Nedensellik Bağı	306
c. Zamanaşımı	307
d. Elde Edilen Menfaatin İspatı	308
IV. Haksız Rekabette	308
A. Genel Olarak	308
B. Düzenlemenin Hukuki Niteliği	310
1. Hükmün İncelenmesi	310
2. Hukuki Nitelik.....	312
a. Özel Düzenleme İhtiyacı	312
b. Başkasına Ait İşin Görülmesi.....	316
c. Zarar ve Kusurun Varlığı.....	317
C. Menfaat Devri.....	318
1. Talep Edebilecek Kişiler	318
2. Hesaplanması	320
3. Zamanaşımı.....	322
V. Rekabet Yasağının İhlalinde	323
A. Rekabet Yasağı.....	323
B. Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasağının İhlali.....	324
1. İş Sözleşmesi Açısından	324
a. İş Sözleşmesinden Sonra Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi.....	324
b. Menfaat Devri Yaptırımının Değerlendirilmesi.....	325
2. Diğer Sözleşmeler Açısından.....	327
C. Kanunda Düzenlenen Rekabet Yasağının İhlali	329
1. İş Sözleşmesinde Sadakat Borcundan Doğan Rekabet Yasağı (TBK m.396/III)	330
2. Kollektif, Komandit ve Anonim Şirket	331
3. Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller veya Diğer Tacir Yardımcıları	335

4. Adi Ortaklık ve Limited Şirket.....	336
VI. Kötüniyetli Haksız Zilyedin İade Borcunda	339
A. Elde Edilen Ürünler	339
B. Elde Edilmesi İhmal Edilen Ürünler	340
VII. Kira Hukukunda.....	342
A. Genel Olarak	342
B. Bir Başkasına Ait Malın Kiralanması	342
1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulanması.....	342
2. Menfaat Devri	343
a. Ecrimisil ile İlişkisi.....	343
b. İspat Sorunu	345
C. Birden Fazla Malikin Bulunması	346
1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulanması.....	346
a. Olağan İş – Olağanüstü İş Ayrımının Önemi: Yetkisizlik Şartı	346
b. İş Görenin de Bir Malik Olmasının Duruma Etkisi	347
c. Uygulanacak Hüküm: TBK m. 530 mu Yoksa TMK m.995 mi?	349
2. Menfaat Devri	350
3. Uygun Bulma Hakkı ve Kullanılmasının Sonuçları	351
D. Ayıbın Kiracı Tarafından Giderilmesi.....	351
1. Kira Hukukunda Ayıp	351
2. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulanması.....	353
E. Kiracının Değer Artış Talebi.....	354
F. Caiz Olmayan Alt Kira	355
1. Alt Kira Sözleşmesi	355
2. Bir Başkasına Ait İş Görme: Alman Federal Mahkeme Kararı.....	356
3. Hukuka Aykırı Bir Fiil ile İş Görme	357
a. Görüşler.....	357
b. İsviçre Federal Mahkeme Uygulaması.....	358
4. Türk Hukuku Açısından	361

a. Hukuka Aykırılığın Tespiti	361
b. Alt Kira Sözleşmesi ve Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme	363
c. Menfaat Devri Talebinin Dayandığı Kural	363
d. Devredilecek Menfaatin Belirlenmesi	364
G. Caiz Olmayan Kullanım Hakkının Devri	365
VII. Adi Ortaklıkta	366
Sonuç	368
Kaynakça	372
ÖZGEÇMİŞ	414

Kısaltma Cetveli

A.C.	Law reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Ar-Ge	Araştırma – Geliştirme
Art.	Artikel
ATF	Tribunal Fédéral
Aufl.	Auflage
AY	Anayasa
b.	bent
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gezetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE/ BGer	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi)
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Özel Hukuk Kararları Resmi Külliyatı)
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
CA	Court of Appeal – England (İngiltere Temyiz Mahkemesi)
CA Cir	United States Circuit Court of Appeals (US) (Amerikan Temyiz Mahkemesi)
Can.	Canada
Ch.	Chapter
Co.	Company
C.P.	Common Pleas
Dez	Dezember

DIG.	Digesta
Eng.	England
et al.	et alii (ve diğeri)
EWHC (Ch)	High Court of England (Chancery Division) (İngiliz Yüksek Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi)
f.	fıkra
FS	Festschrift (Armağan)
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag (Vekâletsiz İş Görme)
GRUR	gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Fikri Mülkiyet ve Telif Hukuku)
HD.	Hukuk Dairesi
HL/ H.L.	House of Lords
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	karşılaştırınız
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Review
Ltd.	Limited Şirket
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	Kenar no
N.E.2d.	North Eastern Reporter, Second Series
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Numara
OR	Schweizer Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
OR 2020	Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen teil (İsviçre Borçlar Kanunu 2020 – Yeni bir Borçlar Hukuku Genel Hükümler Tasarısı)
OUP	Oxford University Press

QB	Queens Bench
RG	Resmi Gazete
RG.	Reichsgericht
RLR	Rutgers Law Review
S.	Sayı
s.	sayfa
So. 2d	Southern Reporter Second
SPR	Schweizerisches Privatrecht (İsviçre Özel Hukuku)
ss.	sayfalar
S.W.	South Western Reporter
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	Türk Ticaret Kanunu
uGoA	Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme)
UWAL	University of Western Australia Law Review
v.	versus (karşı)
vd.	ve devamı
vs.	ve sair
Vol.	Volume (Sayı)
WLR	Washington Law Reporter
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
§	Paragraf

Giriş

Her hukuk düzeni, Roma hukukundan bu yana, iradeye dayanan iş görme sözleşmelerine ve bir takım işlerin görülmesine izin veren velâyet, vesayet gibi yasadan kaynaklı kurumlara yer vermekle, bir kimsenin, diğer kişinin hukuk alanına müdahale ederek iş görmesine imkân vermektedir. Bu haller dışında bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek iş görmeyi düzenleyen diğer bir kurum da vekâletsiz iş görmedir. Ancak vekâletsiz iş görme, ne sözleşme ne de yasa gereği yetkisi olmaksızın başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle bir işin görülmesine ilişkindir. Bu nedenle söz konusu kuruma hukuk düzenlerinde yer verilmesi ya da verilmemesi menfaatler arası dengeye bakılarak karar verilen bir hukuk politikası tercihindendir. Örneğin Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, vekâletsiz iş görme genel olarak kabul edilmiş iken, Anglosakson hukuk sistemleri, yardım amacıyla dahi olsa bir başkasının hukuk alanına müdahale edilerek iş görülmesi çok sınırlı hallere özgülenmiştir.

Çalışma konusunun seçiminde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin fikri mülkiyet, haksız rekabet, kira hukuku, kişilik haklarının korunması gibi özel hukukun pek çok alanında görünümünün bulunması etkili olmuştur. Bu nedenle konunun bütününe sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi disiplinler arası bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Konunun seçilmesinde etkili olan diğer bir husus ise söz konusu kurumun yaptırımı olan menfaat devridir. Bilindiği üzere, temel borç kaynakları olan sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarında, zarar görenin zararının tazmin edilmesi söz konusu zararın ispatına bağlı olup, tazminat zarar miktarı ile sınırlıdır. Sebepsiz zenginleşmede ise, durumun eski hale iadesi amaçlanmış ve zenginleşmenin iadesi, zenginleşme miktarı ve tartışmalı olmakla birlikte karşı tarafın fakirleşme miktarı ile sınırlı tutulmuştur. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunu, bu üç temel kurumdan ayıran husus, yaptırımın zarara ya da zenginleşme-fakirleşme miktarına bağlı olmamasıdır. Bu durum gerçek olmayan

vekâletsiz iş görmenin yaptırımı olan menfaat devrinin, diğer yaptırımların gerekli tatmini sağlayamadığı hallerde alternatif bir çözüm olarak düşünülmesi ve uygulama alanının genişlemesi sorununu gündeme getirmektedir. Nitekim çalışmada cevap aranan sorunlardan biri de budur.

Bu sebeplerle seçilen çalışma konusunun esas amacı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartlarını ve sonuçlarını açıklamak suretiyle uygulama alanını tespit etmek ve menfaat devri yaptırımının hukuki niteliğini araştırmaktır. Bir yandan var olan hukuki düzenlemeler incelenecek, diğer yandan milletlerarası metinlerden ve kanun taslaklarından faydalanılarak olması gereken hukuk açısından öngörülerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Bu açıklamaların başında elbette söz konusu kurumun tanımı gelmektedir. Ardından, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin Roma hukukundaki yeri ve uygulaması incelenecektir. Son olarak bu bölümde, bu kurumun Türk hukukunda düzenlenme yeri ve terim sorunu üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurları incelenecektir. Bu şartlar kısaca, bir işin görülmesi, yetkinin olmaması, işin iş sahibi menfaatine görülmemesi veya yasaklamaya aykırı görülmesi, iş görenin kötüniyeti, hukuka aykırılık ve nedensellik bağıdır. Doktrinde diğer şartlarda görüş birliği olmakla birlikte, hukuka aykırılık şartı, çoğunlukla yapılan "haksız fiil" nitelendirmesine rağmen açıkça ifade edilmemektedir. Hukuka aykırılığın bir şart olarak kabul edilmesi, bir başkasının ne tür menfaatlerine müdahale edildiğinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ortaya çıkacağını belirler. Başka deyişle, mutlak hak ihlalleri dışında malvarlığına yapılan müdahalelerin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sayılıp sayılmayacağı hususunda takınılacak tavır bu şartın varlığını kabule göre değişecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana geldikten sonra tarafların haklarının ve borçlarının neler olacağı açıklanmaktadır. Bu bölüm dört ana başlık altında incelenecek olup, ilk başlık iş görenin borç ve sorumluluklarını; ikinci başlık ise iş görenin haklarını ele alacaktır. Çalışmanın bu bölümünde yer alan en önemli sonuç şüphesiz menfaat devri yaptırımıdır. Menfaat devri yaptırımını bu bölüm altında yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında ele alınacaktır. İş görenin hakları açısından ise özellikle masraf talebinin ne kapsamda ileri sürüleceği inceleme konusu edilecek ve kıyasen uygulanabilecek bir takım kurallar değerlendirilecektir. Üçüncü başlıkta ise tarafların taleplerinin tâbi olduğu zamanaşımı süresinin ne olması gerektiği sorusuna yanıt aranacaktır. Zira bu konuda doktrinde tartışma vardır. Son olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin TBK m.531 gereğince “uygun bulunması”nın mümkün olup olmadığı incelenecektir.

Her ne kadar üçüncü bölümde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir sonucu olarak menfaat devri yaptırımını açıklanmış olsa da, dördüncü bölümde bu yaptırım, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talep temelinden bağımsız olarak inceleme konusu edilecektir. Bu yaptırımın hukuki niteliğini açıklayabilmek için, öncelikle talep temelinin ne olduğunu belirlemek gerekmektedir. Menfaat devri yaptırımını, medeni hukuk yaptırımlar sistemi içerisinde bağımsız ve istisnai bir yere sahiptir. Hukuki niteliğinin belirlenmesi yolunda, menfaat devrinin “ne olmadığı”ndan yola çıkılacak ve öncelikle tazminat hukukunun amaçları incelenecektir. Ardından Anglosakson hukukunda “*punitive damages*” (cezalandırıcı tazminat) kavramı ile Kıta Avrupası hukukunda özel hukuk cezası kavramları üzerine yoğunlaşılacak ve böylelikle cezalandırma düşüncesi medeni hukuk ilkeleri doğrultusunda değerlendirilecektir. Menfaat devri yaptırımının hukuki niteliğine kanaat getirildikten sonra, uygulamada önem teşkil eden bir soruna, devredilecek menfaatin nasıl hesaplanması gerektiğine, çözüm aranacaktır. Önemle belirtmek

gerekir ki, menfaat devrinin kapsamı, özel görünümünün açıklanacağı altıncı bölümde, her özel görünüm için yeniden ve detaylı olarak ele alınacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, dördüncü bölüm, menfaat devri yaptırımını, yalnızca Türk hukukuna özgü olarak değil, genel olarak incelemeyi hedeflemektedir. Bu nedenle, Türk hukukunda henüz tartışılmayan, "sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına" gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmadığı değerlendirilecektir. Bu amaçla, İngiliz sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını ilk defa öngören "*Blake*" kararı ayrıntıları ile ele alınacak ve bu karardan yola çıkarak ne gibi durumlarda sözleşmeyi ihlalin menfaat devri yaptırımına yol açacağı sorusuna yanıt aranacaktır. Karardan umulan, bir takım ilkeler sunarak, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının uygulanması hususunda yol gösterici olmasıdır. Ardından bu ilkeler, özellikle hukuk ve ekonomi doktrini ışığında değerlendirilecek ve Türk hukuku ile İngiliz hukuku açısından ayrı ayrı sonuçlara varılacaktır.

Beşinci bölümde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, diğer talep temelleri ve benzer kurumlarla kıyaslanacaktır. Bu kıyaslama sonucunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye, diğer kurumların yanında ihtiyaç olduğu ve pek çok durumda onları tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı ortaya konması hedeflenmektedir. Diğer kurumlarla arasındaki farklar ortaya çıktıktan sonra, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi diğer talep temelleri üzerinden açıklamaya çalışan görüşler değerlendirilecektir. Ardından, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin diğer kurumlarla ilişkisi, "talep temellerinin bir arada bulunması" bağlamında incelenecektir. Öncelikle sözleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin aynı olayda bir arada gerçekleşmesi ele alınacaktır. Ardından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile haksız fiil talep temeli arasındaki ilişki değerlendirilecektir. Haksız fiilden sonra, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme arasındaki ilişki incelenecektir. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş gören kişinin, iş görme sonucu malvarlığında bir artış olabileceği göz

önünde bulundurulduğunda, bu tür bir iş görmenin aynı zamanda bir sebepsiz zenginleşme – özellikle müdahale zenginleşmesi – teşkil etmesi sıklıkla görülebilir. Son olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, eşya hukuku bağlamında taleplerle bir arada bulunması ele alınacaktır. Bu konuda haksız zilyetlik ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki ilişkiye özel bir önem atfedilecektir.

Son olarak, altıncı bölümde vekâletsiz iş görmenin uygulama alanları incelenecektir. Görüleceği üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, haksız rekabet, fikri ve sınai haklar, kira hukuku, kişilik hakları gibi hukukun farklı alanlarında yaygın uygulama alanı bulan bir kurumdur. Bununla birlikte, TBK m.530 düzenlemesi, kanun koyucu tarafından yeterli bulunmuyor olacak ki, çoğu hal için özel düzenleme yapılmıştır. Ancak bu özel düzenlemelerin bazı sorunlar içerdiği şimdiden söylenmelidir. Söz konusu bölüm ile amaçlanan, var olan özel düzenlemelerin TBK m.530 karşısında nasıl yorumlanması gerektiği sorusuna yanıt bulmaktır.

§ 1 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Genel Bakış

I. Tanım

Türk hukukunda, başkasının işini kendi menfaatine gören kişinin elde ettiği tüm menfaati devretmesi gerektiği açıkça TBK m.530 ile düzenlenmektedir¹. Bu kural, gerçek vekâletsiz iş görmeden farklı bir hali düzenleyerek, onu dışlar². Bu bakımdan, vekâletsiz iş görmenin, gerçek ve gerçek olmayan (hukuka uygun ve hukuka aykırı) olmak üzere ikiye ayrıldığını ve TBK m.530'un, gerçek vekâletsiz iş görmede var olan işin, iş sahibi menfaatine görülmesi zorunlu unsuruna yer vermeyerek gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenlediğini kabul etmek gerekir. Federal Mahkeme de bu konuda aynı görüştedir³.

Türk Borçlar Kanunu'nun, 530. maddesinde düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bir kişinin, yetkisiz olarak ve kendi ya da 3. kişi menfaatine veya iş

¹ Türk ve İsviçre hukuklarında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin aslında düzenlenmediği, TBK m.530 ve OR Art.423 OR'te yer alan düzenlemelerin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye benzetilebileceği ileri sürülmektedir. Ancak çalışmada bunun aksi baştan kabul olunduğu için ayrıntılı olarak yer verilmeyecektir. Görüşler için bkz. Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku, II. Kısım** Ankara 1951, s.526. Görüşlerin eleştirisi için bkz. Haluk Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul 1957, s.68,69; Ataay AYTEKİN/ İsmet SUNGURBEY, **Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu**, 3. Bası, İstanbul 1968, s.401.

² Claire Huguenin/ Markus Müller-Chen/ Daniel Girsberger, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft**, 2. Auflage, 2012, Art.419-424 OR: Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.1; Josef Hofstetter, **Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6**, Basel-Genf-München 2000, s.266; Peter Gauch/ Jörg Schmid, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR**, Art.423 OR, N. 9; Alexander Christoph Bürgi-Wyss, **Der unechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht**, Schultess 2005, s.171; Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht**, Zürich 1956, Art.423 OR, N. 1. Aynı yönde Federal Mahkeme kararları için bkz. BGer 4C.326/2003, E.3.5.1; BGer 4C.389/2002, E.3.2; BGer 4C.234/1999 E 6aa.

³ BGer 45 II 208; BGer 47 II 198; BGer 51 II 583; BGer 68 II 36.

sahibinin açık yasaklamasına aykırı olarak bir iş görmesi suretiyle başkasının hukuk alanına müdahale etmesi olarak tanımlanabilir⁴.

Tanımda yer alan ifadeler, aynı zamanda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurlarını oluşturmaktadır. Bu hususlar aşağıda ayrı bir bölüm altında ayrıntılı olarak açıklanacaktır⁵. Ancak tanımı bir örnekle açıklığa kavuşturmak gerekir. Bir kişinin, bir başkasına ait olan günlükleri yayımlatması gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edebilir. Öncelikle, tanımda ifade edildiği üzere, bir iş görmenin varlığı aranır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, herhangi bir olumlu insan fiili iş görme olarak adlandırılabilir. Başka deyişle, “iş görme” kavramının, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından geniş anlaşıldığı söylenebilir. Bu örnekte günlüğün yayımlatılması bir iş görmedir.

Tanımdan ortaya çıkan bir diğer unsur, bu kişinin, diğerinin günlüklerini yayımlatması hususunda bir yetkisinin bulunmamasıdır. Ancak yetkisizlik unsuru da yeterli değildir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, yetkisiz temsilden farklı olarak, görülen iş, iş sahibi menfaatine görülmez. Sonuç olarak işin, iş sahibinin menfaati dışında, iş gören ya da bir üçüncü kişi menfaatine görülmesi ya da iş sahibinin yasaklamasına rağmen görülmesi gerekir.

İş sahibinin yasaklamasının olduğu halde, işin görülmesinin, iş sahibinin menfaatine olamayacağı, zira kişinin neyin kendi menfaatine olduğuna en iyi kendisinin karar verebileceği varsayımından yola çıkılmaktadır.

⁴ Hans Peter Friedrich, “Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR), insbesondere bei Annahme einer für einen Andern bestimmten Leistung”, **ZSR**, N.F. 64 (1954), s.9-56, s.15; Eugen Bucher, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich 1988, s.261; Jörg Schmid, **Die Geschäftsführung ohne Auftrag**, Freiburg Schweiz 1992, N.730; Hofstetter, s.211. Aynı yönde, BGer 45 II 208; BGer 47 II 198; BGer 51 II 583; BGer 68 II 36.

⁵ Bkz. aşağıda, § 2.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını ise iş görenin elde ettiği menfaatleri devretmesidir. Devredilecek menfaat, zararın varlığından ve miktarından bağımsızdır⁶. Buna karşılık, iş görenin de bir takım masraf talepleri söz konusu olabilecektir⁷.

II. Roma Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

Geniş anlamıyla vekâletsiz iş görme, Roma hukukçularının yarattığı bir kurumdur⁸. Bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek iş görme iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, gerçek vekâletsiz iş görme [*negotiorum gestio*, *altruistik (özgeci) iş görme*], diğeri ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir [*egoistik (bencil) iş görme*]. Roma hukukunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, gerçek vekâletsiz iş görmenin kurallara bağlanmasından sonra, ona benzetilerek düzenlendiğinden, öncelikle kısaca gerçek vekâletsiz iş görmenin tarihi gelişimine değinmek gerekir.

Roma hukukunda⁹, vekâletsiz iş görmenin doğuşu, bir sosyal sorumluluk olarak, *fides* ve *amicitia*'ya (iyiniyet ve dostluğa) dayanmaktadır¹⁰. Başka deyişle vekâletsiz iş görmenin ilk ortaya çıkışı yardımlaşma üzerinedir. Bunun sonucu olarak, gerçek vekâletsiz iş görme, bir kişiye ait işin, o kişinin yetkilendirmesi bulunmadan, iş sahibi menfaatine görülmesi olarak tanımlanabilir. Görülen iş çok çeşitli olabilir.

⁶ James Edelman, **Gain-Based Damages**, Oxford 2002, s.82.

⁷ Schmid, GoA, N.733. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır, bkz. § 3/ I/ B/ 4.

⁸ Schmid, GoA, N.41; Hans Hermann Seiler, **Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht**, Hamburger Habil., Köln/ Graz 1968, s.1.

⁹ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin Roma hukukunda gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe H. Özdemir, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, Ankara 2001s.15 vd; Lee J. W. Aitken, "Negotiorum Gestio and the Common Law, A Jurisdictional Approach", 11 **Sydney Law Review** (1988), s.568 vd.; Seiler, s.1-6; Sebastian Bönschen, **Geschäftsführung ohne Auftrag und Geschäftsanmassung im Mehrpersonenverhältnis**, Frankfurt am Main 2006, s.40 vd.; Eltjo Schrage, "Geschäftsführung ohne Auftrag und der gute Samariter", **Liber Amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag**, Ed. Matthias Armgardt/ Fabian Klinck/ Ingo Reichard, Duncker&Humbolt, Berlin 2013, s.313 vd.

¹⁰ Rudolf Moser, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR., Zürich 1940, s.79; Friedrich, s.16; Schmid, GoA, N.41; Seiler, s.2; Roland Wittmann, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag – Eine zivilistisch-dogmengeschichtliche Abhandlung, Münchener Universitätsschriften, Juristische Fakultät, München 1981s.4.

Bunların başında, bir kişiye acil yardım edilmesi, o kişiye ait eşyanın korunması, o kişinin üçüncü kişiye olan borcunun ödenmesi, komşunun yokluğunda kırık camın onarılması gibi örnekler gelir¹¹.

Bu kurum praetorların gaip kişilerin malvarlığını, bir başka kişinin yönetmesine izin veren uygulamasıyla gelişmiştir¹². Bu durumda, gaip kişinin malvarlığını üçüncü kişilerin tecavüzlerinden koruyan ve görünürde bir mirasçısı olmayan terekenin idaresini üzerine alan “iş gören” ile daha sonra çıkıp gelen gaip kişi veya mirasçılar arasındaki talepler önem kazanmaktadır. Başka deyişle, bu uygulama, kişinin orada bulunmamasına rağmen bir işinin görülmesinin gerektiği halde bir yetkilendirmenin bulunmadığı durumlar içindir. Önceleri bu tür iş görme söz konusu olduğunda, iş zaten iş sahibi menfaatine görüldüğünden, masrafların ödenmesi ahlaki bir görev olarak nitelendirilmekte ve bu temele dayandırılmaktaydı¹³. Ancak daha sonra, iş sahibinin ve iş görenin haklarının hukuki açıdan daha sıkı korunması ihtiyacı doğmuştur¹⁴. Bunun sonucunda da vekaletsiz iş görme Klasik devirde bağımsız bir kurum olarak baş göstermeye başlamıştı¹⁵.

Bu ihtiyaca yanıt olarak, vekâlet ve hatta vesayet gibi diğer güvene dayalı ilişkilere yakın durduğu ifade edilen gerçek vekâletsiz iş görme¹⁶, Roma hukukunda sözleşme benzeri bir kurum olarak değerlendirildi ve düzenlendi¹⁷. *Iustinyanus'un*

¹¹ Aitken, s.569 vd.; Richard William Legae, Roman Private Law – Founded on the ‘Institutes’ of Gaius and Justinian, Holmes Beach 1994, s.310; Ernst von Caemmerer/ Peter Schlechtriem International Encyclopedia of Comparative Law, Restitution/ Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio, Vol. X, 2007, (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.3; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., Cape Town/ Wetton/ Johannesburg 1990, s.438,447.

¹² Friedrich, s.16; Joseph Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio*, Herdelberg 1913, s.10,11.

¹³ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1999, s.382.

¹⁴ Umur, s.382.

¹⁵ Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.19.

¹⁶ Zimmermann, s.439.

¹⁷ Gustav Bermann, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Recht*, Zürich 1928, s.44; Oser/ Schönenberger, Art.419, N.1a; Friedrich, s.21; Kaser, s.586; Seiler, s.332; **Guhl Theo/ Merz Hans / Kummer Max** (işleyenler: **Koller Alfred/ Druey Jean Nicolas**), *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8. Auflage, Zürich 1991, s.503; Moser, Herausgabe, s.88, s.91; Zimmermann, s.434;

Institutiones'inde de *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş görme) kurumunun bir sözleşme benzeri olduğu açıkça ifade edildi¹⁸. Bununla birlikte, *negotiorum gestio*, ancak bir kişiyi kurtarmak gibi aciliyet taşıyan sınırlı müdahaleler için ve herhangi bir komisyon almamak gibi ağır şartlarla uygulanabilmekteydi¹⁹. Roma hukukunun yarattığı²⁰ bu kurumun, bir kişinin diğerinin hukuk alanına müdahaleyi genel olarak uygun bulmayan Roma hukuk düzeninde, gelişim göstermediği ifade edilmektedir²¹.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma hukukunda gerçek vekâletsiz iş görmeden sonra ortaya çıkmıştır. Bu olasılıkta da kişinin, bir başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle başkasına ait bir işi görmesi söz konusu olur. Ancak buna ek olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin karakteristik özelliği, işin, iş sahibi menfaatine ya da onun iradesine uygun görülmemesidir²². Bu nedenle Roma hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme “*egoistik (bencil) iş görme*” olarak da nitelendirilmektedir²³. Gerçek

Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag**, Bern 1964, Art.423 OR, N.2a; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.9; Schmid, GoA, N.31, N.52; Koschaker/ Ayiter, s.255; Rado, s.172; Di Marzo (çev. Umur), s.431; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s.244; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.26-27. Sözleşme benzerleri (quasi-contracts) hakkında, bkz. Percy Henry Winfield, **Quasi-Contracts**, London 1952; Samuel Jacob Stoljar, **The Law of Quasi-Contract**, Sydney 1989; John H. Munkman, **The Law of Quasi-Contracts**, London 1950. Gerçek vekâletsiz iş görmenin Roma hukukunda varoluş aşamaları hakkında bkz. Zimmermann, s.436; Schmid, GoA, N.40-54.

¹⁸ Iustinianus (çev. Ziya Umur), **Iustinianus Institutiones**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, Institutes III, 27, 2-6, s.281. Aynı zamanda bkz. Filippo Ranieri, **Europäisches Obligationenrecht**, 3. vollst. überarbeitete Auflage, Springer, Wien/ Newyork 2009, s.1762. Gerçek vekâletsiz iş görme Digesta'da da aynı şekilde nitelendirilmektedir. Bkz. DIG. 44, 7, 5. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buckland, s.537; Ranieri, s.1762; Umur, s.382 vd.; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İkinci Bası, İstanbul 1959, (çev. Ziya Umur), s.460 vd.; Nurcan İpek, “Roma Hukukunda Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)”, **Argumentum**, C.I, S.11, 1991, s.170 vd.; Iustinianus (çev. Umur), Institutes III, 27, 2-6, s.281.

¹⁹ Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.19; Zimmermann, s.436.

²⁰ Schmid, GoA, N.41; Seiler, s.1.

²¹ Mustafa Dural, “Roma Hukukunda Akit Benzerleri” (Quasi Contractus), **İÜHFİM CXXXIII S.3-4**, s.259 vd.; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.5; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.19.

²² Gautschi, Art.423 OR, N.1a, DIG. 3.5.9.1.

²³ DIG. 3.5.9.1., Gautschi, Art.423 OR, N.1a. Aynı yönde, Vasfi Raşit Sevig, **Romanın Hususî Hukukunun İnstituition'ları – Sistem ve Tarihçe**, Ankara 1937, s.627.

vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olan başkasına ait bir işin görülmesi iradesi (*animus negotia aliena*)²⁴, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, kurumun niteliği itibariyle mevcut değildir. Zira burada iş, iş sahibinin menfaatine değil, tam tersine genellikle iş görenin kendi menfaatine görülür (*sui lucri causa*)²⁵. Ancak klasik hukuk döneminde, *animus negotia aliena* unsuru gerçek vekâletsiz iş görme için de aranmamaktaydı²⁶. Böylelikle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yarattığı değer kaymaları ve başkasının hukuk alanına müdahale ederek menfaat elde edilmesi uygun görülmediğinden, vekâletsiz iş görmenin davası olan, iş sahibinin menfaat devri talebini içeren *actio directa*'ya gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de izin verilebilmekteydi²⁷. Bununla birlikte, başkasına ait işi görerek kendisi için menfaat elde eden kişiye, iş görenin masraf taleplerine ilişkin dava olan *actio contraria*²⁸ tanınmamaktaydı²⁹. Oysa bugün gerçek vekâletsiz iş görmede bu iki talep karşılıklı olup, söz konusu talepler her iki tarafın menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır³⁰.

Iustinianianus hukuku, gerçek vekâletsiz iş görme için *animus negotia aliena* olarak ifade edilen, başkasına ait iş görme iradesini şart koşturmaktadır³¹. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bu irade var olmadığı için, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerekirken, hakkaniyetin elde edilen menfaatin devredilmesini gerektirdiği düşünülmüş ve bu kurum için yine *actio directa*'ya yer

²⁴ Seiler, s.21; Schmid, GoA, N.44-45; Zimmermann, s.441; Özdemir, s.36-40; Di Marzo (çev. Umur), bkz. s.462; Umur, s.38; Paul Koschaker/ Kudret Ayiter, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, İzmir 1993, s.254; Ranieri, s.1759.

²⁵ Dural, Roma, s.261.

²⁶ Karl Joseph Partsch, **Studien zur Negotiorum Gestio**, Herdelberg 1913, s.26; Özdemir, s.32; İpek, s.171.

²⁷ Schmid, GoA, N.53.

²⁸ Actio directa ve actio contraria davaları için bkz. Schmid, GoA, N.53-54; Friedrich, s.17; Kaser, s.590; Ranieri, s.1758-1759; Duncan Sheehan, "Negotiorum gestio: a Civilian Concept in the Common Law?", **International and Comparative Law Quarterly**, 2006, s.255.

²⁹ Koschaker/ Ayiter, s.255; Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Meseleleri**, İstanbul 2005s.245,246;

³⁰ Kaser/ Knütel, § 44, N.19; Zimmermann, s.443; Schmid, GoA, N.53-54.

³¹ İpek, s.169.

verilmiştir³². Bunun karşısında, iş görenin masraf talepleri için açabileceği dava olan *actio contrario* ise, görülen işin, iş sahibine fayda sağlaması (*utiliter*) şartıyla³³, başka deyişle iş sahibinin malvarlığında artış olması koşulu ile ve bu artış ile sınırlı olarak ileri sürülebilir³⁴. Bu yaklaşımın güncel hukuk düzenlerine etki ederek, iş sahibinin malvarlığındaki artışın masraf talebine hâlâ sınır teşkil ettiğini ifade etmek gerekir³⁵. Bundan başka, Roma hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede “uygun bulma” (*ratihabitio*) mümkün iken, Türk hukukunda bu husus tartışmalı olup, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir³⁶.

III. Türk Hukukunda Düzenlendiği Yer ve Terim Sorunu

A. Kanundaki Yeri

1. Mevcut Düzenlemeler

Vekâletsiz iş görme, yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma hukukunda, öncelikle yalnızca yardım amaçlı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, önceleri yalnızca iş sahibinin menfaatine işin görülmesi düzenlenmişti. Böylelikle gerçek vekâletsiz iş görme, vekâlet sözleşmesine yakın tutulmuş ve sözleşme benzeri olarak kabul edilmişti³⁷. Günümüz kanunlarında³⁸ gerçek vekâletsiz iş görmenin düzenleniş şekli de yukarıda açıklanan “sözleşme benzeri” (*quasi contractus*) nitelendirmesinden

³² Moser, s.80,81; Dural, Roma, s.261; İpek, s.170; Di Marzo (çev. Umur), s.462; Koschaker/ Ayiter, s.254,255; İsmet Sungurbey, “Kazandırıcı Yıllanma ve Kullanma Karşılığı”, **Medeni Hukuk Eleştirileri C.I**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s.85.

³³ Schmid, GoA, N.46; Seiler, s.51 vd.

³⁴ İpek, s.171; Dural, Roma, s.261.

³⁵ DIG. 3,5,5,5. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.9; Buckland, s.312; Robert Warden Lee, **The Elements of Roman Law**, 4th ed., London 1997, s.372; Di Marzo (çev. Umur), s.463. Günümüz hukuku açısından da sınır teşkil eden bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 3/ II/ A.

³⁶ Bkz. § 3/ IV.

³⁷ Friedrich, s.21; Kaser, s.586; Seiler, s.332; Bermann, s.44; Oser/ Schönerberger, Art.419, N.1a; Guhl/ Merz/ Druey, s.503; Moser, Herausgabe, s.88, s.91; Zimmermann, s.434; Gautschi, Art.423 OR, N.2a; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.9; Schmid, GoA, N.31; Koschaker/ Ayiter, s.255; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul 1997, s.172; Di Marzo (çev. Umur), s.431; Tahiroğlu/ Erdoğan, s.244; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.26-27.

³⁸ Örneğin bkz. Alman Medeni Kanunu § 677-687, İsviçre Borçlar Kanunu m.419-424, Türk Borçlar Kanunu, m.526-531, Fransız Medeni Kanunu m.1372 vd.

kaynaklanmaktadır³⁹. Gerçek vekâletsiz iş görme, vekâlet sözleşmesine benzetildiği için, tıpkı Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun özel hükümler bölümünde vekâlet sözleşmesinden hemen sonra, Fransız Medeni Kanunu'nda ise, sözleşme benzerleri başlığı altında düzenlenmektedir.

Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşme benzeri olsa da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sözleşme benzeri bir kurum olmadığı açıktır. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, gerçek vekâletsiz iş görmeye benzemesi ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de, gerçek vekâletsiz iş görme için öngörülmüş davaların Roma hukukundan beri uygulanıyor olması nedeniyle, bu iki kurum birlikte anılmaktadır⁴⁰. Bu açıdan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, ayrı bir borç kaynağı olarak ve borçlar kanunlarının genel hükümler kısmında yer alması beklenirken pek çok kanunda, gerçek vekâletsiz iş görmenin arkasında ve özel borç ilişkileri kapsamında düzenlendiği görülmektedir. Oysa gerçek vekâletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, yetkisiz olarak bir kişiye ait işin görülmesi unsuru haricinde, yapı olarak birbirinden farklı iki kurumdur⁴¹.

Roma hukukundan kalan bu yaklaşımla, vekâletsiz iş görmenin, kanunda hala özel borç ilişkileri kısmında yer alması doktrinde eleştirilmektedir⁴². Zira yürürlükteki

³⁹ Schmid, GoA, N.31; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.9; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85.

⁴⁰ Bkz. yukarıda § 1/ II – Roma Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme. Aynı yönde, Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85; Schmid, GoA, N.820.

⁴¹ Bu iki kurum arasındaki farklar için bkz. § 5/ I/ A.

⁴² Patrizia Holenstein, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1983, s.160; Schmid, GoA, N.820; Brinner, s.5; Friedrich, s.20; Fischer, s.23; Josef Hofstetter, "Gewinnherausgabe und Aufwendersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag", ZBJV 100/1964, s.221 vd, s.250, s.336; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529, 5. Auflage, 2011 Basel, Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Moser, s.118; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85; Alper Gümüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2012, s.235; Hofstetter, s.177; Christine Chappuis, La Restitution des profits illégitimes, Helbing 1991, s.42; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.6; Moser, s.118; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.65; Richard Suter, Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Obligationenrecht, Bern 1933, s.114.

hukuk bakımından, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yerinin, bu kurumunun hukuki niteliği ile bağdaşmadığı⁴³ ve vekâletsiz iş görmenin, modern yaklaşım gereği ayrı bir borç kaynağı olarak kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁴. Gerçekten de taraflar arasında yasal bir borç ilişkisinin doğumuna yol açtığı için, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir borç kaynağı olarak *de lege ferenda*, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri kısmında düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁵. Bu husus, İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir⁴⁶. Benzer şekilde Alman hukukunda BGB § 687/ II'nin de kanundaki yeri eleştirilmektedir⁴⁷. Söz konusu kuruma bünyesinde yer vermemekle birlikte, Anglosakson hukuk öğretisinin, Kara Avrupası hukuk sistemini bu açıdan eleştirdiği görülmektedir⁴⁸.

Doktrinde bir görüş ise, vekâletsiz iş görme kurumunun, vekâlet sözleşmesinin ardından düzenlenmiş olmasını, bu durumun vekâletin tecavüz edilmesi şeklinde ortaya çıkabileceğini ve uygun bulma sayesinde vekâlet hükümlerinin uygulanabileceğini ifade ederek, kanun sistematikliğini savunmaktadır⁴⁹. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için ne ihlal edilecek

⁴³ Schmid, GoA, N.822.

⁴⁴ Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85; Haluk Nami Nomer, "Karar İnceleme-506 Sayılı SSK m.10'a göre İşverene Açılan Rücu Davaları Hangi Zamanaşımına Tabidir?" **Çimento İşveren Dergisi**, s.28 vd., s.30; Gümüş, C.II, s.235; Schmid, GoA, N.820; Brinner, s.5; Friedrich, s.20; Holenstein, s.160-161; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.65; Suter, s.114; Rolf H. Weber, "Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht", **ZSR** 111/1992 I, s.336; Fischer, s.23; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.250; Hofstetter, s.177; Chappuis, s.42; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.6; Moser, s.118. Alman hukukunda, BGB § 687 açısından, Wittmann, s.151, s.160; Julius von Staudinger, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 657-704, Berlin 2006, Staudinger/ Bergmann, § 687, N.43.

⁴⁵ Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul 1999, s.19, s.25; Gümüş, C.II, s.235; Kocayusufoğlu, s.72-73; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85-86; Sungurbey, Eleştiri, s.415.

⁴⁶ Schmid, GoA, N.820, N.822; Brinner, s.5; Friedrich, s.20; Fischer, s.23; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.250; Hofstetter, s.177; Chappuis, s.42; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.6; Moser, s.118.

⁴⁷ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme BGB § 687'de, gerçek vekâletsiz iş görme hükümlerinin (BGB §§ 677-686) hemen arkasından düzenlenmektedir. Wittmann, s.151, 160. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin "sosyal temastan doğan borçlar" (*Schuldverhältnissen aus sozialen Zusammenhängen*) altında düzenlenmesi gerektiği yönünde, Staudinger/ Wittmann, BGB §§ 677-687, N.3. Benzer şekilde, Alman hukukundaki talepler sisteminin düzenine ilişkin olarak, Beuthien, s.131 vd.

⁴⁸ Samuel Jacob Stoljar, **The Law of Quasi-Contract**, 2. ed. Sydney 1989 Quasi-Contracts, s.173; Dawson, s.829.

⁴⁹ Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.330.

vekâlet sözleşmesi ne de uygun bulma iradesi şarttır. Bu açıdan söz konusu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

2. Güncel Eğilim

Tarihi ve aslında tesadüfî sebeplere dayanan⁵⁰ bu düzenleniş biçimi hususunda ağırlıklı görüş Türk hukukunda da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ayı bir borç kaynağı olarak düzenlenmesi olsa da, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu hazırlanırken bu husus göz ardı edilmiş görünmektedir. Dolayısıyla güncel bir yasayla düzenleme şansı varken, bu imkân kullanılmamıştır.

Buna karşılık 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'na (OR 2020)⁵¹ bakıldığında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve menfaat devri yaptırımının, Tasarının üçüncü kısmında 69. maddede⁵², "Haksız Zenginleşmeden Doğan Borçlar" altında düzenlendiği görülmektedir. Bu üst başlık altında iki husus temel olarak açıklanmaktadır. Bunlardan ilki, 64 ila 68. maddeler arasında düzenlenen "Haksız Zenginleşmenin İadesi" dir [*Erstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung*]. Düzenlenen ikinci husus ise, "Haksız Elde Edilen Menfaatin İadesi" [*Erstattung eines ungerechtfertigt erlangten Gewinns*] olarak karşımıza çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere, OR 2020, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, sebepsiz zenginleşme kurumu altında düzenlemektedir. Bununla birlikte, düzenlemenin dar anlamda sebepsiz zenginleşmeden ayrı şartlara ve sonuçlara tabi kılındığı gözden

⁵⁰ Schmid, GoA, N.820; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85.

⁵¹ Çalışmada OR 2020 olarak anılacaktır. Metin için bkz. <http://or2020.ch/#> 20.11.2013.

⁵² OR 2020'nin 69. maddesi gereği, bir kişinin hukuken korunan menfaatine tecavüz eden ve bu suretle menfaat elde eden kişi, bu menfaati tamamen ya da kısmen iade etmelidir meğerki bir başkasının menfaatine tecavüz ettiğini bilsin ya da bilmesi gereksin. Bu düzenlemeden çıkan sonuca göre, menfaat devri talebinin söz konusu olabilmesi için dört şart aranmaktadır. Bunlar, hukuk alanına müdahale, müdahalenin bilinmesi ya da bilinmesinin gerekiyor olması, bir menfaat elde edilmesi ve son olarak elde edilen menfaat ile müdahale arasında nedensellik bağı bulunmasıdır. Zararın varlığı bir şart olarak aranmaz. Huguenin Claire / Hilty Reto M. (işleyenler: Chappuis Christine / Werra Jacques de), **Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für neuen Allgemeiner Teil, Art. 69-72**, Art.69, N.6, <http://or2020.ch>, 20.11.2013.

uzak tutulmamalıdır⁵³. Sonuç olarak kurumun yalnızca adı ve yeri değiştirilmiş olup, başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle iş görme ve menfaat devri yaptırımı OR 2020’de de yer almaktadır. Zaten bu kurumun hemen arkasından da gerçek vekâletsiz iş görme düzenlenmektedir.

Bununla birlikte, Avrupa Birliği alanında uyumlaştırma çalışmalarından olan ve Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu tarafından, bağlayıcı olmayan bir hukuk enstrümanı olarak hazırlanan *Draft Common Frame of Reference’ın (DCFR)*⁵⁴, V. kitabında, bir kişinin, diğerinin yararına olarak onun işini görmesi halinin düzenlendiği görülmektedir (V. – 1:101 vd.)⁵⁵. Başka deyişle, Türk hukukunda gerçek vekâletsiz iş görme olarak adlandırılan kurum, bir sözleşme benzeri olarak, vekâlet sözleşmesinin arkasından düzenlenmektedir. Bu sıralama yerinde görünmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise bu kuralı takiben düzenlenmiş değildir.

Bir kişinin, kendi menfaatine diğerinin hakkını ihlal etmesi ise DCFR’ın VII. kitabında yer verilen haksız zenginleşme kapsamında değerlendirilebilir. Zira bu konuda özel bir düzenleme yoktur⁵⁶. Bununla birlikte, DCFR VII – 3:102, “*disadvantage*” kavramını tanımlarken, bir kişinin, diğerinin malvarlığında olan bir şeyi kullanması da kapsama alınmaktadır. Başka deyişle, bir fakirleşme olmamakla birlikte, bir kişi diğerinin malvarlığında bulunan bir şeyi kullanmak suretiyle zenginleşiyorsa, DCFR bunu da haksız zenginleşme kapsamında kabul etmektedir.

⁵³ Sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki farklar için bkz. § 5/ I/ C. Bu iki kurumun yarışması hususunda ise bkz. § 5/ III/ C.

⁵⁴ DCFR, ilkeler, tanımlar ve model kurallar içeren ve Avrupa Birliği Medeni Hukuku alanında uyumlaştırma hedefleyen akademik bir çalışmadır. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke asıl editörlüğünde, Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano ve Fryderyk Zoll tarafından hazırlanmıştır. *DCFR ve Study Group on European Civil Code*, ayrıntılı bilgi için bkz.

http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf 11.11.2014.

⁵⁵ Christian von Bar/ Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Vol.3, DCFR V:1:101, N.I.1, s.2900.

⁵⁶ Peter Huber, **Rome II Regulation, Pocket Commentary**, München 2011, Art.11 Rome II, N.3; von Bar/ Clive, Vol.3, DCFR V:1:101, s.2877.

Kanaatimce, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bazı halleri (örneğin hukuka aykırı alt kira), bu şekilde değerlendirilip, elde edilen zenginleşmenin (menfaatin) iadesini DCFR bünyesinde talep etmek mümkün olabilir. Ancak bu yorumun çok zorlama olduğu ve pek çok gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurgusunu dışarıda bıraktığı için bütüncü olmadığı da ortadadır. Bu açıdan DCFR'ın gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenlemediğini ifade etmek gerekir⁵⁷. Bu halde, menfaat devri yaptırımını talep edilemeyecek olsa da, iş görmek suretiyle hukuk alanına müdahale eden kişi, şartlarını sağlarsa haksız fiil kapsamında tazminat ya da haksız zenginleşme kapsamında zenginleşmenin iadesi yaptırımına tâbi tutulabilecektir.

B. Terim Sorunu

Doktrinde bu kurum, çeşitli terimlerle ifade edilmekte ise de, kanaatimce terim farklılığı unsurlar konusunda aynı yaklaşım benimsendikten sonra önemsizdir. Bu kurum doktrinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, kötüniyetli kendi yararına iş görme, kendine mal etme ve kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gibi terimlerle anılmaktadır⁵⁸. Kendine mal etme, iş gaspı, gerçek olmayan vekâletsiz iş

⁵⁷ von Bar/ Clive, Vol.3, DCFR V:1:101, s.2877.

⁵⁸ Doktrindeki değişik isimlendirmeler için bkz. *Geschäftsanmassung (kendine mal etme)* terimi için bkz. Weber, *Gewinnherausgabe*, s.340; Friedrich, s.23; Sebastian Bönschen, **Geschäftsführung ohne Auftrag und Geschäftsanmassung im Mehrpersonenverhältnis**, Frankfurt am Main 2006, s.5; Guhl/ Merz/ Druey, s.506; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.1; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.1; Oser/ Schönenberger, Art.419, N.2; Suter, s.115, Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Art. 184-551**, Zürich 1972, s.336; Friedrich, s.23; Hofstetter, s.177; Bucher, BT, s.261; Ulrich Lischer, **Die Geschäftsführung ohne Auftrag in schweizerischen Recht**, Reihe A, Band 20, Basel 1990, s.16; Rolf Schmidt, **Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnisse**, 3. Aufl., Bremen 2005, N.118; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.8; Larenz, s.452. *Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (gerçek olmayan vekâletsiz iş görme)* terimi için bkz. Guhl/ Merz/ Druey, s.506; Bucher, BT, s.261; Gauch/ Schmid, Art.423 OR; Uygur, Cilt 8, s.9072; Arkan Akbıyık, s.17; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, İstanbul 1992, s.488; Bilge, s.330; Göktürk, s.526; İlhan Uluhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu (BK m.63/I)**, İstanbul 1984, s.57; Öz, s.74; Honsell, s.331; Hofstetter, *Gewinnherausgabe*, s.209; bu terimin yerinde olmadığı yönünde, Friedrich, s.23. *Bösgäubige Eigengeschäftsführung (kötüniyetli kendi yararına iş görme)* terimi için bkz. Huguenin, s.139; Gauch/ Schmid, Art.423 OR; *Bösgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme)* terimi için bkz. Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.1; BGer 4A_310/2007 E.7.1; BGer 129 III 442; BGer 126 III 386; BGer 126 III 69; *Caiz Olmayan Vekâletsiz İş Görme* terimi için bkz. Tandoğan, s.66; Aydın Zevkililer/ Emre K. Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2013, s.632; *Kötüniyetli Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme* terimi için bkz. Gümüş, C.II, s.218 vd.; *haksız vekâletsiz iş*

görme ya da caiz olmayan vekâletsiz iş görme terimlerinden hangisinin kullanıldığına bakılmaksızın, asıl belirleyici nokta, bir başkasına ait işi, iş sahibi menfaatine değil, kendi ya da üçüncü kişi menfaatine gören veya iş sahibinin yasaklamasına rağmen gören kötünietli kişinin elde ettiği menfaati devretmesinin gerekli oluşudur⁵⁹. Bununla birlikte, çalışmada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme terimi tercih edilmektedir. Zira söz konusu kurum, halihazırda vekâletsiz iş görme başlığı altında düzenlenmektedir. Bu nedenle kendine mal etme, kötünietli kendi yararına iş görme, iş gaspı gibi terimler tercih edilmemiştir. Kötünietli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme terimi de benimsenmemiştir. Zira kötüniet söz konusu kurumun bir zorunlu unsurudur, adında yer almasına gerek yoktur.

görme terimi için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.V**, İstanbul 2004, s.1091. Yazarların bir kısmının birden çok terimi kullandığını ifade etmek gerekir.

⁵⁹ BGer 25 Mai 2004, Nr. 4C.326/2003, E.3.5.1; Jörg Schmid/ Hubert Stöckli, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Schultess 2010, N.2032.

§ 2 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Unsurları

I. İş Görme

A. Tanımı

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebilmesi için, müdahale teorisi (*Eingriffstheorie*) gereği, iş sahibinin hukuk alanına bir müdahale suretiyle işin görülmesi söz konusu olmalıdır⁶⁰. Bununla kastedilen, “iş sahibine ait” bir işin görülmesidir⁶¹. İş görmenin tanımı, doktrinde çeşitli hukuk dallarında yapılmış olup, özgülendiği alana göre farklılık gösterebilmektedir. Geniş anlamıyla bir hizmetin görülmesi, bir görevin ifası, yönetim faaliyetleri ve hatta faaliyetler zinciri şeklinde iş görmeden söz edilebilir⁶². Genel bir tanımlamayla, her olumlu insan fiili bir iş görme olarak nitelendirilmektedir⁶³. Başka deyişle bir hareketsizlik ya da ihmal “iş görme” olarak nitelendirilemez. İş görmenin söz konusu olabilmesi için olumlu bir insan eylemi gerekmektedir⁶⁴. Aşağıda, bu genel tanıma sınır getiren görüşlere yer verilecektir.

⁶⁰ Bucher, BT, s.262; Chappuis, s.9 vd.; Schmid, GoA, N.752 . Federal Mahkeme'nin de yabancı bir menfaat alanına müdahaleyi (*einmischung in einen fremden Interessenkreis*) karakteristik özellik olarak kabul eden kararları vardır. Bkz. BGer 97 II 169, BGer 68 II 29; BGer 45 II 202.

⁶¹ Markus Nietlisbach, **Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht**, Bern 1994, s.105; Guhl/ Schnyder, s.561; Schmid, GoA, N.730 vd. Benzer şekilde Alman hukukunda, Otto Paland, **Bürgerliches Gesetzbuch**, München 2014, Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.2, 2a; Bendix von Barga, **Beiträge zur Lehre von der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag**, Marburg 1932, s.9; Dorn, s.9 vd.

⁶² Gauch/ Schmid, Art.419, N.8; Lischer, s.18; Moser, s.127; Oser/ Schönenberger, Art. 419, N.4; Honsell/ Vogt/ Wiegand, (işleyen: Weber), Art.419, N.5; Rudolph, Art. 419, N.3; Bucher, BT, s.257-258. Birden fazla ama birbirine bağlı olan çeşitli işlerin yapılmasının, tek bir iş görme fiili sayılması gerektiği yönünde, bkz. Velidedeoğlu/ Özdemir, s.628; Özdemir, s.96.

⁶³ Moser, s.126; Becker, Art. 419 N.3; Friedrich, s.25,26; Zevkliler/ Gökyayla, s.630; Turgut Uygur, **Açıklamalı ve İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Cilt 8 – Madde 394 – 544, Ankara 2003, s.9013; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, İstanbul 2012, s.640; Ayhan, s.26; Arkan Akbıyık, s.26; Tandoğan Vekâletsiz İş Görme, s.86; Tandoğan, Borçlar, s.678. Alman hukukunda da benzer şekilde, Freese, s.2; Dorn, s.6.

⁶⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s.630; Özdemir, s.95; Velidedeoğlu/ Özdemir, s.628; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.86; Lischer, s.20; Moser, s.127; Arkan Akbıyık, s.26; Oser/Schönenberger, Art.419, N.7; Becker, Art. 419, N.3; Tandoğan, Borçlar, s.678. İhmali bir davranışın vekâletsiz iş görme sayılabileceği yönünde Suter, s.11. Doktrinde klasikleşmiş bir örnek olan, ekmek üzere hazırlanan tohumların bir

İş görmeye ilişkin bazı hususlar, gerçek vekâletsiz iş görme için önem taşıırken; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından aynı önemi haiz değillerdir. Bunun başında, “başkasına ait iş görme iradesi” gelir. Yukarıda açıklandığı üzere, Roma hukukunda, gerçek vekâletsiz iş görme için bir başkasına ait iş göre iradesi (*animus negotia aliena*) aranmakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için aranmamaktaydı. Günümüzde de, Roma hukukunda temellerini bulan bu ayrımla⁶⁵, gerçek vekâletsiz iş görmede, başkasına ait⁶⁶ iş görme iradesi,⁶⁷ bir koşul iken⁶⁸; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören işi, iş sahibinin menfaatine görmediği ya da yasaklamasına rağmen gördüğü için, “başkasına ait iş görme iradesi” bulunmaması gerekir⁶⁹. Yargıtay ve Federal Mahkeme de aynı görüştedir⁷⁰. Türk ve İsviçre hukuklarına paralel olarak, Alman hukukunda da başkasına ait iş görme iradesi aranmaz⁷¹. Ancak elbette, görülen işin bir başkasına ait olması

başkasının tarlasına rüzgârın esmesiyle uçması bir iş görme sayılmayacak; sebepsiz zenginleşmeye konu olacaktır.

⁶⁵ Kaser/ Knütel, § 44, N. 16; Di Marzo, s.463; İpek, s.171. Bkz. yukarıda § 1/ II.

⁶⁶ İşin başkasına aidiyeti, iş sahibinin hukuki alanına doğrudan ya da dolaylı etki yaratmaya yönelmiş bir müdahale şeklinde ifade edilmektedir. Olgaç, s.309; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.123; Özdemir, s.99.

⁶⁷ Başkasına ait iş görme iradesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harald Müller, **Der Fremdgeschäftsführungswille**, Mannheim 1980, s.100 vd. ile s.196 vd.; Friedrich, s.18-20; Schmid, GoA, N.44. Bu konuda örnek için bkz. Dieter Medicus, **Gesetzliche Schuldverhältnisse, Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag**, 5. neu bearbeitete Auflage, Beck Verlag, München 2007, s.167.

⁶⁸ Lischer, s.21 vd.; Suter, s.25 vd.; Honsell, s.327-328; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.640; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.489; Zevkliler, s.260; Ayhan, s.27; Bilge, s.326; Zevkliler/ Gökyayla, s.631; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.95.

⁶⁹ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.5; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.5; Hofstetter, s.271; Oser/ Schönenberger, Art. 419, N.9; Suter, s.115-116.

⁷⁰ YİBK 4.6.1958, 15/6, Kazancı İçtihat Bankası, 12.09.2013. BGer 129 III 422; 126 III 69 E 2a; BGer 97 II 169.

⁷¹ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.8; Palandt/ Sprau, § 687, N.2; Christian Förster, **Schuldrecht Besonderer Teil**, Tübingen 2012, s.231; Otto Heinrich Chrestin, **Unechte Geschäftsführung BGB § 687 Abs. 2**, Schwerin 1931, s.31,32; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband I, Besonderer Teil**, 13. Aufl., München 1986, s.452-453; Andreas Bergmann, **Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis**, Tübingen 2010, s.454-455; Wolfgang Fikentscher/ Andreas Heinemann, **Schuldrecht**, 10. Aufl., München 2006, N.1283.

gerekir⁷². Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin de bu doğrultuda kararları mevcuttur⁷³.

B. İş Görmenin Kapsamı Üzerine Görüşler

1. Hukuki İşlem Görüşü

Doktrinde bir görüşe göre, vekâletsiz "iş görme", yalnızca hukuki işlem ve hukuki sonuç meydana getiren fiillerden meydana gelmektedir⁷⁴. Doktrinde terk edilmiş olan bu görüşün savunucuları arasında çoğunlukla, iş görmeyi bir nevi temsil olarak gören⁷⁵ Pandektist hukukçuların yer aldığı görülmektedir⁷⁶. Ancak bilindiği üzere temsil hükümleri, dış ilişkiyi düzenler. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri ise, iş görenle iş sahibi arasındaki ilişkiyi düzenler ve temsilin bir çeşidi olarak kabul edilemez⁷⁷. Zira görülen iş, temsilden farklı olarak, iş sahibinin (temsil olunanın) menfaatine görülmemektedir⁷⁸. Tam aksine işin, iş sahibi menfaatine görülmemesi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için bir koşul teşkil eder.

Pandektist hukukçuların bu yaklaşımının temelini Roma hukukunun oluşturmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim Roma hukukunda, hukuki işlem

⁷² Medicus, s.166; Holenstein, s.160; Friedrich, s.29; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, BGB § 687, N. 3; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.8, N.18; Suter, s.118; Freese, s.7 vd.; Larenz, s.452; Bergmann, s.454; Fikentscher/ Heinemann, N.1283. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Moser, s.137 vd.; Hagenbüchli, s.38; Loyal, s.28-32; Sippel, s.143-144, s.49 vd.; Hader, s.42 vd.; Suter, s.13-17.

⁷³ BGHZ 75, 203, 205 = NJW 1980, 178; BGH NJW-RR 1989, s.1256 vd.

⁷⁴ Sözleşmeye konu olabilecek her işin vekâletsiz iş görmeye de konu olabileceği şeklindeki daha doğru bir yaklaşım ile, Lischer, s.18; Friedrich, s.26.

⁷⁵ Zira ancak hukuki işlemler temsile konu olabilmektedir.

⁷⁶ Aarons Bernhard, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, Schwerin 1860, s.4; Köllner Friedrich O., Die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum, Göttingen 1856, s.10; Isay Hermann, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900, s.44. Pandektist hukukçuların yanında, görüşün son savunucusu olarak: Staub Hermann, Kommentar zum Handelsgezetzbuch, 14. Aufl. Berlin 1932, § 362 N.2-3.

⁷⁷ Zira yalnızca temsil ve yetkisiz temsil hukuki işlem ile sınırlı tutulmaktadır. Vekâletsiz iş görme ise, yetkisiz temsilden farklı olarak, temsilin bir çeşidi olmayıp, hukuki işlem ile sınırlı değildir.

⁷⁸ Ancak yetkisiz temsil ile gerçek vekâletsiz iş görme bir arada bulunabilir. Bu durumda, temsil dış ilişkiye, gerçek vekâletsiz iş görme iç ilişkiye ilişkindir. Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.251; Hatemi, Borçlar Özel, s.112.

olmasa da pek çok iş görmenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamına alındığı görülmektedir⁷⁹.

Günümüzde ise iş görmenin hukuki işleme münhasır olmadığı doktrinde tartışmasız şekilde kabul edilmektedir⁸⁰. Benzer şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da vekâletsiz iş görmenin yalnızca hukuki işlem ile sınırlı olmadığını kabul etmektedir⁸¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 528. maddesinin, vekâletsiz iş görmede iş görenin ehliyetine ilişkin düzenleme yapmış olması, vekâletsiz iş görmenin, hukuki işlem ile sınırlı olduğu şeklinde yorumlanamaz. Zira bu düzenleme yalnızca ehliyetsiz kişinin korunmasını hedef tutmaktadır⁸².

2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

“İş görme” kavramına sınır getiren bir diğer görüş, vekâlet sözleşmesinden yola çıkarak, ancak bu sözleşmenin konusunu teşkil eden işlem ve fiillerin vekâletsiz iş görmeye konu olabileceğini ifade etmektedir⁸³. İş görmeyi, vekâlet sözleşmesinin kapsamı⁸⁴ ile sınırlamak, iş görmenin sınırlarını daralttığından, yerinde olarak,

⁷⁹ Suter s.7, dn.4.

⁸⁰ Lischer, s.18; Oser/Schönenberger, Art.419 N.3; Becker, Art. 419, N.4; Bermann, s.9; Suter, s.7-8; Moser, s.122-123; Moser, 127; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s.489; Özdemir, s.95; Gümüş, C.II, s.219-220; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.77-79; Göktürk, s.523;. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, “tasarruf” ifadesinin yer almasının, yalnızca hukuki işlemle sınırlı olduğuna işaret etmemesi gerektiği Tandoğan tarafından açıkça ifade edilmiştir. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.79. Artık 6098 sayılı Borçlar Kanunu da, yerinde olarak, tasarruf ifadesi yerine “iş görme” ifadesini kullanmaktadır.

⁸¹ BGEr 126 III 69. Ayrıca bu konuda bkz. aşağıda, § 6/ VII/ F.

⁸² Kutlu Sungurbey, s.27; İsviçre BK m. 421, TBK m. 528'e paralel bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenleme hakkında, lafzi bir yorum ile Suter, sözleşme ehliyeti olmayandan da “başkası hesabına iş gören” şeklinde bahsedilmesini, ehliyete gerek olmayan maddi fiillerin de vekâletsiz iş görme kapsamında sayılacağı şeklinde yorumlamaktadır. Suter, s.9. Aynı görüşte, Hagenbüchli, s.31.

⁸³ Atay/ Sungurbey, s.399; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 1943 s.558; Oser/Schönenberger, Art. 419, N.5. Roma hukukunda, vekâletsiz iş görmenin, vekâlet aktine benzetilerek bir quasi contractus olarak kabul edildiğini ifade etmek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, Roma, s.260; Rado, s.149.

⁸⁴ Vekâlet sözleşmesinin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.356-358; Gümüş, C.II, s.117; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.542,543; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2010, s.394-395; Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul 2004, s.6 vd.; Turgut Akıntürk / Ateş Karaman Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 2012, s.316.

eleştirilmektedir⁸⁵. Zira eser sözleşmesinin kapsamına girecek, bir iş görme ediminin de, vekâletsiz iş görmeye konu olmasına bir engel bulunmamaktadır. Örneğin bir heykeltıraşın, başkasına ait mermeri kullanarak bir büst yapması durumunda, diğer koşulların da karşılanması kaydıyla, özel hükümler saklı kalmak üzere vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilmelidir⁸⁶.

3. Hukuka Aykırı Fiilleri Kapsam Dışında Bırakan Görüş

İş görme tanımlanırken, her olumlu insan fiilinin bir iş görme teşkil edebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu eylemin, hukuka uygun bir fiil şeklinde olabileceği konusunda tartışma yoktur. Bununla birlikte hukuka aykırı bir fiil ile iş görmenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bunu kabul etmez⁸⁷. Diğer bir görüş uyarınca, hiç bir hukuka aykırı fiilin vekâletsiz iş görme teşkil etmeyeceği söylenemez⁸⁸. Söz konusu görüşü savunan yazarların bir kısmı, iş görmek suretiyle, iş sahibinin değil de bir üçüncü kişinin hakkının ihlal edildiği durumlarda, iş sahibinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan haklarını kullanamayacağını ifade etmektedir⁸⁹. Zira iş sahibinin kendisi bu fiili gerçekleştirmiş olsaydı da, objektif hukuk kuralını ihlal etmiş olacağı için, hukuk düzeninin bu sonucu koruması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu sonuç, iş görenin, iş sahibinin hukuk alanında onun yerine kaim olduğu varsayımından doğmaktadır.

Ancak bu görüş savunulduğunda, ortaya çıkan sonuç, hükmün amacına uygun olmayabilecektir. Zira söz konusu kurguda, 3. kişiye zarar vermek suretiyle elde edilen menfaat, vekâletsiz iş gören kişide kalacaktır. Görüşün savunucularının vermiş olduğu bir örnek üzerinden konuyu açıklamak yerinde olur. Doktrinde

⁸⁵ Eleştiriler için bkz. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.75; Özdemir, s.94-95.

⁸⁶ İşleme fiilinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmesine ilişkin olarak bkz. aşağıda § 5/ III/ D/ 2.

⁸⁷ Lischer, s.20; Oser/Schönenberger, Art.419, N. 6; Becker, Art. 419, N.4; Uygur, Cilt 8, s.9073.

⁸⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.92; Suter, s.12-13; Tandoğan, Borçlar, s.678; Bermann, s.13; Moser, s.13; Ayhan, s.31. Örneğin (A)'nın, (B)'ye ait çalınmış malları satması halinde haksız fiil olmasına rağmen vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilmektedir. Örnek için bkz. Suter, s.12-13.BGer 45 II 207; BGer 51 II 583.

⁸⁹ Arkan Akbıyık, s.27; Tandoğan, Borçlar, s.678; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.94.

(A)'ya ait odunları, hileli bir tartı sayesinde ederinden fazlaya satan (B)'den, yalnızca olması gereken satış bedelinin menfaat devri kapsamında talep edilebileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Oysa bu çözüm benimsenirse, bir kişi, hem vekâletsiz iş görmüş, hem de bundan yarar sağlamış olacaktır. Hukuki sonucun bu yönde olduğunun kabulü, kişileri bu tür davranışlar yapma konusunda güdüler. Menfaat devri yaptırımını ise hem cezai hem de caydırıcı bir amaç gütmektedir⁹¹. Bu nedenle hileli satış bedeli olan tüm menfaatin devrinin iş sahibi tarafından talep edilebilmesi gerekir. Hileli odunları satın alan (B), menfaat devri talebinden önce iptal hakkını kullanmış ise bu durumda ortada elde edilmiş bir menfaat olmayacaktır.

Bu görüşe İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olay örnek gösterilmektedir⁹². Söz konusu karar caiz olmayan alt kiraya ilişkindir⁹³. Kiracı, dükkân olarak kiralamış olduğu yeri, sinema olarak alt kiracıya kiraya vermiştir. Federal Mahkeme, yukarıdaki görüşe benzer bir tavır benimsemiş ve *"malik şeyi bir kez kiraya vermekle, yeniden başkasına kiraya verme hakkını zaten kaybetmiştir. Bizzat malikin bu tür bir kazanç elde etmesi mümkün değilken, OR Art. 423 gereği elde edilen kira bedellerini talep edememelidir. Kiraya veren açısından hukuka aykırı olacak bir alt kira iş görme sayılmaz."* demek suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmemiştir⁹⁴.

Kanaatimce Federal Mahkeme Kararı'na konu somut olayda, yukarıdaki örnek ile aynı durum meydana gelmemiştir. Her ne kadar malik, o taşınmazı yeniden kiraya veremeyecek olsa da, bu durum kiracının, alt kiracı ile yapmış olduğu sözleşmenin

⁹⁰ Örnek için bkz. Arkan Akbıyık, s.27 vd.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bkz. § 4. Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; Bger 133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

⁹² Arkan Akbıyık, s.30.

⁹³ BGEr 39 II 702 vd.

⁹⁴ Federal Mahkeme ile aynı görüşte, Arkan Akbıyık, s.30; Becker, Art.423 OR, N.1; Hofstetter, s.270; Bucher, BT, s.262; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.119.

geçerliliğini etkilemez. Başka deyişle bu sözleşmenin kurulmasında, sözleşmenin diğer tarafına etki eden bir hukuka aykırılık yoktur. Sonuç olarak iş görmenin hukuka aykırılığından söz edilemez. Bu nedenle söz konusu Federal Mahkeme Kararı, doktrinde ifade edildiğinin aksine, hukuka aykırı fiillerin kapsam dışında bırakılması tartışmasına konu edilmemelidir.

C. Yardımcı İş Gören

İş görmenin, bir yardımcı kişi vasıtasıyla yapılması halinde, bu kişinin ve asıl iş görenin sorumluluğunun ne şekilde olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, gerçek vekâletsiz iş görme söz konusu olduğunda, yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sorumluluk TBK m.116'ya dayanmalıdır⁹⁵. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise hukuka aykırı bir fiil olduğundan, temsil veya yardımcı kişilere ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilmekte ve bu nedenle TBK m.116'nın bir çözüm olarak kullanılmayacağı ifade edilmektedir⁹⁶.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görmenin, bir başkası menfaatine görülmesi yeterlidir. Yardımcı kişi, onu çalıştıran asıl iş görenin menfaatini gözetse bile, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana geldiğini kabul etmek gerekir. Zira TBK m.530, "*iş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile*" demek suretiyle, işin, iş sahibi menfaatine görülmemesini yeterli bulmuş; böylelikle yardımcı kişinin, onu çalıştıran kişi menfaatine iş görmesini de kapsama almıştır⁹⁷. Alman hukukunda da hâkim görüş, BGB § 687/II'nin yardımcı kişilere de uygulanması yönündedir⁹⁸. Zira iş sahibi için gerekli koruma ancak bu şekilde sağlanabilecektir. Sözgelimi (A)'nın talimatı ile yardımcı kişi (Y), (B)'ye ait bir işi, (A)'nın ya da bir başka kişinin

⁹⁵ Suter, s.50; Kurt Aeby, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag zum schweizerischem Recht*, Zürich 1928, s.96; Gümüş, C.II, s.226.; Gautschi, N.5b; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.420, N.4; Gauch/ Schmid, Art.420, N.12; Rufolph, Art.420, N.3.

⁹⁶ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.155, s.211; Özdemir, s.110.

⁹⁷ 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 413. maddesi de aynı şekilde yorumlanmakta idi. Bkz. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.156; s.211. İsviçre hukukunda da aynı yorum için bkz. Moser, s.175.

⁹⁸ Lent, s.159; Satudinger (işleyen: Nipperdey), § 687, N.9; Özdemir, s.120; Velidedeoğlu/ Özdemir, s.629.

menfaatine görüyorsa, hem (A) hem de (Y) gerçek olmayan vekâletsiz iş görendir. Bu açıdan iş sahibi (B), hem özen borcuna aykırılıktan doğan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde tazminat taleplerini hem de menfaat devri talebini her iki iş görene karşı ileri sürebilir⁹⁹. Bu bakımdan iş gören ile yardımcı iş görenin sorumluluğu müteselsil sorumluluktur¹⁰⁰.

Bununla birlikte, yardımcı kişi kullanan (A)'nın, TBK m.66/II'ye dayanarak, yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulması mümkündür. Ancak yardımcı kişi kullanan iş görenin menfaat devri sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.

Sonuç olarak, asıl iş gören, menfaat devrine ek olarak, yardımcı kişinin vermiş olduğu zarardan TBK m.66 gereği sorumlu olacağı gibi, yardımcı kişi iş gören de, doğrudan vekâletsiz iş gören sıfatıyla, hem menfaat devrinden hem de vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulacaktır.

II. Yetkinin Olmaması

Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesi, "*vekâleti olmaksızın bir başkasının işini görme*" demek suretiyle, aslında TBK m.502 anlamında vekâlet sözleşmesinden bahsetmemekte, yetkisiz olmayı kastetmektedir¹⁰¹. Başka deyişle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için, iş görenin, işin görülmesi hususunda kendisine yetki veren, sözleşmeden ya da kanundan doğan bir hukuki durumda bulunmaması gerekir¹⁰². Böylelikle başkasının hukuk alanına yapılan

⁹⁹ Aynı doğrultuda, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.156; Arkan Akbıyık, s.35.

¹⁰⁰ Schmid, GoA, N.864; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.212. Alman hukukunda aynı yönde, Däubler, s.53. Avrupa özel hukuku model kuralları açısından aynı yönde, von Bar/ Clive, Vol.3, DCFR V:1:101, s.2887 vd.

¹⁰¹ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.5; Friedrich, s.36; Suter, s.18; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, Dersler, s.640; Dural, Roma, s.260; Uygur, Cilt 8, s.9014; Zevkliler/ Gökyayla, s.631; Gümüş, C.II, s.220; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.489. Alman hukukunda da aynı yönde, Dorn, s.16 vd.

¹⁰² Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.6; Guhl/ Merz/ Druey, s.503; Suter, s.18; Moser, s.170; Bucher, BT, s.258; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 19; Friedrich, s.36; Schmid/ Stöckli, N.2032; Huguenin, N.894; Schmid, GoA, N.766-767; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.7, N.10; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.10; Hofstetter, s.270; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler,

müdahale hukuka aykırı olur¹⁰³. Yetkisiz olma ile kastedilen yetkisiz temsilden de farklıdır. Zira yetkisiz temsilde, temsilci, yetkisi olmasa bile, iş sahibi hesabına iş görmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, iş, iş sahibinin menfaatine görülmez¹⁰⁴.

Bir yetkinin var olduğu ancak bu yetkinin sınırlarının, iş görenin menfaatine aşılması da ayrıca incelenmelidir¹⁰⁵. Bir yetkinin verilmiş olduğu durumda, aynı zamanda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi de var olabilir¹⁰⁶. Bir örnekle açıklamak gerekirse, yayınevine 100 adet basılması ve satılmayıp yalnızca yazara verilmesi için teslim edilen bir kitabın, satılmak üzere 1000 adet basılması durumunda, hem sözleşmeye aykırılık hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır¹⁰⁷. Başka deyişle tarafların arasında iş görene yetki sağlayan bir sözleşme olmasına rağmen, bu yetkinin aşılması ve işin iş sahibi menfaatine görülmemesi durumunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelecektir.

İş gören, kendi ya da üçüncü kişinin menfaatine, başkasına ait bir işin görülmesi hususunda yardımcı kullanıyor ise, bu yardımcı kişi kendisinin iş görmek konusunda yetkili olduğunu ileri süremez¹⁰⁸. Başka deyişle, yardımcı kişi, iş sahibi

Dersler, s.640; Uygur, Cilt 8, s.9014; Özdemir, s.105; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.489; Tandoğan, Borçlar, s.679; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.132; krş. Bürgi-Wyss, s.216. Aynı yönde Federal Mahkeme kararları için bkz. BGer 86 II 26; 97 II 177. Benzer şekilde Alman hukukunda, Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.2, 2a; von Bargen, s.9; Dorn, s.9 vd.

¹⁰³ Huguenin, N.895; Schmid, GoA, N.769; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.19; Ayhan, s.31; Moser, s.240,242; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.5.

¹⁰⁴ Yetkisiz temsil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki farklar aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bkz. § 5/ I/ B. Kısaca ifade etmek gerekirse, temsil dış ilişkiyi düzenlerken; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kastedilen iş görenle iş sahibi arasındaki iç ilişkide bir yetkinin olmamasıdır. Bundan başka temsil yalnızca hukuki işlemlere ilişkin olup, yukarıda açıklandığı üzere gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, her türlü makul insan fiilini kapsar, yalnızca hukuki işlemlere ilişkin değildir. Bununla birlikte temsilcinin kendi menfaatine hareket ettiği hallerde, ortada bir hukuki işlem varsa, temsil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir arada bulunabilir.

¹⁰⁵ Friedrich, s.36; Oser/ Schönenberger, Art.419, N.8.

¹⁰⁶ BGer 45 II 207.

¹⁰⁷ Aynı görüşte, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.149; Lent, s.170-171; Moser, s.171; Friedrich, s.36. Aksi görüşte, Brückmann, s.36. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu tür bir durumda görüşümüz söz konusu iki talep temelini yarışacağı yönündedir. Bkz. aşağıda § 5/ III/ A.

¹⁰⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.155; Özdemir, s.110.

tarafından değil ama iş gören tarafından kendisinin yetkilendirildiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. Bunun sonucunda da, iş görene ve yardımcı kişiye karşı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan talepler ileri sürülebilir. Yardımcı kişi ile iş gören arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.

Son olarak, yetkisizliğin ispatı hususunda ise, doktrinde baskın görüş iş görenin yetkili olduğunu ispat etmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁹. Zira başkasının hukuk alanına müdahale eden kişi bu yükü kendi üzerine almalıdır.

III. İşin İş Sahibi Menfaatine Görülmemesi

A. Kendine Mal Etme Teorisi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, ortada bir “kendine mal etme” durumu [*Geschäftsanmassung (iş kendine mal etme), Anmassungstheorie (kendine mal etme*¹¹⁰ *teorisi)*] olduğu ifade edilmektedir¹¹¹. Bu nedenle, haksız müdahale sonucu iş görenin kendine mal ettiği sonucun, iş sahibine devredilmesi gerekir¹¹². Zira çoğu halde haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme kuralları, zarara ve objektif zenginleşme şartına bağlı olacağı için gerekli korumayı sağlayamazlar¹¹³.

Bu bakımdan, işin iş sahibi menfaatine görülmemesi, zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. İşin iş sahibi menfaatine görülmemesi ise iki olasılıkta gündeme gelebilir. Bunlardan ilki işin, iş gören ya da üçüncü kişi menfaatine görülmesidir. Diğer hal ise, tartışmalı olmakla birlikte iş sahibinin yasaklamasına rağmen işin görülmesidir.

¹⁰⁹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.19; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12.

¹¹⁰ “Kendine mal etme” sözcük öbeğinin anlamı için bkz. Ali Püsküllüoğlu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2012.

¹¹¹ Staudinger/ Nipperdey, § 687, N.1; Palandt/ Sprau, § 687, N.2; Bürgi-Wyss, s.187, s.195 vd.

¹¹² Staudinger/ Nipperdey, § 687, N.1; Palandt/ Sprau, § 687, N.2; Bürgi-Wyss, s.187, s.195 vd.

¹¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 5/III.

Önemle belirtmek gerekir ki, işin kimin menfaatine görüldüğü ile iş görme sonucu ortaya çıkan menfaatin kimin malvarlığında meydana geldiği farklı hususlardır. İş, iş gören ya da üçüncü kişi menfaatine görülmekte iken de, menfaat doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelebilir. Örneğin kiracının, evde otururken kendi kullanımı için yaptırmış olduğu bir takım tadilatlar, iş gören menfaatine yapılmış olmakla birlikte, menfaatin kendisi doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelmektedir. Bu tür bir durumda, menfaat devri talep edilemese de, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelir.

B. İşin İş Gören veya Üçüncü Kişi Menfaatine Görülmesi

1. İş Gören veya Üçüncü Kişinin Menfaati

Vekâletsiz iş görmenin bir diğer unsuru, işin iş sahibi menfaatine görülmemesidir. Hatta bu özellik, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin karakteristik özelliği olarak nitelendirilmektedir¹¹⁴. Bunun ilk görünümü işin iş gören ya da üçüncü bir kişinin menfaatine görülmesidir. Federal Mahkeme de, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin olarak verdiği bir kararda, işin, iş görenin ya da üçüncü kişinin menfaatine görülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁵. İşin iş sahibinin menfaatine görülmemesinden, bir kimsenin hukuken korunan menfaatlerinin bir başkası tarafından kendi yararına kullanılması ya da ihlal edilmesi anlaşılmaktadır¹¹⁶. Başka deyişle, iş gören, iş sahibinin menfaat alanına el atmaktadır¹¹⁷.

İşin, iş gören veya üçüncü kişi menfaatine görülmesi hususunda, Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu bir karar doktrinde bazı eleştirilere maruz kalmıştır.

¹¹⁴ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.1; Schmid/ Stöckli, N.2032; Friedrich, s.38. Aynı görüşte, BGer 86 II 26.

¹¹⁵ BGer 126 III 69.

¹¹⁶ Schmid/ Stöckli, N.2032; Lischer, s.16; Hofstetter, s.209; Bucher, BT, s.194; Becker, Art.422, N.1; Guhl/Merz/Kummer, s.470.

¹¹⁷ Schmid/ Stöckli, N.2032; Huguenin, N.893; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.13; Rudolph, Art.423 OR, N.1; Dural, Roma, s.261. Aynı yönde, İsviçre Federal Mahkemesi, Bger97 II 168, Bger 129 III 422. Bu menfaat alanı maddi bir alan ya da maddi olmayan bir alan olabileceği yönünde, Becker, Art.423 OR, N.1; Aeby, s.41; Bucher, BT, s.261; von Büren, s.336.

Söz konusu karar, borçlunun, alacaklılarını karıştırarak, biri yerine diğerine ödeme yapmasına ilişkindir. Kendisine ödeme yapılan alacaklı, hayatın olağan akışı gereği, kendi alacağı için ödeme yapıldığını düşünmüştür ve borçlunun gerçekleştirdiği ifa ile alacağın bu oranda sona erdiğini kabul etmek gerekir. Oysa davada, alacaklının, söz konusu alacağı kabul etmesinin, bir “iş görme” olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir. Federal Mahkeme yerinde olarak, ödemeyi kabul eden alacaklının, bu ödemenin diğer alacaklıya ait olduğunu bilmediği ve bilmesi gerekmediği için ifayı kendi adına kabul ettiğine, başka deyişle somut olayda “işin iş sahibinin menfaatine görülmemesi” şartının karşılanmadığına ve bu şartın gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için olmazsa olmaz bir şart niteliği taşıdığına karar vermiştir. Sonuç olarak bu nedenlerle uyuşmazlıkta gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmediğine hükmedilmiştir.

Kanaatimce yerinde olan bu karar, doktrinde bazı eleştirilere maruz kalmıştır¹¹⁸. Doktrinde, karar eleştirilirken, borçlunun ifada bulunmak istediği alacaklı “gerçek” alacaklı olarak ifade edilmiştir. Oysa kendisine ödeme yapılan diğer alacaklı da, en az ödeme yapılmak istenen kadar “gerçek” alacaklıdır. Ayrıca, bir alacaklıya yapılan ödemenin, diğer alacaklı adına alınmış bir ödeme olmasının, kendisine ödeme yapılan alacaklı tarafından düşünülmesi, hayatın olağan akışına ve ticari hayatın gereklerine de uygun görünmemektedir. Buna ek olarak, borçlunun zihninde var olan bir durumun ve ondan kaynaklanan bir hatanın sonuçlarının alacaklıya yüklenmesi de yerinde olmayacaktır. Daha da önemlisi, kanaatimce burada alacaklının bir iş görmesi söz konusu değildir. Nitekim onun bir davranışı yoktur. Borçlunun borcu, ifa ettiği oranda sona ermiştir. Başka deyişle, borcu sona erdiren asıl davranış borçlunun davranışdır. Kendi alacağına ilişkin ifayı kabul eden kişinin, bir başkasına ait işi görüyor olduğunu kabul etmemek gerekir.

¹¹⁸ Friedrich, s.33-34.

2. Özel Bir Durum: Birden Fazla İş Sahibinin Bulunması Halinde Menfaatin Tespiti

Birden fazla hak sahibinin olması hali üzerinde özel olarak durulması gerekir. Söz gelimi eşya üzerinde paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti söz konusu ise bir üçüncü kişinin iş görmesi halinde maliklerden her biri iş sahibi sayılacaktır¹¹⁹. Bu durumda da iş sahipleri müteselsil olarak menfaat devri talebinin alacaklısı olacaklardır¹²⁰. Federal Mahkeme de aynı yönde görüş bildirmektedir¹²¹.

İç ilişkide elde edilen menfaatin nasıl bölüşülmesi gerektiği konusunda ise Yargıtay'ın çok sayıda kararı vardır¹²². Bu kararların hemen hemen hepsinde, paylı mülkiyette maliklerin payları oranında, elbirliği mülkiyetinde ise malikler arasında eşit olarak elde edilen menfaatin bölüşürülmesine karar verilmiştir¹²³.

Eşit hakka sahip birden fazla kişinin bulunması sorunu bu şekilde çözümlenebilirken, örneğin bir mal üzerinde, malik ile birlikte intifa hakkı sahibinin de varlığı halinde "iş sahibi"nin kim olacağı tartışılmalıdır. Üzerinde intifa hakkı olan malı kendi lehine işleten üçüncü kişi (iş gören), malikin mi yoksa intifa hakkı

¹¹⁹ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.23; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.117-118; Özdemir, s.98-99.

¹²⁰ Schmid, GoA, N.864; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.130; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.23; Gümüş, C.II, s.240.

¹²¹ BGer 97 II 169.

¹²² Aynı yönde, Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014. Yarg. 13.HD, 29.6.1974, 1782/1599, Uygur, Cilt 8, s.9076; Yarg. 13 HD 31.5.1984, 2854/4161, Karahasan, s.1096; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/1599, Karahasan, s.1102; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/1612, Karahasan, s.1102-1103.

¹²³ İnceoğlu, C.I, s.66; Gümüş, Kira, s.38; Özçelik, s.23. Benzer şekilde Anglosakson hukukunda da menfaat devri yaptırımının birden çok alacaklısı olması durumunda, Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Grimshaw v. Ford Motor Company* kararında, Ford şirketini, araçlarda var olan bir güvenlik eksikliği nedeniyle haksız elde ettiği menfaatin devrine hükmetmemiştir. Söz konusu karar, Türk hukuku açısından gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye örnek teşkil etmeyecek olsa da, menfaat devrine hükmedildiği ve bu menfaatin birden fazla kişinin (araba satın alan kişilerin) hakkını ihlal suretiyle elde edilmesi hali için yol gösterici olacaktır. Mahkeme bu tür bir durumda, hak sahipleri arasında eşit bir dağılım öngörebilmek adına, araç başına elde edilen menfaatin hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. Bunun dışında pek çok kararda da, birden fazla hakkı ihlal edilen kişi söz konusu olduğunda, eşit dağılım öngörülmüştür. *Riches v. News Group Newspapers Ltd.* (1986), QB 256. Buna paralel olarak doktrin ve İngiliz Hukuk Komisyonunun özel hukuk cezalarına ilişkin raporunda da, eşit paylaşımın en basit, kesin ve güvenli olduğu vurgulanmaktadır. Edelman, s.106; Law Commission: *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, No.247, 1997, N.3.80.

sahibinin mi işini görmüş olacağı hususunda, doktrinde bir görüş hak sahiplerinden birinin “üstün tutulabilmesi” halinde onun işinin görülmüş olacağını savunmaktadır¹²⁴.

Bu ölçüt kanaatimce tek başına belirleyici olmaktan uzaktır. Zira mülkiyet hakkı en geniş aynı hak olması sebebiyle intifa hakkından üstündür denebileceği gibi, intifa hakkının kurulmasıyla birlikte, mülkiyet hakkının içinin boşaldığı gerekçesiyle aksi de savunulabilir. Bu bakımdan, hak sahiplerinden hangisinin hakkının, görülen iş ile daha sıkı bağlantılı olduğuna bakılması uygun bir çözüm olarak düşünülebilir. Örneğin üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan bir tarlayı kendi menfaatine işleyen kişi, o tarlayı gelir getirici şekilde işletebilecek olan kişi intifa hakkı sahibi olduğundan, başka deyişle, görülen iş intifa hakkı sahibinin eşyayı kullanma yetkisi ile bağlantılı olduğundan, intifa hakkı sahibinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talebi yerinde görülmelidir. Ne var ki örnekte tarlanın üzerine bina dikilmesi halinde, malike ait bir iş görüldüğü savunulabilir¹²⁵. Ancak bu ayrımı yapmak her somut olayda mümkün olmayabilir. Bu halde hak sahiplerinin hepsi iş sahibi olarak kabul edilebilir ve yukarıda anlatıldığı gibi menfaatin eşit şekilde paylaşımına gidilebilir.

C. İş Sahibinin Yasaklamasına Rağmen İşin Görülmesi

1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Sayılır mı?

İş sahibinin yasaklaması halinde, iş gören ya da üçüncü kişi menfaatine bir iş görülmüş ise bunun gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edeceği hususunda tartışma yoktur. Ancak yasaklama karşısında iş, iş sahibi menfaatine görülüyorsa, bu hususun gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sayılıp sayılmayacağı, Roma hukukundan bu yana tartışma konusu olmuştur¹²⁶. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 423.

¹²⁴ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.117; Arkan Akbıyık, s.32; Özdemir, s.98.

¹²⁵ Aynı görüşte, Velidedeoğlu/ Özdemir, s.629.

¹²⁶ Dural, Roma, s.261; Di Marzo, s.462.

maddesinin lafzı bu konuda bir açıklık taşımamaktadır. Buna rağmen İsviçre Federal Mahkemesi bu durumu gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendiren bir içtihat geliştirmiştir¹²⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesi de yasaklama halinden bahsetmemektedir. Bununla birlikte baskın görüş, yerinde olarak, iş sahibinin açık ya da örtülü yasaklaması durumunda da gerçek olmayan bir vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmek gerekeceği yönündedir¹²⁸.

İş gören, işi yasaklamaya aykırı gördüğünde, menfaat, iş sahibinin ya da iş görenin malvarlığında meydana gelebilir. Menfaat iş görenin malvarlığında meydana gelmişse, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi şüphesiz kabul etmek ve menfaat devri talebine izin vermek gerekir. Örneğin (A)'ya ait şiiirleri, yasaklamaya rağmen (B), (A) adına basılıp satarsa, bu suretle elde ettiği menfaati (A)'ya devretmesi gerektiği açıktır. Ancak yasaklamaya rağmen bir iş görülmüş ve menfaat doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelmişse, bu durumda bir menfaat devri talebine gerek olmadığı düşünülerek, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanması tartışmalı hale gelebilir.

Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekir: bir kişinin, yasaklamaya rağmen iş sahibine ait binaya mantolama yaptırması durumunda, menfaat doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelmiştir. Bu nedenle iş görenden talep edilecek bir menfaat yoktur. İş görenin yapmış olduğu masrafın talep edilip edilemeyeceği, ya da hangi kapsamda bu masrafın iş sahibi tarafından karşılanacağı ise, bu örnekte gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ya da bir başka hukuki kurumun kabul edilmesine göre farklılık arzedecektir. Zira menfaat, doğrudan iş sahibinin

¹²⁷ BGer 95 II 93.

¹²⁸ Aynı görüşte, Heinz Kötz, "Geschäftsführung ohne Auftrag aus rechtsökonomischer Sicht", **Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65.Geburstag**, Herausgegeben von Unrich Hübner und Werner F. Ebke, **Verlag Recht und Wirtschaft GmbH**, Heidelberg 1999, s.584; Weber, Gewinnherausgabe, s.340-341; Gautschi, Art.423 OR, N.2b; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.641; Özdemir, s.137; Tandoğan, Borçlar Özel, s.677. Aksi görüşte, Baygın, s.575; Arkan Akbıyık, s.15-16; Bucher, BT, s.263.

malvarlığında gerçekleştiği için, onun menfaat devri ya da zenginleşmenin iadesi talebi gündeme gelmeyecektir.

Doktrinde bir görüş, bu durumu “caiz olmayan gerçek vekâletsiz iş görme”¹²⁹ olarak adlandırmakta ve iş görenin, iş sahibine yönelik taleplerini TBK m.77 çerçevesinde, sebepsiz zenginleşmeye dayandırmaktadır¹³⁰. Bu durumda mantolamayı yaptıran iş gören, iş sahibinden, objektif sebepsiz zenginleşmeyi talep edebilir¹³¹. Kanaatimce işin iş sahibinin menfaatine görülmüş olması, iş sahibinin yasaklaması karşısında dikkate alınmamalı ve bu durumda da iş sahibinin “gerçekte var olan menfaatine uygun olmayan” bir iş görme varsayılmalıdır. Söz konusu ihtimalde, bir yasaklamaya rağmen, iş görenin, başkasının hukuk alanına müdahale ettiğine dikkat çekmek gerekir. Bu nedenle, bilerek başkasının hukuk alanına müdahale eden kişinin talebinin, sebepsiz zenginleşmenin iadesine dayandırılması yerine, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulü sayesinde, zorunlu masraflarla sınırlı tutulması daha yerindedir¹³².

¹²⁹ Aynı terim başka yazarlarca da kullanılmaktadır: Schmid, GoA, N.2; Huguenin, N.845; Lischer, s.13 vd; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.236.

¹³⁰ Gümüş, C.II, s.233. Buna gerekçe olarak, sözleşme benzeri bir ilişkinin artık var olmadığından yola çıkılarak TBK m.531'e dayanılmayacağı gösterilmektedir. Gerçekten de burada artık sözleşme benzeri bir ilişki yoktur. Bununla birlikte kanaatimce dayanılması gereken hüküm TBK m.531 değil, ilk etapta TBK m.530'dur. Bundan başka, söz konusu görüş, iş sahibi menfaatine işin görüldüğü her durumda, menfaatin aynı zamanda iş sahibinin malvarlığında doğacağı olasılığını esas alarak, sadece iş görenin taleplerine ilişkin bir öneri getirmektedir. Oysa işin iş sahibi menfaatine görüldüğü hallerin hepsinde, menfaat doğrudan iş sahibi malvarlığında meydana gelmeyebilir. Başka deyişle, işin iş sahibi menfaatine görülmesi ile menfaatin doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelmesi farklı hususlardır. Bu konuya ilişkin şiirlerin basılması örneği yukarıda verilmiştir.

¹³¹ Her ne kadar bu görüşü savunan doktrin, masraf talebine TBK m.529'un sınır getireceğini ifade etse de, kanaatimce bunun bir hukuki temeli yoktur. Bkz. Schmid, GoA, Art.423, N.151; Gümüş, Cilt 2, s.234. Nitekim iadenin artık sebepsiz zenginleşmeye dayanacağı ifade edildiğinde, kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Bu atıf kabul edilse bile, yasaklamaya rağmen işin görülmesi halinde masraf taleplerinin gerçek vekâletsiz iş görme ile sınırlandırılması kanaatimce yerinde değildir. Gerçek vekâletsiz iş görmede, tamamen iş sahibinin menfaatine, onun varsayıli iradesine yönelik bir iş görüldüğü unutulmamalıdır. Oysa bu kurguda, gerçek vekâletsiz iş görmenin tam tersine, iş sahibinin varsayıli iradesine yönelik değil, tam tersi açık ya da örtülü aksi yönde iradesine rağmen iş görülmektedir.

¹³² Bkz. § 3/ II/ D/ 1.

Sebepsiz zenginleşmeden başka, yasaklamaya rağmen bir müdahale söz konusu olduğunda, haksız fiil hükümlerinin uygulanması da akla gelebilir. Kural olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile haksız fiil bir arada meydana gelebilir. Bu halde, iş sahibi dilediği talep temeline başvurabilir¹³³. İş sahibinin haksız fiil temelli talebi bu durumda eski hale iadeye dayanacaktır. Sözgelimi, kiracı evin duvarlarını yasaklamaya rağmen koyu renge boyattığında, haksız fiile başvurup, duvarları eski rengine boyatmak, yani eski hale iade talebinde bulunmak daha anlamlıdır. Çünkü bu durumda kiracının bir masraf talebi de gündeme gelmez. Sonuç olarak, haksız fiilin şartları gerçekleşmişse, bu talebe başvurmaya bir engel yoktur. Benzer şekilde bu durum, TBK m.316 anlamında kira sözleşmesine bir aykırılık da teşkil edeceğinden ve kiraya veren eski hale iadeyi TBK m.334 gereği isteyebileceğinden, sözleşmeye aykırılığa başvurmak da mümkün görünmektedir.

Eski hale iadenin istenmediği, yalnızca bir zararın varlığının söz konusu olduğu hallerde ise iş sahibi haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık temelinde zararının tazminini talep edebilir. Ancak bunun karşısında, iş görenin, yaptığı masraflar için sebepsiz zenginleşme temeline dayanmasına izin verilmemelidir. Ayrıca bu husus özel olarak TBK m.321/III'te düzenlenmiş olup kiracının, kiralananın değer artışının karşılığını isteyemeyeceği ifade edilmektedir. Bu tür özel bir düzenleme olmadığı halde, kanaatimce iş sahibinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi bir savunma olarak ileri sürme imkânı kabul edilmeli ve böylece masrafların sınırlı olarak iş sahibi tarafından tatmin edilmesi sağlanmalıdır.

Bundan başka, söz konusu olasılık, gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında da değerlendirilmemelidir. Zira bu şekilde iş gören kişi, bir başkasının hukuk alanına, gerçek vekâletsiz iş gören kişiden daha farklı bir amaçla bir müdahalede bulunmaktadır. İş görmek suretiyle yapılan müdahale, iş sahibinin menfaatine olarak yapılsa da, iş sahibinin yasaklamasına rağmen yapıldığı için, görülen işin,

¹³³ Schmid, GoA, N.1279; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.175; Schmid/ Stöckli, N.2043; Weber, Gewinnherausgabe, s.336-338; Lischer, s.188,189; Arkan Akbıyık, s.63; Hatemi, Armağan, s.388.

artık iş sahibinin “gerçek menfaatine” olmadığını kabul etmek gerekir. Zira yasaklama karşısında, artık iş sahibinden daha iyi değerlendirme yapıldığı iddia edilerek işin, iş sahibinin menfaatine olduğu ileri sürülemez. Başka deyişle, iş sahibi, işin görülmesinin kendi menfaatine olup olmayacağına karar verebilecek asıl kişidir. Kendisinin yasaklamasına rağmen bir işin görülmesi, onun menfaatine aykırı olarak değerlendirilmeli ve gerçek vekâletsiz iş görme kapsamına alınmamalıdır¹³⁴.

Sonuç olarak, yasaklamaya rağmen iş sahibinin hukuk alanına müdahale olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ağır bir yaptırım olan menfaat devrinin uygunluğu da ortadadır. Bu gerekçelerle, yasaklama halinde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilmeli ve menfaat devrine hükmedilmelidir.

2. Açık veya Örtülü Yasaklama

İş sahibinin “açık veya örtülü yasaklaması” ile ne kastedildiğinin incelenmesi gerekir. Açık yasaklama, genellikle tarafların arasında önceden bir ilişkinin bulunması halinde söz konusu olur. Söz gelimi, iş sahibinin avukatla arasında vekâlet sözleşmesi olduğu durumda, vekâlet sözleşmesinin fesihle sona ermesinden sonra, artık avukatın, iş sahibi adına bir işlem yapmaması gerekir. Sözleşmenin sona ermesi sonucu örneğin dosyaların iadesinin talep edilmesi gibi davranışlar, “yasaklama” şeklinde nitelendirilebileceğinden, avukatın yetkisinin sona erdiğini bildiği halde işlemlere devam etmesi durumunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş

¹³⁴ Gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin farklı talepler sunuyor olması da, yasaklama halinde gerçek vekâletsiz iş görmenin uygulanmaması için bir gerekçedir. Nitekim işin, iş sahibi menfaatine görüldüğü ileri sürülerek, gerçek vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmek, iş görenin işin görülmesine ilişkin ücret talebinde, zararın giderilmesinde ve masrafların tazmininde farklılıklara yol açacaktır. İş görene daha geniş tazmin sağlayan bu imkânlarla, yasaklamaya karşı gelinerek iş görüldüğü için, gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirmem gerekir. Bu nedenle uygun çözüm, yasaklama söz konusu ise, işin kimin menfaatine yapıldığına bakılmaksızın, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulü olmalıdır. Nitekim TBK m.530'un amacı düşünüldüğünde, hükmün, hukuk düzeninin iş sahibinin yasaklamasına rağmen bir kişinin hukuk alanına müdahale etmesini koruması beklenemez.

görme söz konusu olacaktır¹³⁵. Dikkat edilmesi gereken husus, burada işin kimin menfaatine görüldüğünün önemsiz olmasıdır. İş, işi gören menfaatine yapılıyor ise, evleviyetle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olacaktır. Ancak söz konusu iş, iş sahibi menfaatine yapılsa bile, yasağa aykırı davranan iş gören için yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmelidir.

Örtülü yasaklama ise, taraflar arasında bir ilişki varken de yokken de söz konusu olabilir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir kişinin dolabından gizlice alınan günlüğü iş görenin kitap olarak yayımlanmış olması halinde, söz konusu kitap iş sahibi adına (ve onun menfaatine) yayımlanmış olsa da, buradaki iş görmeyi bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak değerlendirmek gerekir. Zira burada kişinin günlüklerinin kitap olarak basılmaması konusunda açık bir iradesi olmasa da, örtülü bir yasaklaması olduğu kabul edilebilir¹³⁶. İş sahibinin uygun bulma imkânı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de kabul edildiği için, günlükleri basıldıktan sonra, iş sahibinin iradesi zaten bu yönde ise, açıkça uygun bulmak suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasının önüne geçebilir. Başka deyişle, bu yorum, iş sahibinin gerçek iradesini korumaktadır.

Örtülü yasaklama kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer husus ise, iş sahibinin varsayılan iradesine aykırı olan durumlardır. Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesinin karşıt anlamından, iş sahibinin "varsayılan iradesine aykırı" iş görüldüğü durumlarda da, bu aykırılık iş gören tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilebilir.

¹³⁵ Bilirkişi raporu, 14. Asliye Hukuk Mahkemesi, Esas No: 2009/312, Günel, Mustafa Cahit/ Demir, Pınar Özlem/ Kocatepeli Muammer. Benzer şekilde, verilen talimat ya da temsil yetkisinin aşılmış olması ya da süre ile sınırlı verilen temsil yetkisinin süresinin bitmesine rağmen işlem yapılmasını da "yetkili olmama" kapsamında değerlendirerek, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edeceği yönünde, bkz. Yarg. 4. HD, 15.3.1965, 3633/1416, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 16.09.2013; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.132 vd.; Tandoğan, Borçlar, s.679-680; Zevkliler/ Gökyayla, s.631; Bilge, s.326 vd. Vekâletin azil sebebiyle sona ermesi halinde, iş görmeye devam edilmesinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme değil, vekâlet sözleşmesine aykırılık teşkil edeceği yönünde, bkz. Özdemir, s.108. Vekâlet sözleşmesine aykırılık ile vekâletsiz iş görmenin yarışması hakkında bkz. § 5/ III/ A.

¹³⁶ Aynı yönde, Gautschi, Art.423 OR, N.2b, s.496.

Belirtmek gerekir ki “varsayılan iradeye aykırı” olma hususu, TBK m.526’nın karşıt anlamından çıkartılabileceği gibi, örtülü yasaklama kapsamına alınarak da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilebilir.

IV. İş Görenin Kusuru

A. Bir Şart Olarak “Kusur”

1. Düzenlemenin Lafzı ve Gerekçesi

İş görenin kusuruna ilişkin bir ifade TBK m.530 ve Art. 423 OR metinlerinde yer almamaktadır¹³⁷. Alman Medeni Kanunu’na bakıldığında ise, BGB § 687/I’de bir başkasına ait işi “kendi işi sanarak” görene, BGB §§ 677-686 paragraflarının uygulanmayacağı açıkça ifade edilmektedir. Hükmün ikinci fıkrası da açıkça, “*bir başkasının işini, kendisinin yapmaması gerektiğini bilmesine rağmen görüyorsa*” demek suretiyle, iş görenin, gördüğü işin bir başkasına aidiyetini “*biliyor olmasını*” aramaktadır. Bu açıdan Alman Medeni Kanunu’nun açıkça kast unsurunu aradığını ifade etmek gerekir¹³⁸. Alman Federal Mahkemesi de aynı görüştedir¹³⁹.

Türk ve İsviçre hukuklarında var olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme düzenlemelerinde, Alman hukukundan farklı olarak, kusurdan hiç bahsedilmiyor olması dikkat çekicidir. Bu tercihe bir gerekçe bulabilmek adına, mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık sürecini incelemek gerekir¹⁴⁰. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1875 ve 1877 tarihli tasarılarının 473. maddesinde, iş görenin hatayla işi kendi yararına görmesi de kapsam dâhilinde tutulmaktaydı¹⁴¹. Ancak tasarı 1879

¹³⁷ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Honsell, s.347; Moser, s.216; Friedrich, s.43; Schmid, GoA, N.771; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 21. BGer 97 II 177; Hatemi, Armağan, s.385.

¹³⁸ Larenz, s.453; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.1; Bergmann, s.472-473; Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.2; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, N.3; Staudinger/ Bergmann, BGB § 687, N.35; Förster, s.231; Schmidt, N.118; Hemmer/ Wüst, N.57; Bönschen, s.95 Schlechtriem, N.631; Chrestin, s.51; Sheehan, s.255.

¹³⁹ BGHZ 119, 257, 259 = NJW 1993, 193; BGH, NJW 1997, 47.

¹⁴⁰ Aynı doğrultuda, Schmid, GoA, N.779-780; Friedrich, s.43; Akbıyık, s.36.

¹⁴¹ Schmid, GoA, N.779-780.

yılında bir değişikliğe uğrayarak “hatayla işin görülmesi” kısmı çıkartılmış ve kanun 1881 yılında bu haliyle yasalaşmıştır¹⁴². Tasarıda yapılan bu değişikliğin nedeni ne tasarının ne de kanunun gerekçesinde yer almamaktadır¹⁴³. Söz konusu ifadenin çıkarılması, elbette, iyiniyetli iş görenin kapsam dışında tutulmasının istendiği anlamına gelecek şekilde anlaşılmalıdır.

Alman Medeni Kanunu’nun ikinci okumalarının yapıldığı Protokol’e bakıldığında da, o zaman yasalaşmış olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 473. maddesine atıf yapılarak, bu hükmün gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kusurun arandığı hükümlere örnek gösterildiği görülmektedir¹⁴⁴. Bu açıdan, İsviçre Borçlar Kanunu’nun, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemesinde, kusura ilişkin bir ifadenin yer almamış olması, kanun koyucunun bu şartı aramamak yönünde bir iradeye sahip olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Ancak bir sonraki bölümde görüleceği üzere konu doktrinde tartışmalıdır.

2. Öğretide Yer Alan Görüşler ve Değerlendirme

Doktrinde bir görüş, kanunun bir tercihte bulunmamasından yola çıkarak, lafzî bir yorumla, hem iyiniyetli ve hem de kötüniyetli iş görene gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanacağını ifade etmektedir¹⁴⁵. Başka deyişle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olması için kusur aramamaktadır. Bu görüş, yetkisiz olmayı yeterli bulmakta olup, iş görenin kusurlu olup olmadığı ile ilgilenmemekte yani işin yabancılığının bilinip bilinmemesine önem vermemektedir¹⁴⁶. Federal Mahkeme’nin de eski tarihli kararlarının bu görüşle

¹⁴² Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission, Juli 1979 Bern.

¹⁴³ Arkan Akbıyık da, aynı araştırmayı yapmış ve aynı sonuca ulaşmıştır. Bkz. Arkan Akbıyık, s.36.

¹⁴⁴ Protokolle der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuch, im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles/ Gebhard/ Spahn, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Abschnitt II, Titel 2-20, Abschnitte II, IV) Berlin 1989.

¹⁴⁵ Eren, s.852; Ayhan, s.29; Bilge, s.330-331; Becker, Art.423 OR, N.1; Suter, s.138; Oser/Schönenberger, Art.423 OR, N.2; Guhl/ Schnyder, s.561.

¹⁴⁶ Becker, Art.423 OR OR, N.1, N.3; Friedrich, s.44.

paralel olduğu görülmektedir¹⁴⁷. Ancak bu kararlar, doktrinde “rasyonel olmaktan uzak ve gerekçesiz kararlar” olarak anılmaktadır¹⁴⁸.

Gerçekten de Federal Mahkeme’nin eski kararlarına katılmak pek çok nedenle mümkün değildir. Öncelikle bu görüşün tek dayanağı maddenin lafzıdır. Ancak hükmün amacı düşünüldüğünde ve bu amaca göre yorum yapıldığında, iş görenin kusurlu olmadan, ne şekilde başkasına ait işi kendi menfaatine göreceği anlaşılamamaktadır¹⁴⁹. Ayrıca hükmün amacı, menfaat devri gibi ağır bir yaptırım getirmek suretiyle, başkasının hukuk alanına müdahale ederek iş görülmesinin önüne geçmektir. Caydırıcı bir yaptırım olan menfaat devri, ancak bir kişinin kusurlu davranışının önüne geçmeyi hedefler ve sağlar¹⁵⁰.

Federal Mahkeme’nin daha sonraki uygulaması ise, yerinde olarak kusur şartını aramak yönünde olmuştur. Federal Mahkeme, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin olarak verdiği bir kararda, işin, iş görenin ya da üçüncü kişinin menfaatine görülmesi gerektiğini ve bunun da kusur kıstası ile belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵¹. Başka deyişle, iş gören kişi, başkasına ait olduğu halde görülen işin, kendi menfaatine ya da bir başkası menfaatine olup, iş sahibi menfaatine olmadığını biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise, bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin şart karşılanmış olacaktır.

¹⁴⁷ BGer 47 II 195; BGer 97 II 169 vd.

¹⁴⁸ Schmid, GoA, N.772. Federal Mahkeme’nin, kötüniyeti değerlendirmedeği bazı kararları, doktrinde talihsizlik olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.4.

¹⁴⁹ Buna gelebilecek tek istisna, iş görenin, gördüğü işi, hataen kendi işi zannederek ve bu yüzden kendi menfaatine gördüğü durumdur. Bu durumda uygulanması gereken hükümler için bkz. § 2/ IV/ C.

¹⁵⁰ Bu bakımdan kusursuz sorumluluk düzenlemelerine ilişkin yaptırımlar, caydırıcı değil, ortaya çıkması engellenemeyen artık riski telafi edicidir.

¹⁵¹ BGer 126 III 69. Aynı doğrultuda, BGer 119 II 40. Söz konusu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, iş görenin iyiniyetli olması halinde Art.62’yi (TBK m.77); kötüniyetli olması halinde ise Art.423’i (TBK m.530) uygulayacağını ifade etmektedir. Başkaca kararlar için bkz. BGer 126 III 69 vd., 72; BGer 126 III 386; BGer 129 III 422; BGer 126 III 66.

İsviçre ve Türk doktrinindeki baskın görüşün de düzenlemeyi “kötüniyetli” iş görene özgülemek olduğu gözlemlenmektedir¹⁵². Buna ek olarak, 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 69. maddesinde de “bilmesi veya bilmesi gerekmesi” hususu açıkça bir koşul olarak aranmaktadır. Benzer şekilde, fikri mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin Avrupa Birliği’nin 2004/48/EC numaralı, 29.04.2004 tarihli Yönergesi de, menfaat devrini düzenlediği 13. maddesinde, “bilmek ya da bilmesi gerekme” şeklinde kusur unsurunu aramaktadır.

İncelenen konunun sorumluluk hukukuna ilişkin olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bakış açısıyla, haksız fiil ve sözleşmede benimsenen kusur prensibi; sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğünde iyiniyete göre ayırım yapılması; aynı sistem içerisinde yer alan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin de bu tür bir ayırma tâbi tutulması gerektiğine işaret etmektedir¹⁵³. Bundan başka, kusur şartı getirmenin, tam ehliyetsiz kişileri vekâletsiz iş görmenin kapsamı dışında tutmayı sağladığına da dikkat çekmek gerekir¹⁵⁴. Zira tam ehliyetsiz kişinin, medeni hukukta istisnai olan özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırıma çarptırılmasının uygun olmayacağı açıktır. Ayrıca bu yaklaşım TBK m.528’de sınırlı

¹⁵² Schmid/ Stöckli, N.2036; Schmid, GoA, N.771; Huguein/ Jenny, Art.423 OR, N.11; Bürgi-Wyss, s.208; Chappuis, Mélanges, s.157 vd.; Bucher, BT, s.261; Huguenin, N.896; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.229; Widmer, s.89; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.21, N.31; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Wolf, Interessenschutz, s.80; Holenstein, s.168-173; Lischer, s.46 ve s.50; Chappuis, s.21; Baygın, s.575; Hatemi, Armağan, s.386; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.203; Sungurbey, Eleştiri, s.419; Gümüş, C.II, s.236,237; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s.495; Beuthien, s.134, dn.24. Serozan ise yerinde olarak kusursuz şekilde bir başkasına ait işin görülmesi durumunu, özel olarak müdahale zenginleşmesine hasretmektedir. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23. Honsell ise BGB § 687’ye kıyasla, OR Art. 423 hükmünde bu tür bir sınırlamanın olmadığını belirtse de, aynı görüştedir. Honsell, s.331. Aynı doğrultuda, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası 18.10.2013. Amerikan hukukunda doğrudan düzenlenen bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumu olmamakla birlikte, bir başkasının hukuk alanına yapılan haksız müdahalenin çözümünde, “conscious – unconscious wrongdoers” ayırımına gidilmektedir. Dawson, Restitution, s.614. Başka deyişle çözüm yolu Anglo Amerikan hukukunda da Kara Avrupası sistemine paraleldir. Hatta yazar, bu ayırımı Alman hukukuna benzetmektedir. Kusurun aranması gerektiği yönünde, Roma hukukunda, Kaser/ Knütel, § 44, N.20.

¹⁵³ Schmid, ZBJV, s.271; Lischer, s.46; Chappuis, s.24

¹⁵⁴ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.24.

ehliyetsiz iş görenin özel bir sorumluluk rejimine bağlanmış olması ile de uyum içindedir¹⁵⁵.

Son olarak, vekâletsiz iş görmenin uygulama alanına ilişkin özel düzenlemelerin de menfaat devri yaptırımını kusur şartına bağladığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kusuru olmaksızın başkasının işini göreni TBK m.530 kapsamında tutmak, özel düzenlemelerde aranan kusur şartının içeriğini boşaltmak anlamına gelecektir. Örneğin haksız rekabet yapan kişi, kusuru olmadığı için TTK m.56 gereği menfaat devri yaptırımından kurtulabilecekken; iyiniyetli iş gören hükmün kapsamına alınırsa çoğu durumda TBK m.530'a takılacaktır.

B. Kusurun Ağırlık Derecesi: “Kötüniyet”

Kötüniyet ve kusur, aslında birbiri yerine kullanılan terimler değildir. Bununla birlikte, doktrinde baskın görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede aranan kusuru, “kötüniyet” olarak ifade etmektedir¹⁵⁶. İş görenin kötüniyetli olmasından anlaşılması gereken, iş görenin, başkasının haklarına müdahale etmek suretiyle başkasına ait bir işi görerek menfaat elde ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyor olmasıdır¹⁵⁷.

İsviçre doktrininde ve onu takip eden Türk doktrininde, kusur yerine “kötüniyet” teriminin kullanılıyor olması dikkat çekicidir. Böyle bir terim kullanılmasının nedeninin, kusurun kapsamı açısından bir fark yaratıp yaratmadığı sorusu akla

¹⁵⁵ Düzenleme son fıkrasında, haksız fiilden doğan daha kapsamlı sorumluluk hallerini, mesela hakkaniyet sorumluluğunu da saklı tutmaktadır.

¹⁵⁶ Schmid/ Stöckli, N.2036; Schmid, GoA, N.771; Huguein/ Jenny, Art.423 OR, N.11; Bürge-Wyss, s.208; Chappuis, Mélanges, s.157 vd.; Bucher, BT, s.261; Huguenin, N.896; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.229; Widmer, s.89; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.21, N.31; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Wolf, Interessenschutz, s.80; Holenstein, s.168-173; Lischer, s.46 ve s.50; Chappuis, s.21; Baygın, s.575; Hatemi, Armağan, s.386; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.203; Sungurbey, Eleştiri, s.419; Gümüş, C.II, s.236,237; Arkan Akbıyık, s.

¹⁵⁷ Bucher, BT, s.261; Friedrich, s.39; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Huguenin, N.899; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.23-24; Hofstetter, s.211; Lischer, s.73; Gümüş, C.II, s.219. Yargıtay da aynı görüştedir: YİBK, 4.6.1958, 15/6. Federal Mahkeme de aynı görüştedir: bkz. BGer 129 III 422.

gelmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, iş sahibine zarar verme kastı ile hareket edilmesi gerekmez¹⁵⁸. Görüşü savunanlar, ihmali de kapsama almakta ancak ağır-hafif ihmal ayırımına gitmemektedirler¹⁵⁹. Bir diğer görüşe göre ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin doğması için hukuka aykırılık bilinci gerekir¹⁶⁰. Bununla kastedilen nitelikli bir kusurdur.

Kanaatimce özel olarak “kötüniyet” teriminin kullanılması yerindedir. Bu suretle, kusurun her hali kapsama alınmamış olur. Kast ve ağır ihmal halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulü uygundur. Başka deyişle, iş görenin kötüniyetli olduğunun kabulü için, “durumu biliyor olması ya da bilmesi gerekmesi” aranırken, “bilmesi gerekmesi” ifadesi, ağır ihmali kapsar ve hafif ihmali dışlar şekilde anlaşılmalıdır. Nitekim medeni hukukun en ağır yaptırımına hükmedildiği düşünüldüğünde, bu yaklaşım yaptırım ile de uyum içinde olacaktır. Hafif ihmali olan kişinin, bu denli ağır bir yaptırıma tâbi tutulması ise yerinde görülmemektedir¹⁶¹.

C. İşin Hataen Görülmesi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için, iş görenin kast ya da ağır ihmal şeklinde nitelikli bir kusuru olması gerekmektedir. Bu başlık altında incelenecek haller, yanılmaya ilişkin olduğundan, kast kapsam dışında kalmaktadır. Yanılmanın ağır ihmale mi hafif ihmale mi dayandığına göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanıp uygulanmayacağı farklılık gösterecektir. İş görenin, bir başkasına ait işi görürken yanılması üç farklı şekilde söz konusu olabilir. Bunlar, iş görenin yetkili olduğu hususunda yanılması, işin kime ait olduğu konusunda yanılması ve iş sahibinin menfaati konusunda yanılmasıdır.

¹⁵⁸ Huguenin, N.899; Ayhan, s.27; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.25; Schmid, GoA, Art.423, N.14; Gümüş, C.II, s.237.

¹⁵⁹ Schmid, GoA, Art. 423 OR, N.24; Lischer, s.70 vd.; Gümüş, C.II, s.237.

¹⁶⁰ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23.

¹⁶¹ Holenstein, s.123 vd.; Schwenzler, OR, N.59.17; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8 vd.; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.25.

Yanılmadaki kusurun etkisi incelenmek suretiyle, öncelikle bu hallerin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edip etmeyeceği değerlendirilecektir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmeyen durumlarda, yaptırımın ne olacağı ise tartışmalıdır.

1. Yetkide Yanılma

İş görenin yetkili olduğu hususunda yanılarak iş görmesi ihtimalinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, iş görenin, bir yetkinin varlığı konusunda yanılmasının, yabancı bir işi görüyor olduğunu bilmesini engellemeyeceğinden yola çıkarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanabileceğini ifade etmektedir¹⁶². Bazı durumlarda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebileceğini kabul etmekle birlikte, yukarıda ifade edilen görüşün gerekçesine katılmak mümkün görünmemektedir. Elbette kendini yetkili sanarak hareket eden kişi, bir başkasının işini gördüğünün bilincinde olacaktır. Bununla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartlarının gerçekleşmesinde etkili olacak kıstas, yetkili olduğunu düşünen kişinin, bu yetkiye dayanarak gördüğü işi kimin menfaatine gördüğüdür. Kural olarak, bir işin görülmesi hususunda kendisine yetki verilen kişinin, o işi, iş sahibi hesabına yapması gerekir. Kendisini yetkili sanan iş gören, işi, kendi ya da bir üçüncü kişinin menfaatine görüyor ise, burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, yetkisi olmamasına rağmen, bir işi iş sahibi menfaatine görüyorsa, yasaklamanın da bulunmadığı ihtimalde, iç ilişki açısından gerçek vekâletsiz iş görme uygulama alanı bulur.

Doktrinde, iş görenin yetkili olduğu hususunda yanılmasının, iş göreni iyiniyetli kılacağı; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olması için ise kötüniyet şartı arandığından yola çıkılarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin

¹⁶² Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.142.

meydana gelmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶³. Ancak bu konuda, iş görenin yanılmada kusuru olup olmadığı da önem taşır. Kişi, yetkili olduğu hususunda yanılıyorsa, zaten kastı yoktur. Ancak bu yanılmadaki ağır ihmal derecesindeki kusur, işin başkasına aidiyetini bilmesi gerektiği kapsamında değerlendirilmeli ve sorumluluğun bu şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Başka deyişle, yetkili olma hususunda yanılma varsa, öncelikle yanılmada kusurun olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Buna ek olarak yukarıda açıklandığı üzere, yetkide yanılma olsa dahi işin kimin menfaatine görüldüğüne bakmak gerekir. Yetkili olma hususunda yanılmada kusuru bulunmasa da yetkili olduğunu zanneden kişinin işi, iş sahibinin menfaatine görmesi gerekir. Bu kişi, işi kendi menfaatine görmüş ise yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilecektir.

2. İşin Kime Ait Olduğu Konusunda Yanılma

Hem gerçek, hem gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için, başkasına ait işin görülüyor olması aranan bir şarttır¹⁶⁴. Bu nedenle, bir diğer yanılma hali, iş görenin, gördüğü işi, kendi işi zannederek ve bu yüzden kendi menfaatine gördüğü durumdur. Bir kişinin, satmak istediği telefonunun, arkadaşının telefonu ile karışması ve bu sebeple arkadaşının telefonunu satması bu duruma örnek gösterilebilir. İş görenin, işin kendisine ait olduğunu zannetme hususunda hafif ihmali varsa ya da kusursuz ise, iş gören iyiniyetli sayılmalıdır. Bu ihtimalde ise iş sahibinin, iyiniyetli iş görene karşı ileri sürülebileceği taleplerin hangi temele dayanacağı tartışmalıdır¹⁶⁵. Ancak iş gören, bir başkasına ait iş gördüğünü bilmesi gerekiyorsa, işin kendisine ait olup olmadığını değerlendirmekte ağır ihmali varsa, yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır.

¹⁶³ Arkan Akbıyık, s.34.

¹⁶⁴ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.2; Reichard, s.567.

¹⁶⁵ Bkz. aşağıda, § 2/ IV/ D.

Alman hukukunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yalnızca kast halinde söz konusu olabildiği için, bu durum BGB § 687/I'de özel olarak düzenlenmiştir¹⁶⁶. Hükümde yanılan kişiye vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında benzer bir düzenleme yer almasa da, aynı sonuca ulaşmak gerekir. Ağır ihmali olmadan yanılan kişinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu tutulmaması yerindedir.

3. İş Sahibinin Menfaatinde Yanılma

Son bir yanılma hali de, iş görenin, bir işi sübjektif değerlendirmesine göre iş sahibinin menfaatine sanarak yapmasıdır. Başka deyişle, iş gören, iş sahibi menfaatine iş görme faaliyetine girerken, iş sahibinin menfaatinin ne olduğu konusunda yanılmıştır¹⁶⁷. İş gören, iş sahibinin menfaatinin aksi yönde olacağı hususunda ağır kusuru varsa, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelir. Aksi durumda ise bu kişi iyiniyetli kabul edilir ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanmaz. Bu ihtimalde ise bir üst paragrafta ifade edildiği gibi, iyiniyetli iş gören ile iş sahibi arasındaki ilişkinin hangi temele dayanacağı tartışmalıdır¹⁶⁸.

D. İyiniyetli İş Görenin Durumu

Kişinin bir işi ağır kusurlu olarak görmesi halinde uygulanması gereken hüküm TBK m.530'dur. Kişinin hafif ihmali ile ya da kusuru olmadan bir başkasına ait iş görmesi durumunda ise hangi hükmün uygulanması gerektiği tartışmalıdır¹⁶⁹. Bu konuda doktrinde pek çok çözüm önerisi sunulmaktadır.

¹⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.4-7; Reichard, s.567; Erman/Dornis, BGB § 687, N.2,3; Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.1; Staudinger/ Bergmann, BGB § 687, N.5-9; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, BGB § 687, N.2; Sippel, s.39; Bergmann, s.432-435; Fikentscher/ Heinemann, N.1282.

¹⁶⁷ Gümüş, C.II, s.233; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.641.

¹⁶⁸ Bkz. § 2/ IV/ D.

¹⁶⁹ Roma hukukuna bakıldığında, bu durumda da vekâletsiz iş görmenin varlığının kabul edildiği görülmektedir. Dural, Roma, s.261; Heilfron, s.572.

Bunlardan ilki işin görülmesi sonucu elde edilen kârın, iş sahibi ile iyiniyetli iş gören arasında bölüştürülmesidir¹⁷⁰. Ancak bu çözüm yolu keyfi bir nitelik taşıyacağından doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹⁷¹. Buna benzer bir görüş de, iyiniyetle iş görenin kullandığı hakkın uygun karşılığını iş sahibine vererek, varsa fazladan elde ettiği kârı kendisinde tutmasıdır¹⁷². Ancak bu görüş de, iyiniyetle olsa dahi başkasının hakkını kullanarak kâr etmenin hukuk düzeni tarafından korunmaması gerektiği ileri sürülerek eleştirilmektedir¹⁷³. Bunun ötesinde, iş görenin kullandığı hakkın uygun karşılığının, hangi kıstas kullanılarak belirlenmesi gerektiği de ayrı tartışmalara yol açacak ve yalnızca görünürde bir çözüm sunuyor olacaktır.

Son bir görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, yalnızca kötüniyetli iş gören kişilere özgüleyerek, iyiniyetli iş gören için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷⁴. BGB § 687'nin, "biliyor olma" şartını araması sebebiyle, iyiniyetli iş gören için Alman hukukundaki çözüm de bu yönde gelişmiştir¹⁷⁵. Kanaatimce, Türk ve İsviçre hukukları açısından da, Alman hukukuna paralel olan bu çözümün benimsenmesi yerindedir¹⁷⁶. Bu

¹⁷⁰ Wolf, ZSR N.46, s.325.

¹⁷¹ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.203.

¹⁷² Wolf, ZSR N.51, s.69 vd.

¹⁷³ Moser, s.221.

¹⁷⁴ Gautschi, Art. 423 OR, N.2a; Huguenin, N.898; Schmid, GoA, N. 735, N.1128; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.34; Guhl/ Merz/ Kummer, s.470 vd; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.1; Honsell, s.331; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Holenstein, s.173; Lischer, s.46; Chappuis, s.21; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.229; Hofstetter, s.211 vd., özellikle s.214; Wenner, s.166; Moser, s.218-219; Nomer, N.141, s.198; Hatemi, Armağan, s.386; Friedrich, s.47; Widmer, s.89; Baygın, s.575; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.495; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.203.

¹⁷⁵ Medicus, N.291; Larenz, s.453; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.1; Bergmann, s.472-473; Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.2; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, N.3; Staudinger/ Bergmann, BGB § 687, N.5; Förster, s.231; Schmidt, N.118; Hemmer/ Wüst, N.57; Bönschen, s.95 Schlechtriem, N.631; Chrestin, s.51. Aynı yönde, BGH, NJW 1997, 47; BGHZ 119, 257, 259 = NJW 1993, 193.

¹⁷⁶ Huguenin, N.898; Schmid, GoA, N. 735, N.1128; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.34; Guhl/ Merz/ Kummer, s.470 vd; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.1; Honsell, s.331; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Holenstein, s.173; Lischer, s.46; Chappuis, s.21; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.229; Hofstetter, s.212 vd.; Wenner, s.166; Moser, s.218-219; Nomer, N.141, s.198;

durumda ikili bir ayırım yapmak gerekir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamına girmeyen iş görenin hiç kusuru yoksa, sorumluluğunun TBK m.79 gereği, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcuna göre belirlenmesi kanaatimce de uygundur¹⁷⁷. Böylelikle iş gören yalnızca elinde kalan menfaatle sınırlı iade ile yükümlü olur¹⁷⁸. Federal Mahkemenin de iyiniyetli kişi için sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurduğu görülmektedir¹⁷⁹. Bununla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, ancak kast ve ağır ihmal halinde meydana geldiği düşünüldüğünde, hafif ihmali ile iş gören kişiye hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorusuna da yanıt vermek gerekir. Bu halde de sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır. Ancak hafif ihmali olan kişi, sebepsiz zenginleşme kapsamında, kötünietli sayılabiliyorsa, artık iade kötünietli sebepsiz zenginleşmeye göre gerçekleşmelidir.

Hatemi, Armağan, s.386; Friedrich, s.47; Widmer, s.89; Baygın, s.575; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.495; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.203. Arkan Akbıyık ise, iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, sıklıkla karşımıza çıkmayacağını belirtmekle birlikte, kurumun kapsamının daraltılmaması için “mazur görülemez şekilde kendini yetkili sanan kişi”yi de kapsam dâhilinde tutmak gerektiğini ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, “mazur görülemez şekilde kendini yetkili sanan kişi” zaten gördüğü işin başkasına ait olduğunu “bilmesi gereken” kişidir ve iyiniyetli sayılmaz (TMK m.3/II). Bu açıdan yazarın iyiniyetli iş görenleri mi kapsam içine aldığı yoksa doktrinde ağırlıklı olan görüş doğrultusunda mı fikir beyan ettiği anlaşılamamaktadır. Arkan Akbıyık, s.39. Ancak yazar daha sonra, s.41’de iyiniyetli iş gören ile kötünietli iş gören arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁷⁷ İfade etmek gerekir ki, Roma hukukundaki yaklaşım da, iyiniyetli olarak, başkasının işini kendi işiymiş zannıyla gören kişiye tanınması gereken dava hakkının sebepsiz zenginleşmeye dayandırılması yönündedir. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.9.

¹⁷⁸ Huguenin, N.898; Schmid, GoA, N.1128; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.34; Guhl/ Merz/ Kummer, s.470 vd; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.1; Honsell, s.331; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8, N.11; Holenstein, s.173; Lischer, s.46; Chappuis, s.21; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.229; Hofstetter, s.212 vd.; Wenner, s.166; Widmer, s.89; Friedrich, s.47; Moser, s.218-219; Schmid/ Stöckli, N.2049, N.2060; Hatemi, Armağan, s.386; Baygın, s.575; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.495; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.203. Serozan ise bu durumun özellikle müdahale zenginleşmesi yaratacağını haklı olarak ifade etmektedir. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23. Gümüş, kişinin kendisine ait sanarak başkasına ait olan işi kendi menfaatine görmesi durumunu “iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme” olarak nitelendirmekle birlikte, bu ilişkinin sebepsiz zenginleşme kurallarına tâbi olacağını ifade etmektedir. Bkz. Gümüş, C.II, s.218. Sebepsiz zenginleşme kurallarının kıyasen uygulanması gerektiği yönünde ise, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.35.

¹⁷⁹ BGer 119 II 40. Söz konusu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, iş görenin iyiniyetli olması halinde Art.62’yi (TBK m.77); kötünietli olması halinde ise Art.423’i (TBK m.530) uygulayacağını ifade etmektedir. Başkaca kararlar için bkz. BGer 126 III 69 vd., 72; BGer 126 III 386; BGer 129 III 422; BGer 126 III 66.

E. Yardımcı İş Görenin Durumu

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, hem iş gören hem de yardımcı kişi iş gören sayıldıklarından, her ikisi de menfaat devrinden sorumlu tutulmaktadır¹⁸⁰. Bunun için kim sorumlu tutuluyorsa, onun kast veya ağır ihmal derecesinde kusuru (kötüniyetli olması) aranmalıdır. Yardımcı kişi kullanılarak bir iş görüldü ise, kusura ilişkin dört olasılık ortaya çıkar.

Bunlardan ilki, hem iş görenin hem de yardımcı kişinin kötüniyetli olması halidir. Bu durumda her ikisi de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde sorumlu olur. İkinci olasılık ise, iş gören ve yardımcı kişinin iyiniyetli olmalarıdır. Bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme değil, sebepsiz zenginleşmeye meydana gelir.

Üçüncü olasılık, asıl iş görenin kötüniyetli, ancak yardımcı kişinin iyiniyetli olmasıdır. İş gören, kendi menfaatine başkasına ait işin görülmesi hususunda bir yardımcı kişi kullanmış ise, bu kişinin iyiniyetli olması, iş görenin iyiniyetli olmasına kıyasla daha olasıdır. İşte bu durumda, yardımcı kişinin sorumluluğu sebepsiz zenginleşmeye dayanır ve yardımcı kişi elde edilen menfaatten elinde kalanı iade ile yükümlü olur¹⁸¹. Ancak asıl iş gören kötüniyetli olduğu için, yardımcı kişiye sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmak yerine, iş görenden menfaat devri talep etmek, iş sahibi açısından daha anlamlı olacaktır.

Son halde ise, asıl iş gören iyiniyetli ancak yardımcı kişi kötüniyetli olabilir. Bu durumda asıl iş görene sebepsiz zenginleşme temelinde, yardımcı kişiye ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde başvurmak mümkün olur. Artık asıl iş görenden yalnızca zenginleşmenin iadesi talep edilebilecek iken, yardımcı kişiden elde edilen tüm menfaatin devri talep edilebileceğinden, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde doğrudan yardımcı kişiye başvurmak daha anlamlıdır.

¹⁸⁰ Bkz. yukarıda, § 2/ I/ C/ 2.

¹⁸¹ Moser, s.175-176.

F. Kötüniyetin İspatı

İncelenmesi gereken bir başka önemli husus ise ispat külfetidir. Doktrinde bir görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede aranan nitelikli kusurun, “kötüniyet” şeklinde doktrinde ifade ediliyor olmasından yola çıkarak TMK m.3 kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁸². Buna göre, iyiniyet esastır ve iş sahibi ancak iş görenin kötüniyetini ispat ederek elde edilen menfaati talep edebilir.

Doktrinde diğer bir görüş ise, iş görenin kendisinin iyiniyetli olduğunu ispat etmesinin, iş sahibinin, iş görenin kötüniyetli olduğunu ispat etmesine nazaran daha kolay olduğundan yola çıkarak, ispat külfetini iş görene yüklemektedir¹⁸³. Gerçekten de, hükmün yaptırımının, hükmün amacına da uygun olarak, kişileri bu tür davranışta bulunmaktan caydırmak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bir başkasının hukuk alanına müdahale eden kişiye, kusursuz olduğunu ispat külfetinin yüklenmesi yukarıda anılan gerekçe doğrultusunda üstün tutulmalıdır¹⁸⁴.

Nitekim 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020) da, bu görüşü destekler niteliktedir. Zira OR 2020’ye ilişkin yapılan değerlendirmelerde, ispat külfetinin iş görene yüklendiği, haksız fiilde kusurun ispatından farklı olarak mağdurun üzerinde bırakılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Buna ek olarak, OR 2020 Art.69’daki temel düşünce, iş gören kişinin, başkasının hukuk alanına “bilerek müdahalede bulunduğu” dayanmaktadır. Bunun sonucunda anılan hükmün İsviçre Medeni Kanunu’nun 3. maddesindeki ispat külfetini tersine çevirdiği ifade edilmektedir¹⁸⁵. Gerçekten de, örneğin bir markanın ihlalinde, bu ihlali

¹⁸² Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.37; Schmid, GoA, N.795; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.204.

¹⁸³ Moser, s.239; Wolf, Interessenschutz, s.80-81.

¹⁸⁴ İyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görene, TBK m.79’un uygulanabileceği kabul edilmiş olsa da, bu hükmün kıyasen uygulama alanı bulacağı unutulmamalı ve düzenlemenin sebepsiz zenginleşme için diğer yönde bir ispat külfeti getirmiş olması göz ardı edilmemelidir. Aksi görüşte, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.204. Yazar TBK m.79’un (BK m.63) getirdiği ispat yükü dağılımının da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanması gerektiği görüşündedir. Bu konuda bkz. Oser/Schönenberger, Art.64, N.10.

¹⁸⁵ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.9.

gerçekleştirmek suretiyle menfaat elde eden kişinin, bir markanın kendisine ait olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği kabul edilmeli ve aksini ispat külfeti kendisine yüklenmelidir¹⁸⁶. Bu sonuç ispat kuralları ile de uyum içinde olacaktır. Zira hayatın olağan akışına uyan olguların ispat edilmesi gerekmez¹⁸⁷.

V. Hukuka Aykırılık

A. Hukuka Aykırılık Teorisi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebilmesi için, hukuka aykırılık teorisi (*Widerrechtlichkeitstheorie*) gereği, müdahalenin hukuka aykırı olması gerekir¹⁸⁸. Bununla birlikte, doktrinde ağırlıklı görüş ve Federal Mahkeme bu unsur, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin “haksız fiil karakteri” olarak ifade etmektedir¹⁸⁹.

Bu ifade ile anlatılmak istenen, haksız fiilin karakteristik özelliği olan hukuka aykırılığın, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de aranması gerektiğidir. Kanaatimce bu ifade, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yanlış değerlendirilmesine yol açabilmektedir¹⁹⁰. Bu nedenle de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin “hukuka aykırılığı”ndan bahsetmek daha yerindedir¹⁹¹.

¹⁸⁶ Bu örneğe paralel şekilde, Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 4C.101/2003

¹⁸⁷ İlke hakkında bkz. Oğuzman/ Barlas, s.327; Baki Kuru/ Ejder Yılmaz/ Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s.362.

¹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hostenstein, s.15-21; Nietlispach, s.107. BGer 34 II 694; BGer 86 II 26; BGer 129 III 422; BGer 126 III 382; BGer 17 Juli 2003, Nr. 4C.101/2003, E.6.2.

¹⁸⁹ BGer 126 III 382; BGer 86 II 26; BGer 126 III 69; BGer 97 II 169. Schmid, GoA, N.826; Bucher, BT, s.263; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Kreis, s.34; Aeby, s.41; Schneider, s.89; Schmid/ Stöckli, N.2043,2044,2045; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N. 22; Arkan Akbıyık, s.20; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.155; Tandoğan, Borçlar, s.677; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646. Bu hususu haksız fiil benzeri olarak nitelendiren öğreti için bkz. Hofstetter, s.177; Fischer, s.108; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.341, dn.121. Doktrinde bir görüş ise bu kurumu hukuki muamele benzeri olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yavuz, s.641; Gautschi, Art.423 OR, N.2a. Oysa, hukuki işlem benzeri olan kurum, bir sözleşme benzeri nitelendirmesi altında, gerçek vekâletsiz iş görmedir.

¹⁹⁰ Örneğin, bu ifadeye atıf yaparak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil zamanaşımına tâbi olması gerektiği savunulmaktadır. Bu konuda bkz. § 3/ III.

¹⁹¹ Bu görüşe paralel olarak, Honsell, s.332; Eren, s.852, s.606. Tandoğan da “hukuka aykırı” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s.677. İsviçre doktrininde de, “hukuka aykırılığın”

Bu sonuca ulaştıktan sonra, hukuka aykırılığın ne zaman söz konusu olacağını diğer bir anlatımla, hangi menfaatlere yapılacak müdahalenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye konu olabileceğine karar vermek gerekir. Bu tartışmada varılan sonuç, özellikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünümüleri açısından önem kazanmaktadır¹⁹².

İş görmek suretiyle, ne tür menfaatlere yapılan müdahalelerin bu kapsamda sayılacağı tartışmalıdır¹⁹³. Bir görüşe göre¹⁹⁴ hem mutlak hem de nispi haklar alanında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olabilecek iken; diğer bir görüşe göre ise yalnızca mutlak hakların ihlalinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olabilmektedir¹⁹⁵. Şüphesiz mutlak hakka yapılan bir müdahale, kural olarak hukuka aykırı olacaktır¹⁹⁶. Alman hukukunda da baskın görüşün, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi mutlak haklara özgülemek olduğunu ifade etmek gerekir¹⁹⁷. Mutlak hakka müdahale edilmesi ile ilgili bir hırsızın çaldığı malı

“zuweisungstheorie” (tahsis teorisi) adlı teori altında arandığı görülmektedir. Zira bu teori bir başkasına ait hakka müdahaleyi aramak suretiyle hukuka aykırılık sonucuna varmaktadır. Huguenin/ Jenny’ye göre, menfaat devri talebinin haklı bulunabilmesi için, iş sahibinin yapmış olduğu iş gasbının hukuk düzenince korunuyor olması gerekmektedir. Normun koruma amacına göre hareket eden bu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hostenstein, s.8 vd.; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.6 vd.; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.5; Schmid, GoA, N.748-750; Moser, s.154; Guhl/Merz/Druey, s.506. Bu çalışma kapsamında da, aşağıda hukuk aykırılık sonucunu ararken normun koruma amacı teorisine başvurulacaktır. Bkz. § 2/ V.

¹⁹² Bkz. § 6 ve özellikle § 6/ V.

¹⁹³ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.7.

¹⁹⁴ Weber, Gewinnherausgabe, s.337; Hofstetter, s.269; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 17; Moser, s.158 vd.; Lischer s.28-30, 143; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.6; Ayhan, s.29; Gümüş, C.II, s.235; Arkan Akbıyık, s.32. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aeby, s.50 vd.

¹⁹⁵ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.121; von Bargen, s.20; Guhl/ Schnyder, s.561; Honsell, s.331; Bucher, BT, s.262. Bucher bu görüşünü, Federal Mahkeme’nin kararlarına dayandırmaktadır. Bkz. BGer 39 II 707; BGer 45 II 202; BGer 47 II 197.

¹⁹⁶ Bu konuda tartışma olmadığı yönünde, Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.7; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.6; Nomer, Borçlar, s.115; Tandoğan, Mesuliyet, s.21.

¹⁹⁷ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.19; Däubler, s.49, s.53. Aynı yönde, BGHZ 57, 116 = NJW 1972, 102; BGHZ 60, 206 = NJW 1973, 622. Aksi yönde, Staudinger/ Bergmann, § 687, N.30. Alman hukukunda önceki tarihli kararlarda ise farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir. İmparatorluk mahkemesi (Reichsgericht) sözleşmedeki taraflardan birinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir. Buna karşılık Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht) vekilin işi kendi adına ve menfaatine yaptığı

üçüncü kişiye satıp kazanç elde etmesi¹⁹⁸; bir kişinin üzerinde hakkı olmayan bir malı kullanıp ondan faydalanması¹⁹⁹ veya bir kişiye ait günlükleri ondan izinsiz kitap haline getirip satması gibi örnekler verilebilir²⁰⁰.

B. Mutlak Hak İhlalleri Dışında Müdahalenin Hukuka Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu

Nispi hukuk alanına müdahale iki şekilde mümkün olabilir. İlk olasılık, nispi hukuk alanına üçüncü kişinin müdahalesidir. Diğer olasılık ise sözleşmenin, sözleşmenin tarafınca ihlal edilmesidir. Bu durumların gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edip etmeyeceği, dolayısıyla sözleşme hukukunda menfaat devrinin bir yaptırım olarak kabulü tartışmalıdır. Aşağıda anılan iki hal ayrı değerlendirilecektir.

1. Üçüncü Kişinin Müdahalesi

Bilindiği üzere ekonomik değerlere ve nispi haklara sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahale sonucu ortaya çıkan zarar kural olarak tazmin edilmez. Başka deyişle, sözleşme yalnızca o sözleşmenin taraflarınca ihlal edilebilir. Böyle bir müdahale suretiyle ortaya çıkan zararın tazmin edilmemesinin nedeni de hukuka aykırılık bağının eksik olmasıdır²⁰¹. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir büfenin yanına, bir başka kişi yeni bir büfe açmakla, onun muhtemel müşterileri ile sözleşme yapar ve ilk büfenin işlerinde azalmaya sebep olur. Ancak burada ilk büfe sahibinin zararı salt ekonomik zarardır ve kural olarak tazmin edilmez²⁰².

kişinin, elde ettiği menfaati iş sahibine devretmesi gerektiğine karar vermiştir. Staudinger/ Bergmann, § 687, N.29.

¹⁹⁸ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.70. Benzer bir olay için bkz. BGer 51 II 575.

¹⁹⁹ Becker, Art.423 OR; N.1; Moser, s.254; Ennecerus/Lehmann, s.684; Staudinger/ Nipperdey, § 687, N.6.

²⁰⁰ Kişilik hakkı ihlali, fikri mülkiyet ihlali gibi başkaca örnekler için bkz. , Staudinger/ Bergmann, § 687, N.20.

²⁰¹ Eren, s.595; Çiğdem Kırcı, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.10; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.75; Sanlı, s.334; Tandoğan, Mesuliyet, s.21.

²⁰² Salt ekonomik zarar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mauro Bussani/ Vernon Valentine Pamer (eds.), **Pure Economic Loss in Europe**, Cambridge 2003; Jaap Spier (ed.), **The Limits of Expanding Liability**,

Salt ekonomik zarar, eşya zararı ve bedensel zarar dışında kalan tüm maddi zararları ifade eder²⁰³. Zararın konusu, zarar görenin malvarlığında bulunan, eşya dışındaki ekonomik menfaatlerin olumsuz etkilenmesidir²⁰⁴. Yukarıdaki örnekte bu ekonomik menfaat, büfe sahibinin daha çok kişiyle satış sözleşmesi yapabilmesine ilişkindir. Salt ekonomik zarardan sorumluluk sınırlıdır²⁰⁵. Başka deyişle tazmin edilebilir ekonomik zararın sınırının çizilmesi gerekir. Türk hukuku açısından bu tür bir durumu hukuka aykırı kılacak tek husus, kanunun özel bir koruma normuyla hukuka aykırılık bağı kurmuş olmasıdır. Yani ihlal edilen hakkın, zarar görene “tahsis edilmiş olması” gerekir.

Söz gelimi yansıma zarar olarak da adlandırılan, TBK m.53 b.3 gereği, ölüm halinde, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradığı kayıplar bakımından kanunda yer alan özel düzenleme sayesinde hukuka aykırılık bağı²⁰⁶ kurulmuş olacağından tazmin edilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki kanun bazı davranışları yasaklıyor olabilir; hukuka aykırılık bağı ise kanunun hangi amaçla yasakladığına (tahsis amacı teorisi) bakılarak kurulabilir. Başka deyişle, salt ekonomik zarara neden olan davranış, bir hukuk normunu ihlal ediyor olsa bile, hukuka aykırılık şartının

Kluwer Law International 1998, von Bar, Damages, N.25 vd.; Robert Bernstein, **Economic Loss, Volume 1-General Principles**, 3rd ed. London 2013, s.15 vd.

²⁰³ Bernstein, s.15; Treitel, s.1000. Klasik örnek olarak, bir gazonoda şarkı söyleyen kişinin yaralanması nedeniyle, sahne alamaması sonucu, gazino sahibinin normalde elde ettiğinden daha az gelir elde etmesidir. Salt ekonomik zararın, öngörülebilirlik açısından, eşya zararına kıyasen daha geniş bir kitleyi etkileyebileceği unutulmamalıdır. Bu tür zararların tazmin edilecek olması halinde, kişilerin sokağa çıkma riskini dahi göze almayabilecekleri yönünde - *floodgates argument*: von Bar, Damages, N.24. Bkz. Bussani/ Palmer, s.17; Kırca, s.19; Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans Matbaası, Ankara 1963, s.17. Bu örnekte, devlet bile, daha az gelir elde eden gazonodan daha az vergi alacağı için salt ekonomik zarara uğramaktadır. Bkz. Sanlı, s.334. Almanya’da da salt ekonomik zararın tazmin edilmeyeceği yönünde, BGH 9.12.1958, BGHZ 29, s.65, s.74; BGH 23.11.1976, DB 1977, s.395; OLG Stuttgart, 21.12.1983, NJW 1984, s.1904.

²⁰⁴ Sanlı, s.332; von Bar, Damages, N.25.

²⁰⁵ Hatta von Bar, salt ekonomik zararları, sorumluluğu sınırlandırmak için bir alternatif olarak yorumlamaktadır. von Bar, Damages, N.23.

²⁰⁶ Salt ekonomik zarar açısından özel bir önem taşıyan ve “normun koruma amacı teorisi” olarak da adlandırılan bu koşul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Normun Koruma Amacı, s.70 vd; Tandoğan, Mesuliyet, s.17 vd.

gerçekleşmesi için söz konusu kuralın hem ihlal edilen değeri – salt ekonomik zararı – hem de bu değer tahsis edildiği kişileri zarar verici davranıştan koruması gerekmektedir²⁰⁷. Haksız rekabetin engellenmesine ilişkin TTK m.56 hükmü bu kapsamda örnek gösterilebilir²⁰⁸. TTK m.56 hükmünün hukuka aykırılık bağı kurduğu ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği menfaat devri yaptırımını doğurduğunu kabul etmek gerekir. Ancak kanaatimce bu şekilde hukuka aykırılık bağı kurulmuş olmadıkça, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmemek gerekir.

Nispi ilişkinin üçüncü kişi tarafından ihlal edilmesi suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi kabul eden görüş, buna örnek olarak borçlunun, alacaklıya değil de, yanlışlıkla bir başkasına ödeme yapması halini göstermektedir. Özellikle bu yapılan ödeme ile borcun sona erdiği durumlar açısından (TBK m.186 gibi), kendisine ödeme yapılan kişinin, asıl alacaklı adına ifayı kabul etmek suretiyle bir iş gördüğü ve üçüncü kişi olarak asıl alacaklının nispi hakkını ihlal ettiğini ifade edilmektedir²⁰⁹. Başka deyişle, aslında alacaklı olmayan ancak ifayı kabul eden kişinin, iş sahibi olan asıl alacaklının nispi menfaat alanına müdahale etmek suretiyle ona ait bir iş gördüğü ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere söz konusu örnekte nispi ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişinin müdahalesi söz konusudur.

Kanaatimce bu örnekte birden fazla sorun göze çarpmaktadır. İlk olarak söz konusu örnek ve yapılan yorum zorlamadır. Sebepsiz zenginleşme²¹⁰ (özel olarak müdahale zenginleşmesi²¹¹) ya da alacağın temlik sözleşmesine aykırılık ile çözülebilecek yukarıdaki hukuki sorunun, vekâletsiz iş görmenin kapsamını genişletmek amacıyla bu şekilde yorumlanması anlamlı ya da gerekli değildir. Bu sorunun

²⁰⁷ Atamer, Normun Koruma Amacı, s.80-85; Sanlı, s.337.

²⁰⁸ Bkz. § 6/ IV.

²⁰⁹ Aynı örneğin bir haksız fiil oluşturabileceği de ifade edilmektedir. Saymen/ Elbir, s.411; Tandoğan, Mesuliyet, s.23.

²¹⁰ Öz, s.57. Bu sorunun alacak devrinin temelini oluşturan borç ilişkisine aykırılığa dayanmak suretiyle de çözülebileceği yönünde, Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.332.

²¹¹ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 26, N.3.

sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi tutulmasının gerekliliğinin altında, sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasında var olan önemli bir fark yatar. Bu fark da hukuka aykırılıktır²¹².

Nitekim örnekteki asıl sorun, söz konusu davranışın hukuka aykırılık yaratıp yaratmadığıdır. İsviçre doktrininde de, hukuka aykırılığın, “tahsis teorisi” (*Zuweisungstheorie*)²¹³ olarak adlandırılan teori altında arandığı görülmektedir. Normun koruma amacı teorisine paralel olan bu teori hangi çıkarın “tahsis içeriğine” (*Zuweisungsgehalt*) dâhil sayıldığına bakmak gerektiğini ifade etmektedir²¹⁴. Başka deyişle bir menfaatin korunması için var olan bir hukuk kuralının, o menfaate ve menfaat sahibine tahsis edilmiş olması aranmaktadır. *Huguenin/ Jenny*'ye göre de, menfaat devri talebinin haklı bulunabilmesi için, iş görenin müdahale etmiş olduğu iş sahibine ait hukuk alanının, hukuk düzenince korunuyor olması gerekmektedir²¹⁵. Oysa yukarıda verilen örnek olan TBK m.186 düzenlemesi kanaatimce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin işleyebilmesi için hukuka aykırılık bağını kurabilen bir norm değildir. Zira normun amacı, alacağın devredildiği kendisine ihbar edilmeyen iyiniyetli borçluyu korumaktır²¹⁶. Örnekteki bir başka sorun ise, burada gerçekten bir başkasına ait işin görülmesinin söz konusu

²¹² Sebepsiz zenginleşmede hukuka aykırılık aranmaz, ehliyetsiz bir kişinin eylemi, bir doğa olayı zenginleşme sonucunu doğurabilir. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.11; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.306. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede hukuka aykırılık bir şarttır. Nitekim bu nedenle, rüzgarın etkisiyle komşunun arazisine uçan tohumlar sebepsiz zenginleşme yaratabilirken, bu tür bir doğa olayı gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yaratmaz.

²¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hostenstein, s.8-14; Nietlispach, s.108.

²¹⁴ Serozan da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye paralel olan müdahale zenginleşmesi açısından aynı değerlendirmeyi yapmaktadır. Bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.16. Bu değerlendirme, kural olarak hukuka aykırılığın aranmadığı sebepsiz zenginleşme için doktrinde haklı olarak yapılmaktadır. Örneğin, sayısı belirli olmayan müşteri çevresinin kaybına neden olan bir karalama kampanyası, koşulları varsa tazminat borcu doğuracaktır. Yoksa burada bir müdahale zenginleşmesi yoktur. Schwenzer, OR, N.57.03. Bu halde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, hangi çıkarın “tahsis içeriğine” dâhil sayıldığına bakmak evleviyetle gerekir.

²¹⁵ Normun koruma amacına göre hareket eden bu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.6 vd.; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.5; Schmid, GoA, N.748-750; Moser, s.154; Guhl/Merz/Druey, s.506.

²¹⁶ Hukuk kuralı, zarar görenin menfaatini korumaktan başka bir amaçla ortaya konmuşsa, ortada tazmini gereken bir zarar olmayacağı yönünde, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.547.

olup olmadığıdır. Zira ifayı kabul eden kişinin iş görme iradesi olduğu varsayımı her zaman kabul edilemez.

2. Sözleşmenin İhlali

Nispi menfaat alanına müdahale ile ilgili incelenmesi gereken diğer hal, nispi hakkın sözleşmenin tarafınca ihlal edilmesinin de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye yol açıp açmayacağıdır. Söz gelimi bir satıcı, alıcı ile satım sözleşmesi yaptıktan sonra, söz konusu eşyayı bir başkasına, ilk sözleşmede kararlaştırılan bedelden daha yüksek bir bedele satmış ve devretmiş olsun. Bu ihtimalde satıcının, alıcıya ait bir iş görmesi suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ortaya çıktığı ileri sürülebilecek midir?

Bu soruya olumlu yanıt verilirse, satıcının, yüksek bedel ile ilk kararlaştırılan bedel arasındaki farkı – yani elde ettiği menfaati – ilk alıcıya devretmesi gerekir. Satıcının başkasına satarak elde ettiği kâr, ilk alıcının muhtemel bir yeniden satış yapamadığı için elde edemediği kayıp olarak düşünülmektedir²¹⁷. Oysa sözleşme hukukuna hâkim olan ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, bir çifte satım durumunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulü mümkün görünmemektedir. Hatta bu tür bir uygulamanın kabulü, sözleşme hukukunun uygulama alanını fazlasıyla daraltmış olur. Ayrıca satıcı kendi mutlak hakkına ilişkin bir tasarrufta bulunurken, başkasının hukuk alanına müdahale edildiği söylenemez. Bu çözüm yolunun, sözleşme hukukunda etkin ihlal kavramı ile de uyumsuzluğu açıktır²¹⁸. Bu nedenlerle, sözleşmenin ihlalinde kural olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı reddedilmelidir²¹⁹.

²¹⁷ Schwenger/Hachem/Kee, Global Sales, N. 44.17; Schwenger/Hachem, Scope of Damages, s.102.

²¹⁸ Etkin ihlal (efficient breach) ve menfaat devri kavramlarının karşılaştırılması için bkz. § 4/ III/ B.

²¹⁹ Varılan sonuca, aşağıda § 6/ V/ B-Rekabet Yasağı Sözleşmesi incelenirken de sadık kalınmıştır.

3. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda ifade edildiği üzere, kural olarak yalın bir sözleşmeye aykırılık halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı reddedilmektedir. Bununla kastedilen, taraflar arasında var olan bir sözleşmenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını dışlayacağı değildir. Sözleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme aynı anda söz konusu olduğunda, talep temellerinin bir arada bulunması sorunu gündeme gelir²²⁰. Öğreti de bu hususa dikkat çekmekte ve özellikle alt kira sözleşmesi²²¹ örneği verilmektedir²²². Söz gelimi kiracı, caiz olmayan alt kira yapmak suretiyle, ev sahibinin mülkiyet hakkını da ihlal ettiğinden, bir mutlak hakkın ihlali söz konusu olacak ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilecektir²²³. Ancak burada aynı zamanda kira sözleşmesinin ihlali de söz konusudur. Sonuç olarak sözleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir arada bulunabilir.

Sözleşmeye aykırılık halinde hukuka aykırılık var olmadığından, prensip olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı reddedilse de, aşağıda bir takım özellikli durumlara dikkat çekmek gerekir. Zira bazı hallerde, sözleşmeye aykırılığın, aynı zamanda kanunun getirdiği bir kural ile özel olarak korunan bir

²²⁰ Bkz. § 5/ II.

²²¹ Bürge-Wyss, s.269; Chappuis, s.11, s.133 vd.; Hauser, s.269; Nietlispach, s.130; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.262, N.4a; Schmid, GoA, N.1247; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.78; Lischer, s.147; von Büren, s.338; Weber, Gewinnherausgabe, s.337; Becker, Art.423 OR, N.1; Bucher, BT, s.262; Holenstein, s.165; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.240; SVIT-Komm., Art.262, N.33a; İnceoğlu, C.I, s.517; Gümüş, C.I, s.300; Gümüş, Kira, s.213. Aynı görüşte, Federal Mahkeme, BGer 126 III 69.Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanmaması gerektiği yönünde, Yavuz, Vekâletsiz İş Görme, s.4-5; Heindirch, s.152.

²²² Rekabet yasağını ihlal için, Bürge-Wyss, s.271, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.81. Çifte satım için, Bürge-Wyss, s.268; Hofstetter, s.270; Schwenzler, OR, N.57.08. Bu örnekler hususunda öğretide tartışma olmamakla birlikte, iş sözleşmesinde var olan rekabet yasağının ihlali açısından ve çifte satım açısından tartışma vardır. Bkz. Bürge-Wyss, s.271, 272; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.81, 82.

²²³ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.1; Bürge-Wyss, s.269; Chappuis, s.11, s.133 vd.; Hauser, s.269; Nietlispach, s.130; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.262, N.4a; Schmid, GoA, N.1247; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.78; Lischer, s.147; von Büren, s.338; Weber, Gewinnherausgabe, s.337; Becker, Art.423 OR, N.1; Bucher, BT, s.262; Holenstein, s.165; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.240; SVIT-Komm., Art.262, N.33a; İnceoğlu, C.I, s.517; Gümüş, C.I, s.300; Gümüş, Kira, s.213. Aynı görüşte, Federal Mahkeme, BGer 126 III 69.Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanmaması gerektiği yönünde, Yavuz, Vekâletsiz İş Görme, s.4-5; Heindirch, s.152.

menfaati ihlal etmesi söz konusu olur. Rekabet yasağı bu konuda örnek gösterilebilir²²⁴. Rekabet yasağı olmayan bir ortak, işletmenin yaptığı türde bir ticari işi yapmak suretiyle ticari işletmenin gelirini düşürebilir. Burada, tıpkı büfe örneğinde olduğu gibi salt ekonomik bir zarar vardır ve menfaat devri talep edilemez. Ancak bu ortağın rekabet yasağı varsa, Türk Ticaret Kanunu'nun kollektif ve komandit ortaklıkta, ortaklar arası ilişkileri düzenleyen bölümünde yer alan 231. maddesi, rekabet yasağının ihlali sonucu elde edilen menfaatin devredilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Burada anılan kurallar rekabet yasağını ve bu yasağa aykırılığı düzenlediğinden artık hukuka aykırılığın varlığı ve böylelikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulü gerekir.

Sonuç olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yoluyla mutlak hakka müdahale edildiğinde, hukuka aykırılık söz konusu olacak ve menfaat devri yaptırımı gündeme gelecektir. Mutlak hak ihlali dışında malvarlığına müdahale söz konusu olduğunda ise ancak hukuka aykırılık bağı kanun tarafından kurulduğunda²²⁵ menfaat devri yaptırımı söz konusu olacaktır. Bu konuda varılan ilk sonuç, açık bir kanun düzenlemesi olmadığı durumda, nispi haklara ya da ekonomik menfaatlere yapılan müdahalelerin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devri talebi ile sonuçlanmayacağıdır. Bunun önemli bir alt sonucu, sözleşmenin ihlalinde, yalnızca alacak hakkının ihlali söz konusu ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ortaya çıkmayacağıdır²²⁶. Ancak hukuka aykırılık bağı kurulmuş ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelebilecektir. Nitekim 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020) için de, Tasarıyı hazırlayan öğreti tarafından aynı doğrultuda görüş bildirilmektedir²²⁷.

²²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 6/ IV.

²²⁵ Bu konuda bkz. Atamer, Normun Koruma Amacı, s.75 vd.; Nomer, Borçlar, s.115; Kirca, s.11 vd.

²²⁶ Aynı şekilde, BGB § 687/II'de var olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme düzenlemesinin kapsamında sözleşmelerin yer almadığı şeklinde, Lord Hobhouse, Blake, azınlık görüş. Bu konuda bkz. Beatson/ Schrage, s.556.

²²⁷ Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.7.

VI. Nedensellik Bağı

İş görenin malvarlığında meydana gelen artış ile iş görme arasında nedensellik bağının varlığı aranmaktadır²²⁸. Nedensellik bağı iş sahibinin ispat etmesi gerekir. Federal Mahkeme'nin uygulaması da aynı yöndedir²²⁹.

Nedensellik bağının hangi teoriye göre belirlenmesi gerektiği ise, bu cezai nitelik taşıyan yaptırım için tartışmalıdır²³⁰. Doktrinde baskın görüş, uygun nedensellik bağı teorisine²³¹ başvurmayı uygun bulmaktadır²³². Uygun nedensellik bağı, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olmasıdır²³³. Bu şekilde sorumluluğun makul sınırlar dâhilinde kalacağı ifade edilmektedir²³⁴. Başka deyişle, uygun nedensellik bağı teorisi, sorumluluğu öngörülebilir risklerle sınırlamaktadır²³⁵. Böylelikle hayatın olağan akışı ve hayat tecrübesi bakımından öngörülemez sonuçlar, uygun nedensellik bağı kapsamında sorumluluğa sebep olmazlar²³⁶. Uygun nedensellik bağı sorumluluğun hem kurulması hem de sınırlandırılması amaçlarını güder²³⁷.

²²⁸ Thomas Geiser, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basel 1990, s.256; Schmid, GoA, N.842; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.10; Özdemir, s.117; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.195. Yargıtay da aynı görüştedir: Yarg. 11. HD, 28.11.2002, 7205/10668; Yarg. 11. HD, 22.4.2004, 9291/4330; Yarg. 11. HD, 15.2.1999, 5330/1042, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014.

²²⁹ BGer 133 III 153; BGer 107 II 259.

²³⁰ Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975.

²³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oftinger Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht I*, Bd.I, Zürich 1975; Rey, N.522 vd.; von Tuhr, s.82,83; Eren, İlliyet, s.51 vd; Tandoğan, Mesuliyet, s.76 vd.

²³² Schmid, GoA, N.842; Becker, Art.41, N.30; Oser/ Schönenberger, Art.41, N.80; Guhl/ Merz/ Koller, s.64; Rey, N.525; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.110; Eren, s.540; Eren, İlliyet, s.52; Tandoğan, Mesuliyet, s.76 vd.; Saymen/Elbir, s.483,484; Baş, s.111; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.44; Sanlı, s.268; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.573; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.195; Chappuis, s.49; Arkan Akbıyık, s.49; Eren, İlliyet, s.51. Federal Mahkeme de aynı görüştedir. BGer 122 II 442, BGer 107 II 276, BGer 101 II 69, BGer 102 II 237, BGer 98 II 291. Yargıtay da aynı görüştedir. YHGK 24.6.1964, 508/481, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (07.11.2013).

²³³ Becker, Art.41, N.30; Oser/ Schönenberger, Art.41, N.80; Guhl/ Merz/ Koller, s.64; Rey, N.525; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.110; Eren, s.540; Eren, İlliyet, s.52; Tandoğan, Mesuliyet, s.76 vd.; Saymen/Elbir, s.483,484; Baş, s.111; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.44; Sanlı, s.268; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.573; Arkan Akbıyık, s.50.

²³⁴ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.195.

²³⁵ Sanlı, s.273.

²³⁶ Baş, s.112.

²³⁷ Eren, İlliyet, s.52;

Diğer bir görüş ise uygun nedensellik bağına menfaat devri yaptırımı için yeterli bulmaz, sorumluluğun daha kapsamlı olması gerektiği düşüncesiyle mantıki nedensellik bağına²³⁸ üstün tutar²³⁹. Bu görüşe göre, bir olayın varlığı, zorunlu biçimde o olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlı tutulmaktadır²⁴⁰. Söz konusu sorumluluğun ağır olduğu kabul edilmekle birlikte; mantıki nedensellik bağı teorisini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için üstün tutan görüş, iş görme ile elde edilen menfaatin arasındaki nedensellik bağına tespitinde, “sorumluluğu makul sınırlar içinde tutma” kaygısına yer olmaması gerektiğini ve bu nedenle de mantıki nedensellik bağı teorisinin üstün tutulması gerektiğini ifade etmektedir²⁴¹. Bu teorisi gereği hukuka aykırı fiilin işlenmesi, zararlı sonucun meydana gelmesi için zorunlu olmalıdır²⁴².

Doktrinde mantıki nedensellik bağı görüşünün kabul edilmesi eleştirilmektedir²⁴³. Mantıki nedensellik bağı teorisinin her olayı birbirine bağlayarak, sorumluluğu sınırsız biçimde genişleteceği ve öngörülemez sonuçlar doğuracağı ifade edilmektedir²⁴⁴. Bu konuda doktrinde sıkça verilen bir örneğe özellikle değinmek gerekir. Söz konusu örnekte, bir hırsız çaldığı para ile piyango bileti almış ve bilete büyük ikramiye çıkmıştır. Doktrinde bir görüşe göre, bu durumda, hırsız sadece çaldığı parayı faizi ile birlikte iade etmelidir²⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise hırsız, malikin para üzerindeki mülkiyet hakkını istismar ettiğinden, bu istismar nedeniyle

²³⁸ Bir diğer adıyla, şart teorisi; ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, İlliyyet, s.21 vd.

²³⁹ Moser, s.191 vd. Aynı yönde, Fischer, s.109. Jaffey de, dolaylı olarak elde edilen menfaatlerin de devredilecek menfaat kapsamında olması gerektiğini ifade etmiştir. Jaffey, s.384 vd.

²⁴⁰ Eren, İlliyyet, s.22.

²⁴¹ Moser, s.200 vd.

²⁴² Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, kasten yapıldığı hallerde, mantıki nedensellik bağı teorisinin üstün tutulması yerinde görünmektedir.

²⁴³ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.196,197. Bu konu başlı başına bir çalışma alanı olup, söz konusu tezin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, mantıki nedensellik bağı görüşüne getirilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, İlliyyet, s.27 vd.

²⁴⁴ Eren, İlliyyet, s.27 vd.; Arkan Akbıyık, s.50.

²⁴⁵ Becker, Art.423 OR, N.2; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.198; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.110. Birks de bunu “remoteness of damage” zararın uzaklığı başlığı altında incelemektedir. Bu konuda Anglosakson hukukundaki yaklaşım için bkz. Birks, s.351-352; Burrows, Restitution, s.412; Edelman, s.108; Chitty, N.26-104. Ayrıca şu davalar benzer tartışmayı konu etmektedirler. Bkz. *Frank Music Corp v. Metro-Goldwyn Mayer Inc.*, 886 F 2d 1545 (1989) 9th Cir CA.

ortaya çıkan tüm menfaatin, yani büyük ikramiyenin, paranın sahibine devredilmesi gerekmektedir²⁴⁶.

Kanaatimce bu örnek tartışmanın isabetli yürütülmesi için uygun olmayan bir örnektir. Zira hırsızın parayı kendi parasıyla karıştırdığı durumda - ki çoğu durumda böyle olacaktır - artık paranın maliki hırsız olacak; piyango biletini alırken de başkasının hakkını ihlal ediyor olmayacaktır. Böylelikle örnekte gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmez. Kaldı ki hırsızın hangi parayla bileti aldığı da ispat edilemez.

Bununla birlikte, para üzerindeki aynı haktan başka bir hakkın ihlali gündeme geldiğinde, taraflardan birine yüklenmesi mümkün olmayan hususlardan meydana gelen menfaatin de iş sahibine devri TBK m.530'a uygun olacaktır. Örneğin, kiracının, yetkili olmadığı halde bir alt kira ilişkisi kurması halinde, kira konusu taşınmazın karşısına büyük bir alışveriş merkezinin kurulması nedeniyle daha yüksek bedele kiraya verilmesi, iş görenden kaynaklanmaz. Bununla birlikte, anılan dış etkenin neden olduğu bütün menfaatin iş sahibine devri gerekmektedir. Başka deyişle, iş gören kişisel çabası ve becerisi ile normal koşullarda elde edeceğinden daha çok menfaat elde etmişse de bunu devretmelidir²⁴⁷. Görüldüğü üzere, hayatın olağan akışı olmaktan çıkan bir durum sonucu elde edilen menfaat de, devredilecek menfaat kapsamında değerlendirilmektedir. Sonuç olarak arada uygun nedensellik bağı bulunmamasına rağmen, elde edilen menfaatin devri gerekmektedir.

Bununla birlikte, elde edilen menfaatin bir kısmı, hukuka aykırı fiilden bağımsız ise, başka deyişle, menfaatin bir kısmı hak ihlali olmadan elde edilmiş ise bu durumda, söz konusu miktarın talep edilememesi gerekir²⁴⁸. Zira bu durumda hukuka aykırı

²⁴⁶ Moser, s.202, 203; Suter, s.136.

²⁴⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1331; Edelman, s.88-89; Schmid, GoA, N.840; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.18 ve § 26, N.8; Arkan Akbıyık, s.48.

²⁴⁸ Edelman, s.104.

fiil ile elde edilen söz konusu menfaat arasında herhangi bir bağ yoktur. Ancak bu husus aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır²⁴⁹.

²⁴⁹ Bkz. aşağıda, § 3/ I/ 4/ b/ dd – Hukuka Aykırı Fiilden Bağımsız Elde Edilen Menfaat.

§ 3 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sonuçları

I. İş Görenin Borç ve Sorumlulukları

A. Borç ve Sorumlulukların Temeli

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kendine has hukuki sonucu TBK m.530'da düzenlenen menfaat devri talebidir ve diğer taleplere kıyasla daha avantajlı oluşu temel olarak bu sonuca dayanır²⁵⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen onuncu bölümünde, iş görene başka bir borç yüklenmemiş gibi görünmektedir. Türk Borçlar Kanunu'na mehzaz teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'na bakıldığında da sonuç aynıdır.

Bununla birlikte, Alman hukukunda, BGB § 687'nin yaptığı atıf sayesinde uygulama alanı bulan BGB § 681 düzenlemesinin ikinci cümlesi, iş görenin borçları için, vekilin borçları ile ilgili hükümlere gönderme yapmaktadır²⁵¹. Benzer şekilde, Fransız Medeni Kanunu'nun 1372. maddesinin ikinci fıkrası da vekâlet hükümlerine atıf yapmaktadır. Türk ve İsviçre hukukları için de doktrinde, her türlü iş görme için uygulanabilecek vekâlet sözleşmesi hükümlerinden vekilin borçlarına ilişkin olanların tamamlayıcı nitelikte uygulanabileceği, yerinde olarak ifade edilmektedir²⁵². Böylelikle iş sahibinin menfaat devri talebi dışında yan talepleri de söz konusu olabilmektedir²⁵³. Ancak vekâlet sözleşmesi hükümlerinden kıyasen faydalanılabilecek olunması, nitelikleri itibariyle gerçek olmayan vekâletsiz iş

²⁵⁰ Oser/ Schöenberger, Art.419, N.26; Schmid/ Stöckli, N.2040; Suter, s.137; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11, 13; Moser, s.181; Oser/ Schöenberger, Art.423 OR, N.3; Friedrich, s.24; von Tuhr, s.401; Arsebük, s.565; Schmid, GoA, N.836; ; Bucher, BT, s.262; Arkan Akbıyık, s.48; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193; Özdemir, s.117; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646. Aynı görüşte, BGer 97 II 169; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013.

²⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.3; Hemmer/ Wüst, N.62; Beuthien, s.126 vd.; von Bargen, s.13 vd.; Hemmer/ Wüst, N.58-59; König, s.200; Förster, s.231; Schmidt, N.118; Chrestin, s.67; Siems, s.38. Ayrıca bkz. yukarıda, § 1/ I/ B/ c.

²⁵² Moser, s.230; Schneider, s.94; Schmid, GoA, N.860; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.175.

²⁵³ Kreis, s.54; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.859 vd.; Briner, s.63 vd.; Friedrich, s.51; Lischer, s.95; Hofstetter, s.215; Schneider, s.94.

görme ile örtüşmeyecek düzenlemelerin de mevcut olabileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle söz konusu borçların yalnızca bazıları, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş sahibine hak olarak tanınabilecektir.

Vekâlet sözleşmesinin yanında, iş görenin yan taleplerine bir hukuki temel olarak TMK m.2 de gösterilmektedir²⁵⁴. Bunun dışında, gerçek vekâletsiz iş görme düzenlemelerinden kıyasen faydalanmak da mümkündür.

Aşağıda öncelikle, vekâlet sözleşmesi ve gerçek vekâletsiz iş görme dikkate alınarak hangi borçların ve sorumlulukların iş görene yüklenebileceği değerlendirilecektir. Son olarak ise, menfaat devri yaptırımını gündeme gelecektir ki bu yaptırım zaten doğrudan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m.530 kuralından kaynaklanmaktadır.

B. Tartışmalı Olan Borç ve Sorumluluklar

1. İş Sahibinin Varsayılan İradesine Uygun İş Görme Borcu

Gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemelerin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için kıyasen uygulanması düşünülebilirse de, TBK m.526 hükmü söz konusu olduğunda, kıyasen uygulama kanaatimce mümkün görünmemektedir. Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş görenin borcunu – ve böylelikle iş sahibinin karşı talebini – düzenleyen tek hüküm olan TBK m.526, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için uygun değildir²⁵⁵. Zira düzenleme işin iş sahibi menfaatine ve varsayılan iradesine uygun ifa edilmesi borcunu yüklemektedir. Oysa işin bu şekilde görüldüğü hallerde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olamaz²⁵⁶.

²⁵⁴ Schmid, GoA, N.860.

²⁵⁵ Schmid, GoA, N.840. Aksi görüşte, Zevkliler/ Gökyayla, s.631.

²⁵⁶ Aeby, s.46-49; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.182; Oser/ Schönerberger, Art. 419, N.29; Becker, Art.423 OR, N.3; Suter, s.42; Bermann, s.89; Friedrich, s.53.

Alman hukukuna bakıldığında ise, BGB § 687'nin yaptığı atıfla uygulama alanı bulacak olan BGB § 677, açıkça gerçek olmayan vekâletsiz iş görene de, iş sahibinin var olan ya da varsayılan iradesine uygun davranma borcu yüklemektedir. Ancak Alman hukukunda, BGB § 687'nin yapmış olduğu bu atıf eleştirilmekte ve atıf yapılan BGB § 677'nin uygulanmasının pratik bir anlamı olmayacağı ifade edilmektedir²⁵⁷. Bunun iki nedeni vardır. Birincisi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurgusunun, BGB § 677 ile bağdaşmamasıdır. Zira söz konusu iş, iş sahibinin iradesine aykırı ya da menfaatine olmayacak şekilde görülürse ancak o halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelebilecektir. İkinci neden ise, iş görenin, işi görürken verdiği zararlardan zaten BGB § 678 gereği sorumlu olmasıdır.

Alman hukukunda açık bir atıf olmasına rağmen bu husus eleştirilirken, kanaatimce Türk hukukunda benzer bir açık atfın bulunmayışını, bu yönde bir borç yüklememek (*karşıttan olumsuz sonuç çıkarma - argumentum e contrario*) yönünde yorumlamak yerinde olur²⁵⁸. Bunun sonucu olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görene Türk hukuku açısından böyle bir borç yüklememek gerekir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş, iş sahibinin iradesine uygun görülmez, tam tersine iş sahibinin varsayılan iradesine aykırı olarak iş görenin ya da bir üçüncü kişinin menfaatine görülür.

2. İş Görenin Başladığı İş Bitirme Borcu

Doktrinde bir görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görene, başladığı işi bitirme borcu yüklemektedir²⁵⁹. Başka deyişle, iş sahibi, bu yükümlülüğe aykırı davranan iş görenden tazminat talep edebilecektir. Diğer bir görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bu borcun varlığını kabul etmemektedir²⁶⁰. Zira gerçek vekâletsiz iş görmede, işe devam borcu, iş sahibinin menfaatine görülen bir iş söz

²⁵⁷ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.10; Soergel/ Beuthien, BGB § 687, N.6.

²⁵⁸ Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.31a.

²⁵⁹ Suter, s.137; Moser, s.242; Gautschi, Art.419, N.17b; Brinner, s.64.

²⁶⁰ Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.223; Schmid, GoA, N.896; Lischer, s.95; Widmer, s.81.

konusu olduğu için, iş sahibini korumayı amaçlamaktadır. Bu amaca yönelik olarak, iş görene başladığı işi bitirmeyi bitirme borcu tanınması anlamlıdır. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, başkasına ait işi kendi menfaatine gören kişinin o işe devam etmesi, olsa olsa kendi menfaatine olur ve bu durum hükmün amacıyla bağdaşmaz. Ancak işe devam edilmemesi sebebiyle, işin özenli görülmesi borcuna aykırılıktan doğan bir zarar söz konusu olduğunda, buna dayalı bir tazminat talep etmek mümkün olabilecektir. Bu husus aşağıda ayrıntılı şekilde incelenmektedir²⁶¹.

3. İş Görenin Bilgilendirme Yükümlülüğü

Türk hukukunda, iş görenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin bir kural gerçek ve/veya gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için getirilmiş değildir. Alman Medeni Kanunu § 681/I ise, bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemektedir. BGB § 681/I, gerçek vekâletsiz iş görene, iş sahibini bilgilendirme borcu yüklenmektedir²⁶². Gerçek vekâletsiz iş görme için, Türk ve İsviçre hukuklarında da doktrinde baskın görüş, iş görenin bilgilendirme yükümlülüğünü kabul etmektedir²⁶³. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için bu husus tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de, iş görenin bilgilendirme yükümlülüğü vardır²⁶⁴. Bu yükümlülük TMK m.2 gereği dürüstlük kuralına ve TBK m.508/I gereği vekilin hesap verme borcuna dayandırılmaktadır²⁶⁵. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin mevcut olduğu hallerde, iş gören ile iş sahibi arasında bir ilişki mevcut olmayabilir. İş gören, kendi menfaatine ya da iş sahibinin yasaklamasına rağmen iş görmek suretiyle iş sahibinin hukuk alanına müdahale etmektedir. Hukuka aykırı davrandığını bilen iş görene, iş sahibine bilgi verme borcu yüklemek, hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, hukuki

²⁶¹ Bkz. aşağıda, § 3/ I/ C.

²⁶² Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.3; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.12.

²⁶³ Aeby, s.85; Schneider/ Fick, Art.419, N.41; Hagenbüchli, s.64; Oser/Schönenberger, Art.419, N.24; Suter, s.43; Larenz, s.453; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.188.

²⁶⁴ Gümüş, C.II, s.238; Özdemir, s.116; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.181; Arkan Akbıyık, s.43. Bu görüşe paralel olarak; Staudinger/ Nipperdey, § 681, N.2; Friedrich, s.51.

²⁶⁵ Gümüş, C.II, s.238; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.123; Arkan Akbıyık, s.43.

temelden de yoksundur. Nitekim iş kendi menfaatine gören ve bu menfaatten yalnızca kendisi faydalanmak isteyen iş gören, kendisine yöneltilecek taleplerin önünü kesmek ya da bu talepleri asgariye indirmek adına iş sahibine herhangi bir bilgi vermekten özellikle kaçınacaktır. İş sahibi de, iş görülürken, çoğu kez kendi hukuk alanına yapılan müdahaleden haberdar olmadığından bu konuda kendisinin bilgilendirilmesini talep edemeyecek; haberdar olur olmaz ise yapılan haksız müdahalenin sona erdirilmesini isteyecektir.

Bundan başka, yukarıda da ifade edildiği üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görene bilgilendirme yükümlüğü yükleyen görüş, bunu dürüstlük kuralına ve iş görmenin niteliğine dayandırmaktadır²⁶⁶. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, kast veya ağır ihmal derecesinde kusurlu bir iş görenin, dürüstlük kuralı kapsamında bilgi vermesinin hangi şekilde mümkün olacağı anlaşılamamaktadır. Bir iş görme söz konusu iken, bilgi verme yükümlülüğünün iş görmenin niteliğinden kaynaklandığı doğru olmakla birlikte; bu tür iş görmenin, iş sahibi için ve onun menfaatine yapılan bir iş görme yani gerçek vekâletsiz iş görme için söz konusu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Alman hukukunda, vekâletsiz iş görmede bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen BGB § 681/I hükmünün, BGB § 687 hükmüne açıkça atıf yapmış olmasına rağmen, bilgilendirme yükümlülüğünün gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için var olduğunu kabul etmenin anlamsız olacağı doktrinde ifade edilmektedir²⁶⁷. Başka deyişle, açık atfa rağmen, işin doğası ile örtüşmeyen bir hakkın tanınması eleştirilirken, Türk hukukunda benzer bir atfın olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görene bilgilendirme yükümlülüğü yüklememek gerekir.

²⁶⁶ Arkan Akbıyık, s.43.

²⁶⁷ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.12; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, BGB § 687, N.4.

Yukarıda ifade edilen nedenlerle bu yükümlülüğün varlığını gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından kabul etmek zor görünmektedir²⁶⁸. Bununla birlikte, bilgilendirme yükümlülüğü, işin özenli görülmesi kapsamında da değerlendirilebiliyorsa ve ortaya çıkan bir zarar varsa, özen yükümüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkan bu zararın tazmini talep edilebilir. Zira aşağıda görüleceği üzere, iş görenin özen yükümü geniş yorumlanmaktadır²⁶⁹.

C. Zararlarının Tazmini Yükümlülüğü

1. Hukuki Dayanak

Türk Borçlar Kanunu'nun 527. maddesi iş görenin sorumluluğunu düzenlemektedir. Hükmün ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, vekâletsiz iş gören her türlü ihmalden sorumlu olur. Doktrinde bir görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de bu kuralın geçerli olacağını ifade etmektedir²⁷⁰. Diğer bir görüşe göre ise, düzenleme yalnızca gerçek vekâletsiz iş görme için vardır ve kendi yararına başkasına ait işi gören kişiden özen göstermesini beklemek mantıksızdır²⁷¹.

Alman hukukuna bakıldığında ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen BGB § 687 kuralı, BGB § 678'e atıf yapmakta ve söz konusu kural iş göreni kusuru ile verdiği zararlardan sorumlu tutmaktadır²⁷².

Kanaatimce, bir başkasına ait işi, iş sahibi menfaatine gören kişi, her türlü ihmalden sorumlu ise; söz konusu işi kendi menfaatine gören iş görenin

²⁶⁸ Aynı görüşte, Reimer, s.862; Isay, Patentrecht, § 35, N.5.

²⁶⁹ Bkz. § 3/ I/ B/ 2.

²⁷⁰ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.144; Bucher, BT, s.262; Lischer, s.75; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.12; Moser, s.242; Suter, s.137; Gümüş, C.II, s.239; Arkan Akbıyık, s.44. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 13. HD, 31.5.1984, 2854/ 4161, Karahasan, s.1095.

²⁷¹ Hofstetter, s.215. Hofstetter bu görüşü savunmakla birlikte, özen borcuna aykırılık içeren örneklerde, iş görenin iş sahibine verdiği zararın tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Söz konusu örnekler için bkz. Hofstetter, s.217, dn.28 ve ona ait metin. Türk hukukunda aynı yönde, Gönen, s.207.

²⁷² Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.3; Hemmer/ Wüst, N.60; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.11; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, BGB § 687, N.4.; Larenz, s.453.

evleviyetle sorumlu tutulması hukuk mantığının bir gereğidir²⁷³. *Arkan Akbıyık*'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, bir başkasının hukuk alanına müdahale eden kişiyi, özen yükümlülüğü altına sokmamak, onu daha avantajlı duruma getirecek²⁷⁴ ve bu şekilde davranmak konusunda güdüleyecektir. Oysa düzenlemenin ve yaptırımın caydırıcı özelliği göz önünde bulundurulduğunda, iş görenin özen yükümlülüğü olduğunu kabul etmek, başkasının hukuk alanına müdahale ederek iş göreceği bu kişiye sorumluluk yükleyeceğinden hükmün amacına da uygun olacaktır.

Bundan başka, TBK m.527/II'nin, iş göreni, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir görünümü olan iş sahibinin yasaklamasına aykırı yapılan iş için beklenmedik halden dahi sorumlu tutması karşısında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin diğer türü olan, iş sahibi menfaatine işin görülmemesi halinde özen yükümlülüğü olmadığını kabul etmek tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır²⁷⁵.

Ayrıca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedeki iş görene benzeyen, kötüniyetli sebepsiz zenginleşen için de, doktrinde elde edilmesi ihmal edilmiş semerenin değerinin tazmini konusunda kıyasen haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği bir görüş olarak ileri sürülmektedir²⁷⁶. Bu yükümlülüğün, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel bir görünümü olduğu kabul edilen kötüniyetli haksız zilyedin iade borcu düzenlemesinde zaten var olduğu²⁷⁷ göz önünde bulundurulduğunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede özen yükümlülüğünün varlığını kabul etmek yerinde olur.

²⁷³ "Argumentum a fortiori" (evleviyet) ilkesi için bkz. Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.6c.

²⁷⁴ Arkan Akbıyık, s.44. Yazar şu örneği vermek suretiyle konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Örneğin iş sahibine ait bir markayı taklit ederek menfaat elde edilmesi durumunda, markayı kötü kalite mallarda kullanmak suretiyle markanın değerini ve iş sahibinin ticari itibarını zedeleyip müşteri kaybetmesine yol açan iş gören, bundan doğan zararı ayrıca tazmin etmelidir. Aynı doğrultuda, Özdemir, s.119; Arsebük, s.239.

²⁷⁵ İsviçre Borçlar Kanunu Art.420/III konusunda, aynı görüşte, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.144; Hofstetter, s.215; Lischer, s.77; Gautschi, Art. 420, N.4c; Chappuis, s.46; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.12.

²⁷⁶ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.19. Aksi görüşte, Öz, s.160, 161.

²⁷⁷ Elbette kötüniyetli zenginleşenin sorumluluk rejimi, kötüniyetli haksız zilyedin ağır risk sorumluluğu gibi değildir. Kural olarak kusurundan sorumludur. Bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.19.

2. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

Özen yükümlülüğünün varlığını kabul ettikten sonra, kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda açık bir hüküm olmadığından, bazı hükümlerin kıyasen uygulanması gündeme gelebilir. Bu şekilde kıyasen uygulanması düşünülebilecek ilk kural, iş sözleşmesinde işçinin özen borcunu düzenleyen TBK m.396 hükmüdür. TBK m.396 hükmünü, özen borcuna aykırılık halinde doğacak sorumluluğu düzenleyen TBK m.400 ile birlikte düşünmek gerekir. Bu hükümde, sorumluluğun belirlenmesinde, başkaca kriterlerin yanında, işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken özelliklerinin göz önünde tutulacağı ifade edilmektedir. Oysa işveren ile işçi arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan yakın ilişki ve bu ilişkideki bağımlılık unsuru düşünüldüğünde, bu tür bir ilişki gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş sahibi ile iş gören arasında yoktur. Bu bakımdan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin özen yükümlülüğünün kapsamı TBK m.396 esas alınarak belirlenemez²⁷⁸.

Gerçek vekâletsiz iş görmede zararlardan sorumluluk TBK m.527'de düzenlenmiş olup, iş gören her türlü ihmalden sorumlu tutulmuştur. Kanaatimce bu hükmün kıyasen gerçek olmayan vekâletsiz iş görene de uygulanması ve zararlardan sorumluluğun kabul edilmesi yerinde görünmektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş sahibi tarafından, işin görülmesi hususunda yetkilenmemiş, seçilmemiş ve iş sahibinin hukuk alanına, iş görenin menfaatine olmayacak şekilde müdahale eden bir iş gören söz konusudur. Başka deyişle, bu şekilde müdahalede bulunan bir kişinin, bir de iş görene zarar vermesi durumunda, sorumluluğunun ağır olması yerinde olur. Bu nedenle iş görene nitelikli ve objektif bir özen yükümlülüğü yüklemek gerekir²⁷⁹. Doktrinde yerinde olarak ifade edildiği üzere, bu özen, söz konusu işin gerektirdiği vasıflara sahip bir

²⁷⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.209.

²⁷⁹ Fransız Medeni Kanunu madde 1374 bu hususu açıkça dile getirmektedir.

insanın göstereceği özen derecesinde olmalıdır²⁸⁰. Özenin gösterildiğini tespit, iş görme fiilinin yapıldığı andaki bütün şartlar göz önünde bulundurularak yapılmalıdır²⁸¹. Böylelikle işin gerektirdiği bilgi ve beceriye sahip olmadığı halde bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek onu zarara uğratan kişilerin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Özen yükümlülüğünün bu şekilde yorumlanması, hükmün amacına da uygundur. Zira daha önce de ifade edildiği gibi düzenleme, kişilerin bu türde davranışlarda bulunmasını engellemek istemektedir.

Buna paralel bir diğer görüş ise, özen ölçüsü olarak vekilin özen borcunu düzenleyen TBK m.506'nın alınmasının uygun olacağını ifade etmektedir²⁸². TBK m.506/III gereği, vekilin özen borcunun kapsamının belirlenmesinde, benzer alanda iş üstlenen basiretli vekilin göstermesi gereken davranış esas alınmaktadır. Federal Mahkeme de aynı görüştedir²⁸³. Bu yaklaşımın, yukarıda ifade edilen görüşü destekler nitelikte olduğu açıktır.

3. Sorumluluğun Kapsamı

a. Genel Olarak

Görüldüğü üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin özen yükümüne aykırı davranması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini mümkündür²⁸⁴. Nitekim özen yükümünün bu denli ağır belirlenmesinin sebebi ona bağlanan sorumluluktur. Eğer özen yükümünü ağır bir şekilde belirleyip, buna karşılık bir sorumluluk öngörülmezse, özen yükümlülüğünün de bir anlamı kalmaz.

Özen yükümüne aykırı davranmak sebebiyle ortaya çıkan zararın ve tazminatın belirlenmesi hususunda genel hükümler uygulanacaktır²⁸⁵. Menfaat devrinden

²⁸⁰ Suter, s.50; Becker, Art.420, N.1; Arkan Akbıyık, s.45; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.209.

²⁸¹ Federal Mahkeme, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, 21 (1922), N.99, s.242,243.

²⁸² Gümüş, C.II, s.225; Gauch/ Schmid, Art. 119, N.113; Schmid, GoA, N.433.

²⁸³ BGer 115 II 62; BGer 117 II 563.

²⁸⁴ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.213.

²⁸⁵ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.212.

farklı olarak bu sorumluluğun zararın varlığı ve miktarı ile bağlı olduğu unutulmamalıdır. Örneğin, marka hakkının ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olduğunda, menfaat devrinin yanında, markanın itibarının zedelenmesinden doğan zararın tazmini de talep edilebilir.

Özen yükümüne aykırılıktan maddi ya da manevi zarar doğabilir. Zararın tazmin edilmesi için, ispat edilmesi gerekir. Fiili maddi zarar ve manevi zararın tazmini üzerine bir tartışma yoktur. Ancak mahrum kalınan kâra dikkat çekmek gerekir. İş görenin, iş görürken özenli davranmaması nedeniyle, elde edebileceğinden daha az bir menfaat elde etmesi durumunda, ortada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilebilecek bir mahrum kalınan kâr söz konusu olur²⁸⁶. Söz konusu zarar kalemlerinin temelini, haksız fiil değil, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olduğunu ve bu sayede menfaat devri yaptırımına ek olarak talep edilebileceklerini önemle belirtmek gerekir²⁸⁷. Özen yükümünün kabulü sayesinde, çoğu durumda, söz konusu zarar kalemlerinin sözleşme ya da haksız fiil talep temellerinden tazminine gerek kalmayacak, gerekli tatmin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sağlanacaktır.

b. Özel Durumlar

aa. Ağırlaştırılmış Sorumluluk – Yasaklamaya Rağmen İşin Görülmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 527. maddesinin ikinci fıkrası sorumluluğun ağırlaştırıldığı bir halden bahsetmektedir. İlgili kural, işin, iş sahibinin açık veya örtülü yasaklamasına aykırı olarak görülmesini düzenlemektedir. Bu halde iş gören beklenmedik halden de sorumlu tutulmaktadır. Yasaklamadan kasıt, işin hiçbir

²⁸⁶ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.12; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.223; Widmer, s.81; Lischer, s.88. Mahrum kalınan kar, haksız fiil talep temelinde isteniyorsa, talep temelleri arasında yarışma olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Bkz. aşağıda, § 5/ III.

²⁸⁷ Özen borcunun ihlali söz konusu ise, bundan doğan zararların haksız fiil temelinde talep edilmesi gerekli olmadığı gibi anlamlı da değildir. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu için daha avantajlıdır. Özen borcundan aykırılık olmadığı halde ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilen menfaat devrinin yanında, haksız fiil temelinde maddi zarar kaleminden fiili zarar ile manevi zararın talep edilmesi uygundur. Zira mahrum kalınan kâr talebi ile menfaat devri talebi yarışır. Bkz. aşağıda, § 5/ III.

şekilde ya da iş görenin yapacağı şekilde veya o iş gören tarafından yapılmasının iş sahibi tarafından istenmiyor oluşudur²⁸⁸. Yasaklamanın hukuka veya ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir²⁸⁹. Bu hüküm gereği daha ağır sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, iş sahibi, işin açık ya da örtülü olarak yasaklandığını ve iş görenin bu yasaklamayı bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat etmelidir²⁹⁰. Anılan şartlar gerçekleşikten sonra, iş gören beklenmedik halden de sorumlu olacaktır²⁹¹.

Düzenlemenin son cümlesi ise *“Ancak iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hal sonucu gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur”* demek suretiyle nedensellik bağının kesilmesi halinde sorumluluğun ortadan kalkacağını ifade etmektedir²⁹².

Yasaklamaya aykırı davranma hali, yukarıda ifade edildiği üzere, bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halidir. Açık yasaklama varsa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin tespiti daha net olur. Örtülü yasaklama söz konusu olduğunda, iş görenin bu yasaklamayı bilmesi ya da bilmesi gerekmesinde kusuru değerlendirilmeli ve kastı ya da ağır kusuru varsa yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır.

Son olarak doktrinde, TBK m.527/II gereği beklenmedik halden sorumluluğun, iş sahibinin yasaklamasını bilmeyen, iyiniyetli iş gören için söz konusu olmaması

²⁸⁸ Staudinger/ Nipperdey, § 687, N.3; Leonhard, Bd. II, s.434.

²⁸⁹ Yasaklamanın hukuka aykırı olduğu durumlarda, işin görülmesi iş sahibinin menfaatine olacağından ve yasaklama geçersiz sayılacağından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olmaz. Bu durumda meydana gelecek gerçek vekâletsiz iş görme ise bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Yasaklamanın hukuka aykırılığının şartları ve sonuçları için bkz. Staudinger/ Nipperdey, § 679.

²⁹⁰ Suter, s.55; Staudinger/ Nipperdey, § 687, N.13; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.20.

²⁹¹ Bu düzenlemenin TBK m.119’da yer alan, borçlu temerrüdünde borçlunun beklenmedik halden sorumluluğu ile paralelliğine dikkat çekmek gerekir.

²⁹² Bu konuda Bucher de, düzenlemenin haksız fiil hukukuna paralel olduğunu ifade etmekte ve sorumluluktan bu şekilde kurtulmanın mümkün olacağını belirtmektedir. Bkz. Bucher, BT, s.263. Bu ifadenin haksız zilyetlik konusu açısından nedensellik bağının kesilmesine işaret ettiği yönünde, Özen, s.195; Homberger, Art.940 ZGB, N.7; Stark, Art.940 ZGB, N.6.

gerektiği ileri sürülmektedir²⁹³. Ancak bu tartışma “iyiniyetli iş göreni” odak noktası olarak zaten gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi dışlamaktadır.

bb. Zararı Hafifletmek veya Zarar Tehlikesini Gidermek Amacı

Türk Borçlar Kanunu’nun 527. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde “*Ancak, işgören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif değerlendirilir*” ifadesi yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki, hükmün bu kısmı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için uygulama konusu olamayacak bir kural getirmektedir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören işi, iş sahibinin zararını ya da zarar tehlikesini gidermek üzere, başka deyişle iş sahibi menfaatine görmez. Böyle bir amaçla görülen iş, gerçek vekâletsiz iş görme sayılır.

D. Menfaat Devri

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu’nun, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğunu düzenleyen 530. maddesi, aynı zamanda yaptırımını da belirlemekte ve iş sahibine, bir alacak hakkı niteliğinde²⁹⁴ iş görmeden doğan faydaları edinme hakkı tanımaktadır²⁹⁵. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 423. maddesi de menfaat devri yaptırımını açıkça ifade etmektedir. Alman hukukunda ise bu yaptırım, BGB § 681’in vekâlet sözleşmesi hükümlerine yaptığı atıfla kabul edilmektedir²⁹⁶. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen BGB § 687 menfaat devri yaptırımından söz etmemektedir. Bu durum esasen yaptırımın kanunun başka bir

²⁹³ Bucher, BT, s.261,262. Bu tartışmayı gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında tartışan, Arkan Akbıyık, s.46. Yerinde olarak gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında tartışan, Suter, s.53; Bucher, BT, s.263; Hofstetter, s.205; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.420, N.10; Lischer, s.82; Becker, Art. 420, N.11; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.222.

²⁹⁴ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.96; Schmid, GoA, N.832; Moser, s.238; Bucher, BT, s.262.

²⁹⁵ Huguenin, N.901; Schmid, GoA, N.831; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.93; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.13; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.13; Arkan Akbıyık, s.47; Zevkliler/ Gökyayla, s.631; Bilge, s.331; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646. Aynı görüşte, BGer 126 III 69; 126 III 382;

²⁹⁶ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.13.

yerinde düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. BGB § 687'nin, BGB § 681'e yaptığı atıf sayesinde, BGB § 681'in ikinci cümlesi gereği, vekâlet sözleşmesi hükümlerinden BGB §§ 666-668 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Sonuç olarak, BGB § 667'ye bakıldığında da, işin görülmesi sonucu elde edilen menfaatin devredilmesi gerektiği görülmektedir²⁹⁷.

Menfaat devri yaptırımı, çalışmanın bu bölümünde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında açıklanacak olup, başlı başına bir yaptırım olarak hukuki niteliğinin, farklı hukuk sistemlerindeki yapısının ve sözleşme hukukundaki yerinin incelenmesi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bağımsız oluşu sebebiyle dördüncü bölüme bırakılacaktır²⁹⁸. Ancak kısaca hukuki niteliğinin ifade edilmesi yerinde olur. Menfaat devri yaptırımı eski hale iadeyi amaçlamaz, caydırıcı ve cezalandırıcıdır²⁹⁹. Başka deyişle iş gören, durumu eski hale getirmekle sorumluluktan kurtulamaz³⁰⁰. Bu nedenle devredilecek menfaatin kapsamına elde edilen bütün faydaların girmesi gerekmektedir³⁰¹. Ayrıca iş görenin o menfaati elde etmeyi hak etmiş olup olmaması da önemsizdir³⁰².

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme menfaat devri yaptırımı ile sebepsiz zenginleşmeden yoksullaşma şartına/ objektif zenginleşme miktarına bağlı olmamak ile ayrılırken; tazminat talebinden de zararın varlığına bağlı olmamak ile ayrılmaktadır. Menfaat devri bu taleplere göre pek çok açıdan daha avantajlı

²⁹⁷ Hemmer/ Wüst, N.58-59; König, s.200; Förster, s.231; Schmidt, N.118; Chrestin, s.67; Siems, s.38.

²⁹⁸ Bkz. § 4.

²⁹⁹ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196. Aynı yönde, Karayalçın, s.262. Ayrıntılı bilgi için bkz. § 4/ I/ B.

³⁰⁰ Örneğin hırsızın çalıp, değerinden fazlaya sattığı bir mal söz konusu ise, o malın aynısını iş sahibine vermekle sorumluluk sona ermez. Fazlaya satmak sonucu elde edilen kâr da iş sahibine devredilmelidir. Bkz. Suter, s.136; Oser/ Schönenberger, Art.423 OR, N.3; Moser, s.182,183; Schmid/ Stöckli, N.2040; Uygur, Cilt 8, s.9073; Arkan Akbıyık, s.47; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193. Federal Mahkeme de aynı görüştedir: BGer 129 III 422.

³⁰¹ Schmid, GoA, N.838; Becker, Art.423 OR, N.2; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 94; Fischer, s.106; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Widmer, s.85; Moser, s.177; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.192; Arkan Akbıyık, s.47; Gümüş, C.II, s.237; Bilge, s.331; Özdemir, s.116,117.

³⁰² Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193.

olduğu³⁰³ gibi, bazı durumlarda bu yaptırımın tamamlayıcı nitelikte olduğu da kabul edilmektedir³⁰⁴.

2. Menfaat Devrinin Kapsamı

a. Nedensellik Bağının Talep Edilebilecek Menfaatlerin Kapsamına Etkisi

İş görenin malvarlığında meydana gelen artış ile iş görme arasında nedensellik bağının varlığı aranmaktadır³⁰⁵. Yukarıda ifade edildiği üzere³⁰⁶, menfaat devrinin cezalandırma amacı da göz önünde bulundurulduğunda, bu bağın, uygun illiyet bağı olmaması yerinde görülmektedir. Bu sayede sorumluluk, olağan hayat akışında, makul sınırlar dâhilinde kalmayacaktır. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, sorumluluğun, “makul sınırlar içinde tutulma” kaygısı yoktur. Zira uygun nedensellik bağı menfaat devri yaptırımını için yeterli değildir, sorumluluğun daha kapsamlı olması gerektiği düşüncesiyle mantıki nedensellik bağı³⁰⁷ üstün tutulmaktadır³⁰⁸.

Bu husus, menfaat devrinin kapsamının belirlenmesinde de önem taşır. Uygun nedensellik bağı kabul edilmiş olsaydı, kiracının, yetkili olmadığı halde bir alt kira ilişkisi kurması halinde, kira konusu taşınmazın karşısına büyük bir alışveriş merkezinin kurulması nedeniyle daha yüksek bedele kiraya verebilmesi örneğinde,

³⁰³ Oser/ Schönerberger, Art.419, N.26; Schmid/ Stöckli, N.2040; Suter, s.137; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11; Moser, s.181; Oser/ Schönerberger, Art.423 OR, N.3; Friedrich, s.24; von Tuhr, s.401; Arsebük, s.565; Schmid, GoA, N.836; Bucher, BT, s.262; Arkan Akbiyık, s.48; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193; Özdemir, s.117; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646. Aynı görüşte, BGer 97 II 169; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013.

³⁰⁴ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.2; Sungurbey, Eleştiri, s.415; Bucher, BT, s.262. Aynı yönde, Bu yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/ 14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

³⁰⁵ Thomas Geiser, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basel 1990, s.256; Schmid, GoA, N.842; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.10; Özdemir, s.117; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.195. Yargıtay da aynı görüştedir: Yarg. 11. HD, 28.11.2002, 7205/10668; Yarg. 11. HD, 22.4.2004, 9291/4330; Yarg. 11. HD, 15.2.1999, 5330/1042, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014. Federal Mahkeme de aynı görüştedir. BGer 133 III 153; BGer 107 II 259.

³⁰⁶ Bkz. yukarıda, § 2/ VI.

³⁰⁷ Bir diğer adıyla, şart teorisi; ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, İlliyet, s.21 vd.

³⁰⁸ Moser, s.191 vd. Aynı yönde, Fischer, s.109. Jaffey de, dolaylı olarak elde edilen menfaatlerin de devredilecek menfaat kapsamında olması gerektiğini ifade etmiştir. Jaffey, s.384 vd.

devredilecek menfaat, hayatın olağan akışı gereği rayiç kira bedeli olacaktır. Bu bedel, asıl kira sözleşmesindeki bedele denk ise alt kira yapan kiracı aslında hiç bir menfaat devretmeyecek ve haksız elde ettiği menfaati korumuş olacaktır. Oysa bu örnekte, alışveriş merkezi sebebiyle alt kira bedelinin artması iş görenden kaynaklanmayan bir sebep olmakla birlikte, bu dış etkenin neden olduğu bütün menfaatin iş sahibine devri gerekmektedir. Buna ek olarak, kiraya verenin kişisel yeteneklerini kullanarak fazla kiraya vermesi hali de menfaat devri kapsamında olacaktır

Sonuç olarak iş gören kişisel çabası ve becerisi ile ya da bir dış etki ile normal koşullarda elde edilecek olan menfaatten daha çok menfaat elde etmişse, bunun devredilmesi gerekir³⁰⁹. İş sahibinin bu menfaati elde edemeyecek olması da önemsizdir.

Bu hususta Anglosakson hukuk sistemi ile Türk-İsviçre hukuk sistemleri arasında var olan bir farka değinmek gerekir. Anglosakson hukuk sisteminde, aşağıda açıklanacağı üzere, sözleşme hukukunda istisnai de olsa menfaat devri yaptırımı kabul edilmektedir. Ancak bu yaptırım sınırlı tutulmak istendiği için, menfaat devri talep edilen davalının kendi çabası ve yeteneğine dayanarak elde ettiği menfaat, devredilecek kapsamın dışında tutulmaktadır³¹⁰. Oysa Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde, menfaat devri yaptırımı, olan hukuk bakımından yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve onun özel görünümüleri kapsamında talep edilebilmektedir. Kanuna dayalı bu talebin sınırlı tutulması gibi bir çabaya ihtiyaç olmadığı için yukarıda açıklanan şekilde çözüm benimsenmekte ve davalı iş

³⁰⁹ Edelman, s.88-89; Schmid, GoA, N.840; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.18 ve § 26, N.8; Arkan Akbıyık, s.48.

³¹⁰ Smith, Disgorgement, s.136. Aynı yönde, *Chirnside v. Fay* [2006] NZSC 68; [2007] P.N.L.R. 6; (2007-08) 10 I.T.E.L.R. 226.

görenin kendi çabasına veya yeteneğine dayanan ve hatta ondan kaynaklanmayan sebeplerle elde edilen menfaat dahi devir kapsamında sayılmaktadır³¹¹.

b. Menfaatin Belirlenmesinde “Masraftan Kurtulma”nın Etkisi

Bazı hallerde, hukuka aykırı fiil sonucu ek bir menfaat elde edilmez ancak bir takım masrafların yapılmasından kurtulunmuş olabilir. Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda³¹² olduğu üzere, davalı müteahhit, yetersiz çelik kullanarak bir ev inşa etmiştir. Söz konusu eksikliğe rağmen, davacı, müteahhitin kendisine devrettiği evi, normalde satacağı fiyata satmıştır, başka deyişle bir zararı yoktur. Ancak davacı, müteahhidin masraftan kaçınmak suretiyle elde ettiği menfaatin devrini talep etmektedir. Yüksek Mahkeme, davalıyı, yapmaktan kaçındığı masraf şeklindeki menfaati, davacıya devretmesine mahkum etmiştir. Ancak karardaki yaptırımın, aslında menfaat devri olmadığı yerinde olarak ifade edilmektedir³¹³. Aşağıda bu şekilde masraftan kaçınmak suretiyle menfaat elde edilebilen durumlar ele alınacaktır.

Öncelikle, gerçekten elde edilen net menfaat ile masraftan kurtulmak şeklinde menfaat elde edilmesi durumları arasındaki ilişkiyi ayrıntılı şekilde incelemek gerekir³¹⁴. İlk olasılık, bir menfaatin doğrudan elde edilmediği ancak hukuka aykırı fiil sayesinde bir masraf yapmaktan kurtulduğu olasılıktır³¹⁵.

Bu olasılığa, İngiliz hukukunda verilen bir yargı kararından örnek vermek mümkün olabilir³¹⁶. Söz konusu davada, davalı, davacının patentli metodunu haksız kullanmıştır. Bu sırada, lisans sözleşmesi yapmamak suretiyle bir masraftan

³¹¹ Edelman, s.88-89; Schmid, GoA, N.840; Weinrib, s.55; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.18 ve § 26, N.8; Arkan Akbıyık, s.48.

³¹² Samson & Samson Ltd. v. Proctor (1975) 1 NLZR 655.

³¹³ Siems, s.34.

³¹⁴ Bu konuda bkz. Farnsworth, Disgorgement, s.1345; Smith, Disgorgement, s.138.

³¹⁵ Edelman, s.75; Hugh Beale, “Damage for Poor Service”, *Law Quarterly Review (LQR)*, vol. 112, 1996, s.205.

³¹⁶ Celanese International Corp v. BP Chemicals Ltd, (1999), RPC 203.

kurtulmuştur³¹⁷. Bununla birlikte, patentli metodu yanlış kullandığı için, asit deposunda yangın çıkmış ve hiç bir menfaat elde edememenin yanında büyük zarara uğramıştır. Acaba bu örnekte, net bir menfaat elde edilmemiş olmakla birlikte, masraftan kurtulma şeklinde bir menfaat devri talep edilebilecek midir? İngiliz hukuku bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. *General Attorney v. Blake* davasında da *Yüksek Yargıç Lord Nicholls* da, yerinde olarak, genel anlamıyla bu şekilde masraftan kurtulmanın menfaat devrine yol açmayacağını ifade etmiştir³¹⁸. Ayrıca, menfaat devri yaptırımını, yalnızca elde edilen net menfaate özgülemek, daha açık ve anlaşılır bir yaptırım olmasını sağlar³¹⁹.

Cezalandırma amacı güden bir yaptırıma bu şekilde netlik kazandırılması, kanaatimce Türk hukuku açısından da uygundur. Yukarıdaki örnek, Türk hukukunda da bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil eder ve menfaat devri yaptırımına konu olabilir. Ancak ortada net bir menfaat bulunmadığı için, menfaat devrini talep etmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda yapılabilecek olan masraftan kurtulma suretiyle zenginleşen davalıdan, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde tatmin sağlamaktır. Buna ek olarak patent hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini de talep edilebilir.

Benzer bir örnek de, Yargıtay uygulamasına dayanılarak verilebilir. Söz konusu kararda bir banka, iki katlı işyerini banka şubesi olarak kullanmak üzere kiralamıştır³²⁰. Banka daha sonra, teras katına jeneratör ve arşiv odası ilave etmek suretiyle, ayrıca terasa çıkış merdivenine denk gelen kısma da bilgisayar sistem odası yapmak suretiyle kira sözleşmesi dışında kalan yerleri kullanmıştır. Davacı ev sahibi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde menfaat devri yaptırımını talep etmektedir. Gerçekten de, burada bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hali söz konusudur. Bununla birlikte, banka söz konusu eklemeleri, halihazırda davacının

³¹⁷ Benzer şekilde, *Egry Register Co. v. Standard Register Co.*, 23 F.2d 438 (6th. Cir. 1928).

³¹⁸ Edelman, s.74.

³¹⁹ Edelman, s.74.

³²⁰ Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.09.2014.

mülkiyetinde olan bir taşınmaza yaptığı için, davacı iş sahibinin malvarlığında artış doğrudan meydana gelmiştir. Somut olayda davacı taşınmazın anılan kısımlarının bizzat kullanılmasının objektif değerini talep etmektedir. Bu da bankanın ne miktarda masraftan kurtulduğuna işaret eder. Kanaatimce burada menfaat devri yaptırımını talep edilemez. Zira menfaat zaten iş sahibi olan malikin malvarlığında gerçekleşmiştir. Ortada bir masraftan kurtulma zenginleşmesi söz konusu olduğundan, bu zenginleşmenin iadesi talebi gündeme gelmelidir.

Benzer şekilde bir kiracının, davacının arsası üzerinde müstemilat yapmış olduğu olayda da, menfaat doğrudan davacının arsası üzerinde gerçekleştiğinden, ayrıca devredilecek bir menfaatin olmadığına karar verilmiştir³²¹. Başka deyişle, söz konusu müstemilatın kullanılması suretiyle davalının yapmaktan kurtulduğu masraf miktarını gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep etmek söz konusu değildir. Ancak yine bu kullanım için masraftan kurtulmak şeklinde sebepsiz zenginleşme gerçekleşmiş olacağından, zenginleşmenin iadesi talep edilebilir. Buna ek olarak, müstemilatın kullanılması sonucunda, TMK m.993 gereği kötüniyetli haksız zilyedin kullanma karşılığı (ecrimisil) ödemesi söz konusu olur. Ancak aynı kötüniyetli haksız zilyet, müstemilatı yalnızca kendisi kullandığı ve örneğin kiraya vermediği için bir menfaat elde etmediğinden, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir özel görünümü olan TMK m.995 gereği menfaat devrine mahkum edilmeyecektir.

İkinci olasılık ise, menfaatin elde edildiği ve aynı zamanda bir masraftan kurtulduğu olasılıktır. Buna örnek olarak, bir kişinin, başkasına ait patenti haksız kullanması suretiyle bir iş görmesi ve bundan menfaat elde etmesi gösterilebilir. Görüldüğü üzere, hakkı ihlal eden kişi hem bir menfaat elde etmekte hem de lisans sözleşmesi yapmak masrafından kurtulmuş olmaktadır. Bu halde de, uygulama ve doktrin, yukarıda açıklanan olasılığa paralel şekilde, kurtulunan masrafın,

³²¹ Yarg. 13. HD, 28.3.1989, 1687/ 2109, Karahasan, s.1094.

devredilecek menfaatte belirleyici olmayacağına kanaat getirmişlerdir³²². Aynı örnek Türk hukuku açısından da menfaat devri talebini doğurur ve Türk hukukunda da bu tavır benimsenebilir. Nitekim burada iki talebin (sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme) yarışabileceği akla gelmelidir³²³. Başka deyişle, menfaat devri talep edilmiş ise, lisans bedeli talep edilemeyecek; ancak menfaat devri talep edilmediyse lisans bedeli talep edilebilecektir³²⁴.

Bundan başka, bir kişinin, bir başkasına ait taşınmazın bir odasını kendisinin kullanması ve diğer odasını kiraya vermesi durumunda ise, hem bir masraf yapmaktan kurtulmuş hem de menfaat elde etmiştir. Bu nedenle, iş gören TMK m.993 kapsamında hem kullanma karşılığı verecek hem de TMK m.995 gereği menfaat devrine mahkum olacaktır.

Sonuç olarak, masraftan kurtulma ile bir net menfaatin elde edilmiş olması, bir olayda aynı anda bulunabilir ya da bulunmayabilir. Ancak varılan kanaat, menfaat devri yaptırımına, kurtulunan masrafın dâhil olmadığı ve o esas alınarak menfaat devri yaptırımının belirlenemeyeceği yönündedir.

c. Ürünler ve Faiz

Genel olarak menfaat devrinin kapsamı, nedensellik bağı çerçevesinde çizildikten sonra, hangi kalemlerin bu kapsamda olduğunu açıklamak gerekir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, zarar, bu kapsamın belirlenmesinde etkili değildir. Menfaat devri yaptırımı zararın varlığına bağlı olmadığı gibi onun miktarı ile sınırlı da değildir.

³²² Edelman, s.75; *Celanese International Corp v. BP Chemicals Ltd*, (1999), RPC 203; *Cala Holmes Ltd. v. Alfred McAlpine Ltd.* (1996), FSR 36, 44; *Seager v. Copydex Ltd* (no2) (1969), 1 WLR 809 (CA); *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd* (1999) SCR 142 (SCC).

³²³ Bkz. aşağıda, § 5/ III/ C.

³²⁴ Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 25.2.2010, 11423/2165 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.02.2015).

Menfaat devrinin kapsamına ilk olarak, hukuki ve doğal ürünler ile söz konusu eşyanın özünü tüketmek suretiyle temin edilen menfaat girer³²⁵. Bundan başka, bir görüşe göre iş görenin elde etmeyi ihmal ettiği miktar menfaat devri kapsamında talep edilemez³²⁶. Gerçekten de devredilmesi gereken menfaat, fiilen elde edilen menfaattir. Ancak kanaatimce bu tartışma, özen borcuna aykırılığın varlığı halinde önemini yitirmektedir. Zira işin özenli görülmemesi nedeniyle elde edilmesi ihmal edilen menfaat söz konusu ise, menfaat devri kapsamında olmasa da, bir zarar kalemi olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilmesi mümkündür³²⁷.

Devredilecek menfaatin bir miktar para olduğu durumda, bu yaptırım faizi de içerir³²⁸. İş gören, parayı faiz getiren bir yolda kullanmadığını ispat ederek faiz ödeme borcundan kurtulamaz³²⁹. Bu faiz herhangi bir ihtardan sonra değil, menfaatin elde edilmesinden itibaren başlar³³⁰. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir haksız fiil benzeridir³³¹. Haksız fiiller açısından söz konusu olan TBK m.117 kuralı, haksız fiilin işlendiği gün temerrüde düşüleceğini ifade etmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından da bu düzenleme göz önünde bulundurulmalıdır. Faiz oranı ise TBK m.88 gereği, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca belirlenen orandır.

³²⁵ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193; Suter, s.45.

³²⁶ Arkan Akbıyık, s.46; Widmer, s.81; Gümüş, C.II, s.238.

³²⁷ Schmid, GoA, N.839; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Nietlispach, s.123; Hofstetter, s.245; Lischer, s.98; Hostenstein, s.179; Widmer, s.91; Moser, s.186; Fischer, s.106; Hatemi, Armağan, s.388. Aksi görüşte, Arkan Akbıyık, s.44,45. Ayrıca bkz. § 3/ I/ B/ 2/ c.

³²⁸ Bu faizin teknik anlamıyla faiz olmadığı, iş görenin hukuka aykırı olarak yararlandığı değer tutarı olduğu yönünde, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.113; Gümüş, C.II, s.238. Bir diğer görüş ise uygulanması gereken faizin OR Art.72 gereği belirlenecek faiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.15. Ancak Türk hukukunda bu düzenlemenin karşılığı yoktur. Bu nedenle kabulü mümkün görünmemektedir.

³²⁹ Uygur, Cilt 8, s.9073; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15.

³³⁰ Schmid, GoA, N.843; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Hofstetter, s.217; Lischer, s.99; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.15; Hofstetter, s.217; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.113. Alman hukukunda da yaklaşım aynı yöndedir: Staudinger/ Wittmann, § 687, N.15.

³³¹ Schmid, GoA, N.32; Hofstetter, s.177; Gautschi, Art.423 OR, N.2a; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.341, dn.121.

d. Devredilmesi Gereken Menfaat: Net Menfaat

Elde edilen menfaat, yukarıdaki şekilde belirlendikten sonra, devredilmesi gereken menfaatin tespiti gerekir. Zira kimi durumda, elde edilen menfaat ile devredilmesi gereken menfaat eşit olmayabilir. İş görenin, iş görmeden önceki malvarlığı ile sonraki malvarlığı arasındaki fark, yani fiilen elde edilen menfaat³³², brüt menfaat olarak ifade edilmektedir³³³. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir³³⁴. Menfaat devri olarak talep edilmesi gereken miktar ise, brüt menfaate faizin eklenmesi ve iş görenin aşağıda açıklanacak³³⁵ masrafların çıkarılması ile bulunacak net menfaat olacaktır³³⁶. Federal Mahkeme de net menfaatin hesabını bu şekilde yapmaktadır³³⁷.

İş gören yaptığı masrafları, ancak iş sahibi menfaat devri talebini ileri sürdükten sonra talep edebildiği için, Yargıtay iş görenin masraf taleplerini, genellikle brüt menfaatten düşmekte ve net miktarın iş sahibine devredilmesine karar vermektedir³³⁸. Aynı hesabı Federal Mahkeme de yapmaktadır³³⁹. Başka deyişle uygulamada net menfaatin hesaplanmasında bir nevi fark teorisi hâkimdir. Ancak devredilen menfaatin para olmadığı, bir eşya ya da bir hak olduğu durumda, TBK

³³² Moser, s.177; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.14; Chappuis, s.47; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.106; Lischer, s.88. Örneğin giriştiği bir işte zarar edecek olan kişi, başkasının ismini/ markasını kullanmak suretiyle bu zararına engel olmuş ise, yine bir menfaat elde etmiştir. Bkz. Moser, s.186,187.

³³³ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.14; Huguenin, N.901; BGer 134 III 306.

³³⁴ BGer 134 III 306, N.4.1. Bu kararda, sebepsiz zenginleşmeden kıyasen faydalanmak suretiyle şu kararlara atıf yapılmaktadır: BGer 133 III 153; BGer 133 V 205.

³³⁵ Bkz. § 3/ II/ D/ 1.

³³⁶ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.13; Fischer, s.107; Huguenin, N.901; Moser, s.184; Bürgi-Wyss, s.234; Schmid/ Stöckli, N.2039; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.95; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.144; Schmid, GoA, N.838, N.849; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Lischer, s.99; Schmid, GoA, N.838; Gümüş, C.II, s.238; ; Özdemir, s.117; Arkan Akbıyık, s.47; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193.

³³⁷ BGer 134 III 306, N.4.1.

³³⁸ Yarg. 13.HD 7.4.1988, 950/1986, Uygur, Cilt 8, s.9077. Roma hukukunda da aynı şekilde: Di Marzo, s.462-463; Dural, Roma, s.261.

³³⁹ BGer 134 III 306. Aynı hesabı Amerikan mahkemeleri de bir başkasının hukuk alanına yapılan haksız müdahale önlenmesi konulu davalarda yapmakta ve elde edilen net menfaatin devrini öngörmektedirler. Bkz. *Olwell v. Nye&Nissen Co.*, 26. Wash. 2d 282, 173 P2d. 652 (1946). Bu konuda bkz. Farnsworth, *Disgorgement*, s.1348. Aynı yönde, *Edwards v. Lee's Adm'r*, 265 Ky. 418, 96 S.W.2d 1028 (1936), Dawson, *Restitution*, s.611, s.613.

m.530 anlamında masrafın ödenmesi, menfaatten düşülme değil, iş sahibinin bir bedel ödemesi yolu ile olacaktır³⁴⁰.

e. Hukuka Aykırı Fiilden Bağımsız Olarak Elde Edilen Menfaat

Elde edilen menfaatin bir kısmı, hukuka aykırı fiilden bağımsız ise, başka deyişle, menfaatin bir kısmı hak ihlali olmadan elde edilmiş ise bu durumda, söz konusu miktarın talep edilememesi gerekir³⁴¹. Zira bu durumda hukuka aykırı fiil ile elde edilen söz konusu menfaat arasında herhangi bir bağ yoktur³⁴².

Bu hususu, bir İngiliz Yüksek Mahkeme kararı üzerinden açıklamakta fayda vardır. *Potton Ltd. v. Yorkclose Ltd.* kararı, dizayn hakkının ihlaline ilişkindir³⁴³. Kararda davacının dizayn hakkını ihlal etmek suretiyle ev inşa eden davalının, 14 adet evin satışından elde ettiği menfaatin devri söz konusu olmuştur. Davacı tarafından, evlerin yapımı sırasında yapılan masraflar ve işçi giderleri düşüldükten sonra bulunan net menfaatin devri talep edilmektedir.

Mahkeme, talebi kısmen haklı bulmakta ve evlerin satış bedeline etki eden ve hukuka aykırı fiilden bağımsız olan hususların dikkate alınması ve menfaatten düşülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna örnek olarak, davacıya ait olan ve ihlal edilen dizayn hakkından bağımsız olarak davalı müteahhidin yaptığı çevre

³⁴⁰ Schmid, GoA, N.848.

³⁴¹ Edelman, s.104.

³⁴² *Dunkley Co. v. Central California Canneries*, 7 F.2d 972 (2d Cir.1925). Söz konusu kararın konusu bir patent ihlalidir. Patente konu olan şeftali soyma makinesi özel bir kombinasyonla çalışmaktadır. Davacı patenti kendisine ait olan makinenin, davalı tarafından kullanıldığını iddia etmektedir. Mahkeme ise, makinenin kullanılması sonucu elde edilen menfaatin, patent ihlali ile doğrudan bağlantılı olmadığını, zira patent hakkını ihlal eden davalının, söz konusu ihlal olmasaydı mevcut kârı elde etmeyeceğinin ispat edilemediğini açıkça ifade etmiş ve menfaat devri talebini reddetmiştir. 7 F.2d 975. Aynı zamanda bkz. *Black v. Thorne*, 111 US 122 (1884).

³⁴³ *Potton Ltd. v. Yorkclose Ltd.* (1990) FSR s.11, s.16-18. Benzer şekilde, *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995) 182 CLR 544 (HCA) 561.

düzenlemeleri, reklam ve satış çalışmalarının getirileri, ek olarak yapılan ve değer artırıcı özellikler – örneğin havuz yaptırılmış olması – gösterilmektedir³⁴⁴.

Gerçekten de kararda olduğu gibi, hukuka aykırı ihlalden bağımsız olan ve elde edilen menfaati artıran hususların kapsam dışında bırakılması gerekmektedir. Elbette bu hususun her somut olayda, hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu örnekte olduğu gibi, özellik taşıyan bir sektör söz konusu olduğunda, hangi hususların değer artırıcı özellik taşıdığına tespitinin sektör bilirkişisi eliyle, o alanda var olan istatistikler, satış rakamları gibi maddi verilere dayandırmak suretiyle yapılması yerinde olur.

3. Devredilecek Menfaatin İspatı

Doktrinde baskın görüşe göre elde edilen menfaatin (brüt menfaatin) ne kadar olduğunun iş sahibi tarafından ispat edilmesi gerekir³⁴⁵. Federal Mahkeme de bir menfaatin elde edilmiş olmasını ve bunun ispat edilmesini, temel bir husus olarak görmektedir³⁴⁶.

İspat yükü iş sahibinin üzerinde olmakla birlikte, hukuk alanına müdahale edilen iş sahibinin, elde edilen menfaati tam olarak ispat edemeyeceği durumlarla sıklıkla karşılaşılır³⁴⁷. Tazminat hukukunda da, zararı ispat külfeti tazminatı talep eden üzerindedir. Zarar, ispat yükü altında bulunan kişinin malvarlığına ilişkin olmasına rağmen bazı durumlarda ispatı kolay değildir. Menfaat devrinin ispatı ise, ispat yükü altında bulunan kişinin değil, karşı tarafın malvarlığına ilişkin olduğu için

³⁴⁴ Kanaatimce bu örneklerden reklam ve satış çalışmaları, Türk hukuku kapsamında masraf kalemi olarak görülmeli ve zorunlu oldukları oranda brüt menfaatten düşülmelidirler. Bkz. yukarıda, § 3/ II/ D/ 1/ b/ bb.

³⁴⁵ Schmid, GoA, N.855; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Moser, s.238; Widmer, s.93; Fischer, s.108; Arkan Akbıyık, s.48. Alman hukukunda da yaklaşım aynı şekildedir. Bkz. Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23.

³⁴⁶ BGer 133 III 153; BGer 129 III 422.

³⁴⁷ Widmer, s.95; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.2.

daha da zordur³⁴⁸. Zira elde edilen menfaate ilişkin deliller hep davalı tarafın bilgisi dâhilindedir. Bu tür durumlar için Yargıtay'ın yaklaşımı, iş sahibinin ispat yükünü hafifletmek yönündedir. Örneğin, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın, diğer paydaşlar tarafından kiraya verilmesi nedeniyle, kira parasının payına düşen miktarı için dava açan paydaşın, kira bedelini ispatlayamadığı olayda, Yargıtay söz konusu kira bedelinin bilirkişi aracılığı ile belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁴⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir başka kararda da, davalı iş görene ortak taşınmazdan sağladığı yararların tutarının kanıtlanması amacıyla kira sözleşmelerinin ibraz edilmesi için önel vermeyi uygun bulmakta, buna uyulmadığı takdirde bilirkişiye gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁵⁰. Benzer şekilde, haksız rekabet sonucu elde edilen menfaatin devrinin talep edildiği bir kararda da, Yargıtay, haksız rekabet eden davalının defterleri ve kayıtlarını istemek ve bunların sağlanmaması durumunda bilirkişiye başvurmak gerektiğini ifade etmektedir³⁵¹.

İş sahibinin ispat yükünü hafifletmek yönündeki yaklaşımın İsviçre hukukuna da hâkim olduğunu söylemek gerekir. Doktrinde ve Federal Mahkeme uygulamasında, menfaatin ne kadar olduğunun ispat edilemediği durumlar için, OR Art.42-44 (TBK m.50-52) hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmektedir³⁵². Başka deyişle, menfaat tam olarak ispat edilemiyorsa, olayların olağan akışı dikkate alınarak miktarı hakkaniyete göre hâkim takdir edecektir. Türk doktrini ve uygulaması da menfaat devrinin tespitinde hâkimin TBK m.50-52

³⁴⁸ Farnsworth, Disgorgement, s.1350.

³⁴⁹ Yarg. 13. HD, 31.5.1984, 2854/ 4161, Karahasan, s.1095. Aynı yönde, YHGK, 20.9.2006, 3-549/558; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/ 1599; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/ 1612, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013. Birlikte mülkiyet halinde, Anglo Amerikan hukukunda da sorun yukarıda öngörülen şekilde çözümlenmektedir. Zira bu konuda bir *writ* vardır. Bkz. Dawson, Intermeddler, s.1422,1423.

³⁵⁰ YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013.

³⁵¹ Yarg. 11. HD, 26.9.2002, 4946/8176, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014.

³⁵² Holenstein, s.190, 191; Spitz, s.809; Fischer, s.108; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.857; Moser, s.239; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Bürgi-Wyss, s.227. Özellikle fikri haklarda, BGer 132 III 382; BGer 133 III 153; BGer 133 III 81 c.4.2.2; BGer 134 III 306. Belirsizlik halinde iş görene yüklenmesi yönünde, Schmid, GoA, N. 842, N. 858; Moser, s.239; Widmer, s.93. OR 2020 tasarısının yorumlarında da aynı doğrultuda OR Art. 42'ye (OR 2020 Art.48'e) atıf yapılmaktadır. Bkz. Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.1.

hükümlerinden faydalanmak suretiyle takdir yetkisini kullanabileceğini yerinde olarak ifade etmektedir³⁵³. Aynı yaklaşımın, sebepsiz zenginleşme kurumunda, zenginleşme miktarı açısından da ifade ediliyor olması dikkate değerdir³⁵⁴.

İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'na (OR 2020) bakıldığında³⁵⁵ da, yukarıda yapılan açıklamaları destekler şekilde, 70. maddede ispat külfetinin düzenlendiği görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre, menfaati yine iş sahibi ispat etmelidir. Ancak ikinci fıkra gereği, menfaatin miktarının tam olarak belirlenmesi mümkün değilse, mahkemeye olayın şartlarını dikkate alarak değeri belirleme görevi yüklenmektedir. Avrupa Birliği'nin, fikri mülkiyete ilişkin olan, 2004/48/EC Yönergesi'nin menfaat devrinin öngörüldüğü 6. maddesi de buna paraleldir.

4. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nın Yaklaşımı

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2020 Tasarısı'nda menfaat devrinin kapsamı 72. maddede açıkça düzenlenmektedir. Ancak bundan önce kısaca 70 ve 71. maddelere de değinmek gerekir. 70. madde gereği, kural olarak iş sahibinin, iş görenin "*elde ettiği menfaati*" ispatlaması gerekir. Bununla birlikte, ikinci fıkra bir istisna getirerek, menfaatin iş sahibi tarafından ispat edilemediği hallerde, mahkemenin durumun gereğini esas alarak elde edilen menfaati belirleyeceğini ifade etmektedir. 71. madde gereği, belirlenen bu bedelden makul masraflar düşülür.

Ardından, 72. madde, 70. maddeden farklı olarak³⁵⁶, "*devredilmesi gereken menfaatin*" belirlenmesini düzenler. Başka deyişle, çoğu durumda, 70. maddede belirlenen menfaat ile 72. maddede belirlenen menfaat farklı olacaktır. Bunun ilk nedeni, 71.

³⁵³ Arkan Akbıyık, s.48; Gönen, s.207; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162. Oğuzman, s.30; Serdar, s.268; Arslan, s.100. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776, Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014.

³⁵⁴ Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.320,321.

³⁵⁵ İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı. <http://or2020.ch/#> 20.11.2013.

³⁵⁶ Zira anılan madde, elde edilen brüt menfaatin ispatına ilişkindir. Devredilmesi gereken net menfaatin ispatına ilişkin değildir. Bu iki düzenleme tıpkı, zararın belirlenmesi (TBK m.50) ve tazminatın belirlenmesine (TBK m.51 ve 52) ilişkin maddelere benzer.

maddede ifade edilen masrafların düşülecek olmasıdır. Bir diğer nedeni ise 72. maddenin kendisidir. Nitekim düzenlemeye göre, kural olarak mahkeme tüm şartları göz önünde bulundurarak devredilmesi gereken menfaati belirler. Başka deyişle, mahkeme, elde edilen menfaat 70. madde gereği ispat edildikten ya da mahkeme tarafından belirlendikten sonra, “devredilmesi gereken menfaat” hususunda, 72. madde gereği bir takdir yetkisine sahiptir.

Hüküm, yukarıda açıklanan takdir yetkisi hususunda bir adım daha ileri gitmektedir: OR 2020 Art.72/II'ye bakıldığında, menfaat devrinin kapsamını belirleyen bu düzenlemenin “*ob und inwiefern*” ifadesini içerdiği görülmektedir. Bununla kastedilen menfaat devrine karar verilip verilmeyeceği ve ancak karar verilirse kapsamının ne olacağıdır. Başka deyişle, 70. madde gereği elde edilen menfaatin varlığı iş sahibi tarafından ispat edilmiş ya da hâkim tarafından belirlenmiş olsa da, mahkeme 72. madde gereği “devredilecek menfaatin” var olmadığına karar verebilir. Bu ifade, TBK m.52'de (OR Art. 44, OR 2020 Art.55) olduğu üzere, hâkimin örneğin birlikte kusur nedeniyle, menfaat devri yaptırımına hiç hükmetmeyebileceği şeklinde yorumlanmaktadır³⁵⁷. İsviçre doktrininde de, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, haksız fiile yakın olması nedeniyle, menfaat devri yaptırımının TBK m.52/II'nin (OR Art. 44/II) kıyasen uygulanması sayesinde indirilebileceği ancak konunun tartışmalı olduğu ifade edilmektedir³⁵⁸.

Bu düzenleme bazı durumlarda elde edilen tüm menfaatin devredilmesinin hakkaniyete uygun olmayabileceği göz önünde bulundurularak savunulmaktadır³⁵⁹. Örneğin, kişilik hakkı ihlali olduğunda tüm menfaatin devri uygun iken, bir sözleşmenin ihlali şeklinde iş görülmesi halinde – örneğin bir alt kira yapılması durumunda – elde edilen tüm menfaatin değil, haksız fiilde tazminatın belirlenmesi esasları (2020 OR Art.54-55, OR Art.43-44 TBK m.51-52) çerçevesinde hâkimin

³⁵⁷ Huguenin/Hilty (işleyenler: Chappuis/Werra), Art.72, N.3.

³⁵⁸ Bkz. Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.174-177.

³⁵⁹ Huguenin/Hilty (işleyenler: Chappuis/Werra), Art.72, N.1-2.

belirleyeceği miktarın devredilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁶⁰. Böylelikle taraflar arasındaki dengenin sağlanmış olacağı savunulmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu tasarısının yukarıda açıklanan yaklaşımını, yerinde ya da değil şeklinde değerlendirmek uygun değildir. Zira bu düzenleme, tasarıda, menfaat devri yaptırımına farklı bir gözle bakıldığına işaret eder. Nitekim menfaat devri yaptırımını özel hukuk cezası olarak nitelendirmek, bir hukuk politikası tercihindendir. OR 2020'nin özel hukuk cezası yaklaşımından uzaklaşmakta ve menfaat devri yaptırımının ağırlığını hâkimin takdirine bırakmakta olduğu söylenebilir de, söz konusu düzenlemenin pratik açıdan önemli bir değişiklik meydana getirmediği kanaatindeyim. Zira Türk hukuk doktrininin yaklaşımı, yukarıda ifade edildiği üzere, elde edilen menfaatin tümünün devri yönünde olsa da, devredilmesi gereken menfaatin miktarının ispatı iş sahibinin üzerinde olduğu³⁶¹ ve çoğu olayda bu ispat çok zor olduğu için, hâkim TBK m.50-52 gereği "elde edilen menfaati" değil, doğrudan doğruya "devredilecek menfaati" takdir etmektedir³⁶². Bu açıdan, Türk-İsviçre hukuklarındaki mevcut düzenleme ile İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı arasında sonuç bakımından önemli bir fark olmadığı ortadadır. Teorik olarak yeni bir düzenleme gibi görünse de, OR 2020 Art.72, yeni ve değişik bir düzen kurmamakta, uygulamada ispat zorluğu nedeniyle var olan düzeni yasalastırmaktadır.

E. İş Görenin Ehliyetinin Borç ve Sorumlulukları Üzerindeki Etkisi

1. Tam Ehliyetsizler

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin meydana gelmesi için, kast ya da ağır kusur aranmaktadır. Bu kuralın temel sonucu, ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin

³⁶⁰ Huguenin/Hilty (işleyenler: Chappuis/Werra), Art.72, N.1-2. Oysa her iki örnekte de ihlal edilen hak mutlak haktır. Arada ne gibi bir farkın olduğu anlaşılabilir.

³⁶¹ Bkz. § 3/ I/ B/ 4/ c.

³⁶² Bu hükümlerin nasıl uygulanacağı hakkında bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.8485.

gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında sorumlu tutulmamasıdır. Bu açıdan menfaat devri yaptırımı ile yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilmesi söz konusu olan zarar arasında bir ayrım yoktur. Zira tam ehliyetsiz kişi, “kötüniyetli” olarak değerlendirilemeyeceği için, kural olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde sorumluluğu hiç doğmayacaktır. Ayrıca bu kişilerin “iş görme iradesi”nden de söz edilemez³⁶³. Bu kişinin sorumluluğu, şartları gerçekleşmişse, sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiil hükümlerine dayanabilir³⁶⁴.

Haksız fiil hükümlerinden sorumluluk ile kastedilen, tam ehliyetsiz kişilerin TBK m.65 gereği hakkaniyet sorumluluğuna tâbi olmasıdır³⁶⁵. Sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluk için ehliyet aranmadığından, bu kurallara başvurmak da mümkündür³⁶⁶. Sorumluluk sebepsiz zenginleşmeye dayandırılmış ise, tam ehliyetsiz kişiye kötüniyet atfedilemeyeceği için, iyiniyetli sebepsiz zenginleşme kuralları esas alınır³⁶⁷. Bu konuda, TBK m.528’in gerçek vekâletsiz iş görmede kanun koyucunun sınırlı ehliyetsizler hakkında getirdiği gibi bir özel düzenleme yapılmasına ihtiyaç dahi yoktur. Her ne kadar bir görüş sebepsiz zenginleşmenin tali niteliğinden yola çıkarak burada yalnızca istihkak davası açılabileceğini ifade etse de³⁶⁸, sebepsiz zenginleşmenin tali nitelik taşıdığı kabul edilmediğinden bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir³⁶⁹.

³⁶³ Baygın, s.599; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.199.

³⁶⁴ Oser/ Schönerberger, Art.421 OR, N.1; Suter, s.57; Becker, Art.421 OR, N.3.

³⁶⁵ Suter, s.57; Becker, Art.421 OR, N.3; Oser/ Schönerberger, Art.421 OR, N.1; Gauch/ Schmid, Art.421 OR, N.11; Huguenin/ Jenny, Art.421 OR, N.6; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.217; Gümüş, C.II, s.228; Özdemir, s.121; Olgaç, s.317.

³⁶⁶ Öz, s.44.

³⁶⁷ Wenner, s.164-165; Suter, s.57; Becker, Art.421 OR, N.3; Oser/ Schönerberger, Art.421 OR, N.1; Honsell, s.331 Ullman, s.59; Gümüş, C.II, s.227.

³⁶⁸ Gautschi, Art.421 OR, N.7a.

³⁶⁹ Bkz. § 5/ III/ C/ 1.

2. Sınırlı Ehliyetsizler

a. Menfaat Devri Açısından

aa. Sözleşme Ehliyetinden Yoksun Olma?

Türk Borçlar Kanunu'nun 528. maddesi, iş görenin menfaat devri yükümlülüğüne sınır getirmektedir. Bu düzenleme gereği, iş gören sözleşme ehliyetinden yoksunsa, sorumluluğu zenginleştiği ölçüyle *veya* iyiniyetli olmaksızın elden çıkardığı miktar ile sınırlıdır. Kanaatimce bu hükmün kıyasen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de uygulanması yerinde olur. Nitekim "tam ehliyetli" kabul edilemeyen bir kişiyi medeni hukukun en ağır yaptırımlarından biri olan ve cezalandırma amacı taşıyan menfaat devri ile tam olarak sorumlu tutmak uygun görünmemektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun, sorumluluğu sınırlayan bu düzenlemesinde, "sözleşme ehliyetinden yoksun olmak" ile ne anlaşılması gerektiği açık değildir³⁷⁰. Zira Türk-İsviçre hukuklarında³⁷¹, sözleşme ehliyeti, fiil ehliyetinin altında yer almakta ve özel bir nitelendirilmeye tâbi tutulmamaktadır³⁷².

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, burada kastedilen, tam ehliyetsizlik durumu olamaz. Zira tam ehliyetsiz kişiye kusur atfedilemeyeceği için, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında zaten sorumlu tutulamaz. Buna ek olarak TBK m.528 sözleşme ehliyetinden yoksun kişiyi, "zenginleşme" veya "*iyiniyetli olmaksızın elinden çıkardığı miktar*" ile sorumlu tutmaktadır. Tam ehliyetsizlik durumunda, iyiniyet-kötüniyet ayırımına giderek iade borcunu belirlemek mümkün olmayacağı için TBK m.528'de kastedilenin tam ehliyetsiz kişi olmadığı açıktır³⁷³.

³⁷⁰ Gümüş ise bu ifadeyle fiil ehliyetinin kastedildiğini belirtmektedir. Gümüş, C.II, s.227.

³⁷¹ Alman hukukunda ise, BGB § 687'nin yaptığı atf sayesinde BGB § 682 uygulama alanı bulmaktadır. Hüküm gereği iş görenin sözleşme ehliyetinden yoksun olduğu durumda, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme gereği sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. König, s.201; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.14; Soergel/ Beuthien, BGB § 687, N.7.

³⁷² Akipek/ Akıntürk/ Karaman, s.283.

³⁷³ Aksi yönde, Gümüş, C.II, s.227.

Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşme ehliyeti ile ne kastettiğini açıklamak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 646. maddesi gereği Türk Borçlar Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'nun tamamlayıcısı olduğu göz önünde tutulduğunda, bu hükümde yer alan "ehliyet yoksunluğu" ifadesinin yorumu için TMK m.452'den yardım alınabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 452. maddesi gereği, vesayet altındaki kişi, vasisinin onamadığı bir iş söz konusu ise, yalnızca geri isteme zamanında elinde olan zenginleşme tutarı ya da iyiniyetli olmaksızın elinden çıkan miktarla sorumlu tutulmuştur. Bu çözüm yolu, ayırt etme gücü olan küçük ya da kısıtlılar, yani sınırlı ehliyetsizler için getirilmiştir³⁷⁴. Bu düzenlemeye paralel olarak, TBK m.528'de, "sözleşme ehliyeti yoksunluğu" ile kastedilenin ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar olduğu kabul edilmelidir³⁷⁵. Böylelikle küçük ve kısıtlılar, ancak zenginleştikleri ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elden çıkardıkları miktar ile menfaat devrinden sorumlu tutulacaklardır³⁷⁶.

bb. Hükümün Yorumu

Türk Borçlar Kanunu'nun 528. maddesinin kaynak düzenlemesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 421. maddesidir. Doktrinde bir görüş, İsviçre OR Art.421'de yer alan bu düzenlemeyi, küçük ve kısıtlının doğrudan sebepsiz zenginleşme kurallarına göre sorumlu tutulması gerektiği şeklinde yorumlamaktadır³⁷⁷. Oysa bu tür bir yorumda, OR Art.421'de (TBK m.528) yer alan düzenlemeye tartışmalı olmakla birlikte sebepsiz zenginleşmedeki fakirleşme şartı da eklenmiş olur. Bu yorum, duruma göre sorumluluğun daralmasına yol açabileceğinden yerinde değildir. Zira her iki düzenleme de açıkça "zenginleştiği ölçüde" veya "iyiniyetli olmaksızın

³⁷⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Dural Mustafa/ Öğüz Tufan/ Gümüş Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2013, s.419; Akıntürk Turgut/ Ateş Karaman Derya, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku Cilt II**, İstanbul 2013, s.523-524.

³⁷⁵ Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların, yalnızca haksız fiil hükümlerine dayanılarak sorumlu tutulabileceği şeklinde, aksi görüşte, Zevkliler/ Gökyayla, s.632.

³⁷⁶ Aynı sonuca ulaşmışlardır: Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.199; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.644; Arkan Akbıyık, s.51.

³⁷⁷ Becker, Art.421 OR, N.1.

(kötüniyetli olarak³⁷⁸) elinden çıkardığı zenginleşme miktarı” ile sorumluluğu sınırlandırmaktadır. Sebepsiz zenginleşme kurallarına bütün olarak yapılan bir atıf yoktur. Ayrıca sınırlı ehliyetsizin, fakirleşmeden fazla olan miktarı, iyiniyetli olarak elden çıkarmamışsa, iş sahibine devretmemesi için hiçbir sebep yoktur. Menfaat devrinin cezalandırma amacı taşıyan bir yaptırım oluşu da bu yönde bir yorumu destekler. Sonuç olarak sınırlı ehliyetsizin ayırt etme gücünün olduğu unutulmamalıdır.

b. Tazminat Sorumluluğu Açısından

Sınırlı ehliyetsizin, özen borcuna aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğu gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bir görüş TBK m.528/II'nin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, sınırlı ehliyetsizin, kanuni temsilcisinin izni/icazeti olmadan vekâletsiz iş görürken iş sahibine verdiği zarardan haksız fiil kuralları kapsamında sorumlu tutulması gerekir³⁷⁹. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı niteliği göz önünde bulundurulduğunda bir izin ya da icazetten söz edilmesi kanaatimce yerinde değildir.

İş görenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde işin görülmesi sırasında kusuru ile vermiş olduğu bir zarar söz konusu olduğunda, tazminat sorumluluğu açısından, bu kurumun özellikle zarardan doğan sorumluluk açısından haksız fiillere olan yakınlığı sebebiyle, haksız fiil kurallarının kıyasen uygulanması yerinde olur.

³⁷⁸ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 421. maddesi *“auf böswillige Weise sich der Bereicherung entäussert hat”* demek suretiyle doğrudan kötüniyete işaret ederken, TBK m.528, iyiniyetli olmaksızın demektir. Ancak kastedilen her iki düzenleme açısından da aynı husustur. Aynı şekilde bkz. başlığı taşıyan TMK m.995 *“iyiniyetli olmayan zilyet bakımından”* hükmü.

³⁷⁹ Becker, Art.421 OR, N.3; Oser/ Schönenberger, Art.421 OR, N.1; Schneider/ Fick, Art.421 OR, N.4; Suter, s.56,57.

Bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hali teşkil eden yasaklama aykırı iş görülmesi halinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluk ise TBK m.527/II'de daha ağır şekilde düzenlenmiştir. Kanaatimce bu hükmün sınırlı ehliyetsiz kişiler açısından uygulanmaması gerekir. Onların sorumluluğunu yalnızca haksız fiil sorumluluğu ile sınırlı tutmak yeterlidir³⁸⁰.

II. İş Görenin Hakları

A. İş Görenin Haklarını Kullanmasına İlişkin Ön Şartlar

1. İş Sahibinin Malvarlığında Artış

İş görenin haklarını kullanabilmesi için gerekli olan ön şart, iş sahibinin iş görme sonucu elde edilen menfaatin kendi malvarlığına geçirilmesi suretiyle malvarlığında artış sağlanmasıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesi bu hususu "*iş sahibi (...)* zenginleştiği ölçüde iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür" şeklinde ifade etmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 423. maddesi düzenlemesi de malvarlığında artış ön şartını getirirken, Alman Medeni Kanunu'nun 687. paragrafında yer alan düzenlemede bu tür bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, Alman doktrininde de iş sahibinin haklarını kullanması ve bu suretle devredilen menfaatin, iş sahibinin malvarlığında bir artış meydana getirmesi, iş görenin haklarını kullanabilmesi için ön şart olarak kabul edilmektedir³⁸¹. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı için de aynı ön şartın varlığı öğretide ifade edilmektedir³⁸². Yargıtay uygulaması da masrafların talep edilebilmesi için, iş sahibinin malvarlığında artış aramaktadır³⁸³.

³⁸⁰ Tandoğan ise bu görüşü gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında eleştirmektedir. Bkz. Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.218.

³⁸¹ MünchKomm/ Sellier, BGB § 687, N.9; Staudinger/ Wittmann, § 687, N.20; Leonhard, Bd.II, s.430; Brückmann, s.226; Oertmann, § 687, N.3c; Freese, s.25; Förster, s.231; Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.4; Hemmer/ Wüst, N.63.

³⁸² Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.8.

³⁸³ YHGK, 26.2.1992, 3-817/ 110, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

Menfaat devri talebinin, karşı talepleri canlandırdığı düşünüldüğünde, yerinde olarak iş sahibinin menfaat devri talebine asıl talep, iş görenin taleplerine ise ikincil talepler denmektedir³⁸⁴. Bu yaklaşımın Roma hukukundan izler taşıdığını söylemek yanlış olmaz³⁸⁵.

İş sahibinin malvarlığında artış iki şekilde olabilir³⁸⁶. Bunlardan ilki, elde edilen menfaatin iş sahibince talep edilmesi ve kendisine devredilmesidir³⁸⁷. İş görenin menfaat devrini talep etmeye yetkili olduğu ancak bunu talep etmekle yükümlü olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır³⁸⁸. Menfaat devri talep edildiği durumda, iş gören de aşağıda açıklanan taleplerde bulunabilir. Taleplerin karşılıklı para borcu olduğu durumlarda, iş sahibine verilecek menfaat ile iş görenin haklı görülen talepleri takas edilebilir³⁸⁹ ve artan kısım iş sahibine menfaat devri olarak verilir³⁹⁰. Doktrinde TBK m.530'un ikinci cümle düzenlemesinin varoluş amacının, net kazancın iş sahibine devri sonucunu doğurmak olduğu ifade edilmektedir³⁹¹.

İş sahibinin malvarlığında söz konusu olabilecek ikinci artış ise, iş sahibinin talep etmesine gerek kalmadan, iş görme sonucu, zaten iş sahibinin malvarlığında

³⁸⁴ Schmid, GoA, N.819.

³⁸⁵ Zira Roma hukukunda vekâletsiz iş görme için var olan davalardan, iş sahibinin açacağı dava, *actio directa* olarak adlandırılan asıl dava iken, iş görenin masraf talebi ancak, *actio contrario* olarak karşı dava şeklinde açılabilirdi. Bu davanın açılabilmesi için de görülen işin, iş sahibine bir yarar sağlaması aranmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. § 1/ II. Ayrıca bkz. Schmid, GoA, N.46; Seiler, s.51 vd.

³⁸⁶ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.296; Schmid, GoA, N.896.

³⁸⁷ Schmid, GoA, N.898, N.900 vd.

³⁸⁸ Schmid, GoA, N.900; Honsell, s.333; Bucher, BT, s.262,263; Huguenin, N. 904; Schmid, GoA, N.819; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.13; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.138; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.295-296; Arkan Akbıyık, s.53; Uygur, Cilt 8, s.9073; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646; Gümüş, C.II, s.239. Federal Mahkeme de aynı görüştedir: BGer 86 II 26.

³⁸⁹ Hatta, zenginleşme kıstasının getirilmesinin pratik önem arz eden sonucunun, bu şekilde takas edilmesi sonucu net kazancın iş sahibine verilmesi olduğunu ifade edilmektedir. Aynı yönde, Nomer, N.144, 2; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646; Uygur, Cilt 8, s.9073; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.137; Gümüş, C.II, s.239.

³⁹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 3/ I/ B/ 4/ b.

³⁹¹ Geiser, s.255; Schmid, GoA, N.902, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.137; Chappuis, s.53; Staudinger/ Wittmann, § 687, N.20. Net kazanç hakkında bkz. § 3/ I/ B/ 4/ b.

doğrudan meydana gelen artıştır³⁹². Söz gelimi iş gören, iş sahibinin zilyetliğinde olan bir şeyi iyileştirmiş ve bu sayede iş sahibinin malvarlığında doğrudan artış sağlamış olabilir³⁹³. Bu durum için iş sahibine ait arabanın lastiklerinin açık yasaklamaya rağmen değiştirilmesi; komşu (A)'ya ait köpeğinin kendi bahçesine geçmesine engel olmak üzere – yani iş gören menfaatine – komşu (A)'nın bahçesinin telle çevrilmesi gibi örnekler verilebilir. Bu halde, ikincil taleplerin iş gören tarafından ileri sürülebilmesi için, menfaat zaten iş sahibinin üzerinde olduğu için, ayrıca bir menfaat devri talebi gerekmeyecek, iş görenin talepleri doğrudan gündeme gelebilecektir.

2. Bağış Amacı Gütmeme

Masrafların talep edilebilmesi için malvarlığında artış şartı doktrinde çoğunlukla aranmakla birlikte, bir görüş bu şartın yanında, iş görenin, bağış sebebiyle hareket etmemiş olmasını da aramaktadır³⁹⁴. Temelleri Roma hukukuna dayanan³⁹⁵ bu ön şart, çalışmanın konusu itibariyle ancak iş sahibinin açık yasaklamasına rağmen görülen bir iş görmede söz konusu olabilecektir. İş görenin işi kendi ya da üçüncü kişi menfaatine gördüğü hallerde, iş görmenin bağış amacı taşıdığını kabul etmek, nitelik itibariyle mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki söz konusu şart, Alman hukukunda gerçek vekâletsiz iş görme için mevcuttur. BGB § 685 gereği, iş gören bağışlama amacı güdüyorsa bir talepte bulunamayacaktır³⁹⁶. Gerçekten de bu sınır ancak gerçek vekâletsiz iş görmede anlam taşır. Bu açıdan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, ayrıca bir bağış iradesinin olmaması şartının aranmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

³⁹² Schmid, GoA, N.899, N.904 vd.; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.138; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.245.

³⁹³ Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.245; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.138; Schmid, GoA, N.899,905, 906.

³⁹⁴ Oser/ Schönenberger, Art.423 OR, N. 6; Schneider/ Fick, Art.423 OR, N.17

³⁹⁵ Buckland, s.312; Lee, s.372; Di Marzo (çev. Umur), s.463; Koschaker/ Ayiter, s.255; Tahiroğlu/ Erdoğan, s.246; Dural, Roma, s.262; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.8.

³⁹⁶ Palandt/ Sprau, BGB § 685, N.1; Jauerning, BGB § 685, N.1.

B. İş Görenin Haklarını Kullanılmasında Sınır: Malvarlığında Artış

İş görme sonucu bir menfaatin, iş sahibinin malvarlığına geçmesi hakların kullanılmasına ilişkin ön şart olmakla birlikte, söz konusu menfaat, aynı zamanda iş görenin taleplerine miktar açısından da sınır teşkil eder³⁹⁷. Federal Mahkeme de bu hususu açıkça ifade etmektedir³⁹⁸.

Roma hukukunda da var olan bu prensip³⁹⁹, Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesinde, iş sahibinin "*zenginleştiği ölçüde sorumlu tutulması*" şeklinde ifade edilmektedir⁴⁰⁰. Aynı sınır, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı için de ileri sürülmekte ve malvarlığındaki artış, iş görenin taleplerine sınır teşkil etmektedir⁴⁰¹. Benzer şekilde Alman hukukunda da aynı sınır kabul edilmektedir⁴⁰².

Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesinde "*zenginleşme*" şeklinde ifade edilen, malvarlığındaki artışın⁴⁰³ varlığının ve miktarının ispatı hususunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüşe göre, iş gören, masraflarının ödenmesini talep ettiğinde,

³⁹⁷ Bucher, BT, s.262; Honsell, s.333; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.137; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Gautschi Art.423 OR, N.11a; Moser, s.183; Chappuis, s.50; Zevkliler/ Gökyayla, s.632; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.295,296; Tandoğan, Borçlar Özel, s.683; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1332; Arkan Akbıyık, s.53; Bilge, s.331; Karahasan, s.1092; Uygur, Cilt 8, s.9073. Bu görüşü destekleyen Yargıtay kararları da mevcuttur: Yarg. 13.HD, 9.3.1987, 1024/1335; Yarg. 13. HD, 10.10.1985, 5063/5899, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.10.2013. Yarg. 31.1.1983 1378/1589, Yargıtay Kararları Dergisi 1983/6, s.862. Alman hukukunda da aynı yönde, MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.15.

³⁹⁸ BGer 134 III 306; BGer 97 II 169; BGer 86 II 26.

³⁹⁹ DIG. 3.5.5.5'te de ifade edilmektedir. Tahiroğlu/ Erdoğan, s.247; İpek, s.169; Lee, s.372; Schmid, GoA, N.46; Seiler, s.51 vd.

⁴⁰⁰ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.296; Bucher, BT, s.263; Honsell, s.333. Bucher bu ifadenin, madde metninden açıkça anlaşılmasa da, sebepsiz zenginleşme hükümleriyle uyum sağlanması için yer aldığını ifade etmektedir. Bucher, BT, s.262.

⁴⁰¹ Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.8.

⁴⁰² MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.15.

⁴⁰³ Kanunun zenginleşme ifadesi, sebepsiz zenginleşmeyi çağrıştırdığından uygun görünmemektedir. Bu sebeple çalışmada da mümkün olduğu sürece zenginleşme değil, malvarlığında artış ifadesi kullanılmaya çalışılmıştır.

önce masrafları ispat edecek⁴⁰⁴; ardından iş sahibi, malvarlığında bir artış meydana gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir⁴⁰⁵.

Kanaatimce bu hususu ikili bir ayırım yaparak incelemek gerekir. Zira iş görene söz konusu ispat külfetini yüklemek ancak bir durumda anlamlıdır. İş görme sonucu ortaya çıkan menfaatin iki şekilde meydana çıktığı daha önce açıklanmıştı. İlk hal, menfaatin halihazırda iş görenin malvarlığında olması ve devrinin gerekmesidir. Bu halde, menfaat devri talebi ileri sürüldüğünde, zaten bu miktarın ispatı iş sahibi üzerindedir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, iş görenin elde ettiği menfaati ispat çoğu durumda zor olacağından, mahkeme bilirkişi eliyle menfaati tespit etmektedir. İşte bu şekilde menfaatin, iş sahibi tarafından ispat edildiği ya da mahkeme tarafından belirlendiği durumda, iş gören karşı taleplerini ileri sürerken, iş sahibinin malvarlığındaki artış zaten ispat edildiği için bunun yeniden ispatı gerekli olmayacaktır. Bu durumda, iş görenin masraf talebi, iş sahibinin menfaat devri talebi üzerine söz konusu olacak ve bu masrafların menfaatten düşülüp, net menfaatin iş sahibine devri gündeme gelecektir⁴⁰⁶.

İş sahibinin malvarlığında artışın ispatı, elde edilen menfaatin doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana geldiği halde önem kazanır. Kanaatimce, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun, kendi menfaatine dahi olmayan bir şekilde hukuk alanına müdahale edilen ve üzerinden başkasının menfaat sağladığı iş sahibine bu türde bir ispat külfeti yüklemesi uygun görünmemektedir. Bu açıdan uygun çözüm, iş görenin, hem masrafta bulunduğunu hem de iş sahibinin menfaat elde ettiğini ispat etmesidir⁴⁰⁷. Zira iş görmek suretiyle ne tür bir sonucun meydana çıktığını en yakından bilen kişinin de iş görenin kendisi olduğu gözden uzak

⁴⁰⁴ Bu konuda doktrinde tartışma yoktur. Schmid, GoA, N.912. Alman hukukunda da aynı şekilde, Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23; Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.4.

⁴⁰⁵ Schneider/ Fick, Art.423 OR, N.19; Schmid, GoA, N.912. Federal Mahkeme de aynı görüştedir. BGer 31 II 134. Alman hukukunda da aynı şekilde, Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23.

⁴⁰⁶ Bkz. § 3/ I/ B/ 4/ b.

⁴⁰⁷ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.296.

tutulmamalıdır. Söz gelimi, malike ait malın iyileştirilmesi suretiyle menfaatin zaten iş sahibinin malvarlığında meydana geldiği bir durumda, masraf talebinde bulunan iş gören, iş sahibinin malvarlığındaki artışın miktarını ve masraflarını ispatla yükümlü tutulmalıdır⁴⁰⁸.

C. İş Görenin Taleplerinin Hukuki Temeli

1. Sorunun Ortaya Konması

Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesi gereği, iş gören yaptığı masraflar ve girdiği borçlar için, iş sahibinin malvarlığındaki zenginleşme ölçüsünde iş sahibine başvurabilir. Kanunun lafzen "zenginleşme" ifadesini kullanması, iş görenin taleplerinin hangi temele dayandığı hususunda doktrinde tartışma yaratmaktadır. Nitekim bu ifade İsviçre doktrininde açık olmaktan uzak şekilde değerlendirilmektedir⁴⁰⁹. Aynı şekilde, Alman hukukundaki düzenleme de bu açıdan eleştirilmektedir⁴¹⁰. Talep temelinin belirlenmesi, taleplerin kapsamını belirlemek açısından önemli olacağı gibi, bu taleplerin tâbi tutulacağı zamanaşımını da belirleyeceğinden önemlidir.

2. Görüşler ve Değerlendirme

Doktrinde baskın görüş, "zenginleşme" kıstası getirilen bu düzenlemede yer alan masraf taleplerinin, sebepsiz zenginleşmeye dayandığını ifade etmektedir⁴¹¹. Diğer görüş ise, bu taleplerin temelinin vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁴¹².

⁴⁰⁸ Aynı yönde, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.296.

⁴⁰⁹ Schmid, GoA, N.844.

⁴¹⁰ Staudinger/ Wittmann, § 687, N.2; Leonhard, Bd.II, s.430; Brückmann, s.226; Oertmann, § 687, N.3c.

⁴¹¹ Bucher, BT, s.263,264; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.141; Satudinger (işleyen: Nipperdey), § 687, N.9; Oser/ Schönenberger, Art.423 OR, N. 5; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Becker, Art.423 OR, N.4; Hagenbüchli, s.87; Göktürk, s.525; ; Gümüş, C.II, s.240; Arsebük, s.565. Hatta Karahasan, yukarıda açıklanan sınırı "sebepsiz zenginleşmesi ölçüsünde" şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Karahasan, s.1092.

⁴¹² Moser, s.183; Leonhard, Bd. II, s.430; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.297-298.

Kanaatimce iş görenin talepleri, bir sebepsiz zenginleşme ilişkisi nedeniyle değil, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme nedeniyle, kanundan kaynaklanmaktadır⁴¹³. Bu bağlamda TBK m.530'un "zenginleşme" ölçütünü getirmesi, talebin temelini sebepsiz zenginleşme olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira burada menfaat devri sonrasında iş sahibinin zenginleşmesi "sebepsiz" değildir; kanundan kaynaklanmaktadır ve kural olarak masraflar menfaat devri talebinde, menfaatin hesaplanması sırasında, net menfaati belirlemek için düşünülecektir. Kanunun "zenginleşme" kıstası getirmekteki amacı, sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanmasını sağlamak değil, malvarlığında artış olmadığı ihtimalde, hukuka aykırı iş görenin masraf talebinin önüne geçmektir. Başka deyişle, kendi menfaatine başkasının hakkını ihlal ederek bir iş görmüş ve iş sahibine bir şey kazandıramamış iş görenin, üstüne üstlük bir de masraf talebinde bulunması, yerinde olarak engellenmek istenmektedir.

Buna ek olarak, masraf taleplerinin sebepsiz zenginleşme temelinde olduğu yorumu, karşılıklı taleplere farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanması sonucunu doğuracağından da sakıncalıdır. İş görenin masraf taleplerinin, sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tâbi tutulduğu olasılıkta, bu taleplerin kural olarak ancak menfaat devri talebinin yöneltmesinden sonra ileri sürülebileceği göz önünde bulundurulduğunda, durumun adaletsizliği belirginleşir. Nitekim bu görüş kapsamında menfaat devri talebi on yıllık zamanaşımına tâbidir. Üçüncü yılda menfaat devrini talep eden iş sahibinin bu talebi kabul edilirken, ancak bu talebin ileri sürülmesinden sonra gündeme gelebilen iş görenin masraf talebi için ise zamanaşımı çoktan dolmuş olacağından masraf talebi reddedilecektir⁴¹⁴. Bir talebin doğumu diğerine bağlı olduğundan, söz konusu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

⁴¹³ Aynı yönde, Staudinger/ Bergmann, § 687, N.1.

⁴¹⁴ Bu durumda, karşı talebe ilişkin zamanaşımı süresinin ancak menfaat devri talebi ileri sürüldükten sonra işlemeye başlaması gerektiği ileri sürülebilirse de, masrafların talep edilmesi, menfaat devri talebinin ileri sürüldüğü zaman kadar ileri atılabileceğinden, kısa zamanaşımı süresinin kabul edilmesi yine anlamlı değildir.

Sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme kurumlarının birbirine benzerliği açık olsa da, bu kurumların ayrı tutulması önemlidir. Nitekim masraflara ilişkin talep temelini sebepsiz zenginleşmeye dayandırılması, vekâletsiz iş görme kurumunun varlığı ile bağdaşmayacağı gibi, bu konuda sebepsiz zenginleşmeye başvurmaya ihtiyaç da yoktur. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talep temeli, aşağıda görüleceği üzere sorunun çözümünde yeterli olacaktır.

D. İş Görenin Sahip Olduğu Hakları

1. Masraf Talebi

a. Tanım ve Hukuki Nitelik

Masraf kavramını tanımlamadan önce belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun pek çok yerinde masraf ve gider kavramlarına rastlanmaktadır. Benzer durum İsviçre Borçlar ve Medeni Kanunları için de söz konusudur. İsviçre hukukunda "*Aufwendung*" ya da "*Gestehungskosten*" ifadelerinin, aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir⁴¹⁵. Böylelikle, İsviçre doktrininde baskın görüşün, yasanın giderlerden ya da bu anlama gelecek terimlerden bahsettiği durumlarda, aslında tek bir "gider" kavramının varlığını kabul yönünde olduğu görülmektedir⁴¹⁶. Türk hukukunda da yaklaşım aynı şekildedir⁴¹⁷. Bu bakımdan tek bir gider kavramının belirlenmesi ve tanımlanması, Türk Medeni Kanunu ve Türk

⁴¹⁵ Moser, s.183; Hofstetter, s.216; Fischer, s.114; Widmer, s.94.

⁴¹⁶ Keller, s.59,60; Oser/ Schönenberger, Art.65, N.3-5; Becker, Art.65, N.1 Yazarlar ZGB Art.939, 940 (TMK m.994,995) hükmünde düzenlenen gider kavramına atıf yapmaktadırlar. Alman hukukuna bakıldığında ise gider kavramı için bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu ayırım gereği "masraf" (*Aufwendung*), "gider" (*Verwendung*) kavramının üstünde yer alır. Bu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Henning Kaysers, **Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzerz bei vertraglichen Leistungen**, Bielefeld 1968, s.73. Ancak Alman doktrininde yapılan bu ayırımın, Alman Medeni Kanunu ile uyum içinde olmadığı ifade edilmektedir. Zira Alman Medeni Kanunu'nun, "*Aufwendung*" kavramını, "*Verwendung*" kavramına kıyasla daha dar anlamda kullandığı da görülmektedir. Bkz. BGB § 995, § 2022. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Keller, s.62.

⁴¹⁷ Özen, s.288 vd.

Borçlar Kanunu'nda giderlere ilişkin yer alan düzenlemelerin çokluğu düşünüldüğünde gerekli görünmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesi, masrafların iş sahibi tarafından karşılanması gerektiğini ifade etmektedir. Yargıtay da, menfaat kendisine geçirilen iş sahibinin masrafları karşılaması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Burada masraf ile kastedilen, söz konusu işin görülmesi için yapılan giderlerdir. Ancak ne İsviçre Borçlar Kanunu ne de Türk Borçlar Kanunu, gider kavramını yasa ile tanımlamamaktadır⁴¹⁸. Sonuç olarak bu kavramın tanımlanması doktrine ve uygulamaya bırakılmış görünmektedir⁴¹⁹.

Giderin öncelikle yabancı bir nesneye yönelik olması unsuru, tanımlanabilmesi için gerekli görülmektedir⁴²⁰. Konumuz açısından bu unsur, yabancı bir işin (iş sahibine ait, iş görene değil) görülmesine yönelik olma şeklinde ifade edilebilir. Bundan başka, bir giderden söz edilebilmesi için giderde bulunanın malvarlığında, o kişinin kendi iradesiyle bir azalma meydana gelmelidir⁴²¹. Bu unsurlar dikkate alındığında, gider kavramı için, yabancı bir nesneye yönelik olarak, kişinin kendi iradesiyle yapılan harcamalar denilebilir.

Giderler, zorunlu giderler, faydalı giderler ve diğer giderler (lüks giderler) olarak ayrılmaktadır. Zorunlu gider, yapılmasında objektif açıdan zorunluluk bulunan⁴²², bir malın muhafazası⁴²³ ve işlevini sürdürmesi için yapılması gereken giderlerdir⁴²⁴.

⁴¹⁸ Alman Medeni Kanunu'na bakıldığında, kanun metninde bir tanım bulunmamakla birlikte, kanunun gerekçesinde, gider kavramının tanımlandığı görülmektedir. Ancak bu tanım eleştirilmekte ve Alman doktrininde ve uygulamasında kabul görmemektedir. Bkz. Keller, s.61. Aynı görüşte, Özen, s.286,287.

⁴¹⁹ Gider kavramının tarihsel gelişimi hakkında bkz. Özen, s.286 vd.

⁴²⁰ Özen, s.289; Keller, s.65; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.198. Aksi görüşte, Sarı, s.21,22.

⁴²¹ Keller, s.65; von Tuhr/Peter, s.130; Eren, s.896; Arkan Akbıyık, s.53; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.389; Öz, s.163.

⁴²² Özen, s.328 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.125; Homberger, Art.939, N.6,7.

⁴²³ Roma hukukunda, zorunlu gider, yalnızca malın muhafazası için yapılması zorunlu olan gider olarak tanımlanmaktadır. Zira zorunlu giderin amacı, şeyin telef olmasını veya kötüleşmesini

Giderin objektif olmasından anlaşılması gereken ise, ekonomik açıdan iş sahibinin ya da iş görenin karakterlerinden bağımsız olarak, rasyonel bir kişinin o gideri yapıp yapmayacağıdır⁴²⁵.

Faydalı gider ise, malın değerini ve verimliliğini artıran harcamalar olarak tanımlanabilir⁴²⁶. Faydalı giderin, iade zamanında bir değer artışı sağlıyor olmasının aranıp aranmayacağı Türk ve İsviçre hukuklarında tartışmalıdır⁴²⁷. Doktrinde bir görüş, faydalı gider kavramının doğası gereği, iade zamanında objektif değer artışının bulunması gerektiğini ileri sürmektedir⁴²⁸. Diğer görüş ise iade zamanında objektif bir değer artışı kalmasa da faydalı masrafların talep edilebileceğini ifade etmektedir⁴²⁹. Başka deyişle, bu görüş kapsamında faydalı giderin, iade zamanında var olması aranmaz. Bu ancak, TBK m.80/II'de olduğu gibi, özel olarak düzenlenmiş ise gerekli bir şart halini alır.

Son olarak, doktrinde lüks gider⁴³⁰ olarak da ifade edilen ancak kanunun (TMK m.994/II) deyişle "diğer giderler" söz konusu olabilir⁴³¹. Bunlar zorunlu ve faydalı giderler kapsamına girmeyen harcamalar olarak tanımlanabilir.

engellemek olarak ifade edilmektedir. Digesta, § 50.16.79. Daha sonra yukarıda açıklanan ikinci unsur olan "işlevini sürdürme" eklenmiştir. Zorunlu gider kavramının gelişim süreci için bkz. Keller, s.74,75.

⁴²⁴ Staudinger/ Gursky, § 994, N.2; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.227; Sarı, s.24; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.389; Öz, s.163; Nomer, N.144, 2; Antalya, s.825; Kılıçoğlu, s.513; Eren, s.896; Uygur, Cilt 3, s.2989; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.20; Yavuz, s.49; Öz, s.163.

⁴²⁵ Keller, s.75; Oser/ Schönerberger, Art. 65, N.3a; Özen, s.329.

⁴²⁶ Öz, s.164; Nomer, N.144, 2; ; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.390; Antalya, s.825; Kılıçoğlu, s.513; Eren, s.897; Uygur, Cilt 3, s.2990; Feyzioğlu, Umumi, s.792,793; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.20; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.227; Yavuz, s.49.

⁴²⁷ Alman hukukuna bakıldığında, BGB § 996'nın faydalı giderin, söz konusu şey üzerinde bir değer artışı yaratmasını ve iade zamanında da bu değer artışının mevcudiyetini sürdürmesini aradığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.Keller, s.76 vd.; Staudinger/ Gursky, § 996. Başka deyişle, Alman hukuku atıl bir değer artışından kaynaklanan taleplerin önünü kesmektedir.

⁴²⁸ Özen, s.358. Tıpkı Alman hukukunda olduğu üzere, bkz. bir üst dipnot.

⁴²⁹ Oser/ Schönerberger, Art.65, N.4; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.206; Utku, s.49 vd.; Sarı, 28,29.

⁴³⁰ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.125; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.197 vd.; Sarı, s.27; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.390; Öz, s.164; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.754.

⁴³¹ Çalışmada, Özen'in de kullandığı "diğer giderler" ifadesi tercih edilecektir. Bkz. Özen, s.365. Zira yazarın da haklı olarak ifade ettiği gibi, "lüks tabir edilecek ihtiyaçları karşılamaya yönelik bir gider de somut olay açısından pekala bir faydalı gidere vücut verebilir."

b. Kapsam ve Uygulanacak Hüküm

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, kötüniyetli iş görenin iş görme sırasında yapmış olduğu masrafları ne şekilde talep edebileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur⁴³². Bu masrafların ne kapsamda iş sahibinden talep edilebileceği, daha doğru bir ifade ile iş sahibine devredilecek olan menfaatten ne kapsamda düşülebileceği⁴³³ tartışmalıdır. Bu bağlamda doktrinde ileri sürülen görüşleri değerlendirmek gerekir. Aşağıdaki görüşlerden hangisine ağırlık verilirse verilsin, yapılan harcamanın fiilen, iş görme sonucu elde edilmesi beklenen menfaate yönelik, doğrudan ve objektif olarak yapılmış olması gerektiği unutulmamalıdır⁴³⁴. Federal Mahkeme de aynı görüştedir⁴³⁵.

Doktrinde bir görüşe göre, masraf talebi hususunda, TMK m.723/III (*ZGB Art.672 Abs. 3*) hükmü kıyasen uygulama alanı bulmalıdır⁴³⁶. Haksız inşaata ilişkin olan bu özel düzenlemeye göre, yapıyı yaptıran malzeme sahibinin kötüniyetli olması halinde, hâkimin hükmedeceği tazminat miktarı, malzemenin arazi maliki için

⁴³² Alman hukukunda ise, İş görenin masraf talebi BGB § 687'nin yaptığı atıf sayesinde, BGB § 684 gereği sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olacaktır. Bu halde uygulanacak hükümler BGB § 812 ve devamı hükümleridir. MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.15; Palandt/ Sprau, BGB § 687, N.4; Hemmer/ Wüst, N.63; Fikentscher/ Heinemann, N.1286. Bu konuda bkz. Sippel, s.68 vd. Düzenlemede iş görenin, sebepsiz zenginleşme kuralları gereği, iş sahibinin zenginleştiği kısmı talep edebileceği ifade edilmiştir. Bu husus, düzenlemenin açık olmaması nedeniyle eleştirilmesine neden olmaktadır. Zira burada kastedilen iş sahibinin menfaatin devri yaptırımı sayesinde kendi malvarlığında gerçekleşen zenginleşmeyi iade etmesi değil, iş görenin yapmış olduğu masrafları iade etmesidir. Bamberger/ Roth/ Gehrlein, BGB § 687, N. 4; Erman/ Doris, BGB § 687, N.13; Larenz, 453; Staudinger/ Bergmann, BGB § 687, N.51; Soergel/ Beuthien, BGB § 687, N.8; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.15. Aynı eleştiriyi Alman mahkemeleri de getirmektedir. RGZ 138, 45, 50; BGHZ 34, 320, 323 f. = BGH NJW 1961, 1017; BGHZ 145, 366, 374 = NJW 2001, 2173. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda da bir düzenleme mevcuttur. İş görenin talep edebileceği masraflara ilişkin de OR 2020'de düzenleme mevcuttur. 71. madde gereği masrafların tazmini, bunların makul ve kanıtlanmış olmasına bağlı tutulmuştur. Bu düzenlemenin, İsviçre Borçlar Kanunu 423. maddesine nazaran daha açık olduğu ifade edilmektedir. Masraflar açısından "makul olma" esası getirilmiş ve masrafları ispat külfeti açıkça iş görene yüklenmiştir. Makul masrafa örnek olarak ise hukuka aykırı alt kira ilişkisinde, asıl kiracının, kiraya verene ödediği kira bedeli gösterilmektedir. Claire Huguenin/ Reto M. Hilty (işleyenler: Christine Chappuis/ Jacques de Werra), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für neuen Allgemeiner Teil, <http://or2020.ch> 20.11.2013, Art.71, N.3-4-5.

⁴³³ Huguenin, N.904; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.137.

⁴³⁴ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.16; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Lischer, s.92, 104; Gautschi, Art.423 OR, N.11a; Suter, s.98; Arkan Akbıyık, s.54; Gümüş, C.II, s.239.

⁴³⁵ BGer 134 III 306.

⁴³⁶ Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.246; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.139,140.

taşıdığı en az değeri geçmeyebilir. Söz konusu hüküm kıyasen uygulanarak, iş sahibinin, söz konusu masrafın kendisi için değerinin (sübjektif değerinin), objektif değerinden daha az olduğunu ispat etmekle sorumluluğunu sınırlandırabileceği ileri sürülmektedir. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı da bu görüşü destekler niteliktedir⁴³⁷. Kanaatimce anılan düzenlemenin kıyasen uygulanması uygun değildir. Zira menfaat devri yaptırımı yeterli ağırlıktadır, bir de masrafların iş sahibinin kendisi için değerinin, yani sübjektif değerinin, dikkate alınması aşırıya kaçan bir uygulama olur.

Bir başka görüş ise, masrafların talep edilmesinde, "zenginleşme" olarak kanunda ifade edilen malvarlığında artış üst sınırının yeterli korumayı sağladığı gerekçesi ile zorlunlu, faydalı ve diğer masrafların tümünün talep edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴³⁸. Belirtmek gerekir ki, tüm masrafların talep edilebileceği ileri sürülürse, masrafların toplamı devredilmesi gereken menfaate denk olabilir. Bu halde caydırıcı bir amaç güden menfaat devri yaptırımı, varılmak istenen sonuca ulaşamamış olur. Hükmün amacının, kişileri bu tür davranışlarda bulunmamak konusunda güdülemek olduğu ve bu amaçla da caydırıcı bir yaptırım olan menfaat devrinin kabul edildiği unutulmamalıdır. Tüm masrafların talep edilmesi durumunda, kişiler, her nasılsa tüm masraflarını ve aşağıda açıklanacağı üzere, makul ücret ve söküp alma hakkını⁴³⁹ haiz olacağını düşünerek, başkasının hukuk alanına müdahale etmekten çekinmeyeceklerdir. Buna ek olarak, makul ücret ve söküp alma hakkının varlığı, zaten taraflar arasındaki menfaat dengesini

⁴³⁷ Yarg. 3. HD, 4.7.1961, 5422/ 4244, Karahasan, s.1103. Söz konusu olayda, yağmur sularının kendi evine zarar vermesini engellemek için iş sahibine ait duvarın ve saçağın yenilenmesi söz konusudur. Yargıtay, iş görenin yaptığı masraflar için iş sahibinin "yapılan iş bu tâdil ve ilaveden istifadeleri miktarında sorumlu olmaları gerekir" demektedir. Ancak bu ifade ile kastedilenin, yukarıda açıklanan, malvarlığındaki artış ile sınırlı olarak masraflardan sorumlu olması kuralına yapılan bir atıf olduğu da kolaylıkla ifade edilebilir. Bu husus, yapılan masrafların değerinin belirlenmesinden bağımsız bir konudur.

⁴³⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.298; Suter, s.94 vd.; Arkan Akbıyık, s.55. Yazarların görüşünün savunulması, menfaat devri yaptırımının cezai ve caydırıcı fonksiyonunun ortadan kalkmasıyla sonuçlanacaktır. Aksi görüşte, Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.118.

⁴³⁹ Bkz. § 3/ II/ D/ 2,3.

korumaktadır. Bu hakların yanında, bir de tüm masrafları talep edebileceğini kabul etmek, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, başkasının hukuk alanına müdahale edecek kişiler açısından çekici kılacaktır. Oysa düzenleme ile amaçlananın bu olmadığı açıktır⁴⁴⁰. Yargıtay da tüm masrafların menfaatten düşülmesini bozma sebebi olarak görmektedir. Marka ihlalini konu alan bir kararda, tüm masrafların düşülmesi gerektiğini ifade eden bilirkişi raporuna göre hüküm kuran ilk derece mahkemesinin bu kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur⁴⁴¹.

Bundan başka, TBK m.529, işin iş sahibinin menfaatine yapıldığı ihtimalde bile, masraf talebini zorunlu ve faydalı masraflarla sınırlandırmaktır. Bu tür sınırlamalar, iş sahibinin yetkilendirmesi olmaksızın, onun hukuk alanına müdahale edildiği durumda, dayatılmış zenginleşmeleri de önlemek adına mutlaka mevcut olmalıdır. TBK m.529'un bu yaklaşımı karşısında, işin, iş sahibinin menfaatine yapılmadığı halde ise evleviyetle masraf kalemlerinde daha dar bir kapsamı kabul etmek gerekir. Sonuç olarak, bu gerekçelerle yukarıda bütün masrafların talep edilebileceğine ileri süren görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Bir başka görüş ise, masraf talebinin sebepsiz zenginleşme temelinde olduğundan yola çıkarak zorunlu masrafların yanında, faydalı masrafların da talep edilebileceğini ifade etmektedir⁴⁴². Oysa yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, iş görenin haklarının talep temelini, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle söz konusu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Gerçek vekâletsiz iş görmede, TBK m.529 gereği, iş görenin zorunlu ve faydalı masraflarının ödenmesi, borçlarından kurtarılması ve zararının tazmin edilmesi gerekmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından ise kanun özel bir

⁴⁴⁰ Aynı yönde, Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.118.

⁴⁴¹ Yarg. 11. HD, 8.12.2003, 4454/11481, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2014.

⁴⁴² Gümüş, C.II, s.240; Uygur, Cilt 3, s.2992; Eren, s.853; Bucher, BT, s.663.

düzenleme getirmemektedir. Bu iki kurumun, iş görenin kötünietinden kaynaklanan derin ayrılığı ve aslında tarihsel sebeplerle bir arada bulunuyor olması⁴⁴³, aynı çözümün benimsenmesi bir yana, farklı çözümler benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan, talep temeli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olmakla birlikte, iyiniyet-kötüniet ayrımına gitmek suretiyle masraf talep edilmesi hususunu düzenleyen ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye yakın duran sebepsiz zenginleşenin ya da haksız zilyedin iade yükümlülüğüne ilişkin kuralların “kıyasen” uygulanmasının mümkün olup olmadığını incelemek gerekir.

İlk olarak kıyasen uygulanması akla gelen kural Türk Borçlar Kanunu’nun 80. maddesinin ikinci fıkrasıdır ⁴⁴⁴. Söz konusu hüküm gereğince, kötünietli zenginleşen, zorunlu giderlerini ve faydalı giderlerinden yalnızca geri verme zamanında mevcut değer artışını talep edebilir. TBK m.80/II’nin kıyasen uygulanması sonucunda, iş gören de yaptığı masraflardan zorunlu masrafları ve iade zamanında var olan faydalı masrafları talep edebilecektir ⁴⁴⁵. Yapılan masrafların zorunlu ve/veya faydalı olduğunun yanı sıra, faydalı masrafların iade zamanında var olduğunun iş gören tarafından ispat edilmesi gerekmektedir⁴⁴⁶. Ancak bu çözüm yolu, iş sahibinin menfaatine işin görüldüğü gerçek vekâletsiz iş görme için TBK m.529’da öngörülen düzenlemeye paraleldir. Yukarıda belirtildiği gibi, gerçek vekâletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, iş görenin kötünietinden kaynaklanan önemli farklılıklar taşırlar⁴⁴⁷ ve bu nedenle iş görenin masraf talepleri açısından bu denli benzer bir çözümün benimsenmesi uygun görünmemektedir.

⁴⁴³ Bkz. § 1/ II.

⁴⁴⁴ Gümüş, düzenlemede “zenginleşme” ifadesinin yer almasını, sebepsiz zenginleşmeye yapılan bir atıf olarak değerlendirmekte ve bu sebeple TBK m.80’in uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Gümüş, C.II, s.240.

⁴⁴⁵ Kanunda yer alan ifade, öğretide de yukarıda açıklandığı şekliyle anlaşılmaktadır. Bkz. Nomer, N. 144, 2; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.390; Kılıçoğlu, s.514. Antalya ise, hem zorunlu hem de faydalı masraflar açısından, iade zamanında kalan değer artışının talep edilebileceğini ifade etmektedir. Antalya, s.825. Talep temeline ilişkin görüş belirtilmemekle birlikte, zorunlu ve yararları giderlerin talep edilebileceği yönünde, Zevkliler/ Gökyayla, s.631; Karahasan, s.1092.

⁴⁴⁶ BGer 134 III 306. Aynı görüşte, Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12.

⁴⁴⁷ Bkz. § 1/ VI/ B.

Bundan başka, sebepsiz zenginleşen, kötünıyetli de olsa, çoğu zaman ⁴⁴⁸ , zenginleşme konusu mal üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. Bu bakımdan, bir kişinin malik olduğu mala faydalı masraf yapması rasyonel ve hukuk düzenince istenen bir davranıştır. Gerçekten de çoğu zaman kişiler bu tür masraflarda bulunacaklardır. Hukuk düzeni, sebepsiz zenginleşmek suretiyle bir mala malik olan kişinin, o mala faydalı masraf yapmasını istiyorsa, sebepsiz zenginleşme ilişkisinin çözülmesinde, bu masrafların tazmin edileceği şeklinde bir düzenleme yapmalıdır. Sebepsiz zenginleşilen mal için faydalı masrafın yapılması istendiği için bu düzenleme mevcuttur ve yerindedir. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin, sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak bu tür korunması gereken bir menfaati yoktur. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumu için, kanun koyucunun, sebepsiz zenginleşmede olanın aksine, söz konusu eşyaya masraf yapılmasını istiyor olduğu ileri sürülemez. Açıklanan nedenlerle, sebepsiz zenginleşmede iadeye ilişkin TBK m.80/II'nin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede masraf talebinin kapsamını belirlemek için kıyasen uygulanması yerinde görülmemektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, ne tür masrafların karşılanması gerektiği hususunda, kıyasen uygulanması mümkün görünen son düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesinin ikinci fıkrasıdır⁴⁴⁹. Bu hükmün uygulanması kabul edilirse, gerçek olmayan vekâletsiz iş gören kişinin her zaman kötünıyetli olacağı göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca zorunlu masrafların iş sahibi tarafından giderilmesi söz konusu olacaktır.

⁴⁴⁸ Örneğin taşınır eşyalarda soyutluk ilkesinin tasarruf işlemini geçerli kılması ya da işleme, karışma gibi bir nedenle.

⁴⁴⁹ İfade etmek gerekir ki, uygulanması kabul edilen TMK m.995/ II hükmü, yukarıda da vurgulanmaya çalışıldığı üzere, yalnızca masraf kalemlerinden hangilerinin tazmin edileceğine ilişkin olarak ve kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, TMK m.995/II gereği, haksız zilyedin masraf taleplerine uygulanacak zamanaşımı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanacak zamanaşımı bakımından önemli ya da etkili değildir.

Söz konusu düzenleme kapsamında zorunlu masraf ifadesinden anlaşılması gereken ise, doktrinde ifade edildiği üzere gerçek hak sahibi tarafından da yapılacak olan masraftır⁴⁵⁰. Başka deyişle, yukarıda ifade edildiğinin aksine⁴⁵¹, kanun koyucu, burada zorunlu masrafın belirlenmesi için var olan objektifliği nispeten sübjektif bir kriter haline getirmektedir⁴⁵². Bu kriter de iş sahibinin davranış biçimi, kendi işlerini yürütürken aldığı tedbirler ve benzeridir⁴⁵³. İspatına ilişkin olarak ise, baskın görüş, iş gören tarafından masrafların⁴⁵⁴ objektif değerinin ispatlanması gerektiğini yerinde olarak ifade etmektedir⁴⁵⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması kanaatimce yerinde görünmektedir⁴⁵⁶. Bunun ilk gerekçesi, gerçek vekâletsiz iş görenin, işi iş sahibi menfaatine gördüğü durumda, zorunlu ve faydalı masrafları elde edebilmesi karşısında; başkasına ait işi kendi menfaatine kasten ya da ağır ihmal ile gören kişi için de aynı çözümün benimsenmesinin uygun olmamasıdır⁴⁵⁷. Bundan başka, TMK m.995'teki düzenlemenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir özel görünümü olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Başka

⁴⁵⁰ TMK m.995 ile TBK m.80 düzenlemesinin kıyaslanması hakkında, bkz. Ulusan, s.61-67.

⁴⁵¹ Bkz. § 3/ II/ D/ 1/ a.

⁴⁵² Keller, s.85; Özen, s.339 vd., Serozan, Haksız Zenginleşme, § 26, N.12; Serozan, Eşya, s.196-197; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.234; Yavuz, s.235; Ünal/ Başpınar, s.286,287. Utku ise, sübjektif kriterin varlığını uygun bulmamakta ve bu çözümün kötünietli zilyedin zorunlu gider talebini ortadan kaldıracığını ifade etmektedir. Bkz. Utku, s.97, 98. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir de objektif esaslara göre zorunluluğun belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.136. Aynı görüşte, Homberger, Art. 940, N.14; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.344; Ayan, s.141,142.

⁴⁵³ Keller, s.85. Bu çözüm yolu BGB § 994 için sunulmuş olmakla birlikte, yazar tarafından İsviçre hukuk sistemi (ve böylelikle Türk hukuk sistemi) için de önerilmekte olup, Türk hukukunda da desteklenmektedir. Bkz. Özen, s.341; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 26, N.12; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.234; Yavuz, s.235.

⁴⁵⁴ Bkz. § 3/ II/ D/ 1/ a – "Tanım ve Hukuki Nitelik" başlığı altında, genel ifadeyle gider kavramı kullanılmış olmakla birlikte, kapsam ve uygulanacak hükmün açıklanacağı bu bölümde, kanunun ifadesi olan masraf ibaresi kullanılacaktır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, bu iki terimin aynı anlamda olduğu kabul edilmektedir.

⁴⁵⁵ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.140. TMK m.995/II kapsamında, aynı yönde, Özen, s.344.

⁴⁵⁶ Aynı yönde, Moser, s.183; Gautschi, Art.423 OR, N.11b; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Lischer s.92.

⁴⁵⁷ Aynı yönde, Schmid, GoA, N.846; Hofstetter, s.216; Kılıçoğlu, Basın, s.360. Özen de TMK m.995'in, gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin yaptığı giderlerle olan paralellliğini kabul etmekte ve TMK m.995'in özel görünüm olabileceğini ifade etmektedir. Özen, s.374.

deyişle, vekâletsiz iş görmenin bir özel görünümü için kabul edilen masraf talebi düzenlemesinin, kıyasen ana kural için de uygulanması yerindedir.

Yargıtay'ın da bu yönde kararlarına rastlanmaktadır. Nitekim Yargıtay, somut koşullar altında işin görülmesi için tercüman tutulmasının zorunlu masraf olmaması nedeniyle, bu masrafın iş sahibinden talep edilemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁵⁸. Yargıtay bir başka kararda ise, müştereken malik olunan bir taşınmaz için yapılan imar işlemlerine ilişkin masrafların zorunlu masraf olarak diğer malikten talep edilebileceğine karar vermiştir⁴⁵⁹. Bir başka kararda ise, kiralanan iş yerine yapılan masrafları, kiracı yalnızca kendisini düşünerek yaptığından, BK m.414 (TBK m.530) söz konusu olacağına ve TMK m.995 uygulanarak yalnızca zorunlu masrafların ödenmesinin gerektiğine karar verilmiştir⁴⁶⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2020 Tasarısı'na bakıldığında ise, 71. madde gereği masrafların "makul ve kanıtlanmış olduğu ölçüde" tazmin edilebileceği düzenlenmektedir. Bu hükmün, İsviçre Borçlar Kanunu Art. 423'ten daha açık olduğu ifade edilmektedir⁴⁶¹. Görüldüğü üzere, masraflar açısından makul olma esası getirilmiştir. Makul masrafa örnek olarak ise hukuka aykırı alt kira

⁴⁵⁸ Yarg. 13. HD, 1.11.1984, 5897/6808, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013. Söz konusu karar gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin olsa bile, işin iş sahibi menfaatine görülmediği bir kurguda yaklaşım evleviyetle zorunlu masraflarla sınırlama yönünde olacaktır. Zorunlu masrafların talep edilebileceği yönünde başka kararlar için bkz. Yarg. 3. HD, 18.2.2013, 22537/2399, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013; Yarg. 4.HD, 16.2.1987, 722/ 1926, Uygur, Cilt 3, s.2993. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bir başka kararı eleştiriye açıktır. Bkz. Yarg. 13. HD, 10.5.2001, 2832/5062, Hukuktürk İçtihat Bankası, 11.2.2014. Bir kooperatifin, kendi inşaatı ile ilgili yolu yaptırması ve yola sınır bir başka taşınmazdaki kişiye masraflar için başvurulmasına ilişkin bir olayda, Yargıtay zorunlu masraf sınırlamasını yapmadan, kişinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği kendine düşen masrafları ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Oysa burada düpedüz bir dayatma söz konusudur. Nitekim bu arsanın, malikinin hiç kullanmadığı bir arsa olduğu düşünülürse, örneğin çarpıcılığı artar. Bu tür bir durumda işin komşu arsa maliki menfaatine görülmediğini ileri sürmek gerekir. Böylelikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiğine karar verilemez. Yine Yargıtay'ın, hukuki gerekçeyi belirtmeden, hem zorunlu hem de faydalı masraflara hükmettiği bir kararı için bkz. Yarg. 6. HD, 12.7.2012 7194/10747, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.3.2014.

⁴⁵⁹ Yarg. 13. HD, 10.05.2001, 2832/5062, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013.

⁴⁶⁰ Yarg. 4. HD, 6.1.1978, 10859/ 12, Yavuz, s.51.

⁴⁶¹ Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.71, N.3.

yapıldığında, ev sahibine asıl kiracının ödediği bedel gösterilmektedir⁴⁶². Örneğin kira bedeli 1000 TL olan bir daire, 1500 TL'ye alt kiraya verilmiş ise, ev sahibine ödenen 1000 TL masraf olarak kabul edilecek⁴⁶³ ve 1500 TL'den düşülecek, ödenecek menfaat 500 TL olacaktır. Ancak "düşüldüğü" kabul edilen 1000 TL'nin zaten en başta ev sahibine verilmiş olduğuna dikkat çekmek gerekir. İspat külfeti de açıkça iş görene yüklenmektedir⁴⁶⁴. Önemle belirtmek gerekir ki, "makul" masrafa örnek olarak gösterilen masraf, yukarıda açıklanan kapsamda bir zorunlu masraftır. Dolayısıyla Tasarıda kabul edilen yaklaşımın da yukarıda varılan sonuca paralel olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

2. Ücret Talebi

Türk Borçlar Kanunu'nda, vekâletsiz iş görenin ücrete hak kazanacağını ifade eden bir kural bulunmamakla birlikte, vekâletsiz iş görmenin bazı özel görünümünde ücretin düzenlendiği görülmektedir⁴⁶⁵. Gerçek vekâletsiz iş görme için iş görenin ücrete hak kazanacağı rahatlıkla söylenebilir⁴⁶⁶. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için tartışma söz konusudur.

Doktrinde bir görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin ücret talebinde bulunamayacağını ifade etmektedir⁴⁶⁷. Yargıtay'ın gerçek vekâletsiz iş görmeyi konu eden eski tarihli bir kararına bakıldığında ise ücrete ancak tacir olan iş görenin, tacir sıfatına dayanarak bir iş görmesi halinde hükmedilebileceği, yoksa Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca ücrete hak kazanılamayacağı belirtilmektedir⁴⁶⁸.

⁴⁶² Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.71, N.4.

⁴⁶³ Aynı yönde İnceoğlu, C.I, s.517; YHGK, 13.3.2013, 6-1067/364, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 07.03.2014.

⁴⁶⁴ Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.71, N.5.

⁴⁶⁵ Gerçek vekâletsiz iş görme için, TMK m.731/II, TTK m.1304.

⁴⁶⁶ Suter, s.97; Özdemir, s.124.

⁴⁶⁷ Brinner, s.58, s.70; Swoboda, s.51 vd.; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.118; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.275; Hofstetter, s.216; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Gümüş, C.II, s.240; Arsebük, s.236; Arkan Akbıyık, s.56. Federal Mahkeme'nin de eski tarihli kararları, ücret konusunda bu görüşe katılmaktadır. Bkz. BGer 86 II 26; BGer 36 II 598.

⁴⁶⁸ Yarg. 18.9.1954, 4592/6817, Ankara Barosu Dergisi, 1955, S.1, s.644 vd. Ancak bu karar Tandoğan tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. Tandoğan, Ücret, s.386 vd.

Diğer bir görüşe göre ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından da uygun bir ücretin ödenmesi gerekir⁴⁶⁹. Kanaatimce de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin makul ücret talebi haklı bulunmalıdır. Zira bir şirketin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmek suretiyle bir faaliyet içinde olması durumunda, örneğin haksız rekabet etmesi halinde, iş gören tüzel kişidir ve fakat işi fiilen gören şirket yetkilisine yapılan ödeme zorunlu masraf kaleminden sayılabilecektir. Benzer şekilde, iş gören yardımcı kişi kullanmışsa, bu kişilere ödeyeceği ücreti de masraf olarak talep edebilecektir⁴⁷⁰. İş görme sırasında çalıştırılan kişilere verilen ücretlerin masraf kapsamında sayıldığı hususunda tartışma olmadığını ifade etmek gerekir⁴⁷¹. Bu açıdan, tüzel kişiler ya da yardımcı kişi kullanan iş gören açısından var olan bu yaklaşımın, işi kendi gören gerçek kişiler açısından farklı olmasını gerektiren bir sebep yoktur. Ancak zorunlu masraflar ve uygun ücret eklendiğinde, bu miktarın yine devredilecek menfaati geçmemesi gerektiği unutulmamalıdır.

3. Borçlardan Kurtarma

İş görenin, işin görülmesi ile ilgili olarak, üçüncü kişilere borçlanması, aslında dolaylı masraf olarak değerlendirilebilir⁴⁷². Buna rağmen, kanun koyucunun, iş sahibini masrafların yanında ayrıca bir de borçtan kurtarmakla yükümlü tutmasının nedeni olarak, borçların ödenmesi ile masrafların karşılanmasının farklı yöntemlerle yerine getirilmesi gösterilmektedir⁴⁷³. Yukarıda ifade edildiği üzere, masraf, çoğu kez ancak iş sahibi tarafından menfaat devri talep edildikten sonra, iş gören tarafından talep edilebileceğinden, usul söz konusu menfaatten masrafları düşmek

⁴⁶⁹ Moser, s.185,186; Widmer, s.94; Lent, s.101 vd.; Fischer, s.116; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.300; Tandoğan, Ücret, s.386 vd; Tandoğan, Borçlar Özel, s.682-683; Zevkliler/ Gökyayla, s.632. Bazı yazarlar ise ücreti masraf kapsamında değerlendirmektedirler: Suter, s.96,97; Hagenbüchli, s.77,78; Aeby, s.94; Oser/ Schönenberger, Art.422, N.8; Becker, Art.22, N.4; Arsebük, s.109. Lent ise ücretin masraf kapsamında olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Lent, s.101,102. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından bu tartışmanın önemi bulunmamaktadır.

⁴⁷⁰ Hagenbüchli, s.78.

⁴⁷¹ Moser, s.184; Fischer, s.39; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.299.

⁴⁷² Gümüş, C.II, s.240.

⁴⁷³ Suter, s.101; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.273; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646. Aksi görüşte, Arkan Akbıyık, s.56.

olacaktır. Bu görüşe göre, borçtan kurtarma ise, doğrudan iş görenin alacaklısına yapılacak ifa ile gerçekleştirilmelidir. Zira aksi durumda alacaklının menfaati tehlikeye düşebilir.

Bu görüşün dayandığı ayırım kanaatimce tartışılmaya açıktır. Zira iş sahibine, iş görenin borçlu olduğu kişileri bulup onlara ödeme yapmak külfetinin yüklenmesi uygun görünmemektedir. Burada bir yetkilendirme ya da iş ilişkisi olmadığı; tam aksine, bir kişinin kendi menfaatine ya da yasaklamaya karşın bir başkasının hukuk alanına müdahale ettiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, tıpkı diğer masraflarda olduğu gibi, iş gören tarafından ispatlanan borçlara ilişkin bedel de, elde edilen menfaatten düşülmelidir. Yoksa iş sahibi, iş görenin borçlarından, alacaklılara karşı sorumlu tutulmamalıdır. Nitekim en baştan bu kişilerle hukuki ilişki içinde olan iş görenin kendisidir ve bu nispi ilişkiler iş sahibini bağlamaz. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği menfaat devri talep etmesi de iş görenin üçüncü kişilerle olan ilişkisine iş sahibini dahil etmez. İş sahibinin görülen işi uygun bulma hakkını kullanması olasılığında dahi, vekâlet hükümlerinin, sadece iş gören ile iş sahibinin birbiri ile olan ilişkisi (iç ilişki) açısından uygulanacağı unutulmamalıdır⁴⁷⁴.

Elde edilen menfaat para yerine, bir hak ya da eşya ise veya iş görme sonucu menfaat doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana geliyorsa, tıpkı masraflarda olduğu gibi, borçtan kurtarma da iş sahibi tarafından iş görene ödenecek bir miktar para şeklinde olacaktır⁴⁷⁵.

4. Zararların Tazmini

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin olarak, iş görenin zararlarının tazmin edilip edilmeyeceği hususunda kanun metninde bir açıklık yoktur. Doktrinde bir

⁴⁷⁴ Bkz. § 3/ IV. Bir görüşe göre bu halde kanuni devir söz konusu olacaktır. Yavuz/ Acar/ Özen, s.578. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s.576-578.

⁴⁷⁵ Schmid, GoA, N.848.

görüş, iş görenin zararlarının tümünün, menfaat devrinden düşüleceğini, bu suretle de tazmin edilebileceğini ifade etmektedir⁴⁷⁶. Ancak aşağıda açıklanan gerekçeyle bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Gerçek vekâletsiz iş görme söz konusu olduğunda, TBK m.529 gereği, iş görenin zararı varsa, tazminatı hâkim takdir edecektir. Başka deyişle, iş görenin zararı tam olarak tazmin edilmeyebilir. Tazminatın miktarı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu konuda doktrinde açıkça ifade edilmektedir ki, iş görenin, zararın doğumunda hafif ihmal şeklindeki kusuru dahi nedensellik bağına keser ve böylelikle iş sahibi iş görenin uğramış olduğu zararı tazmin etmekten kurtulur⁴⁷⁷. Gerçek vekâletsiz iş görme için var olan TBK m.529 düzenlemesi, iş sahibi menfaatine bir işin görüldüğü duruma ilişkindir. Gerçek vekâletsiz iş görme, belli sınırlar içinde bir başkasının hukuk alanına müdahale etmeye izin verir. Bu nedenle kanun koyucu, iş sahibinin yetkilendirilmesi olmasa dahi, onun yararına olacak bir işi gören kişiyi zor durumda bırakmak istememekte ve bu kişinin zararının kısmen de olsa giderilmesini öngörmektedir. Ancak bu iyiniyetli kişi için bile zararların kısmen, hâkimin takdir ettiği oranda karşılanması mümkün iken, işi kendi menfaatine gören kişinin, zararlarının tümünü menfaatten düşebileceğini ileri süren görüş tutarlı olmaktan uzaktır⁴⁷⁸. Alman Federal Mahkemesi de, marka hukuku açısından, müşterilere satılan ürünler nedeniyle ödenilen tazminatların elde edilen menfaatten düşülmemesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁴⁷⁹.

Sonuç olarak yukarıda açıklanan nedenlerle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören zararlarının tazminini talep edememelidir. Bunun yanında, kusurlu iş

⁴⁷⁶ Özdemir, s.129.

⁴⁷⁷ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.286, s.301; Suter, s.105, 106. Önemle belirtmek gerekir ki söz konusu kusurun nedensellik bağına kesecek ağırlıkta olması gerektiği ifade edilmemektedir. Bu açıdan hafif ihmalin dahi illiyet bağına kesmeye yetebileceği şeklindeki geniş yorum uygun görünmektedir.

⁴⁷⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.299; Özdemir, s.129; Zevkliler/ Gökyayla, s.632. Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.145. Krş. Arkan Akbıyık, s.57. Arkan Akbıyık ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından zararın tazmininin mümkün olmayacağını ifade etmektedir.

⁴⁷⁹ BGH 7.2.2002, I ZR 304/99, GRUR 2002, s.535.

gören, çoğu durumda haksız fiil temelinde de tazminat talep edemeyecektir. Zira iş görenin kendi ağır kusuru illiyet bağına kesebilecektir⁴⁸⁰.

5. Söküp Alma Hakkı

a. Genel Olarak

Söküp alma hakkı⁴⁸¹, Türk Borçlar Kanunu'nun 529. maddesinde gerçek vekâletsiz iş görme için "*İş gören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir*"⁴⁸² şeklinde düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, düzenleme sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yapmaktadır. Ancak bu düzenlemenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, bütün masrafların talep edilebileceğinden yola çıkarak, zorunlu ve faydalı masraflar yanında diğer masrafların da bu kapsamda olduğunu ve bu nedenle söküp alma hakkının var olmadığını ifade etmektedir⁴⁸³. Ancak faydalı masraflar ile diğer masrafların, karşılanabilecek masraflar olduğu kabul edilmemesi gerektiğinden, bu çözüm yolu, kendi açısından tutarlı olmakla birlikte, kanaatimce benimsenmesi mümkün değildir⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.301. Bu konuda bkz. Baş, s.112 vd. özellikle s.115.

⁴⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, s.406-410; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.391,392.

⁴⁸² Bu hükme ilişkin olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 413. maddesinin üçüncü fıkrasında var olan bir çeviri yanlışlığının, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzeltilme fırsatının kaçırıldığı görülmektedir. TBK m.529/III iş görenin "*yapmış olduğu giderleri alamaması*" olasılığından bahsetmektedir. Oysa düzenlemenin İsviçre aslına bakıldığında, OR Art. 422'de, iş sahibinin karşılamakla yükümlü olmadığı masraflardan söz edilmektedir. TBK m.529'un OR Art.422'ye paralel yorumlanması yerinde olur. Söküp alma hakkının, bağımsız olarak talep edilemeyen giderlere yönelik olduğu yönünde, aynı görüşte, Özen, s.407; Homberger, Art.939, N.20; Keller, s.100; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.391.

⁴⁸³ Arkan Akbıyık, s.58. Arkan Akbıyık tüm masrafların talep edilebileceğini savunan Tandoğan'ı çelişkiye düşmekle eleştirmektedir. Oysa tüm masrafların talep edilebileceği bir yana, iş görenin, iş görme konusu eşyada bırakmak istemeyeceği bir bütünleyici parça elbette söz konusu olabilir. Bu halde, özellikle zarar vermeden söküp alma ve diğer şartlar gerçekleşmişse, neden söküp alma hakkının kullanılamayacağı anlaşılmalıdır. Tandoğan'ın tüm masrafların talep edilebilirliği hakkındaki görüşü ve bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. § 3/ II/ D/ 1.

⁴⁸⁴ Bkz. § 3/ II/ D/ 1/ b/ aa.

Diğer bir görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin tıpkı gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi, eşyaya bir şeyler eklemek suretiyle bir iş görmesi durumunda söküp alma hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir⁴⁸⁵. Gerçek vekâletsiz iş görmede söküp alma hakkını düzenleyen TBK m.529 kuralının sebepsiz zenginleşmeye yaptığı atıf nedeniyle, TBK m.80/III uygulama alanı bulacaktır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin olarak, söküp alma hakkını tanıyan bir düzenleme bulunmadığı için Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun söküp alma hakkına ilişkin sistematığına bakmak ve kanunlarda yer alan kuralların arka planında ne tür bir çıkar çatışması yaşandığı ve nasıl çözüm getirildiğini tespit etmek gerekir. Bu şekilde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'na bakıldığında, söküp alma hakkının temel olarak iki kurum altında düzenlendiği görülmektedir⁴⁸⁶. Bunlardan ilki, sebepsiz zenginleşme (TBK m.80); diğeri ise haksız zilyedin iade borcudur (TMK m.994,995). İyiniyetli – kötüniyetli sebepsiz zenginleşen ayrımını esas alan sebepsiz zenginleşme talep temelinde, söküp alma hakkı, iyiniyet-kötüniyet ayrımı yapılmaksızın tanınmaktadır.

Sebepsiz zenginleşen lüks giderler olarak da tanımlanan, zorunlu ve faydalı gider dışında kalan masraflar için söküp alma hakkını kullanabilmektedir (TBK m.80/III). Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesi ise, sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak söküp alma hakkını yalnızca iyiniyetli zilyede tanıyor görünmektedir. Ancak bu

⁴⁸⁵ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.301; Suter, s.138; Oser/ Schöenberger, Art.423 OR, N.5.

⁴⁸⁶ Başkaca pek çok yerde söküp alma hakkı düzenlenmekte ise de, genel olarak yukarıda açıklanan iki düzenlemeye atıf yapılmaktadır. Örneğin TMK m.801, intifa hakkı sahibinin yapmakla yükümlü olmadığı halde yaptığı giderler için vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir. Kastedilen düzenleme TBK m.529 düzenlemesi olup, onun da TBK m.80'e atıf yaptığı gözden uzak tutulmamalıdır.

konuda doktrinde tartışma söz konusudur. Bazı yazarlarca lâfzî bir yorum ile⁴⁸⁷ söküp alma hakkının yalnızca iyiniyetli haksız zilyede tanındığı ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Oysa TMK m.994 ve 995 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Zira TMK m.994 hükmü, masraf taleplerine ilişkin genel bir hükümdür. Buna karşılık, TMK m.995/II, bu genel hükme, yalnızca kötünüyetli zilyedin ileri sürebileceği giderlerin kapsamı bakımından bir sınırlama getirdiği için TMK m.994 kuralının söküp alma hakkına ilişkin kısmı, kötünüyetli zilyet için de uygulama alanı bulabilecektir⁴⁸⁹. Yapılan bu yorum sonucu, kötünüyetli haksız zilyede de söküp alma hakkı tanındığında; Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun, iyiniyet – kötünüyet ayırımına gitmeden bu hakkı tanıdığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu çözümün, ilke kıyası ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de uygulanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır⁴⁹⁰.

İlke kıyasına ek olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin masraflar hakkında, TMK m.995'in uygulanması gerektiği yukarıda belirtilmiştir⁴⁹¹. Söküp alma hakkı da, talep edilemeyen masraflara ilişkin olup, masraflara uygulanan kural ile aynı kurala tâbi olmalıdır. Kötünüyetli haksız zilyet ile kötünüyetli iş görene uygulanacak hüküm aynı olduğundan, söküp alma hakkının kötünüyetli iş görene de tanınması gerekir.

Bu gerekçelerin yanında, söküp alma hakkının varoluş sebebine, yani bu hakkın tanınmasının arkasında yatan mantığa bakmak gerekir. Söküp alma hakkı, aslında hukuken geçerli olmayan bir ilişki sebebiyle malvarlıkları arasında bir kayma

⁴⁸⁷ Bu lafzi yorum ile yalnızca iyiniyetli zilyede söküp alma hakkının tanınması yönünde, Ayan, s.142; Homberger, Art. 940, N.15; Utku, s.99; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.348; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.135.

⁴⁸⁸ Wieland, Art.940 ZGB, N.4.

⁴⁸⁹ Wieland, Art.940 ZGB, N.4; Serozan, Eşya, s.196-197; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.234; Sirmen, s.123; Reisoğlu, Eşya, s.109,110; Karahasan, Eşya, s.471; Ünal/ Başpınar, s.287. Aksi yönde, Ayan, s.142; Homberger, Art. 940, N.15; Utku, s.99; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.348; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.135. Alıkoyma hakkına ilişkin aynı yorum için bkz. Özen, s.397.

⁴⁹⁰ İlke kıyası hakkında bkz. Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.37.

⁴⁹¹ Bkz. § 3/ II/ D/ 1/ b.

olmasını engelleme amacı taşımaktadır. Ancak bu değer kaymasını engelleme, başka deyişle eski hale iade durumunun, asıl hak sahibini borç altına sokması, yapılan masrafların niteliği açısından uygun görülmemektedir. Nitekim bu masrafların da ödenmesi talep edilebilseydi, ortada dayatılmış bir zenginleşme söz konusu olurdu. İşte söküp alma hakkı, bu şekilde dayatılmış zenginleşmeyi önlemek ister⁴⁹². Zira bu tür giderler, bir malın muhafazası ve işlevini sürdürmek için yapılmamaktadır (TMK m.995/II). Gerçek hak sahibi olan iş sahibi, kendisine ait işin görülmesi sırasında, iş gören ile herhangi bir sözleşme yapmamış, kendisini bu konuda yetkilendirmemiştir. İş sahibi için yapılan bu tür giderler tamamen faydasız durumda olabileceği gibi, yalnızca istenmiyor da olabilir. Böylesi bir durumda, iş sahibini, kendisi için yararı olmayan, yapılmasını istemediği giderleri karşılamaya zorlamak uygun değildir. Bu nedenle zorunlu masraf dışında kalan masraflar için kötüniyetli haksız zilyet masraf talebinde bulunamayacaktır.

Bu tür giderler için masraf talebinde bulunmak uygun görülmemekle birlikte, iş sahibi ile iş gören arasındaki ilişkiyi dengeli hale getirmek de gereklidir. Zorunlu ya da faydalı olmayan bir masraf yapılmak suretiyle meydana gelen değer kaymasını eski hale getirmenin bir yolu masrafların karşılanması iken – ki bu yolun uygun olmadığı yukarıda açıklandı – diğer yolu ise yapılan masrafın söküp alınmasıdır. Böylelikle malvarlıkları arasında bir değer kaymasına engel olunmuş olur. Kanaatimce, iyiniyetli olsun ya da olmasın, taraflar arasındaki dengenin sağlanması için, durumun eski hale getirilmesi amacını gerçek olmayan vekâletsiz iş görme de taşımaktadır. Ayrıca, tüm menfaati devralan iş sahibi, çok elverişli bir durumdadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ifade edileceği üzere, iş görenin durumu eski hale getirmesi gerekli olmakla birlikte bu yeterli değildir; elde edilen tüm menfaatin devredilmesi gerekir. Bunun karşılığında da, iş görene söküp alma hakkını tanıyarak taraflar arasındaki dengeyi sağlamak uygun görünmektedir. Bu arada, söküp alma hakkının, her lüks ve faydalı masrafın varlığında kullanılması da söz konusu değildir.

⁴⁹² Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.15.

Aşağıda açıklanacağı üzere, bu hak ancak belli bazı şartların varlığı halinde kullanılabilir. Dolayısıyla hakkın tanınması kural olarak kabul edildikten sonra dahi bazı hallerde bu hakkın gündeme gelemeyeceğini hatırlatmak gerekir.

Sonuç olarak söküp alma hakkının gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında iş görene de tanınması, yukarıda açıklanan üç gerekçeyle –*ilke kıyası, TMK m.994-995'in kıyasen uygulanması, söküp alma hakkının ratio legis'i* – yerinde görünmektedir. Yargıtay da aynı görüştedir⁴⁹³.

b. Söküp Alma Hakkının İş Gören Tarafından Kullanılması

Söküp alma hakkının kullanılabilmesi için, iş görme neticesinde, iş sahibine ait bir eşyaya, bütünleyici parça teşkil edecek bir ekleme yapılması gerekmektedir⁴⁹⁴. Başka deyişle, eğer bütünleyici parça değil de, bir eklenti söz konusu ise, eklenen şey aşağıda açıklanacak koşullara tâbi olmaksızın iş gören tarafından alınabilir⁴⁹⁵.

Söz konusu eşya ile birleştirilen bütünleyici parçanın, zararsızca ayrılması mümkün ise⁴⁹⁶, geri vermeden önce⁴⁹⁷ söküp alma hakkı kullanılabilir. Buna karşılık iş sahibi, yapılan eklemeler için bir karşılık önerirse, bu durumda artık söküp alma hakkı

⁴⁹³ Yarg. 6. HD, 12.7.2012, 7194/10647, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 14.3.2014.

⁴⁹⁴ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.287; Antalya, s.825; Öz, s.165; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.381; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.20; Özdemir, s.125; Özen, s.406.

⁴⁹⁵ Nomer, N.144, 2; Öz, s.165; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.391.

⁴⁹⁶ Bilindiği üzere, bütünleyici parçanın ayırt edici özelliği, eşyaya zarar vermeden ayırmanın mümkün olmamasıdır. Ancak eğer bütünleyici parça söküp alındıktan sonra, söz konusu eşya eski haline getirilebilirse, bu hak kullanılabilir. Homberger, Art.939, N.19; Keller, s.100; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.229,230. Söküp almadan sonra eşyaya gelen zarar onun eski hale getirilmesine engel olacaksa, bu hak kullanılamayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, s.165,166; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.529,530; Antalya, s.825; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.391; Staudinger/ Gursky, § 997, N.18; Özen, s.412,413; Yavuz, s.49. Kanaatimce bu yoruma destek olarak BGB § 997 hükmü de gösterilebilir.

⁴⁹⁷ Kural olarak, söküp alma hakkı, geri vermeden önce kullanılmakla birlikte; iş gören söküp alma hakkını saklı tutarak, şeyi iş sahibine verdiğyse, geri verdikten sonra da söküp alma hakkını kullanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, s.418-421; Arsebük, s.108; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.170; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.288. Aksi yönde, Antalya, s.825; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.391; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.16.

kullanılmayacaktır⁴⁹⁸. Bu hakkın diğere bir sınırının da TMK m.2 olduğu unutulmamalıdır⁴⁹⁹. Ancak şeyin sahibi tarafından bedel ödenmesi suretiyle söküp alma hakkının engellenmesine de TMK m.2'nin sınır teşkil edeceği gözden uzak tutulmamalıdır⁵⁰⁰.

Önerilen karşılığın ne şekilde belirleneceği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sökülmesi söz konusu eşyanın, iş gören açısından değeri göz önünde tutulmalıdır⁵⁰¹. Diğere görüş ise, yapılan masrafın, yapıldığı zamandaki nakdi karşılığının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰². Bir diğere görüşe göre ise, gerçek hak sahibi, bütünleyici parça olmaktan çıkaracağı ve bağımsızlaştıracağı nesnenin parasal karşılığını ve söküp alma hakkı kullanılsaydı elde edilecek diğere malvarlıksal çıkarları ödeyerek bu hakkın kullanılmasına engel olabilir⁵⁰³. Tarafların bedel üzerinde anlaşamama hali uygulamada sıkça gündeme gelebilecek olup, bu halde iş sahibinin söküp alma hakkının kullanılmasını engellemek üzere, iş görenin belirlediği bedeli tevdi etmesi uygun bir çözüm olarak ifade edilmektedir⁵⁰⁴.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, masraflara ilişkin olarak TBK m.995/II'nin uygulanması gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. Söküp alma hakkı da aslında

⁴⁹⁸ Suter, s.109,110; Oser/ Schönerberger, Art. 65, N.6; Öz, s.166; Sirmen, s.123; Antalya, s.825; Kılıçoğlu, s.513; Arkan Akbıyık, s.58; Özen, s.410; Karahasan, Eşya, s.471; Yavuz, s.50. Söküp alma hakkının kullanılmasını engelleyen bu hakkın, seçimlik bir yetki verdiği yönünde, bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 27, N.20.

⁴⁹⁹ Keller, s.100; Staudinger/ Gursky, § 997, N.15; Homberger, Art.939, N.19. TMK m.2 ve uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.177-193; Oğuzman/ Barlas, § 6 – Hakların Kullanılması ve Dürüstlük Kuralına Uyuma Zorunluluğu; Serozan, Genel Hükümler, II § 9, N. 9d-12a.

⁵⁰⁰ Homberger, Art.939, N.19; Özen, s.411. Özen haklı olarak, hakkın kullanılmasına ilişkin bir sınırın da, söküp alma hakkının bir manevi çıkar için kullanıldığı durumlar olabileceğini ifade etmektedir. Doktrinde baskın görüş, böylesi bir durumda bile manevi çıkarın paraya tahvil edilmesi ve o değerin iş görene ödenmesi suretiyle söküp alma hakkının kullanılmasının engellenebileceği yönündedir. Oysa Özen, yerinde olarak, manevi bir çıkara, “değer biçmek” suretiyle bu hakkın kullanılmasını engellenmenin, etik açıdan ve hukuki açıdan uygun olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Özen, s.412.

⁵⁰¹ Oser/ Schönerberger, Art. 65, N.5.

⁵⁰² Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.167; Homberger, Art. 939, N.20.

⁵⁰³ Staudinger/ Gursky, § 997, N.16.

⁵⁰⁴ Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.228; Zevkliler/ Gökyayla, s.632; Homberger, Art. 939, N.20; Özen, s.412. Ancak Antalya, bedel üzerinde anlaşma sağlanamamış olmasını zenginleşenin söküp alma hakkına engel teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. Antalya, s.825.

yapılan masraflara ilişkin bir husustur. Bu nedenle söküp alma hakkına ilişkin olarak yine haksız zilyetlik hükümlerini uygulamak yukarıda açıklandığı üzere yerinde olur. Sonuç olarak, ancak yapılan zorunlu masraflar dışında kalan eklemeler, yani faydalı ve diğer masraflar için söküp alma hakkı kullanılabilir.

Söz gelimi kiralayan taşınmazını kafe olarak kullanılmak üzere kiraya vermiş olsun. Ancak kiracı, bu taşınmazı, sinema olarak bir üçüncü kişiye kiralamış ve duvarların içine ses sistemi yerleştirmiş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelir. Bu durumda kiralayan menfaat devri talep edebilir. Caiz olmayan alt kira yapan kiracı ise, duvarın içine yerleştirilen ve artık bütünleyici parça teşkil eden ses sistemini, şartları gerçekleşmiş ise söküp alabilir.

6. Alıkoyma Hakkı

Alıkoyma hakkı, eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahibinin, istihkak davası yoluyla eşyanın iadesi talebi karşısında, halihazır zilyede eşya ile bağlantılı kendi alacağı ödeninceye kadar eşyayı sadece iadedden kaçınma imkânı tanıyan bir hak olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesi gereği, iyiniyetli haksız zilyet için var olan alıkoyma hakkının⁵⁰⁶, vekâletsiz iş görme için uygulanabilmesi hususu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iyiniyetli iş gören alıkoyma hakkını ileri sürebilecektir⁵⁰⁷. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, iyiniyetli iş gören, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değil, sebepsiz zenginleşme kapsamında olup, çalışma konusu dışında kalmaktadır⁵⁰⁸. Bu bakımdan asıl tartışılması gereken husus, TMK m.994'ün kötünietli haksız zilyede de bu hakkı tanıdığı kabul

⁵⁰⁵ Suat Sarı, **Alıkoyma Hakkı**, İstanbul 1997, s.3.

⁵⁰⁶ "Geri vermekten kaçınma yetkisi" olarak, Sarı, s.7; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.126. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarı, s.13 vd.; Homberger, Art.939, N.17. Ünal/ Başpınar ise, "iadedden imtina (hapis hakkı" demektedir. Bu ifade ile hapis hakkının mı yoksa alıkoyma hakkının mı kastedildiği kanaatimce açık değildir. Bkz. Ünal/ Başpınar, s.287.

⁵⁰⁷ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.301.

⁵⁰⁸ Bkz. § 2/ V.

edilebilir edilemeyeceği ve böylelikle kıyasen düzenlemenin kötünietli iş gören için de uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Alıkoyma hakkı, aşağıda açıklanacak olan hapis hakkından farklıdır⁵⁰⁹. Zira alıkoyma hakkı, giderleri tahsil edemeyen zilyede malı sattırarak giderlerin karşılığını elde etme imkânı tanımaz⁵¹⁰. Alıkoyma hakkı, bir iade talebi karşısında kullanılabilen defi görünümünde bir savunmadır⁵¹¹. Ayrıca alıkoyma hakkı aşağıda açıklanacak olan hapis hakkına ilişkin koşullara da bağlı değildir. Türk doktrini, TMK m.994'ün açık lafzı nedeniyle çoğunlukla kötünietli haksız zilyede alıkoyma hakkını tanımamaktadır⁵¹². İsviçre hukukuna bakıldığında ise, TMK m.994'ün mehaz düzenlemesi olan ZGB Art.939'da da iyünietli zilyetten bahsedilmekte ise de, doktrinin kötünietli zilyede de alıkoyma hakkını tanımak eğiliminde olduğu görölmektedir⁵¹³. Türk hukukunda da Özen, kötünietli haksız zilyede de alıkoyma hakkının tanınması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹⁴. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, TMK m.994 hükmü, gider taleplerine ilişkin yöntemi belirleyen genel bir hüküm olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık, TMK m.995/II ise, bu genel hükme, yalnızca kötünietli zilyedin ileri sürebileceği giderlerin kapsamı bakımından bir sınırlama getirdiği için TMK m.994 kuralının alıkoyma hakkına ilişkin kısmı, kötünietli zilyet için de uygulama alanı bulabilecektir.

Haksız zilyetlikte, kötünietli zilyede alıkoyma hakkı tanınması gerektiği savunulduğunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından da kötünietli iş görenin alıkoyma hakkı olduğunu kabul etmenin tutarlı olduğu düşünölebilir.

⁵⁰⁹ Bu konuda bkz. Sarı, s.87 vd.

⁵¹⁰ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.126.

⁵¹¹ Keller, s.96; Sarı, s.7 vd.; Zahit İmre, "Gayrimenkuller Üzerinde Hapis Hakkı Dermeyan Edilebilir mi?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.XXVI, S.3, 1952, s.140; Utku, s.57 vd.; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.211 vd.; Özen, s.393.

⁵¹² Ayan, s.142; Sarı, s.15, 16; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.353; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.s.136; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.234; Serozan, Eşya, s.196. Ancak Serozan, alacağın eşyaya bağlı borç yapılması yolu ile güçlendirilebileceği yönünde görüş bildirmektedir. Bkz. Serozan, Eşya, s.196.

⁵¹³ Keller, s.96 vd.; Wieland, Art. 940, N.4; Oser/ Schönerberger, Art. 65, N. 3a.

⁵¹⁴ Özen, s.397. Aksi yönde, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.136; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.354.

Bununla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun yaptırımını olan menfaat devrinin, özel hukuk cezası niteliği⁵¹⁵ göz önünde bulundurulduğunda, kötüniyetli iş görene alıkoyma hakkını tanınmaması gerektiği de aynı ölçüde savunulabilir⁵¹⁶. Buna ek olarak, alıkoyma hakkı, masraf taleplerine ilişkin bir düzenleme değildir. Bu açıdan masraf taleplerine uygulanan kuralın, söküp alma hakkına da uygulanması gerektiği şeklinde yukarıda kurulan bağlantı, alıkoyma hakkı için kurulamaz. Zira kötüniyetli haksız zilyetliğe ilişkin her kuralın, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanması gerekmediği gibi, bu tür bir genel kabul yerinde sonuçlar da vermez.

Ancak bu tartışmanın pratik bir sonucu olmayacağını ifade etmek gerekir⁵¹⁷. Bunun nedeni, iş görenin malvarlığında artış meydana gelmeden, masrafların talep edilemiyor olmasıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, bu artış iki şekilde meydana gelebilir. Menfaatin doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelmediği bir ihtimalde, ancak menfaat devri talebi iş sahibi tarafından ileri sürüldükten sonra masraf talebi ileri sürülebilecektir. Taleplerin haklı olması halinde de, zaten iş gören masraflarını düşüp, net menfaati iş sahibine devretme borcu altında olacaktır⁵¹⁸. Bu açıdan kötüniyetli iş görenin önce masraflarını alması zaten mümkün olmadığı gibi, kötüniyetli iş görenin masraflarını elde edememe kaygısı da yersiz bir kaygı olacaktır.

Menfaatin doğrudan iş sahibinin malvarlığında gerçekleştiği durumlarda ise alıkoyma hakkının kullanılabilceği bir hal söz konusu olmayacaktır. Örneğin, iş gören, iş sahibinin zilyetliğinde olan bir şeyi iyileştirmiş ya da işleme veya karışma

⁵¹⁵ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.195. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

⁵¹⁶ Aynı yönde, Schmid, GoA, N.911. Federal Mahkeme de aynı görüştedir: BGer 111 II 447.

⁵¹⁷ Taleplerin arka arkaya gelmesi gerektiği için, aslında zorunlu bir alıkoyma hakkının varlığını kabul yönünde, Gautschi, Art.423 OR, N.11b. Zira devredilecek menfaat net menfaat olacaktır. Ancak yazar da bu durumu, taleplerin arka arkaya gelmesinden kaynaklandığını belirtmek suretiyle, doktrinde yapılacak tartışmanın pratiğe etkisi olmayacağını kabul etmektedir.

⁵¹⁸ Bkz. § 3/ II/ B/ 4/ b.

yolu ile zenginleşmesini sağlamış olabilir. Bu durum için komşunun bahçesine açık yasaklamaya rağmen ağaç dikilmesi; komşunun köpeğinin kendi bahçesine geçmesine engel olmak üzere – yani iş gören menfaatine – komşunun bahçesinin telle çevrilmesi gibi örnekler verilebilir. Zira bu hallerde masraf yapılan mal doğrudan iş sahibinin zilyetliğindedir. Bu mal iş sahibinin malvarlığında olmakla birlikte, iş görenin zilyetliğinde ise, yine alıkoyma hakkı kullanılabilir. Bu hale örnek olarak, zilyetliği iş görende bulunan arabanın lastiklerinin açık yasaklamaya rağmen değiştirilmesi gösterilebilir.

7. Hapis Hakkı

Hapis hakkı, TMK m.950’de taşınır rehni kurumunun altında “*Alacaklı borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur.*” şeklinde düzenlenmektedir⁵¹⁹.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin, hapis hakkını haiz olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, iş görenin, iş görme dolayısıyla el koyduğu ve iş sahibine ait olan şey hakkında hapis hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir⁵²⁰. Böylelikle, masrafları ödenmeyen iş gören, söz konusu malı iş sahibine iade etmekten kaçınabilecektir. Diğer görüş ise, yerinde olarak, kötüniyetli iş görenin hapis hakkına sahip olmaması gerektiğini ileri sürmektedir⁵²¹. Nitekim TMK m.950

⁵¹⁹ Bu kurumun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çetiner, s.30-49; Erol Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, s.23 vd.

⁵²⁰ Schneider/ Fick, Art.423 OR, N.12.

⁵²¹ Schmid, GoA, N.909; Gautschi, Art.423 OR, N.11b; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.18; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.142; Oftinger (işleyen: Bär), ZGB Art. 895, N.47 ve 56; von Tuhr/ Escher, s.210 vd; Cansel, s.147; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.646; Gümüş, C.II, s.240; Özdemir, s.129; Uygur, Cilt 8, s.9073; Tandoğan, Borçlar Özel, s.683; Arkan Akbıyık, s.57. Aynı görüşte, Federal Mahkeme, BGer 111 II 447 vd; BGer 86 II 26.

gereği hapis hakkının, ancak eşyanın, eşya sahibinin rızasıyla verildiği durumlar için mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵²².

Kanaatimce yukarıda gösterilen gerekçe başlı başına kötünietli iş görenin hapis hakkına sahip olmasını engellemez. Zira bir yayımcıya, kendi çevresine dağıtmak amacıyla bastırmak için şiirlerini veren kişi, kendi rızası ile zilyetliği devretmektedir. Bununla birlikte, yayımcı, şiir kitabını, sözleşme ile kararlaştırılan sayıdan daha fazla basarak satarsa⁵²³, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır. Eşyanın rıza ile teslim edildiği bu örnekte de hapis hakkının kötünietli iş gören tarafından kullanılmaması gerekir. Zira hapis hakkının *ratio legis*'i araştırıldığında, bu kurumun temellerinin dürüstlük kuralına dayandığı görülmektedir⁵²⁴. Başka deyişle, eşya ile bağlantılı bir karşı alacağı devam ederken alacaklıyı, elinde bulundurduğu eşyayı malike vermekle yükümlü tutmak uygun görülmemekte, malikin bu yöndeki talebi de dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilmektedir⁵²⁵.

Bu tür bir durumun, ne zaman gerçekten dürüstlük kuralına aykırı kabul edildiği ve eşya ile bağlantılı karşı alacağı olan kişiye hangi durumlarda hapis hakkı tanındığına bakmak gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 950. maddesi ne kötünietli haksız zilyet için ne de kötünietli sebepsiz zenginleşen için hapis hakkını tanımıştır. Hapis hakkı, kiraya veren (TBK m.336), vekil (TBK m.509, son cümle), komisyoncu (TBK m.541), ardiyecı (TBK m.574) gibi kötünietli iş görenin hukuki konumundan farklı kişilere tanınmaktadır⁵²⁶. Anılan bu kişiler arasında bir güven ilişkisinin

⁵²² Cansel, s.147; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.301; Schmid, GoA, N.909.

⁵²³ Bu örnekte sözleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yarışma halinde olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. § 5/ II.

⁵²⁴ Oftinger (işleyen: Bär), ZGB Art. 895, N.20; Çetiner, s.28.

⁵²⁵ BGer 115 IV 213.

⁵²⁶ Bunlara ilişkin olarak bkz. Cansel, s.113-165.

varlığı göze çarpar. Bu gerekçeler göz önünde bulundurulduğunda, kötüniyetli iş görene hapis hakkının tanınmaması yerinde olur⁵²⁷.

III. Zamanaşımı

Zamanaşımı konusu iş görenin ve iş verenin karşılıklı talepleri açısından bir arada değerlendirilmesi gerekirken, doktrinde, iş sahibinin taleplerinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye, iş görenin taleplerinin ise sebepsiz zenginleşme talep temeline dayandırılması nedeniyle, farklı zamanaşımı sürelerine tâbi oldukları ifade edilmektedir. Bu nedenle iş görenin ve iş sahibinin taleplerine ilişkin zamanaşımı, doktrinde yer alan görüşlerin uygun şekilde aktarılabilmesi açısından, iki ayrı başlıkta incelenecektir. Ancak varılacak sonucu peşinen belirtmek gerekir: her iki tarafın talepleri de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelindedir ve aynı zamanaşımına tâbi olmalıdırlar. Zira iş görenin talepleri pek çok olasılıkta iş sahibinden sonra mümkün olabilmektedir⁵²⁸. Bu nedenle farklı zamanaşımı sürelerinin kabul edilmesi, *de facto* hak kayıplarına yol açabilecektir.

A. İş Sahibinin Talepleri Açısından

İş sahibinin menfaat devri ve zararın tazmini talebi açısından, doktrinde bir görüş, TBK m.147 gereği beş yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁵²⁹. Zira vekâletsiz iş görme, kanunda vekâlet sözleşmesinin arkasından düzenlenmekte ve ona benzetilmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, vekâletsiz iş görme tarihi ve tesadüfi sebeplerle vekâlet sözleşmesinin arkasında düzenlenmektedir. Kısaca tekrar etmek gerekirse⁵³⁰, Roma hukukunda öncelikle

⁵²⁷ Aynı yönde, Yavuz/ Acar/ Özen, s.1332. Buna karşılık, “gerçek” vekâletsiz iş görme söz konusu ise İsviçre’de hakim öğretisi, hapis hakkının tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art. 422, N.15; Gautschi, Art. 422, N.4a.

⁵²⁸ Bu konuda bkz yukarıda, § 3/ II/ A.

⁵²⁹ Hatemi, Armağan, s.389; Aybay/ Hatemi, § 9, N.19; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.496; Hatemi, Borçlar Özel, s.118.

⁵³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda, § 1/ I/ A ve § 1/ V.

gerçek vekâletsiz iş görme, bir sözleşme benzeri olarak düzenlenmiştir⁵³¹. Elbette benzetildiği sözleşme vekâlet sözleşmesi olmuştur. Ardından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurgusuna, gerçek vekâletsiz iş görme için öngörülen davalar uygulandığından, vekâlet sözleşmesi - gerçek vekâletsiz iş görme - gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin tarihi bağıllığı günümüze kadar ulaşmıştır. Gerçek vekâletsiz iş görme için, vekâlet sözleşmesinden doğan borçların tâbi olduğu zamanaşımının uygulanması savunulabilir olsa da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yapı itibariyle vekâlet sözleşmesinden tamamen farklıdır ve söz konusu tarihi bağıllık bu iki kurumun aynı zamanaşımına tâbi olmasına gerekçe olmamalıdır.

Uygulamaya bakıldığında ise, 13. Hukuk Dairesinin bozmuş olduğu bir kararda, ilk derece mahkemesinin, söz konusu uyuşmazlığın kira bedeline ilişkin olması sebebiyle beş yıllık zamanaşımını uyguladığı görülmektedir. Ancak Yargıtay bu kararı yerinde olarak bozmuştur⁵³². Nitekim devredilecek menfaat her durumda kira bedeline benzetilemez. Buna ek olarak, tek bir menfaat devri yaptırımı için, kira bedeline benzediği durumda beş yıllık, diğer hallerde ise on yıllık zamanaşımın uygulanması da yerinde değildir.

Bir diğer görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil temelli olduğundan yola çıkarak TBK m.72 gereği iki ve on yıllık zamanaşımına tâbi olması gerektiğini ifade etmektedir⁵³³. Ancak bu görüşü savunanların bir kısmı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin aynı zamanda bir sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği

⁵³¹ Friedrich, s.21; Kaser, s.586; Seiler, s.332; Bermann, s.44; Oser/ Schönerberger, Art.419, N.1a; Guhl/ Merz/ Druet, s.503; Moser, Herausgabe, s.88, s.91; Zimmermann, s.434; Gautschi, Art.423 OR, N.2a; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.9; Schmid, GoA, N.31; Koschaker/ Ayiter, s.255; Rado, s.172; Di Marzo (çev. Umur), s.431; Tahiroğlu/ Erdoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.26-27.

⁵³² Yarg. 13. HD, 15.6.1981, 3881/ 4515, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013. Aynı görüşte, İnceoğlu, C.I, s.518.

⁵³³ Fischer, s.122; Hofstetter, s.196; Schmid, GoA, N.869 vd.; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.22; Huguenin, N.902; Schmid/ Stöckli, N.2045; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.134; Widmer, s.96; Bürgi- Wyss, s.244; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.17; Lischer, s.116; Arkan Akbıyık, s.59; Özdemir, s.118; Tandoğan, Borçlar Özel, s.683. Federal Mahkeme'nin de bu yönde kararları mevcuttur: BGer 126 III 382; BGer 86 II 26; BGer 126 III 69; BGer 97 II 169. BGer 4C_102/2000, 17.6.2000, Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) 2000, 96. Jahrgang, Heft 20, s.477.

durumlarda, TBK m.146'da düzenlenen sözleşmesel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁴. Belirtmek gerekir ki, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bazen bir haksız fiil bazen de sözleşmeye aykırılık ile aynı anda var olabilir. Bu durum yalnızca talep temellerinin bir arada bulunması sorununu yaratır. Yoksa zamanaşımının uygulanması açısından etkili olmaz. Ayrıca yarışma ya da yığılma durumlarında, hangi hukuki temele başvuruldu ise, ona ilişkin zamanaşımının uygulanması gerekir. Somut olayda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul ettikten sonra, aynı zamanda bir sözleşmeye aykırılık da var olduğu için sözleşme zamanaşımını uygulamak karma bir yapı oluşturur. Kısmen bir esasa, kısmen diğerine dayanılamayacağı öğretide de ifade edilmektedir⁵³⁵. Buna ek olarak kanaatimce, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bir haksız fiil değil, ayrı bir borç kaynağı olduğu için haksız fiil zamanaşımının uygulanması yerinde görünmemektedir⁵³⁶.

Bir diğer görüş ise tıpkı gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi⁵³⁷, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin de, on yıllık zamanaşımına tâbi olması gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁸. Bu görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, gerçek vekâletsiz iş görmeden farklı olarak, bir hukuki işlem benzeri fiil olmaması sebebiyle eleştirilmektedir⁵³⁹. Ancak on yıllık zamanaşımı süresi, genel zamanaşımı olup, yalnızca hukuki işleme veya hukuki işlem benzerlerine özgü değildir. Zira TBK m.146, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tâbidir*" demek suretiyle yeteri açıklıktadır.

⁵³⁴ Schmid, GoA, N.872; Honsell, s.332,333; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.135; Schmid, Recht 2000, s.208; Schmid/ Stöckli, N.2046; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.17; Arkan Akbıyık, s.59,60.

⁵³⁵ Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.478; Lischer, s.117.

⁵³⁶ Aynı görüşte, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.34; Eren, s.115; Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.34; Arkan Akbıyık, s.20.

⁵³⁷ Gerçek vekâletsiz iş görmenin on yıllık genel zamanaşımına tâbi olmasına gerekçe olarak, bu tür iş görmenin hukuki işlem benzeri bir fiil olması gösterilmektedir.

⁵³⁸ Kreis, s.50, s.80; Friedrich, s.52; Bucher, AT, s.663; Bucher, BT, s.262; Schneider, s.99; Aeby, s.86; Gautschi, Art.423 OR, N.8d; Honsell, s.332,333; Uygur, Cilt 8, s.9074; Suter, s.134; Oser/ Schönenberger, Art.423 OR, N.3; Chappuis, s.59; Birsen, s.101; Arsebük, s.542.

⁵³⁹ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.207.

Bundan başka, on yıllık zamanaşımı süresi hakkında yapılan eleştirilerden biri de, iş sahibinin, iş görenin yıllarca çalışmasını bekleyip, daha fazla menfaat elde etmek amacıyla on yılın sonuna doğru dava açabileceğidir⁵⁴⁰. Bu eleştiriye de katılmak mümkün görünmemektedir. Zira bu tür bir durumda, hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen TMK m.2 hükmünün, her zaman süre açısından da üst sınır teşkil edeceği gözden uzak tutulmamalıdır⁵⁴¹. Ayrıca gerçek vekâletsiz iş görmede, iş sahibinin menfaatine iş gören kişiye yöneltilecek talepler için on yıl gibi uzun bir zamanaşımının kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, işi iş sahibi menfaatine görmeyen kötüniyetli iş görene karşı yöneltilecek taleplerin daha kısa zamanaşımına tâbi tutulması hukuk mantığına da aykırıdır.

Yargıtay uygulaması da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye on yıllık genel zamanaşımı süresini uygulamak yönündedir⁵⁴². İçtihadı Birleştirme Kurulu, talep temellerinin yarışması olasılığında ortaya çıkabilecek tereddüt halinde, TBK m.530'un (BK m.414) uygulanması durumunda zamanaşımının on yıl olacağını ifade etmektedir⁵⁴³. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığının kabul edildiği başka bir kararda da, iş görmenin hukuka aykırı niteliği vurgulamış ancak haksız fiil zamanaşımını değil, yerinde olarak genel zamanaşımı olan on yılı uygulamıştır⁵⁴⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, aşağıda açıklanacak olan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama hallerinde, özel bir zamanaşımı düzenlemesi söz konusu ise bu hükmün uygulanması gerekir. Örneğin kanundan doğan haksız rekabet halleri için,

⁵⁴⁰ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.207.

⁵⁴¹ Aynı yönde, Schmid, GoA, N.876.

⁵⁴² YHGK, 26.3.2008, 19-268/284; Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128; Yarg. 3. HD, 29.12.2005, 13142/14640; Yarg. 13. HD, 28.3.1989, 1687/ 2109; Yarg. 13. HD, 15.6.1981, 3881/ 4515, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013; YİBK 4.6.1958, 15/6, Uygur, Cilt 8, s.9074; Yarg. 3.HD, 13.3.2008, 20958/4380, Bilgen, s.865-867.

⁵⁴³ YİBK, 4.6.1958; 15/6, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013. Aynı yönde, YİBK, 7.6.1939, 31/47, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.3.2014.

⁵⁴⁴ YHGK, 26.6.1954, 4-89/98, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 30.09.2013.

kollektif, komandit ve anonim şirketlerde, rekabet yasağına aykırılık durumunda talep edilebilecek menfaat devri üç ve on yıllık sürelerle tâbi tutulmuştur⁵⁴⁵.

B. İş Görenin Talepleri Açısından

Federal Mahkeme ve doktrinde bir görüş, iş görenin taleplerini sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tâbi tutmaktadır⁵⁴⁶. TBK m.82 (OR Art. 67) gereği, bu süre iş görenin masrafları isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve herhalde zenginleşmenin gerçekleşme tarihinden itibaren on yıl geçmesiyle sona erer.

Bir diğer görüş ise, bu taleplerin sebepsiz zenginleşme temelinde olduğunu kabul etmediğinden, TBK m.72 gereği haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁴⁷. Bu görüşü savunanlardan Tandoğan, yukarıda ifade edildiği üzere, taleplerin temelini vekâletsiz iş görme olduğunu ifade etmektedir⁵⁴⁸. Bununla birlikte, haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁵⁴⁹.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş gören, gerçekten de bir başkasının hukuk alanına yetkisi olmadığı halde müdahale etmektedir. Bu tür davranışın çoğu zaman haksız

⁵⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, § 6/ V/ C/ 2.

⁵⁴⁶ BGer 86 II 26. Aynı görüşte, Schmid, GoA, N.915; Honsell, s.333; Widmer, s.96; Arkan Akbıyık, s.60; Karahasan, s.1092. Yavuz/ Acar/ Özen ise zamanaşımının TBK m.72 ya da TBK m.82 çerçevesinde iki yıllık kısa zamanaşımına tâbi kılınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.647. Aksi görüşte, Bucher, BT, s.262.

⁵⁴⁷ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.298; Tandoğan, Borçlar Özel, s.683; Sungurbey, Eleştiri, s.417; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.86-87, dn.5; Moser, s.229-230. Hatta Moser, TBK m.72/I'in ikinci cümlesinin uygulama alanı bulmaması gerektiğini, zira bu tür uzun bir zamanaşımının kötüye kullanılabilmesini ifade etmektedir. Öğretide, haksız zilyetliğe benzer talepler içeren gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından da haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Homberger, Art.938, N.5. Ancak haksız zilyetliği esas alan bu görüşün yerindeliği tartışılabilir. Zira kötüniyetli haksız zilyedin talepleri açısından zamanaşımının beş yıl olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. Özen, s.96. Kanaatimce kendisi tartışmalı olan haksız zilyetlikte zamanaşımı hükmü esas alınarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme zamanaşımının belirlenmeye çalışılması uygun olmayacaktır.

⁵⁴⁸ Bkz. § 3/ II/ C.

⁵⁴⁹ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.298.

fiil teşkil etmesi de muhtemeldir. Ayrıca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin doğumunda bir haksız fiil benzeri olarak nitelendirildiği de doğrudur⁵⁵⁰. Ayrıca başkasının hukuk alanına yetkisi olmadan müdahale etmenin sonucu, genel olarak hukuka aykırılık olarak nitelendirilmelidir. Haksız fiilin şartları da gerçekleşmişse, bu fiil aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edecektir⁵⁵¹. Lakin bu durumda talep temelleri arasında yarışma olduğu unutulmamalıdır⁵⁵². Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun, haksız fiil ile bir arada bulunabilecek olması, bu kuruma haksız fiil zamanaşımı uygulanmasını gerektirmez. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeye aykırılık gibi diğer talep temelleri ile de bir arada bulunabilmektedir⁵⁵³.

Buna ek olarak, doktrinde, vekâletsiz iş görmenin ayrı bir borç kaynağı olarak kabul edildiği ve bu bakımdan borçlar kanunlarının genel hükümler kısmında yer alması gerektiği önemle vurgulanmaktadır⁵⁵⁴. Ayrı bir borç kaynağı olduğu kabul edilen söz konusu kurumun, haksız fiil ile benzerliği kabul edilmekle birlikte, hangi hukuki gerekçeyle haksız fiil zamanaşımına tâbi olduğu anlaşılammaktadır.

Bu sebeplerle uygulanması gereken zamanaşımı, kanundan doğan bir borç söz konusu olduğu ve buna ilişkin özel bir zamanaşımı süresinin getirilmediği göz önünde bulundurulduğunda, TBK m.146 gereği on yıllık genel zamanaşımı süresi olmalıdır. İfade etmek gerekir ki, Yargıtay'ın 15/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı da, iş görenin talepleri bakımından, talep temellerinin yarışması olasılığında ortaya çıkabilecek tereddüde de işaret ederek, bu taleplerin aslında menfaat devri talebinin

⁵⁵⁰ Schmid, GoA, N.32; Hofstetter, s.177; Gautschi, Art.423 OR, N.2a.

⁵⁵¹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.143; Weber, Gewinnherausgabe, s.336. Aynı görüşte, BGer 38 II 289.

⁵⁵² Bkz. § 5/ III.

⁵⁵³ Bkz. § 5.

⁵⁵⁴ Arkan Akbıyık, s.19, s.25; Gümüş, C.II, s.235; Kocayusufpaşaoğlu, s.72-73; Nomer, Karar İnceleme, s.30; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85-86; Sungurbey, Eleştiri, s.415; Schmid, GoA, N.820; Brinner, s.5; Friedrich, s.20; Fischer, s.23; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.250; Hofstetter, s.177; Chappuis, s.42; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.6; Moser, s.118.

karşısında yer almasından yola çıkarak on yıllık zamanaşımın uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵⁵.

C. Güncel Eğilim

Zamanaşımı süreleri önceleri ve uzun bir süre boyunca uyumlaştırma çalışmaları dışında bırakılmıştır⁵⁵⁶. Oysa şimdi, pek çok uluslararası metinde ve kanun tasarısında zamanaşımı sürelerinin de uyumlaştırılması yaklaşımının izleri görülmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nın, zamanaşımı konusuna yaklaşımı tüm talepler için ortak bir zamanaşımı belirlemek yönündedir. OR 2020 Art.149 gereği, bu süre, alacaklının ve alacaklının talebine temel teşkil eden hususların bilindiği ya da bilinmesi gerektiği tarihten itibaren 3 yıl ve herhalde muacceliyetten itibaren 10 yıl olarak düzenlenmektedir. Bu şekilde kanuni zamanaşımı süreleri arasında tutarlılık sağlamak hedeflendiği ifade edilmektedir⁵⁵⁷.

Avrupa sözleşme hukukuna hâkim prensipler gereği de, genel zamanaşımı süresinin öğrenme/öğrenmesi gereken tarihten itibaren üç yıl, üst sürenin ise on yıl olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁸. Örneğin, Common European Sales Law Art. 179–180 CESL; Draft Common Frame of Reference Art. III.-7:201, Art. III.-7:203–7:301, Art. III.-7:307 DCFR; Principles of European Contract Law Art. 14:201, Art. 14:203–14:301, Art. 14:307 PECL; Unidroit Principles of International Commercial Contracts Art. 10.2 PICC ve Alman Medeni Kanunu'nun § 195 und § 199/IV BGB düzenlemelerinde de aynı yaklaşım görülmektedir. Bu düzenlemelerden anlaşıldığı

⁵⁵⁵ YİBK, 4.6.1958; 15/6. Aynı şekilde, YİBK, 7.6.1939, 31/47; YHGK, 26.3.2008, 19-268/284; Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128; Yarg. 3. HD, 29.12.2005, 13142/14640; Yarg. 13. HD, 28.3.1989, 1687/ 2109, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013; Yarg. 3.HD, 13.3.2008, 20958/4380, Bilgen, s.865-867. Aynı görüşte, Birsen, s.101; Arsebük, s.542.

⁵⁵⁶ Bonell, s.517.

⁵⁵⁷ Huguenin/ Hilty (işleyenler: Thouvenin/ Purtschert), Art. 149, N.1.

⁵⁵⁸ Hartkamp, s.137; Bonell, s.519.

üzere, sorumluluk temelleri tek bir zamanaşımı altında toplanmaya çalışılmakta ve zamanaşımı süresini kısaltmak hedeflenmektedir⁵⁵⁹.

Bu gelişmelere rağmen, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlanması aşamasında, uluslararası hukuktaki gelişmeler göz önünde bulundurularak zamanaşımı sürelerini yeniden yapılandırmak mümkün olmamıştır. Bu nedenle Türk hukuku açısından *de lege ferenda* bir değerlendirme yapmak gerekir. Zaten Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında, ayrı bir borç kaynağı olarak düzenlenmesi gereken bu kurum için, hem iş gören hem de iş sahibine uygulanacak şekilde ayrı bir zamanaşımı süresinin düzenlenmesi yerinde görülmektedir. Son olarak, olması gereken zamanaşımı süresinin ise kanaatimce on yıl olarak değil, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye paralel olacak şekilde iki ve on yıl olarak düzenlenmesi bu husustaki güncel eğilim ile de uyum içinde olacaktır.

IV. Görülen İşin Uygun Bulunması

A. Uygun Bulma

Türk Borçlar Kanunu'nun 531. maddesine göre, "*İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır.*" Roma hukukundan gelen "*ratihabitio mandato comparatur*" -uygun bulma vekâlet hükmündedir- prensibinin kanuna yansıdığı görülmektedir⁵⁶⁰. Bu düzenleme gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayırımına değinmemektedir. Uygun bulma, gerçek vekâletsiz iş görme için tartışmasız şekilde kabul edilmektedir. Ancak Türk ve İsviçre hukuklarında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için bu düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

⁵⁵⁹ Aynı yönde, Bonell, s.519.

⁵⁶⁰ Buckland, s.312, İpek, s.169; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s.113.

Türk hukukundaki tartışmaya geçmeden önce uygun bulma ile kastedilenin ne olduğu kısaca açıklanmalıdır. Uygun bulma teknik anlamda icazetten farklıdır⁵⁶¹. Zira askıda bir işlem yoktur ve gelen uygun bulma ile işlem geçerlilik kazanır denemez. Uygun bulma geçmişe etkili olarak sonuç doğuran⁵⁶², yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile gerçekleşir ve yenilik doğuran hak niteliğindedir⁵⁶³. Vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir icap değildir⁵⁶⁴. Başka deyişle, uygun bulma iradesi ile taraflar arasında vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılmaz⁵⁶⁵. Yalnızca iş gören ile iş sahibi arasındaki ilişkiye artık vekâlet sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanacaktır. *Schmid* ise bazı özellikli durumlarda, uygun bulmanın, TBK m.46 anlamında yetkisiz temsildeki onamaya denk olabileceğini ifade etmektedir⁵⁶⁶. İstisnai durumlarda bu mümkün görünse de, yetkisiz temsilde işleme onay vermenin dış ilişkiye ilişkin; vekâletsiz iş görmede uygun bulmanın ise iç ilişkiye ilişkin olduğu unutulmamalıdır⁵⁶⁷.

B. Görüşler

Türk ve İsviçre hukuklarında, doktrinde bir görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görme uygun bulunabilir⁵⁶⁸. Yargıtay uygulaması da bu görüşe

⁵⁶¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun, 415. maddesinde "icazet" ifadesi kullanılmakta ve bu ifade eleştirilmekteydi. Zira burada teknik anlamında bir icazet söz konusu değildir. İcazet verilmediği sürece yapılan işlerin "askıda" olduğu düşünülmemelidir. Bu ifade yanlış 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzeltilmiştir. Eski kanun düzenlemesi hakkındaki eleştiriler için bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.647; Gümüş, C.II, s.232.

⁵⁶² Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.647; Gümüş, C.II, s.233; Rudolph, Art.424 OR, N.4; Gauch/ Schmid, Art.424 OR, N.162; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.5. Aynı yönde, YHGK 3.6.1964, 182-6/ 392, Karahasan, s.1108.

⁵⁶³ Becker, Art.424 OR, N.1, N.3; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.5; Gauch/ Schmid, Art.424 OR, N.8; Hofstetter, s.253; Lischer, s.111; Rudolph, Art.424 OR, N.2; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.647; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1334; Gümüş, C.II, s.232; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.496.

⁵⁶⁴ Hofstetter, s.253; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.1; Gümüş, C.II, s.232. Alman hukuku için, Palandt/ Sprau, § 684, N.2.

⁵⁶⁵ Huguenin, N.909; Hofstetter, s.249; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.1.

⁵⁶⁶ Gauch/ Schmid, Art. 424, N.26.

⁵⁶⁷ Huguenin, N.910; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.10.

⁵⁶⁸ Gautschi, Art.419, N.11; Suter, s.83; Oser / Schönenberger, Art. 424, N.1,2; Hatemi/Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.492; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.647; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1334;Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.250; Tandoğan, Borçlar Özel, s.677; Uygur, Cilt 8, s.9078; Yavuz, Ecrimisil, s.43.

paraleldir⁵⁶⁹. Bununla birlikte, bir diğer görüş uygun bulmanın ancak iş, iş sahibinin menfaatine görülmüş ise mümkün olacağını ifade etmektedir⁵⁷⁰. Zira iş görenin kötüniyetli olması ihtimalinde, iş, iş görenin kendi işiymiş gibi görülmektedir. Bu nedenle de ortada uygun bulunmaya tâbi olabilecek bir iş olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁷¹. Ayrıca menfaatin daha sonradan devredilebilir olmasının da uygun bulmayı anlamsız kılacağı savunulmaktadır⁵⁷².

Uygun bulmanın vekâlet hükümlerinin uygulanması sonucuna yol açmayacağı görüşünü savunan doktrin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede söz konusu olabilecek “uygun bulma”nın, meydana gelen haksız fiil bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olacağını ifade etmektedir⁵⁷³. Bu görüş kapsamında “uygun bulma” zarar görenin rızası olarak nitelendirilmektedir. Oysa sonradan verilen rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz⁵⁷⁴. Bu tür rıza haksız fiil temelli doğan tazminat alacağının ibra ile ortadan kaldırılması şeklinde yorumlanabilir⁵⁷⁵. Yoksa uygun bulma bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir.

Kurumun doğduğu Roma hukukuna bakıldığında ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de “uygun bulma”nın (*ratihabitio*) mümkün olduğu görülmektedir⁵⁷⁶. Bununla birlikte, Alman hukukunda, BGB § 684’ün ikinci cümlesinin, BGB § 683’e

⁵⁶⁹ Yarg. 15. HD, 18.1.2001 5729/ 290; Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013; Yarg. 4. HD, 4.7.1975, 7761/ 8709, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013. YHGK 2.11.1968, 4-977/ 718, Karahasan, s.1108; YHGK 3.6.1964, 182/ 392, Uygur, Cilt 8, s.9080; YHGK 29.1.1964, 95/ 89, Karahasan, s.1108; Yarg. 4. HD, 4.7.1975, 7761/8709, Karahasan, s.1107.

⁵⁷⁰ Huguenin/ Jenny, Art.424 OR, N.1; Gautschi, Art.424 OR, N.2a; Huguenin, N.897, N.909; Schmid/ Stöckli, N.2047; Hofstetter, s.251; Becker, Art.424 OR, N.2; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.146; Gauch/ Schmid, Art. 424, N.6; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.2-3; Lischer, s.110; Schmid, GoA, N.1132 vd.; Arkan Akbıyık, s.52; Gümüş, C.II, s.232. Aynı yönde, BGE 4A_496/2007 E.2.2.

⁵⁷¹ Huguenin, N.897; Lischer, s.110 vd.; Gauch/ Schmid, Art. 424, N.7; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.3.

⁵⁷² Huguenin, N.897.

⁵⁷³ Gümüş, C.II, s.232.

⁵⁷⁴ Oser/ Schönenberger, Art.41, N.24; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.25; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.490; Eren, s.605

⁵⁷⁵ Oser/ Schönenberger, Art.41, N.24; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.25; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.490; Eren, s.605

⁵⁷⁶ Di Marzo, s.463. Bkz. D.46, 3, 12, 4.

yaptığı atıf gereği, uygun bulmanın ancak iş sahibinin menfaatine ve onun mevcut ya da varsayılan iradesine uygun olarak işin görüldüğü durumlara özgü olduğu anlaşılmaktadır⁵⁷⁷. Başka deyişle Alman hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş sahibine uygun bulma hakkının tanınmadığı söylenebilir.

C. Değerlendirme

Kanaatimce, görüşlerden birinin üstün tutulması için, öncelikle TBK m.531'in uygulanması halinde iş sahibinin hakları ve borçları açısından ne gibi farkların ortaya çıkacağı değerlendirilmelidir. Zira TBK m.531 kuralı, iş sahibinin hakları ve borçları üst başlığı altında düzenlenmektedir. Bu açıdan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygun bulunabileceğini kabul etmek, tarafların taleplerinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine dayandırılması sonucunu doğuracaktır.

Bu bağlamda vekilin – iş görenin – borçları; talimata uygun ifa (TBK m.505), şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme (TBK m.506, 507), hesap verme (TBK m.508) ve edinilen hakların vekâlet verene – iş sahibine – geçirilmesi (TBK m.509) şeklinde sıralanabilir. Bu haklardan, talimatlara uygun ifa talep etmek, taraflar arasında başta bir ilişki mevcut olmadığı için mümkün olmayacaktır. Bundan başka, yukarıda ifade edildiği üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede özen borcunun varlığı zaten kabul edilmektedir.

Hesap vermeye ilişkin TBK m.508'den doğan hak ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye kıyasla, iş sahibinin lehine olacaktır. Zira aşağıda ayrıntılı açıklanacağı üzere, menfaat devri talebinde, menfaatin ne kadar olduğunu ispat yükü iş sahibine yüklenmektedir⁵⁷⁸. İş görene, hesap verme borcu yüklenmekle, iş gören yürütülen işin hesabını vermek durumunda kalacaktır. Bu da TBK m.509 gereği edinilen hakların vekâlet verene geçişinde kolaylık sağlayacaktır. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de, menfaat devrinin ispatında Yargıtay ve Federal Mahkeme

⁵⁷⁷ Palandt/ Sprau, § 684, N.2; Staudinger/ Wittmann, § 683, N.1, § 687, N.2.

⁵⁷⁸ Bkz. § 3/ I/ B/ 4/ c.

ispat kolaylığı sağlamakta; miktarın ispatı zor ise iş göreni hesap verme borcu altına sokmakta, bu şekilde de miktar tespit edilemiyorsa, bunu bilirkişiye hesaplattırmaktadır. Dolayısıyla bu hak açısından da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile vekâlet hükümlerinin uygulanması arasında ciddi bir farklılık meydana gelmeyecektir.

Son olarak TBK m.509'da yer alan edinilen hakların vekâlet verene geçişi, menfaat devri talebine paralel gözükse de, iş görenin iflası halinde iş sahibine sağlanan koruma nedeniyle TBK m.509'un uygulanabilir olması iş görenin yararına olacaktır. Ancak anılan bu faydanın karşısında, iş sahibinin borçlarının – iş görenin haklarının⁵⁷⁹ – da vekâlet sözleşmesine göre belirleneceğini unutmamak gerekir. Bu bağlamda, TBK m.510 gereği, iş görenin yukarıda anılan haklarına ek olarak, tüm masrafları iş sahibinden talep etmesi mümkün olacaktır.

Bu kıyaslamalar sonucunda, taraflar arasındaki menfaat dengesi de dikkate alındığında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede uygun bulmanın kabul edilmemesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Buna ek olarak, TBK m.531'in, TBK m.530'dan sonra gelmesi, kanunun sistematığı içinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi de kapsayacak şekilde düzenlendiği biçiminde yorumlanabilir. Bu gerekçelerle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de uygun bulma hakkının tanınması gerektiği görüşü üstün tutulmalıdır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, özellikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, uygun bulmanın varlığı için, iş sahibinin bu yönde açık iradesini aramak gerekir. Başka deyişle, görülen işlerin ve menfaatin kendisine devrini talep etmek, masrafları ödemek gibi davranışlar uygun bulma olarak kabul edilmemelidir. Nitekim hukuki ilişkinin asıl temelinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olduğu unutulmamalıdır. Aksi yaklaşım, çoğu durumda vekâlet sözleşmesi hükümlerinin

⁵⁷⁹ Bkz. § 3/ II/ D.

uygulanmasına yol açabilir ki bu da hükmün özel hukuk cezası amacı taşıyan yaptırımına ve amacına uygun düşmez. Bu konuda Yargıtay kararlarına bakıldığında da, benzer yaklaşımın izlendiği görülebilir. Örneğin bir kararda, Yargıtay, miras ortaklığına temsilci atanan kimsenin, tek başına dava açmaya yetkisi bulunmayan mirasçının açmış olduğu davaya devam etmesini uygun bulma olarak nitelendirmiştir⁵⁸⁰. Burada sözlü ya da yazılı bir açıklama olmamakla birlikte, açık bir irade beyanının bulunduğu söylenebilir⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ YHGK 3.6.1964, 182/ 392, Uygur, Cilt 8, s.9080.

⁵⁸¹ Beyanın içinde yapıldığı hal ve şartları anlamlandırmak gereksizdir kullanılan beyan vasıtalarından doğrudan doğruya anlaşılıyorsa, irade beyanı açıktır. Kelimeler dışında hayatın alışılmış bazı davranışları da açık irade beyanı olarak kabul edilebilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 143.

§ 4 Kendine Özgü Bir Yaptırım Olarak Menfaat Devri

I. Tanım ve Talep Temeli

Çalışmanın bu bölümü menfaat devri yaptırımını, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bağımsız biçimde özel olarak incelemeye yönelmiştir. Bu açıdan karşılaştırmalı hukuk verilerinden sıklıkla yararlanmak suretiyle, yaptırımın hukuki niteliğini ortaya koymak hedeflenmektedir.

Menfaat devri yaptırımı⁵⁸², uluslararası özel hukuk alanında son zamanlarda yoğun tartışmalara sebep olmaktadır. Zenginleşmenin iadesine ilişkin bazı kurallar (*restitutionary damages*) ve üç katı tazminat gibi kurallar, kazancı (menfaati) esas alan tazminat (*gain-based damages*) olarak ifade edilen yaptırım grubu altında değerlendirilmektedir⁵⁸³. “Kazanç (menfaat) odaklı tazminat” ile kastedilen, zarar verenin hukuka aykırı fiil sonucu elde ettiği menfaatin, yaptırımı esas alınmasıdır⁵⁸⁴. Menfaat devri yaptırımı da, menfaat odaklı yaptırımların başında gelir⁵⁸⁵.

Menfaat devri yaptırımı, malvarlıkları arasında herhangi bir değer kayması olup olmadığını önemsemeksizin, karşı tarafın hak ihlali suretiyle elde etmiş olduğu

⁵⁸² Bu yaptırım, Türk hukukunda farklı isimlerle anılmaktadır. Kazanç devri terimi için bkz. Arkan Akbıyık, s.47 vd. Benzer şekilde, yabancı hukuklarda da henüz oturmuş bir terim yoktur. Disgorgement of profit, account of profits gibi terimler uygulama ve doktrinde kullanılmaktadır. Bkz. *Hodgkinson v. Simms* (1994) 3 SCR 377 SCC 384; *Attorney General v. Blake* (2001), 1 AC 268 (HL), 291, 292; *United Pan-Europe Communications NV v. Deutsche Bank AG* (2000), 2 BCLC 461 (CA); Edelman, s.77.

⁵⁸³ Lionel Smith, “The Province of the Law of Restitution”, *Canadian Bar Review*, vol.71, 1992, s.672, s.686; Birks, s.313; Burrows, Restitution, s.376; McMeel, s.327; Virgo, s.436.

⁵⁸⁴ Bunun tersi bir yaklaşımla, “disgorgement of profit” yani menfaat devri ifadesini temel başlık olarak ele alıp, menfaat odaklı giderimleri (gain based damages) alt kategoride değerlendirenler de vardır. Ancak bu husus kanaatimce önemsizdir. Smith, s.672, s.686. Birks ise, tüm menfaat odaklı yaptırımları “restitutionary damages” başlığı altında incelemektedir. Birks, s.313. Aynı şekilde, Burrows, Restitution, s.376; McMeel, s.327; Virgo, s.436. Elbette Birk’sin yapmış olduğu nitelendirme Anglosakson yaklaşımının bir sonucudur.

⁵⁸⁵ Rusch, s.1-2; Eldelman, s.72; Jaffey, s.363. Genel olarak “gain-based damages” hakkında önemli bir karar için bkz. *Wrotham Park Estate Co Ltd. v. Parkside Homes Ltd.*, (1975), 1 WLR 798. Kararda, menfaat devri yaptırımı söz konusu değildir. Ancak elde edilen menfaat, tazminatın belirlenmesinde esas alınmaktadır. Karar hakkında bkz. McCamus, s.954-958; Harder, s.206; Chitty, N.26-048; Treitel, s.999.

gerçek menfaatin, ihlal edilen hakkın sahibine devredilmesini öngörür⁵⁸⁶. Elde edilen menfaatin, karşı tarafın kişisel becerisine dayanıp dayanmaması, hak sahibinin o tür bir menfaati kendisinin elde edemeyecek olması gibi hususlar önem taşımaz⁵⁸⁷.

Türk hukuku açısından, menfaat devri yaptırımının hukuki talep temelini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olduğunu ifade etmek gerekir⁵⁸⁸. Her ne kadar karşılaştırmalı hukukta, menfaat devri yaptırımı, zenginleşmenin iadesi⁵⁸⁹ ve üç katı tazminat gibi kurallar ile aynı sınıflandırma içinde yer edinmiş olsa da, aslında anılan diğer yaptırımlardan çok farklıdır. Sonuç olarak Türk hukukunda menfaat devri, halihazırdaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve onun uygulama alanları temelinde gündeme gelebilir.

II. Menfaat Devri Yaptırımının Hukuki Niteliği

A. Hukuki Niteliğin Tespitinde İzlenecek Yol

Menfaat devri yaptırımının hukuki niteliğinin ortaya konması amacıyla menfaat devrinin öncelikle ne olmadığı tespit edilecektir. Aşağıda, tazminat, tazminatın hesaplanma biçimi, cezalandırıcı tazminat ve özel hukuk cezası olasılıkları üzerinde durulacak ve değerlendirmeler yapılacaktır.

⁵⁸⁶ Edelman, s.72; Misnomer, s.13. Hatta malvarlıkları arasında kayma olup olmadığının gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede önemsenmiyor oluşu, menfaat devri yaptırımını, Türk hukukunda sebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin iadesinden ayırır. Bu konuda bkz. aşağıda § 5/ II/ E.

⁵⁸⁷ Edelman, s.72. Aynı yönde, *Boardman v. Phipps* [1967] 2 AC 46 (HL); *Canadian Aero Service v. O'Malley* (1973) 40 DLR (3d) 371 (SCC) 383–384; *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley* [1972] 2 All ER 162; *Furs Ltd v. Tomkies* (1936) 54 CLR 583 (HCA).

⁵⁸⁸ König, s.180; Weber, *Gewinnherausgabe*, s.340; von Tuhr/ Peter, s.523; Friedrich, s.24, s.51; von Büren, s.337; Chappuis, s.175 vd.; Nietlispach, s.104; Schmid, GoA, N.1335; Lischer, s.182; Fischer, s.2, Holenstein, s.159; von Caemmerer, s.333; Hofstetter, *Gewinnherausgabe*, s.222; Tandoğan, *Borçlar Özel*, s.676; Serozan, *Haksız Zenginleşme*, § 24, N.18.

⁵⁸⁹ Azınlıkta kalan bir diğer görüş ise sebepsiz zenginleşme temelinde de menfaat devrinin talep edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Peter Schaufelberger, *Bereicherung durch unerlaubte Handlung*, Zürich 1981. Görüşün eleştirisi için bkz. von Tuhr/ Peter, s.500; Gauch/ Schleup, N.1513, Bucher, AT, s.686; Weber, *Gewinnherausgabe*, s.341.

B. Tazminat Yaptırımını Olup Olmadığı

1. Genel Olarak

Doktrinde sosyal düzenin, “*casum sentit dominus*” şeklinde ifade edilen, zarara zarar gören katlanır ilkesi üzerine kurulduğu ifade edilmektedir⁵⁹⁰. Ancak bu ilkenin, bir sorumluluk sebebinin varlığı halinde uygulanmadığı ifade edilebilir⁵⁹¹. Kural olarak kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil⁵⁹² ile zarar meydana geldiğinde bu ilke uygulanmamakta, zarara zarar veren katlanmaktadır⁵⁹³.

Bir sorumluluk sebebinin oluşması kadar önemli bir diğer husus ise, tazmin edilecek bir zararın varlığıdır. Başka deyişle, zarar yoksa, tazminat da olmaz⁵⁹⁴. Örneğin kimsenin park etmediği ve söz konusu saatler arasında park etmeyeceği bir otoparka, arabasını parkeden kişi, otopark sahibinin malvarlığında haksız fiili gereği sorumlu tutulacağı bir zarara yol açmış olmaz⁵⁹⁵.

Tazminat hukukunun amaçlarının belirlenmesi, bu amaçlar doğrultusunda düzenlemelerin yorumlanması; boşlukların doldurulması ve özellikle normun

⁵⁹⁰ Bernhard Grossfeld, *Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrecht*, Frankfurt/ Berlin 1961, s.76; Müller, *Punitive*, s.94; Rey, N.18; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitiva Damage)*, Ankara 2013, s.155; Eren, s.491; Deutsch, s.3; Oftinger/ Stark, s.9; Kılıçoğlu, *Tazminat*, s.7; Antalya, s.411.

⁵⁹¹ Eren, s.492.

⁵⁹² Kusur hakkında bkz. Oğuzman/ Öz, *Cilt II*, s.53 vd.

⁵⁹³ Erwin Deutsch, **Allgemeines Haftungsrecht**, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1996, s.69; Larenz/ Canaris, s.351; Atamer, *Normun Koruma Amacı*, s.98; Nomer, *Tazminat*, s.35.

⁵⁹⁴ Oftinger/ Stark, § 7, N.1; Mohr, s.173; Schlobach, s.9; Nomer, *Tazminat*, s.63; Oğuzman/ Öz, C.I, s.84; Nomer, *Tazminat*, s.63; Özden Merhacı, s.157; Eren, s.724; Kılıçoğlu, *Hesap*, s.59; von Bar, *Damages*, N.6. Edelman, s.5. Bu prensip Anglosakson hukukunda dahi geçerlidir. Bkz. *Stoke-on-Trent City Council v. W & J Wass Ltd* [1988] 1 WLR 1406 (CA) 1410.

⁵⁹⁵ BHG 14.07.1956 BGHZ 21, s.319, s.335. Burada haksız fiil sebebiyle bir tazminat söz konusu olmayacaksa da, fiili sözleşme ilişkisi teorisi sayesinde, sözleşmesel talep mümkün olabilecektir. Benzer şekilde, bir kişi, uçakta zaten boş olan koltukta seyahat etmek suretiyle, uçak şirketine haksız fiil anlamında bir zarar vermez. BGH 7.01.1971, BGHZ 55 s.128-129. Bu halde de sebepsiz zenginleşme gündeme gelecektir.

koruma amacının belirlenmesi açısından çok önem taşımaktadır⁵⁹⁶. Bu amaçlar doktrinde, zararı telafi etmek, ihlal edilen hakkın devamlılığını sağlamak ve zararı önlemek şeklinde sayılmaktadır⁵⁹⁷. Bununla birlikte asıl amaç⁵⁹⁸ zarar görenin zararının telafi edilmesi olarak görülmektedir. Hakkın devamlılığı ve önleme ise tali nitelikte kabul edilmektedir⁵⁹⁹. Aşağıda tazminat hukukunun anılan amaçları⁶⁰⁰ ayrıntılı olarak inceleme konusu edilecek ve menfaat devri yaptırımının bu amaçları taşıyıp taşımadığı araştırılacaktır.

⁵⁹⁶ Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98; Larenz, Methodenlehre, s.325.

⁵⁹⁷ Hermann Lange/ Gottfried Schiemann, **Schadenersatz**, Tübingen 2003, s.9; Gerhard Wäger, "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privat-Anmassung oder legitime Aufgabe", **AcP** 206/2006, s.352 vd.; Lang, s.117; Shavell, Foundations, s.267; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.7; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98; Nomer, Tazminat, s.33-36; Eren, s.514-515; Kılıçoğlu, Tazminat, s.6; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.3; Antalya, s.408.

⁵⁹⁸ Bir kuralın birden fazla amaca yöneldiği kabul edildiğinde, asıl amacın belirlenmesi, amaçların kendi aralarında çeliştiği olasılıkta, hangi amacın dikkate alınması gerektiğini belirleyici olduğu için önemlidir. Bir çelişki yoksa hangi amacın asıl olduğu önemsizdir. Sanlı, s.153, dn.693.

⁵⁹⁹ Edelman, s.5; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.44; Schaferr/ Ott, s.110; Honsell, Haftpflichtrecht, s.9; Deutsch, s.69; Larenz, Bd.I, s.424; Hans Joachim Mertens, **Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht**, Stuttgart 1967, s.98; Schwenger, OR, s.282; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98; Eren, s.514; Oğuzman/ Öz, s.65 vd; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara 1994, s.61; Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.96 vd.; Nomer, Tazminat, s.33; Uzunalli, s.342; Kılıçoğlu, Tazminat, s.6; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.3; Antalya, s.408.

⁶⁰⁰ Çalışma maddi tazminatın amaçları ile sınırlı tutulacaktır. Nitekim manevi tazminatın amaçları tartışmalı olup, menfaat devrinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde yol gösterici olmayacağından ayrıca ele alınmayacaktır. Bununla birlikte, manevi tazminat, klasik görüş gereği, kişilik hakkına hukuka aykırı tecavülden doğan acı elem ve ızdırabın tatmin edilmesi amacını güder. Bu konuda bkz. von Tuhr/ Peter, s.125 vd.; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.286 vd.; von Büren, s.84 vd.; Guhl/ Merz/ Koller, s.60; Oser/ Schönenberger, Art.47, N.3; İnceoğlu/ Tosun, s.75 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.655; Tandoğan, Mesuliyet, s.330; Genç Arıdemir Arzu, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul 2008, s.11 vd. Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 1.5.2000, 2691/3732, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 11.05.2014. Bir diğer görüş ise, manevi tazminatın cezalandırıcı amaç taşıdığını ifade etmektedir. Tandoğan, Mesuliyet, s.331, dn.6; Serozan, Postacıoğlu Armağanı, s.280 vd. Ancak bu görüş doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmaktadır. Eren, s.785. Son olarak ise, tıpkı maddi tazminatın olduğu gibi, manevi tazminatın da telafi amacı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Eren, s.786. Ancak çalışmada, menfaat devrinin belirlenmesinde esas alınacak tazminat türü maddi tazminat olduğundan, manevi tazminat kapsam dışında bırakılmaktadır.

2. Tazminat Hukukunun Amaçları

a. Zararı Telafi Etmek Amacı (Denkleştirme)

aa. Genel Olarak

Tazminatın asıl amacı, zarar verici olay meydana gelmemiş olsaydı, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumu yeniden kurmaktır⁶⁰¹. Başka deyişle asıl amacın zararın telafisi olduğu ifade edilmektedir⁶⁰². Bu amaç zararın, zarar gören üzerinden alınarak zarar verene yükletilmesidir⁶⁰³. Bu nedenle de tazminatın hesabında, zarar görenin ihlal edilen menfaati esas alınır⁶⁰⁴.

Telafi amacı zararın doğumundan önceki durumu yeniden yaratmak olduğu için tazminat hukukunda aynen tazmine öncelikle başvurulması uygun bulunmaktadır⁶⁰⁵. Ancak aynen tazmin çoğu halde mümkün olamaz ve nakden tazmin yoluna başvurulur⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Nomer, Tazminat, s.37; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.581.

⁶⁰² Grossfeld, s.77; Edelman, s.5; Jansen/ Rademacher, N.2; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.66; Deutsch, s.69; Larenz, Bd.I, s.424; Mertens, s.98; Schwenger, OR, s.282; Honsell, Haftpflichtrecht, s.9; Tandoğan, Mesuliyet, s.315; Nomer, Tazminat, s.33; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.583; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98; Eren, s.514; Oğuzman/ Öz, s.65 vd., s.111; Tiftik, s.61; Sanlı, s.153; Özden Merhacı, s.156; Schafer/ Ott, s.110; Uzunallı, s.342; Kılıçoğlu, Tazminat, s.6; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.3.

⁶⁰³ Eren, s.514.

⁶⁰⁴ Weinrib, s.55; Treitel, s.992; Müller, Punitive, s.72; Edelman, s.6; Behr, s.111; Nomer, Tazminat, s.35; Gotanda, s.201; Long, s.885; Lange/ Schiemann, s.10; Larenz, Bd.I, s.424; Özden Merhacı, s.157; Friedmann, s.504; Farnsworth, s.1339. Aynı yönde, *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027; *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851). Zarar verenin davranışı ise, sorumluluğun kurulması sırasında yani daha önceki bir aşamada dikkate alınır. Peter Müller, **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**, Berlin 2000, s.72-73; Klaus Schlobach, **Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes**, Baden Baden 2003, s.8; Özden Merhacı, s.157.

⁶⁰⁵ Eren, s.724; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.115; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.63; von Tuhr/ Peter, s.114; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.581 vd.

⁶⁰⁶ Aynen tazmin, ihlal edilen hak ya da hukuki değere denk bir durumun fiilen kurulması ya da düzeltilmesi veya eksilene benzer bir değer verilmek suretiyle zarar görenin malvarlığının tekrar kurulması, eski duruma getirilmesidir. Nomer, Tazminat, s.37; Eren, s.775; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.581. Nakden tazminde ise, ihlal edilen hak veya değer yerine, zarar veren para ödemekte ve bu suretle, zarar verici olay meydana gelmeseydi, mağdurun içinde bulunacağı ekonomik durum yaratılmaya çalışılmaktadır. Nomer, Tazminat, s.38; Kılıçoğlu, Hesap, s.59; Eren, s.775; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.582. Tazminatın kural olarak aynen tazmin mi yoksa nakden mi olması gerektiği, bir hukuk politikası tercihinden ibarettir. Anglosakson hukuk sistemlerinde kural nakden tazmin iken, Alman Medeni Kanunu § 249 öncelikli yaptırım olarak aynen tazmini düzenlemektedir. Eski durumun sağlanması: "status quo ante" şeklinde ifade edilmektedir. Müller, Punitive, s.72; Nils Jansen/ Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", **Punitive Damages - Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa,

Zararın telafisi, zenginleştirme yasağı, tam tazminat ve hakkın devam ettirilmesi gibi prensipler ile tam olarak sağlanabilir. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

bb. Tam Tazminat İlkesi, Zenginleştirme Yasağı İlkesi ve Hakkın Devam Ettirilmesi (İkamesi)

Tazminat hukukunun amacı zararın telafisi olduğuna göre, ancak tam tazminat sağlanırsa bu amaca ulaşılmış olur. Tazminatın kapsamının zarar miktarına göre belirlenmesi de bu amaca hizmet eder⁶⁰⁷. Bu bakımdan telafi amacının bir görünümü, tam tazminat ilkesi olarak karşımıza çıkar⁶⁰⁸. Tazminat zarar kadar olur⁶⁰⁹.

Bununla birlikte, tam tazminat ilkesi, her zaman aynı katılıkta uygulanmayabilir. Nitekim TBK m.50-52 hükümleri (OR Art. 42-44), hâkime zararın ve tazminatın belirlenmesinde takdir yetkisi tanımaktadır⁶¹⁰. Böylelikle somut olayın şartları, zarar verenin veya zarar görenin kusuru, tarafların ekonomik durumları dikkate alınarak

Newyork/ Wien 2009, N.1; Brockmeier, s.44; Esser/ Schmidt, s.496; von Tuhr/ Peter, s.114; Lange, s.138. BGB § 249'da "ya hep ya hiç" ilkesinin yer aldığı ve bunun sonucunda ortaya çıkan zararın mümkün olduğu kadar aynen ve tamamen tazmin edilmesi gerektiği yönünde, Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98. "Alles oder nichts Prinzip" hakkında bkz. Müller, Punitive, s.85. Ancak bunun mümkün olmaması ya da duruma uygun olmaması halinde nakden tazmin söz konusu olabilir. Jansen/ Rademacher, N.1. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında bu husus açıkça dile getirilmemiştir. Bu nedenle takdirin hâkime bırakıldığı ifade edilmektedir. Nomer, Tazminat, s.39, s.50; von Tuhr/ Peter, s.114; Schwenger, OR, N.15.01; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.581. Ancak bazı hallerde işin niteliği gereği aynen tazmin mümkün olmaz. İfade etmek gerekir ki, nakden tazminin talep edildiği ve buna hükmedildiği kararlar, aynen tazmine kıyasla daha çoktur. Bunun ilk sebebi, aynen tazminin pek çok olayda niteliği gereği mümkün olmamasıdır. Bundan başka, mahkeme kararını borçlunun rızası ile yerine getirmemesi halinde icra aşamasında karşılaşılabilecek zorluklar ve aynen tazminde indirim sebeplerinin dikkate alınmasının zorluğu da gerekçe olarak gösterilmektedir. von Tuhr/ Peter, s.115; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.68; Tandoğan, Mesuliyet, s.257; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.582; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.113; Nomer, Borçlar, s.180; Eren, s.776; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.582.

⁶⁰⁷ Sanlı, s.153; Edelman, s.5.

⁶⁰⁸ Oftinger/ Stark, § 7, N.1; Mohr, s.173; Schlobach, s.9; Nomer, Tazminat, s.63; Oğuzman/ Öz, C.I, s.84; Nomer, Tazminat, s.63; Özden Merhacı, s.157; Eren, s.724; Kılıçoğlu, Hesap, s.59.

⁶⁰⁹ Aynı yönde, Grossfeld, s.78; Rey, N.13; Bamberger/ Roth/ Schubert, BGB § 249, N.1-4; Schlobach, s.9; Müller, Punitive, s.58; Sanlı, s.153; Jansen/ Rademacher, N.2.

⁶¹⁰ Eren, s.725.

tazminat miktarında değişiklik mümkün olabilmektedir⁶¹¹. Ancak bu değişiklik her zaman "indirim" şeklinde olacaktır⁶¹². Nitekim zarar tazminatın üst sınırını teşkil eder⁶¹³. Yoksa bir kişinin ağır kusurlu olması, onun zararın üzerinde tazminat ödemesine gerekçe olamaz. Görüldüğü üzere bu husus aynı zamanda "zenginleşme yasağı"na⁶¹⁴ ve tazminat hukukunun cezalandırma amacı taşımadığına da işaret eder. Tartışmalı olmakla birlikte, tazminat hukukunun hakkın devam ettirilmesi amacı taşıdığı da kabul edilmektedir⁶¹⁵. Bu etkinin zararı telafi etmek amacını tamamladığı açıktır⁶¹⁶.

b. Önleme Amacı (Caydırıcılık)

Tazminat hukukunun telafi amacının yanı sıra, önleme amacı olduğu da ifade edilmektedir⁶¹⁷. Kural olarak sorumluluğun kusura dayandığı bir sistemde, rasyonel kişilerin, gerekli özeni göstermedikleri sürece sorumlu tutulacaklarını bildikleri için,

⁶¹¹ Alman hukukunda ise bu tür, olayın şartları ya da kusurun derecesine göre indirim olanağı yoktur. Bu konuda bkz. Atamer, Normun Koruma Amacı, s. 98.

⁶¹² İndirim sebepleri ve nasıl uygulanacağı hakkında bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.115 vd.; Nomer, Borçlar, s.169, s.181 vd.; Nomer, Tazminat, s.64 vd.

⁶¹³ Becker, Art.43, N.2; Guhl/ Merz/ Koller, s.62; Oftinger, Haftpflichtrecht, s.66; von Büren, s.53; Nomer, Tazminat, s.63; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.583; Tandoğan, Mesuliyet, s.315; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.84; Nomer, Borçlar, s.180; Tiftik, s.61; Kılıçoğlu, Hesap, s.59; Uzunallı, s.342. Aynı yönde, Yarg. 21. HD, 27.5.2008, 24424/8071, YKD 2009/1, s.120; Antalya, s.417. Tazminatın aşırıya kaçmaması, yıkıcı olmaması gerektiği yönünde, von Bar, Damages, N.1.

⁶¹⁴ Alman hukukunda da zenginleşme yasağı mevcuttur (*schadensrechtliches Bereicherungsverbot*). Müller, Punitive, s.85; MünchKomm/ Grunsky, BGB § 249, N.6a; Jansen/ Rademacher, N.2; Lange/ Schiemann, s.10. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mathias Schmoeckel / Joachim Rückert/ Reinhard Zimmermann, **Historisch-kritischer Kommentar Zum BGB**, Vol.II, Tübingen 2007, § 249; Siems, s.36.

⁶¹⁵ Doktrinde bir görüş, ihlal edilen hakkın, tazminat ile devam ettirildiğini, bir anlamda tazminat alacağının içinde varlığını sürdürdüğünü ifade etmektedir. Larenz, Bd.I, s.425; Mertens, s.97; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.99; Eren, s.515; Nomer, Tazminat, s.34; Sanlı, s.154. Dolayısıyla zarar, ihlal edilen şeyin objektif değeri olarak görülmektedir. Nomer, Tazminat, s.34. Bununla birlikte, bir diğer görüş gereği, tazminat hukukunun bu tür bir amacı yoktur. Amaç hakkın, tali olarak tazminat şeklinde devamını sağlamak değil, yalnızca telafi etmektir. Özden Merhacı, s.162.

⁶¹⁶ Hakkın devam ettirilmesi amacının, önleme amacının önünde olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim bu görüş kapsamında, amaç haksız fiil failinin gelecekteki davranışlarını yönlendirmek olmayıp, ihlal edilen hakkın hukuken korunan bir menfaat olduğunu belgelemektir. Mertens, s.94. Bu amacın var kabul edilmesi, özellikle normatif zararlar açısından takılacak tavrı belirleyeceğinden önemlidir. Ancak bu husus çalışmanın konusu dışında kalmakta olduğundan, ayrıntılı incelenmeyecektir. Nomer, Tazminat, s.34, özellikle dn.3.

⁶¹⁷ Mertens, s.109; Bamberger/ Roth/ Schubert, BGB § 249, N.1-4; Larenz, Bd.I, s.423; Lange/ Schiemann, s.11; Rey, N.14; Deutsch, s.73; Eren, s.514; Özden Merhacı, s.161; Tiftik, s.61; Nomer, Tazminat, s.35; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98. Önleme amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mertens, s.94; Uzunallı, s.342; Kılıçoğlu, Tazminat, s.6; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.3.

bu özeni göstermesi beklenir⁶¹⁸. Böylelikle tazminat hukukunun önleme amacı da kabul edilmektedir⁶¹⁹.

Önleme amacı ile telafi amacı birbirinden farklıdır. Öncelikle, önleme amacı, telafi amacından farklı olarak, odak noktasına zarar göreni değil zarar vereni koyar⁶²⁰. Bundan başka, telafi, *ex post* (sonraya ilişkin) bir yaklaşımla, tazminat sayesinde gerçekleşir. Oysa önleme amacı *ex ante* (önceye ilişkin) bir bakış açısı ile hareket eder⁶²¹. Buna dayanılarak önleme amacının, ancak telafi amacıyla birlikte tazminat hukukunda anlam kazanacağı ve telafi amacını ikame etmeyeceği ifade edilmektedir⁶²². Nitekim zarar doğduktan sonra, tazminatın hala bir önleme amacı taşıdığına şüphe ile yaklaşılmakta ve önleme amacının ikincil nitelikte olduğu ileri sürülmektedir⁶²³. Özellikle kusursuz sorumluluk açısından bu işlevin baskın olmadığı ve gelişmiş bir sigorta sisteminin bu işlevi ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir⁶²⁴. Buna ek olarak, önleme amacının, bir kere tazminatla sorumlu tutulmuş kişiler açısından etkili olduğu⁶²⁵ ve daha çok ceza hukukunun ya da

⁶¹⁸ Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.2; Eren, s.514.

⁶¹⁹ Aksi görüşte, Kara Avrupası hukuk sisteminin tazminat yaptırımı ile önlemeyi amaçlamadığı yönünde, Gotanda, s.201.

⁶²⁰ Sanlı, s.154.

⁶²¹ Sanlı, s.154.

⁶²² Eren, s.515; Tiftik, s.62.

⁶²³ Mertens, s.109; Bamberger/ Roth/ Schubert, BGB § 249, N.1-4; Larenz, Bd.I, s.423; Lange/ Schiemann, s.11; Rey, N.14; Deutsch, s.73; Özden Merhacı, s.161; Tiftik, s.61; Nomer, Tazminat, s.35; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98. Önleme amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Joachim Mertens, **Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht**, Stuttgart 1967, s.94; Kılıçoğlu, Tazminat, s.6; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s.3. Bununla birlikte, doktrinde yüksek tazminat miktarlarının, ufak cezalara oranla daha caydırıcı olabileceği ve bu bağlamda tazminat hukukunun önleyici amacının önemi de vurgulanmaktadır. Deutsch, JZ 1971, s.244-246. Gerçekten de tazminat hukukunda telafi amacına verilen önemin, önleme amacına verilmesi de gerekir. Nitekim önleme amacı, hukuk kuralının doğasından, varoluşundan kaynaklanmaktadır. Tazminat hukuku açısından ise bu amaç özellikle kendini gösterir. Yalnızca TBK m.49 gibi sorumluluğu kuran hükümler değil, TBK m.50-52'de olduğu üzere zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümlerde önleme amacı belirginleşir. Örneğin TBK m.51, tazminatın belirlenmesinde durumun gereği ve kusurun ağırlığını göz önüne alan bir düzenlemedir. Eren, s.515. Ancak bu tartışma çalışmanın konusunu aşmaktadır.

⁶²⁴ Nomer, Tazminat, s.36; MünchKomm/ Gursky, BGB § 249, N.3,4. Eren ise sorumluluk sigortasının, sorumluluk hukukunun önleyici etkisini zayıflattığı fikrine, rücu mekanizmasının varlığını gerekçe göstererek tam olarak katılmadığını ifade etmektedir. Eren, s.515. Sorumluluğun sigorta ettirilmesinin tazminat hukukunun amaçlarına etkisi hakkında bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.5-6; Oftinger, *Haftpflichtrecht*, s.39 vd.

⁶²⁵ Eren, s.514.

cezalandırma özelliği taşıyan yaptırımların amacına paralel olduğu ifade edilmektedir⁶²⁶.

3. Ara Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımı Bir Tazminat Değildir

Tazminat hukukuna ilişkin yukarıda açıklanan prensipler göz önünde bulundurulduğunda, menfaat devri yaptırımının bir tazminat olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira bu prensipler, menfaat devri yaptırımı ile uyum içinde değildir. İlk olarak, menfaat devri zarar görenin zararı değil, hakkı ihlal edenin elde ettiği menfaat esas alınarak belirlenir. Oysa tazminat hukukunda zarar görenin ihlal edilen menfaati esas alınmaktadır⁶²⁷. Bir diğer deyişle, tazminatı belirleyen husus, mağdurun gördüğü zarardır.

Hakkı ihlal edilen kişinin, söz konusu menfaati elde edemeyecek olması gibi hususlar, menfaat devri yaptırımında önemsiz ve etkisizdir⁶²⁸. Bu nedenle de “tam tazminat ilkesi” ya da “zenginleşme yasağı” menfaat devrinde söz konusu değildir. Oysa tazminat hem zararın varlığına hem de miktarına bağlıdır. Zira tazminat hukukunun asıl amacı telafi etmektir ve zarar miktarında tazminat bu amacı sağlar. Menfaat devri yaptırımı ise zararın telafisini amaçlamadığı gibi telafiyle yetinmemektedir. Hak ihlali suretiyle elde edilen tüm menfaatin devri gerekir⁶²⁹. Bu nedenle menfaat devri yaptırımı cezalandırma amacı güder.

Buna ek olarak, tazminat hukukunda, baskın görüş kapsamında tali olarak nitelendirilen önleme amacı, menfaat devri yaptırımı için daha etkili bir amaçtır. Önleme amacının genel olarak cezalandırma amacı güden hükümlerde daha

⁶²⁶ Kılıçoğlu, Tazminat, s.6.

⁶²⁷ Bkz. yukarıda, § 4/ II/ B/ 2/ a. Weinrib, s.55; Treitel, s.992; Müller, Punitive, s.72; Edelman, s.6; Behr, s.111; Nomer, Tazminat, s.35; Gotanda, s.201; Long, s.885; Lange/ Schiemann, s.10; Larenz, Bd.I, s.424; Özden Merhacı, s.157; Friedmann, s.504; Farnsworth, s.1339. Aynı yönde, *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027; *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851).

⁶²⁸ Bu konuda bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ b.

⁶²⁹ Bkz. § 3/ I/ B/ 4.

kuvvetli olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu sonuç şaşırtıcı olmaktan uzaktır.

Sonuç olarak menfaat devri yaptırımının, tazminat yaptırımından farklı amaçları vardır ve tazminat hukukuna ilişkin ana prensiplere aykırıdır. Bu sebeplerle söz konusu yaptırım, Kara Avrupası hukuk düzeninin verdiği anlam⁶³⁰ ile bir tazminat türü değildir⁶³¹.

C. Tazminat Hesaplanma Yöntemi Olup Olmadığı

1. Tazminat Hesaplama Yöntemi Olarak Menfaat Devri

Kanun koyucu bazı durumlarda, zararın belirlenmesinde, karşı tarafın hakkını ihlal eden kişinin, ihlal sebebiyle elde ettiği menfaati esas alan düzenlemeler getirmektedir. Bu durumda ortada, tazminatın hesaplanma biçimi olarak bir menfaat devri yaptırımı olduğu ifade edilmektedir⁶³².

Menfaat devri yaptırımının bir “*tazminat hesaplama biçimi*” şeklinde var olmasının temel nedeni bazı hakların (örneğin fikri hakların) ihlale elverişliliği ve zararın somut olarak ispatındaki güçlüktür⁶³³. Kanaatimce bu gerekçelendirme yerindedir.

⁶³⁰ Bu anlam telafi edici tazminattır.

⁶³¹ Aynı yönde, ve haksız zenginleşmenin iadesi de olmadığı yönünde, Smith, Disgorgement, s.122. Haksız zenginleşmenin iadesi, tazminat ve menfaat devri yaptırımlarının karşılaştırıldığı bir çalışma için bkz. Smith, s.672 vd.

⁶³² Farnsworth, Disgorgement, s.1356; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.47 Gotanda, s.207. Aynı yönde, İsviçre uygulaması için bkz. BGer 97 II 169; Türk uygulaması için bkz. Yarg. 11. HD, 9.10.2006, 5056/9662; Yarg. 11. HD, 13.3.2006, 2840/2522; Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014. Bununla birlikte, marka hakkına tecavüzde, Marka KHK m.66’da var olan menfaat devri düzenlemesinin, bir hesaplama yöntemi olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bkz. Uzunallı, s.344. Oysa burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir özel görünümü vardır. Hukuki düzenleme yerinde olmamakla birlikte, söz konusu ihlal gerçekleştiğinde tazminat değil, menfaat devri talep edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, § 6/ III/ B.

⁶³³ Uzunallı, s.394. Yargıtay da bir kararında bu zorluğa değinmektedir. Yarg. 11. HD, 26.9.2002, 4946/8176, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014. Alman Federal Mahkemesi dahi, zararın tam olarak ispat edilemediği bir kararda manevi tazminatı belirlerken, zarar verenin elde ettiği menfaati esas almıştır. Söz konusu Caroline kararı aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bkz. § 4/ II/ D/ 3/ c. BGHZ, 15.11.1994 VI ZR 56/94; BGHZ 128, 1, 15 vd.; BGHZ 128, 1.

Zararın miktarından bağımsız, menfaat odaklı bir yaklaşımla “soyut bir hesaplama biçimi” olarak menfaat devri yaptırımının bir tazminat olarak öngörülmesi mümkündür. Zira böyle bir durumda, karşı tarafın ihlal suretiyle elde ettiği menfaati esas almak hakkaniyetli bir yaklaşım olacaktır. Bu yaklaşım, söz konusu hak ihlal edilmeseydi, ihlal edenin fiilen elde ettiği menfaati, hak sahibinin de elde edeceği varsayımına dayanır⁶³⁴. Başka deyişle, varılmak istenen nokta, ihlalin hiç yapılmadığı ana geri dönmek, yani aynen tazmindir.

Bununla birlikte, tazminatın hesaplama biçimi olarak menfaat devri yaptırımı öngörülmüş ise, artık gerçek anlamda menfaat devri yaptırımından bahsedilmemelidir. Zira burada hükmedilen yaptırım, zararın miktarı ispat edilemese de tazminattır. Bu nedenle en azından zararın varlığı ispat edilmelidir.

Hollanda hukukunda, menfaat devri yaptırımı, açık bir düzenleme ile bir zarar hesaplanma yöntemi olarak düzenlendiğinden, aşağıda öncelikle bu kurala yer verilecektir. Bu yolla, hesaplama yöntemi olarak menfaat devri yaptırımının hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir. Ardından Türk hukukunda var olan bazı düzenlemeler incelenecektir. Bu inceleme sonucunda görülecektir ki, kanunun lafzı, her ne kadar bir tazminatın hesaplama biçimi varmış gibi görünse de, Türk hukukunda hesaplama biçimi şeklinde menfaat devri düzenlemesi yer almamakta, bu haller gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin birer uygulama halini teşkil etmektedirler.

2. Hollanda Hukuku

Hollanda Medeni Kanunu'nun 6:97 maddesi, zarar “niteliğine en uygun şekilde hesaplanır” demek suretiyle genel bir prensip koymaktadır. Kural olarak bu “en uygun şekil” zarar görenin zararını esas almaktır⁶³⁵. Zira tıpkı pek çok Kara

⁶³⁴ Spitz, s.808; Uzunalli, s.394. Aynı yönde, BGH 2.11.2000, I ZR 246/98 Düsseldorf, GRUR, s.332.

⁶³⁵ Düzenlemenin antitrust bakışı hakkında Hollanda ulusal raporu için bkz. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/netherlands_en.pdf

Avrupası ülkesinde olduğu gibi, Hollanda hukukunda da kural tazminatın telafi edici olmasıdır ve bu tam tazminat ve zenginleşme yasağı ilkeleri ile birlikte çalışır⁶³⁶. Ancak Hollanda hukuku telafi edici tazminata bir istisna getirmektedir⁶³⁷: Hollanda Medeni Kanunu 6:104 maddesi gereği, zararın hesaplanması zarar verenin elde ettiği menfaate göre de belirlenebilir. Düzenlemeye göre, haksız fiil ya da borca aykırılık söz konusu olduğunda fail ya da borca aykırı davranan kişi bu hukuka aykırı davranışı nedeniyle bir menfaat elde etmiş ise, mahkeme, talep üzerine, tazminat olarak elde edilen menfaate ya da elde edilen menfaatin bir kısmına hükmedebilir. Görüldüğü üzere, tazminatın bu şekilde belirlenmesi için, bu yöntemin öncelikle talep edilmesi gerekir. Ardından bu yaptırıma hükmetmek hâkimin takdirine bırakılmıştır. Nitekim ana kural⁶³⁸ olan 6:97'de yukarıda ifade edildiği üzere, zararın en uygun şekilde hesaplanmasını öngörerek hâkime bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Hollanda hukukunda var olan düzenleme, en sık karşılaşılan iki borç kaynağı olan haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık hali için menfaat devri yaptırımını genel bir kural ile düzenlemektedir⁶³⁹. Bir genel kuralın varlığını kabul etmek gerekirse de, söz konusu hüküm istisna olma özelliğini sürdürmektedir. Nitekim kural olarak yaptırım zararın esas alınması şeklinde, telafi edici tazminattır⁶⁴⁰. Tazminat yerine menfaat devri yaptırımına hükmedilmesi için ise bunun hem talep edilmesi hem de hâkim tarafından uygun bulunması gerekir.

Bu yaptırım özellikle haksız fiil veya borca aykırılık sonucu, borca aykırı davrananın, önemli miktarda menfaat elde etmesine rağmen, mağdurun az bir

⁶³⁶ Hartkamp/ Tillema, s.143.

⁶³⁷ Hartkamp/ Tillema, s.143.

⁶³⁸ Beatson/ Schrage, s.559

⁶³⁹ Söz konusu kural, haksız zenginleşmeyi kapsam dışında bırakmaktadır. Beatson/ Schrage, s.557. Ayrıca bkz. Parliamentary Debate, Enactment law (*Parlementaire Geschiedenis, Invoeringswet*), s.1267-1268.

⁶⁴⁰ Beatson/ Schrage, s.559.

zarara uğradığı ya da ortaya çıkan zararın hesaplanmadığı hallerde önem taşır⁶⁴¹. Başka deyişle, söz konusu yaptırım, telafi edici tazminatın yetersiz kaldığı alanları hedeflemektedir⁶⁴².

Hollanda hukukunda var olan düzenleme, genel bir menfaat devri yaptırımı düzenlemesi olarak okunabilirse de, doktrinde ve uygulamada bunun aksi iddia edilmektedir⁶⁴³. Başka deyişle, bu düzenlemenin bir zararın hesaplanma biçimi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüş, Hollanda Temyiz Mahkemesinin vermiş olduğu *Waeyen-Scheer&Naus* kararı ile desteklenmektedir. Nitekim kararda, “zarardan bağımsız olarak yaptırımın belirlenmesi, davacının zararının menfaat devri talebine hükmetmek hususunda önemsiz olduğu anlamına gelmez” denmektedir⁶⁴⁴. Söz konusu karardan kısaca bahsetmek gerekir. 1979-1987 yılları arasında, *Bay Naus*, *Waeyen-Scheer* adlı şirkette çalışmıştır. Sözleşmesinde, çalıştığı süre boyunca sadakat yükümü ve rekabet etme yasağı düzenlenmiştir. Ancak *Naus* sözleşmenin bu hükmünü ihlal etmiştir. *Waeyen-Scheer*, ihlal nedeniyle dava açmış ve yaptırımın davalı *Naus*'un elde ettiği menfaate göre belirlenmesini talep etmiştir. Ancak mahkeme, davacının talebini, somut olayda davacının hiç bir zararı olmadığı gerekçesiyle reddetmiş ve eklemiştir: “yaptırımın davalının menfaati esas alınarak belirlenmesi için zararın varlığı aranır”⁶⁴⁵. Bir diğer deyişle, aslında 6:104'de düzenlenen yaptırım tazminatın hesaplanma biçimidir, yoksa zararın varlığından ve miktarından bağımsız, cezalandırma ve caydırma amacı güden menfaat devri yaptırımı değildir⁶⁴⁶. Bu açıdan tazminatın hesaplanmasının zor olduğu alanlara özgülenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴⁷.

⁶⁴¹ Linssen, s.351.

⁶⁴² Linssen, s.351.

⁶⁴³ Linssen, s.359. Hollanda hukukunda, söz konusu düzenlemenin öngördüğü yaptırımın bir tür haksız zenginleşmenin iadesi olup olmadığı tartışma konusudur. Bkz. Linssen, s.361 vd.

⁶⁴⁴ HR 24 December 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, s.421 (*Waeyen-Scheers/Naus*).

⁶⁴⁵ Ayrıca somut olayda bir nedensellik bağı sorunun da mevcut olduğu kararda tespit edilmektedir.

⁶⁴⁶ Aynı yönde, *Beatson/ Schrage*, s.559.

⁶⁴⁷ *Beatson/ Schrage*, s.557.

Hollanda hukukunda, genel bir düzenleme algısı yaratan yukarıda açıklanan kuralın dışında, özellikle fikri mülkiyet alanında, gerçek anlamıyla menfaat devri yaptırımının düzenlendiği de görülmektedir⁶⁴⁸. Yerinde olarak ifade edildiği üzere, söz konusu düzenlemeler, 6:104 kuralından farklıdır zira zararın varlığından bağımsızdır⁶⁴⁹.

3. Türk Hukuku

Türk hukukunda özellikle TTK m.56, Marka KHK m.66, Patent KHK m.140, Endüstriyel Tasarım KHK m.53 düzenlemelerine bakıldığında, menfaat devri yaptırımının, tazminatın hesaplanma yöntemi olarak yer aldığı düşünülebilir⁶⁵⁰. Söz gelimi doktrinde, marka hakkına tecavüzde, Marka KHK m.66’da var olan menfaat devri düzenlemesinin, bir hesaplama yöntemi olarak değerlendirildiği görülmektedir⁶⁵¹. Nitekim bu durumda ortaya çıkan yoksun kalınan kârın güç ispat edileceği ifade edilmektedir⁶⁵². Gerçekten de marka hakkına tecavüz söz konusu olduğunda zararın ispatı zor olabilir. Aynı zorluk haksız rekabet ihlallerinde de geçerlidir. Hatta fikri mülkiyet hukukunda tazminat davasının “kör bir silah” olduğu ifade edilmektedir⁶⁵³.

Ancak söz konusu görüş, kendi içinde çelişkili olarak, önce zararın gerçekleşmiş olması gerektiğini ifade etmekte⁶⁵⁴, ardından somut zarar mevcut olmasa ya da ispatlanmamış olsa da elde edilen menfaatin talep edilebileceğini ifade etmektedir⁶⁵⁵. Kanaatimce, eğer menfaat devri bir zararın hesaplanma yöntemi olarak kabul edilecekse, en azından zararın varlığının mutlaka ispat edilmesi gerekir. Ayrıca, zararın hesaplanma yöntemi olarak menfaat devri, TBK m.51 gereği hâkimin takdir

⁶⁴⁸ *Rijksoctrooiwet* (Ulusal Patent Kanunu) art. 70,4; *Auteurswet* (Telif Kanunu) art.27a. Bu konuda bkz. Beatson/ Schrage, s.557.

⁶⁴⁹ Beatson/ Schrage, s.557.

⁶⁵⁰ Bu nedenle söz konusu düzenlemeler bir arada değerlendirilecektir.

⁶⁵¹ Uzunallı, s.344.

⁶⁵² Uzunallı, s.346.

⁶⁵³ Uzunallı, s.347.

⁶⁵⁴ Uzunallı, s.348, dn.558’e ait cümle.

⁶⁵⁵ Uzunallı, s.348-349, dn.560’a ait cümle.

yetkisine tâbi olacaktır. Böylelikle hâkimin elde edilen tüm menfaate hükmetmemesi de mümkün olabilir. Oysa kanaatimce düzenleme ile amaçlananın bu olmadığı açıktır.

Gerçekten bazı durumlarda zararın ispatı zor olabilir. Bununla birlikte, Marka KHK m.66'da yer alan düzenleme (ve bu arada Marka KHK m.66, Patent KHK m.140, EndTas KHK m.52 ve TTK m.56), ispat zorluğuna çözüm üretmekle birlikte, zararın varlığından ve miktarından bağımsız olup⁶⁵⁶, bir tazminat hesaplama yöntemi değildir. Yargıtay da bu talebin zarardan bağımsız olduğunu açıkça dile getirmektedir⁶⁵⁷. Bu hükümlerde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde menfaat devri yaptırımının düzenlendiğini kabul etmek gerekir.

Buna karşılık yukarıda anılan düzenlemelerin lafzının "tazminatın hesaplanması yöntemi" şeklinde olması nedeniyle aksi görüşün savunulabileceği ileri sürülebilir. Ancak bilindiği üzere bir kanun hükmünün anlamının tespitinde, sadece lafza bağlı kalınması, hükmün amacının⁶⁵⁸ göz ardı edilerek yorumlanması yerinde değildir⁶⁵⁹. Nitekim TMK m.1 de bu hususu, "*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır*" demek suretiyle açıkça dile getirmektedir. Bu nedenle kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir lafzi yorum kabul edilemez⁶⁶⁰.

Bir hükmün amaca göre yorumlanabilmesi için ise, öncelikle bu amacın belirlenmesi gerekir. Düzenlemenin amacının belirlenebilmesi için öncelikle kanunun sisteminin incelenmesi gerekir⁶⁶¹. Bununla kastedilen, düzenlemenin kanunun neresinde bulunduğu, diğer hükümlerle ilişkisi, madde başlığı gibi sistematik hususlardır.

⁶⁵⁶ von Ungern-Sternberg, s.463.

⁶⁵⁷ Yarg. 11.HD, 20.9.2004, 14157/ 8512; Yarg. 11.HD, 6.10.2003, 2585/ 8782, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2014.

⁶⁵⁸ Amaca göre yorum, kuralın bugün için geçerli sayılabilen ve izlendiği kabul edilebilen amacını (*ratio legis*) dikkate alır. Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.22.

⁶⁵⁹ Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.15; Meier-Hayoz, Art.1, N.152 vd.; Oğuzman/ Barlas, s.68.

⁶⁶⁰ Oğuzman/ Barlas, s.71.

⁶⁶¹ Oğuzman/ Barlas, s.73.

Nitekim düzenleme, kanunun tümünü kapsar mantıksal bütünlük içinde tutarlı olarak yorumlanmalıdır. Bundan başka, benzer hükümlerle mukayese ederek bir hükmün ruhu tespit edilebilir. Buna ek olarak kanunun hazırlık çalışmaları da düzenlemenin amacının belirlenmesinde yol gösterici olabilir⁶⁶².

Yukarıda anılan hükümleri bu ilkeler ışığında amaca göre yorumlamak gerekir. Öncelikle kuralların korumayı hedeflediği menfaatlere bakmak gerekir. Bu düzenlemelerin koruduğu menfaatler, özel bir kural olmasaydı dahi TBK m.530 kapsamında korunabilecek olup, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile aynı kaygıyı taşımaktadırlar. Bu kaygı da, bir iş görmek suretiyle başkasının hakkını ihlal ederek menfaat elde eden kişinin, zararı tazmin ettikten sonra, elinde bir kâr kalmasına engel olmaktır. Yalnızca zararın tazmini ile yetinilmesi, elde edilen tüm menfaatin devredilmemesi, kişileri bu tür iş görmek konusunda güdüleyecektir. Zira kişi, zararı tazmin ettikten sonra elinde bir miktar menfaat kalacağı düşüncesiyle hukuka aykırı davranabilir. Düzenlemenin caydırıcılığı göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda anılan özel düzenlemelerin de bu şekilde yorumlanması yerinde olur. Buna ek olarak, anılan kurallar, tazminat yaptırımını ayrıca düzenlemektedirler. Sonuç olarak söz konusu ihlal gerçekleştiğinde talep edilen tazminat değil, menfaat devridir.

Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu özel düzenlemelerin bir tazminatın hesaplanma biçimi şeklinde yorumlanması halinde bile, iş sahibinin her zaman TBK m.530'da yer alan genel hüküm kapsamında menfaat devri talep edebilmesi mümkün olacaktır. Bu da elbette özel düzenlemelerin boşa dönmesi sonucuna yol açar. Bu nedenle bu kuralların, TBK m.530'a paralel yorumlanması daha yerinde olur⁶⁶³. Sonuç olarak menfaat devri, tazminatın hesaplanma biçimi olarak

⁶⁶² Meier-Hayoz, Art.1, N.215; Larenz, Methodenlehre, s.328; Oğuzman/ Barlas, s.74.

⁶⁶³ Nitekim aşağıda bu düzenlemelerin özel olarak incelenmesi kısmında da bu yaklaşımdan yola çıkılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, § 6/ III/ B.

düzenlenebilirse de, Türk hukuku açısından şu an bu tür bir düzenleme mevcut değildir.

4. Ara Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımını Bir Tazminat Hesaplama Biçimi Değildir

Yukarıda yapılan açıklamalar, Türk hukukunda var olan genel düzenleme ve özel görünümeler açısından menfaat devrinin, bir tazminat hesaplama biçimi olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Ancak kanuni bir düzenleme ile tazminatın hesaplanmasını elde edilen menfaatin miktarına bağlamaya bir engel de bulunmamaktadır⁶⁶⁴.

Bu tür bir düzenleme getirmek mümkün olmakla birlikte, zararın belirlenmesinde, zarar verenin elde ettiği menfaatin, zararın miktarının ispatı olarak esas alınması ile yaptırımın doğrudan karşı tarafın elde ettiği menfaatin devri olması farklıdır. Başka deyişle, bu durumda, iki farklı tür yaptırım söz konusu olur⁶⁶⁵. Tazminatın hesaplanma biçimi şeklinde menfaat devri yaptırımında, zarar verenin elde ettiği menfaatin, yoksun kalınan kâra yakın olacağı varsayımından yola çıkılmaktadır⁶⁶⁶. Bu olasılıkta hâkimin daha geniş bir takdir yetkisi olacağı açıktır. Yaptırım tazminat hukukuna uygun şekilde, telafiyi amaçlar ancak miktar gerçek zarara göre değil, elde edilen menfaate göre belirlenir⁶⁶⁷. Oysa, gerçek anlamda, zarardan bağımsız bir menfaat devri yaptırımında, hâkimin daha sınırlı bir takdir yetkisi vardır. Elde edilen net menfaat neyse, onun devri gerekir. Zira burada telafiyi amaçlayan bir tazminat yaptırımını yoktur⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Bununla kastedilen tazminatın hesaplanmasında, mağdurun gördüğü zararın değil, elde edilen menfaatin esas alınmasıdır. Smith, Disgorgement, s.122.

⁶⁶⁵ Treitel, s.999.

⁶⁶⁶ Treitel, s.999. Örneğin, *Wrotham Park* kararında, zarar, ilk olasılıkta olduğu gibi, elde edilen menfaat esas alınarak belirlenmektedir. *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* kararı (1974) 1 WLR 798. Karar metni için bkz. <http://swarb.co.uk/wrotham-park-estate-ltd-v-parkside-homes-ltd-chd-1974/> 26.11.2013.

⁶⁶⁷ Treitel, s.1000. Aynı yönde, *World Wide Fund for Nature v. World Wrestling Federation Entertainment Inc* (2007), EWCA Civ 286, s.59.

⁶⁶⁸ Bu sonuca yukarıda ulaşılmıştır. Bkz. § 4/ II/ B/ 3.

D. Özel Hukukta Cezalandırma Düşüncesi: Cezalandırıcı Tazminat ve Özel Hukuk Cezası

1. Genel Olarak

Özel hukukta cezalandırma düşüncesi, prensip olarak uzun zamandır karşı durulmuş bir düşüncedir⁶⁶⁹. Kanunlarda, cezalandırma amacı güden bir takım düzenlemeler⁶⁷⁰ yer almakta ise de, bu düzenlemeler çoğunlukla bir istisna olarak nitelendirilmektedir⁶⁷¹. Yine aynı gerekçe ile tazminat ve cezalandırma amacı taşıyan yaptırımların farklı nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁶⁷². Bu fark ise en genel anlatımla, tazminatın, yukarıda açıklandığı üzere, yalnızca verilen zararı telafi etmesi ve cezalandırma amacını taşımaması olarak ifade edilebilir. Aşağıda, cezalandırma amacı taşıyan yaptırımlar inceleme konusu yapılacak ve menfaat devri yaptırımının bu tür bir amacı haiz olup olmadığı tartışılacaktır. Cezalandırma amacı taşıyan yaptırımları ikiye ayırarak incelemek yerinde olur. İlk yaptırım, tazminata cezalandırma amacı yükleyen ve Anglosakson hukuk sisteminde çoğunlukla görülen cezalandırıcı tazminattır. İkincisi ise özel hukuk cezası ya da medeni hukuk cezası olarak adlandırılabilen yaptırım grubudur.

2. Anglosakson Sisteminde Cezalandırıcı Tazminat (*Punitive Damages*)

a. İngiliz Hukukunda

Cezalandırıcı tazminat olarak ifade edilen "*punitive damage*" kavramı⁶⁷³ temellerini Anglosakson hukuk sisteminde bulmakta olup, fazlasıyla kınanan bir davranışta bulunan kişiyi cezalandıran, telafi edici tazminatın üzerinde olan tazminat olarak

⁶⁶⁹ Grossfeld, s.75.

⁶⁷⁰ Rekabet ve fikri mülkiyet hukukunda var olan üç katı tazminat kuralları, TBK m.355/III gereği yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde bir yıllık kira bedelinden az olmayacak şekilde tazminat örnek gösterilebilir.

⁶⁷¹ Serozan, Genel Bölüm, I § 1, N.22.

⁶⁷² Gorssfeld, s.75. Bununla birlikte, her iki yaptırım türü arasında var olduğu ifade edilen bu keskin sınırın hukukçu olmayanların anlayabileceği bir sınır olmadığı dile getirilmektedir. Gorssfeld, s.75.

⁶⁷³ Bu kavram ve tarihi gelişim sürecinde kullanılan kavramlar hakkında bkz. Schlueter, Vol.1, s. 22-23.

tanımlanmaktadır⁶⁷⁴. Başka deyişle, Anglosakson hukukunda “tazminat” ifadesi tek başına bir anlam taşımaz. Bu tazminatın “cezalandırıcı” mı yoksa “telafi edici” mi olduğuna göre farklı tanımlanır⁶⁷⁵.

Cezalandırıcı tazminat ifadesinin, İngiliz hukukunda ilk olarak 1763 tarihli *Huckle v. Money* davasında kullanıldığı doktrinde ifade edilmektedir⁶⁷⁶. Söz konusu davada, zarar yirmi pound iken, üç yüz pounda hükmedilmişti⁶⁷⁷. Ancak bu davadan daha önemlisi kanaatimce yine aynı tarihli *Wilkes v. Wood* davasıdır⁶⁷⁸. Nitekim söz konusu davada, cezalandırıcı tazminat kurumunun temelleri ve amaçları ilk defa tespit edilmektedir⁶⁷⁹. Kararda açıkça, zarardan fazla tazminata hükmedilebileceği ve bunun amacının⁶⁸⁰ zarar vereni cezalandırmak, gelecekte benzer davranışlarda bulunmaktan kaçınmasını sağlamak (önleme amacı) ve mahkeme tarafından kınandığını göstermek olduğu ifade edilmektedir⁶⁸¹.

Ancak 19. yüzyılın sonlarında, doktrinde de eleştirilere maruz kalan cezalandırıcı tazminat kurumu, *Rookes v. Barnard* kararı ile sınırlandırılmıştır⁶⁸². Bunun sonucunda cezalandırıcı tazminat, yalnızca açık bir yasa hükmünün var olması; kamu görevlisinin vatandaşa karşı baskıcı, keyfi ya da Anayasa’ya aykırı davranışta

⁶⁷⁴ Schlueter, Vol.1, s. 23; John Yukio Gotanda, **Supplemental Damages in Private International Law**, Hague/ London/ Boston 1998, s.194; Blatt/ Hammesfahr/ Nugent, s.7; Sir Henry Brooke, “A Brief Introduction – The Origins of Punitive Damages”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009, N.1; Anthony J. Sebok, “Punitive Damages in the United States”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009, N.1; Sedgwick, s.38-39; Behr, s.114.

⁶⁷⁵ Jaffey, s.363.

⁶⁷⁶ Owen, s.369; Schlueter, Vol.1, s.5. Karar için bkz. *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768, C.P. 1763.

⁶⁷⁷ Bu dava hakkında bkz. Mörsdorf-Schulte, s.127.

⁶⁷⁸ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489, C.P. 1763.

⁶⁷⁹ Sales/ Cole, s.1120, dn.8; Lenz, s.14; Peterson/ Sarma/ Shanley, s.1-2; Gotanda, s.196; Mörsdorf-Schulte, s.134; Brooke, N.2; Schlueter, Vol.1, s.5.

⁶⁸⁰ Treitel, s.1003; Chitty, N.26-042; Brockmeier, s.18; Schlueter, Vol.1, s.26, s.28 vd. Müller, Punitive, s.11. Cezalandırma ve caydırma amaçlarına getirilen eleştiriler için bkz. Schlueter, Vol.1, s.31-33.

⁶⁸¹ Kararın düşünce özgürlüğüne ilişkin oluşu özellikle önemlidir. Nitekim söz konusu dava, düşünce özgürlüğünü baskılamak adına Kral’ın emriyle evi aranan ve bazı eşyalarına el konan Wilkes’in taşınmazına tecavüz sebebiyle açılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brooke, N.2.

⁶⁸² *Rookes v. Barnard* 1964 A.C. 1129.

bulunması ve zarar verenin, zarar verme sonucu ödeyeceği tazminattan daha fazla kâr elde ettiği ve bunu hesaplamış olduğu haller ile sınırlı tutulmuştur⁶⁸³.

Bu hallerde zarar verenin, zarar görene ödeyeceği tazminatı aşan bir fayda elde edeceğini hesaplayarak ve hukuka aykırılık bilinci ile yapmış olduğu bir fiil söz konusudur. Kararlarda görüldüğü üzere, bu durum özellikle bir başkasının şeref ve haysiyetinin ihlali halinde gündeme gelmektedir⁶⁸⁴ Söz konusu uygulama ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki paralelliğe dikkat çekmek gerekir.

b. Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda ⁶⁸⁵ cezalandırıcı tazminatın kökenleri İngiliz hukukuna dayanmakla birlikte ⁶⁸⁶ , İngiliz hukukundan farklı şekilde geliştiği ifade edilmektedir⁶⁸⁷. Söz konusu yaptırım türü, her iki hukuk sisteminde de önemli yere sahip⁶⁸⁸ olmakla birlikte, Amerikan hukukunda, İngiliz hukukunda olduğu gibi

⁶⁸³ Treitel, s.1003; Schlueter, Vol.1, s.11; Wilcox, N.4 ve ayrıntılı bilgi için N.5-29; Harder, s.254; Edelman, s.11; Gotando, s.197; Mörsdorf-Schulte, s.171 vd. Benzer şekilde, *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027; Wilcox, N.2.

⁶⁸⁴ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027 ve bu kara hakkında bkz. Harder, s.255. Aynı yönde, *Riches v. News Group Newspapers* 1986, QB 256; *John v. Mirror Group Newspapers Ltd*, 1997 QB 586; *McCarey v. Associated Newspapers*, 1965, 1 WLR 805; *Manson v. Associated Newspapers Ltd*, 1965, 1 WLR 1038

⁶⁸⁵ Amerika Birleşik Devletleri'nin eyalet yapısı göz önünde bulundurulduğunda, bazı eyaletlerde cezalandırıcı tazminata yer verilmediği görülmektedir. Yukarıda açıklamalar genel düzlemde verilmektedir. Örneğin Nebraska ve Washington cezalandırıcı tazminata izin vermezken; Louisiana ve Massachusetts eyaletleri buna izin vermekle birlikte, cezalandırıcı tazminatın mutlaka açık bir kural ile düzenlenmiş olmasını aramaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Peterson/ Sarma/ Shanley, s.3; Richard L. Blatt/ Robert W. Hammesfahr/ Lori S. Nugent, **Punitive Damages, A State by State Guide to Law and Practice**, St. Paul Minn. 1991, s.117-340; Gotanda, s.206 vd. özellikle dn.43; Sebok, N.2; Behr, s.106; Micheal L. Rustad, "The Closing of Punitive Damages' Iron Cage" **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol.28, 2004-2005, s.1297; Brockmeier, s.3; Schlueter, Vol.1, s.29.

⁶⁸⁶ Amerikan hukukunda, cezalandırıcı tazminatın gelişimi ve İngiliz hukukunun etkileri için bkz. Sebok, N.8 vd.; Sedgwick, s.38-39.

⁶⁸⁷ Wilcox, N.3.

⁶⁸⁸ Tarihi gelişimi hakkında bkz. Owen, s.368-370. Bu önemli yerine rağmen, cezalandırıcı tazminat, Amerikan hukukunda da yoğun şekilde tartışılmış ve eleştirilmiştir. Bkz. Theodore Sedgwick, **A Treatise on the Measures of Damages**, 9th Ed. 1912, § 355 krş. Simon Greenleaf, **A treatise on the Law of Evidence**, 16th Ed. 1899; Bob Carsey, **The Case Against Punitive Damages: An Annotated Argumentative Outline**, 11 Forum 1976, s.57; John Dwight Ingram, "Punitive Damages Should be Abolished", 17 The Capital University Law Review 1988, s.205.

kategorik bir yaklaşım mevcut değildir⁶⁸⁹. Bunun yerine, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için bir takım unsurların varlığı aranmaktadır. Bu unsurları, Amerikan hukukunda verilmiş önemli iki karar üzerinden açıklamak gerekir. Gerçekten de *Liebeck v. McDonald's Restaurants* ve *Philip Morris USA v. Williams* davaları, cezalandırıcı tazminatın açıklanması hususunda yol gösterici olacaktır⁶⁹⁰.

Ancak bu kararlara geçmeden önce, cezalandırıcı tazminata ilişkin, Amerikan hukukunda var olan tanıma yer vermek gerekir. Buna göre cezalandırıcı tazminat, bir özel hukuk davası sonucu, telafi edici tazminattan ayrı ve ona ek olarak hükmedilen para şeklinde bir tazminattır⁶⁹¹. Bu tür tazminatın varoluş sebebi olarak ise, davalıların, davacıya oranla söz konusu zarar riski hakkında daha fazla bilgi sahibi oluşları ve buna rağmen bir önlemin alınmamış olması gösterilmektedir⁶⁹². Gerçekten de aşağıda incelenecek kararlarda, her iki davalı şirket ile davacı zarar gören arasında bilgi asimetrisi olduğu açıktır. Bunun sonucu olarak da, davalıların bilgi maliyetine katlanmalarına gerek olmadan önlem almaları mümkündür ve kendilerinden önlem almalarının beklenmesi ekonomik açıdan da uygundur.

İlk davada⁶⁹³, McDonalds'ın arabaya servis bölümünden kahve alan müşterinin vücudunda, kağıt bardağın kapağının düzgün oturtulmamış olması sebebiyle

⁶⁸⁹ Bununla birlikte, cezalandırıcı tazminata genellikle, kast ile işlenen saldırılarda, kötü muamelelerde; ekonomik haksız fiiller olarak anılan dolandırıcılıkta, sigorta, iş ve emlak sözleşmelerinde ve ticari/tüketici satımlarında hükmedilmektedir. Basında yer alan haberler sonucu, sanılanın aksine, doktorların yaptırdığı yanlış uygulamaya karşı sigortalar (*malpractice insurance*) ve ürün sorumluluğu cezalandırıcı tazminata en az hükmedilen alanlar arasında sayılmaktadır. Bu konu tez kapsamını aştığından derinlemesine inceleme konusu edilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sebok, N.6; Sebok, Iowa LR, n.24.

⁶⁹⁰ *Liebeck v. McDonald's Restaurants* 1995 WL 360309; *Philip Morris USA v. Williams* 549 U.S. 346, 127 S.Ct. 1050.

⁶⁹¹ Schlueter, Vol.1, s.29; Peterson/ Sarma/ Shanley, s.1; Owen, s.364; Hans Stoll, "Penal Purposes in the Law of Tort", **The American Journal of Comparative Law**, Vol.18, 1970, S.3, s.13 vd. Ayrıca bkz. II. Restatement of Torts m.908. İngiliz hukuku için de aynı yönde, Vanessa Wilcox, "Punitive Damages in England", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009, N.1; Sebok, N.1; Behr, s.105.

⁶⁹² Micheal Rustad/ Thomas Koenig, *Punitive Damages in Products Liability: An Empirical Study of the Last Quarter Century of Verdicts*, Boston 1991, s.14-15.

⁶⁹³ Kevin G. Cain "And Now the Rest of the Story: The McDonald's Coffee Lawsuit", **Journal of Consumer and Commercial Law**, Vol.11, N.1, 2007, s.14-19.

üzerine kahve dökülmesi sonucu yanık meydana gelmiştir. Bu yanık sebebiyle uzun süre tedavi gören müşteri, McDonalds'a dava açmış ve dava sonucu mahkeme söz konusu firmayı yüzde seksen oranla kusurlu (ağır ihmalli) bularak tazminata mahkum etmiştir. Mahkemenin hükmettiği tazminat miktarı, tam olarak bir cezalandırıcı tazminat örneği teşkil etmektedir. Hesaplama ise ilk olarak, restoranın iki günlük kahve satış bedeli üzerinden yapılmış, ardından hâkim tarafından bu miktar telafi edici tazminatın⁶⁹⁴ üç katı olacak şekilde indirilmiştir⁶⁹⁵. Görüldüğü üzere, sorumluluğun kurulmasında, ağır ihmalli eylem ve zararın varlığı aranmaktadır. Cezalandırıcı tazminatın hesabında ise iki kriter kullanılmıştır. Bunlardan ilki elde edilen cirodur. Başka deyişle, kazanç baz alınarak tazminat hesaplanmaktadır⁶⁹⁶. Üst limit elde edilen ciro olarak belirlendikten sonra, telafi edici tazminat esas alınmış ve bunun üzerinde ancak cironun altında kalacak bir miktara hükmedilmiştir⁶⁹⁷.

Philip Morris USA v. Williams davası ise, eşi akciğer kanserinden ölen davacının, söz konusu sigara şirketine karşı tazminat talebine ilişkindir. Bu davada davacı, davalı şirket tarafından sigara içmenin zararsız ve güvenli olduğu konusunda eşinin

⁶⁹⁴ Telafi edici tazminat ile kastedilen, tazminata Kara Avrupası hukukunda verilen anlamdır. Bu konuda bkz. § 4/ II/ B.

⁶⁹⁵ Amerikan hukukunda dahi, cezalandırıcı tazminata dikkatle yaklaşılması gerektiği ve bu yaklaşımın bir sonucu olarak, ilk derece mahkemelerinin ya da temyiz mahkemelerinin ilk hesaplanan cezalandırıcı tazminat miktarından neredeyse her zaman indirimine gittikleri yönünde, Owen, s.372; Gotanda, s.206; Sebok, N.5; Behr, s.116-117; Brand, s.155-158. Uygulamadan bir örnek için bkz. *BMW of N. Am. Inc. v. Gore*, 517 US. 559, 583 (1996). Bu kararlar, cezalandırıcı tazminata Anayasal bir üst sınır getirilmiştir. Bu konuda bkz. Brockmeier, s.14-16; Behr, s.117. İngiliz hukukunda da, Schlueter, Vol.1, s.5-6, s.27. Hatta bir kararda, cezalandırıcı tazminatın zarar verenin ekonomik mahvına ya da iflasına sebep olmaması gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Bkz. *Lipsig v. Ramlavi*, 760 So. 2d 170 (Florida Appeals 2000).

⁶⁹⁶ Burada kazancın baz alınması, menfaat devri yaptırımına işaret etmez. Menfaat devri yaptırımı, ancak ihlal sebebiyle elde edilen menfaatin devredilmesi anlamına gelmektedir.

⁶⁹⁷ Cezalandırıcı tazminat, bir düzenlemeden ya da mahkeme uygulamasından doğabilir. Bir düzenlemeden doğduğu ihtimalde, genellikle telafi edici tazminatın belirtilen katı kadar cezalandırıcı tazminata hükmedileceği belirtilir. Bu katın, genellikle üç olduğu ifade edilmektedir. Gotanda, s.195. Türk rekabet ve fikri mülkiyet hukukunda var olan üç katı tazminat kuralları ile bu noktada bağlantı kurmak gerekir. Önemle ifade etmek gerekir ki, cezalandırma amacı güden yaptırımlar, katlamalı tazminat şeklinde düzenleniyorsa, bu kanun koyucunun, miktar açısından bir kaygı duyduğu ve sınırlama getirmek istediği anlamına gelmektedir (Bu konuda bkz. Schlueter, Vol.1, s.24). Benzer düzenleme Alman hukukunda da vardır. Bu konuda bkz. aşağıda, § 4/ II/ D/ 3/ a. Katlamalı cezalandırıcı tazminatlar hakkında bkz. Schlueter, Vol.1, s.23-26.

inandırıldığını iddia etmiştir. Mahkeme, sigara şirketinin, gerekli uyarıları yapmamak konusunda ağır ihmali olduğuna kanaat getirmiştir. Sonuç olarak mahkeme hem telafi edici tazminata hem de 79,5 milyon dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir⁶⁹⁸.

Görüldüğü üzere, Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için, ağır ihmali eylem⁶⁹⁹ ve gerçekten bir zararın meydana gelmesi aranmaktadır⁷⁰⁰. Zararın meydana gelmesinin yanında, miktarının da gösterilmesi, cezalandırıcı tazminatın, telafi edici tazminatın altında kalmasına engel olacağından önerilmektedir⁷⁰¹. Başka deyişle, telafi edici tazminatın var olmayacağı yerde, cezalandırıcı tazminat da olmayacaktır⁷⁰².

Bu tür tazminatın amaçları, telafi edici tazminattan farklı olarak, ağır kusurlu eylemi için davacıyı cezalandırmak⁷⁰³ ve hem davacının hem de diğer kişilerin benzer davranışta bulunmasını önlemektir⁷⁰⁴. Oysa Kara Avrupası hukukunda, tazminatın cezalandırma amacı olmadığı gibi, önleme amacının da en azından

⁶⁹⁸ Cezalandırıcı tazminatın nasıl hesaplanması gerektiği yönünde tartışmalar için bkz. Sebok, N. 32 vd.

⁶⁹⁹ Edelman, s.9; Harder, s.254; Behr, s.105.Beucher/ Sandage, s.967, 971; Sebok, N.1; Gotanda, s.195 ve s.207; McCormick, s.280; Boston, P.I, Ch.3, s.3. Aynı yönde, *Smith v. Wade* 461 US 30, 48-49, 103 Ct. 1625, 75 L Ed 2d 632, 1983; *Loveridge v. Chartier* 161 Wis 2d 150, 1991; *Preston v. Murty* 32 Ohio St 3d 334, 1987; *Rookes v. Barnard* 1964 A.C. 1129.

⁷⁰⁰ Edelman, s.5; Müller, Punitive, s.12; Owen, Products Liability, s. 1281; Sebok, N.36; Lenz, s.38; Boston, Part III, Ch.31, s.1; Dobbs, s.341; Özden Merhacı, s.146. Aynı yönde, *Ferguson v. Evening Chronicle Publishing Co.*, 72 Mo. App. 462, 1987; *Stoke-on-Trent City Council v. W & J Wass Ltd* [1988] 1 WLR 1406 (CA) 1410.

⁷⁰¹ Behr, s.111; Sebok, N.36.

⁷⁰² Lenz, s.38; Boston, Part III, Ch.31, s.1; Dobbs, s.341; Özden Merhacı, s.146. Aynı yönde, *Ferguson v. Evening Chronicle Publishing Co.*, 72 Mo. App. 462, 1987.

⁷⁰³ Hatta doktrinde bir görüş bunu ceza hukuku yaptırımına benzetmekte ve *quasi-criminal* olarak adlandırmaktadır. Mörsdorf-Schulte, s.62; Prosser/ Keeton, Ch.1 § 2, s.9. Aynı yönde, *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Traina*, 486 N.E.2d 1019, 1022. Baskın amacın cezalandırma olduğu yönünde, Edelman, s.10; *Daniels v. Thompson* (1998) 3 NZLR 22 (CANZ) 29.

⁷⁰⁴ Chitty, N.26-042; Müller, Punitive, s.11; Edelman, s.9, s.74; Brockmeier, s.18 vd.; Sebok, N.1; Mörsdorf-Schulte, s.61; Owen, Products Liability, s.1277; Blatt/ Hammesfahr/ Nugent, s.74-75; Gotanda, s.207; Owen, s.364; Dobbs, s.310; McCormick, s.280. Bu yönde bkz. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 343, 1972. Mahkeme kararlarında yukarıda anılan amaçlara vurgu yapılmakta ise de doktrinde cezalandırıcı tazminata daha fazla amaç yüklenmektedir. Bu amaçlar, öğretme, cezalandırma, caydırma, tazmin etme ve yasalara itaatin sağlanması olarak ifade edilmektedir. Anılan amaçlar hakkında bkz. Owen, s.374 vd.; Peterson/ Sarma/ Shanley, s.2 Gotanda, s.195; Brockmeier, s.18 vd; Edelman, s.16. Benzer şekilde, İngiliz hukukunda da, Schlueter, Vol.1, s.7-10.

baskın görüş kapsamında, tâli kabul edildiğini hatırlatmak gerekir⁷⁰⁵. Cezalandırma ve önleme amaçlarına ek olarak, cezalandırıcı tazminatın bir diğer amacının da telafi etmek olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁶. Cezalandırıcı tazminatın, zararın varlığına bağlı tutulması, bu amaca işaret eder niteliktedir.

c. Ara Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımı Bir Cezalandırıcı Tazminat Değildir

Kanaatimce, menfaat devri yaptırımı, Anglosakson hukukunda anlaşıldığı şekilde bir “cezalandırıcı tazminat” değildir⁷⁰⁷. Bunun ilk sebebi, menfaat devrinin Kara Avrupası hukuk sisteminin anlayışı kapsamında bir tazminat olarak nitelendirilemeyecek olmasıdır. Tazminat kavramına yüklenen anlam, Anglosakson hukuk sisteminde, cezalandırma amacını da kapsadığı için, Kara Avrupası hukuk sisteminden farklıdır. Zira bu sistemde, tazminat, cezalandırma amacı taşıyorsa, cezalandırıcı tazminat; telafi amacı taşıyorsa, telafi edici tazminat olarak nitelendirilmektedir. Oysa Kara Avrupası hukuk sisteminde telafi edici tazminat anlayışı sisteme hakimdir. Bununla birlikte, rekabet ve fikri mülkiyet hukukunda var olan üç katı tazminat, TBK m.355/III’te düzenlenen yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya verenin tazminat olarak en az bir yıllık kira bedeline

⁷⁰⁵ Bunu doğrular şekilde, Kanada Mahkemesi’nin bir kararında, telafi edici tazminatın da önleme/caydırma amacı olduğu, ancak bunun çoğu kez yeterli olmadığı, cezalandırıcı tazminatın önleme/caydırma amacını daha baskın şekilde taşıdığı ifade edilmektedir. *Royal Bank of Canada v. W Got & Associates Electric Ltd* (2000) 178 DLR (4th) 385 (SCC) 394–395. Gerçekten de önleme/caydırma amacı, cezalandırıcı tazminatta ya da özel hukuk cezasında daha yoğun şekilde vardır. Aynı yönde, Edelman, s.16.

⁷⁰⁶ Schlueter, Vol.1, s.15; Edelman, s.16; Brockmeier, s.20; Mörsdorf-Schulte, s.71; Sebok, N.37-38. Aynı yönde, *Tennessee Central R.R. v. Brasher’s Guardian*, 97 S.W. 349, 351, Kentucky 1906; *Detroit Dailey Post v. McArthur*, 16 Michigan 447 (1868); *Lynd v. Picket*, 7 Minnesota 184, 200-201 (1862). *Daniels v. Thompson* (1998) 3 NZLR 22 (CANZ) 29: Söz konusu kararda, telafinin ilk amaç olduğu ancak tek amaç olmadığı açıkça ifade edilmektedir. Bunun tartışılması gerektiği hakkında, Ellis, s.10-11; Sales/ Cole, s.1129-1130; Owen, Products Liability, s.1295-1299. Bazı eyaletlerde ise bu amaç kabul edilmemektedir. Bkz. Schlueter, Vol.1, s.17.

⁷⁰⁷ Aynı görüşte, Chitty, N.26-042; Brockmeier, s.45. Brockmeier açıkça, menfaat devri yaptırımının cezalandırma amacı taşıdığını, buna ek olarak başka amaçlar da güttüğünü, cezalandırıcı tazminata benzetilebileceğini ancak tam olarak bir cezalandırıcı tazminat olmadığını ifade etmektedir. Chitty on Contracts adlı eserde, Beale de, menfaat devri yaptırımını bir kategori, cezalandırıcı tazminatı ise ayrı bir kategoride değerlendirmektedir. Aynı yönde, *Rochow v. Life Ins. Co. of North America*, 737 F.3d 415 C.A.6 (Mich.), 2013.

mahkum edilmesi gibi düzenlemeler, Türk hukukunda cezalandırıcı tazminata örnek gösterilebilir.

Menfaat devri yaptırımını ise cezalandırma amacı gütmekle birlikte, anılan yaptırımlardan farklıdır. Zira menfaat devri yaptırımını kanaatimce, cezalandırıcı tazminat ile aynı ağırlıkta cezalandırma amacı gütmeyiz⁷⁰⁸. Cezalandırıcı tazminata, zarar veren, hak ihlal eden eyleminden bir menfaat elde etmiş olsun ya da olmasın hükmedilir. Bu açıdan cezalandırıcı tazminat bir idari para cezasına benzetilebilir. Oysa menfaat devri yaptırımında, hukuka aykırı davranışta bulunan kişi yalnızca elde ettiği menfaati devreder. Buna ek olarak, kanaatimce menfaat devri yaptırımının öne çıkan amacı caydırıcılık, bir başka deyişle önlemedir. Zira kişi ihlal suretiyle elde edebileceği menfaati devretmesi gerektiğini bildiği sürece, bu ihlali yapmamak konusunda güdülenir. Oysa cezalandırıcı tazminat, ihlal suretiyle elde edilen menfaatin üstünde olabileceği gibi, altında da olabilir⁷⁰⁹. Bu durumda, cezalandırıcı tazminat düzenlemesi karşısında risk sever bir kişinin, söz konusu ihlali gerçekleştirmesi rasyonel olur.

Cezalandırıcı tazminat, yukarıda açıklandığı üzere, malvarlıkları arasındaki kaymayı tam olarak dengeleyemediği gibi böyle bir amacı da yoktur. Bu nedenle de haksız zenginleşmeyi önlemeye çalışan kör bir silah olarak nitelendirilmektedir⁷¹⁰. Bununla birlikte, menfaat devri yaptırımını, daha emin ve güvenilir bir yaptırım olarak nitelendirilmektedir⁷¹¹. Hem cezalandırma amacı taşıdığı hem de aşırıya kaçma riski olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, menfaat devrinin,

⁷⁰⁸ Edelman, s.83. Mahkemeler de menfaat devri yaptırımının cezai amacının, cezalandırıcı tazminat kadar baskın olmadığına ve bu sırada caydırıcılığına dikkat çekmektedirler. Bkz. *Vyse v. Foster* (1872), LR 8 Ch App 309, 333; *McCarey v. Associated Newspapers* (1965) 2 QB 86 (CA) 107; *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995) 182 CLR 544 (HCA) 557.

⁷⁰⁹ James Edelman, **Gain-Based Damages**, Oxford 2002, s.17.

⁷¹⁰ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another* (1972), AC 1027, 1130, Lord Diplock. Aynı yönde, Wilcox, N.117; Edelman, s.17.

⁷¹¹ *Attorney General v. Blake* (2001), 1 AC 268, Lord Nicholls.

Anglosakson hukuk ile Kara Avrupası hukukunu buluşturan en uygun yaptırım olduğu düşünülebilir.

Menfaat devrinin, cezalandırıcı tazminat olarak kabul edilmemesinin diğer sebebi ise, Anglosakson hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminata verilen anlamlardır. Cezalandırıcı tazminat, ya kategorik olarak belli durumlara özgülenmiş ya da zararın varlığı aranmıştır. Oysa menfaat devri yaptırımı anılan şekilde belli durumlara özgü olmadığı gibi, zararın varlığı da aranmaz.

Sonuç olarak, Kara Avrupası hukuk düzenlerinde var olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımı olan menfaat devrinin hukuki niteliği cezalandırıcı tazminat değildir⁷¹².

3. Kara Avrupası Sisteminde “Özel Hukuk Cezası”

a. “Özel Hukuk Cezası”

Tazminat hukuku, yukarıda da ifade edildiği üzere, Anglosakson hukuku ve Kara Avrupası hukuku açısından farklı tanımlanmaktadır. Kara Avrupası hukukunda kural telafi edici tazminattır. Çok istisnai hallerde cezalandırıcı tazminat söz konusu olmaktadır. Bu tazminat, cezalandırma amacı taşıdığından, zararın miktarından bağımsız olmakla birlikte, zararın varlığına bağlı olduğu için hala bir “tazminat” olarak nitelendirilebilir. Cezalandırıcı tazminatı da özel hukuk cezasının bir türü olarak kabul etmek mümkündür. Bu nedenle “özel hukuk cezası” üst başlık olarak tercih edilmiştir. Nitekim özel hukuk cezası olup, cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilemeyen yaptırımlar mevcuttur ve bunların ayırt edici özelliği zararın varlığının yaptırıma hükmedilmesinde bir şart olarak aranmamasıdır.

⁷¹² Schmid, GoA, N.894; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.112; Serozan, Eşya, s.194-195. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

Özel hukuk cezasına, TMK m.510 ve 578’de düzenlenen miras bırakana karşı işlenen suçtan ötürü mirasçılıktan çıkarılma ve mirastan yoksunluk, TMK m.610 gereği tereke malını gizleyip kendine mal etme yüzünden mirası ret hakkının etkisizleşmesi örnek gösterilebilir. Bunlar birer cezalandırıcı tazminat değildir. Bununla birlikte, rekabet hukukunda ve fikri mülkiyet hukukunda var olan üç katı tazminat düzenlemeleri cezalandırıcı tazminata örnek gösterilebilir. Zira bir zararın varlığına bağlı olarak, zararı telafi edecek tazminatın üç katına hükmedilmektedir.

b. Özel Hukuk Cezasının Amaçları

aa. Cezalandırma Amacı

Özel hukuk cezası, amaçlarının sıralanması ile açıklanabilir. Şüphesiz bu yaptırım türünün ilk amacı cezalandırmaktır⁷¹³. Ancak kanaatimce caydırıcılık da cezalandırma amacı ile birlikte ve aynı önemde değerlendirilmelidir. Bu husus kendini özellikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede menfaat devri yaptırımında gösterecektir. Doktrinde cezalandırma amacının hem zarar veren hem de toplum için bir ıslah mekanizması olduğu ifade edilmektedir⁷¹⁴. Hesaplanmasında ise belli bir ağırlık taşıması, cezalandırma fonksiyonunun öne çıkması için önemli görülmektedir⁷¹⁵. Buna ek olarak, bir düzenlemenin cezalandırma amacı taşıdığı bir göstergesi olarak, zarar görenin ve onun zararının değil, zarar verenin ve onun mali durumunun esas alındığı belirtilmektedir⁷¹⁶.

Sonuç olarak, Kara Avrupası hukuk sisteminde genel kuralın, telafi edici tazminat olması ve bunun ilkelerinin tam tazminat ile zenginleştirme yasağı olduğu göz

⁷¹³ Dorsey D. Ellis, “Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages”, **Southern California Law Review** 1982-1983, S.56, s.3; Gerald W. Boston, **Punitive Damages in Tort Law**, Part I, Ch.2, 1993, s.4-5; David G. Owen, Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, **Villanova Law Review** 1994, S. 39, s.374; Özden Merhacı, s.88. Aynı yönde, *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851); *Kemmer v. Monsanto Co.* 217 I11.App. 3d. 188, 160 I11. Dec. 192, 576, N.E.2d. 1146 (5th Dist. 1991)

⁷¹⁴ Owen, s.375-376; Özden Merhacı, s.89.

⁷¹⁵ Özden Merhacı, s.89.

⁷¹⁶ Edelman, s.9; John D. Long, “Punitive Damages: An Unsettled Doctrine”, **Drake Law Review**, S.25, 1975-1976, s.885; Treitel, s.992; Nomer, Tazminat, s.35. Aynı yönde, *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851); Aynı yönde, *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027.

önünde bulundurulduğunda, zararın varlığının aranmadığı yaptırımların, özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerekir.

bb. Caydırma (Önleme) Amacı

Özel hukuk cezası olarak nitelendirilen hukuk kurallarının bir diğer amacı ise caydırıcılıktır⁷¹⁷. Gerçekten bu kurallar, kişileri söz konusu davranışı yapmamak konusunda güdüler⁷¹⁸. Örneğin TBK m.530 kuralı, kişileri, bir başkasının işini görmek suretiyle elde edeceği tüm menfaati devretmeye mahkum kılmak suretiyle caydırıcı bir düzenleme getirmektedir. Aksi durumda, yani TBK m.530 kuralı sorumluluğu yalnızca zararla sınırlı tutsaydı, kişiler zarardan daha fazla menfaat elde edebileceklerini düşündükleri durumlarda bu tür müdahalelerde bulunmaktan kaçınmazlardı.

Caydırma amacının özel ve genel olmak üzere iki görünümü vardır⁷¹⁹. Özel görünüm, bir kere yaptırıma tâbi tutulmuş kişinin bir daha benzer davranışı tekrar etmesini engeller. Genel olarak caydırma amacı ise yalnızca eski faile değil, daha geniş olarak herkese yöneliktir. Örneğin imalatçının sorumluluğu hususunda getirilecek bir özel hukuk cezası, imalatçıları büyük cezalar ödemek yerine, daha az masraf yapmak suretiyle önlem almak yolunda güdüleyecektir. Böylelikle hukuk kuralı, zarar verici davranışın niceliksel ve niteliksel olarak önüne geçmiş olacaktır⁷²⁰. Başka deyişle, önlem alınması sonucu zararın ortaya çıkma olasılığı

⁷¹⁷ Edelman, s.74, s.83; Lenz, s.22; Ellis, s.3; Grossfeld, s.80; Boston, s.4-5; Owen, s.374; Özden Merhacı, s.91; Sebok, N.1. Özellikle bkz. *Rookes v. Barnard* 1964 A.C. 1129.

⁷¹⁸ Möller, s.32; Schlobach, s.307.

⁷¹⁹ Schlobach, s.307 vd.; Mertens, s.94; Grossfeld, s.80; Müller, Punitive, s.11; Mertens, s. 94; Möller, s.32. Aynı yönde, *Alaska Placer Co. v. Lee* 553 P. 2d 54 (Alaska 1979).

⁷²⁰ Owen, s.378; Müller, Punitive, s.11, s.13. Caydırma amacı özellikle Anglosakson ülkelerinde mahkeme kararlarında vurgulanmaktadır. Bu konuda *Polk, Wilson & Co. v. Fancher* davasına bakıldığında, kararda açıkça, "amaç yalnızca davacının zararını tazmin etmek değil, davalıyı cezalandırmanın yanında benzer davranışları önlemektir" denilmektedir. *Polk, Wilson & Co. v. Fancher* 1 Head 336, 38 Tennessee Supreme Court, 1858 WL 2918. Benzer şekilde, *Foss v. Mainee Turnpike Authority*, 309 A2d 339, 64 ALR3d 1230; *WMH, Inc. v. Thomas* 260 Ga 654, 398 SE2d 196; *Jolley v. Puegro Co.* 94 Idaho 702, 496 P2d 939 1972.

azalacağı gibi, zarar meydana geldiğinde zararın miktarı da önlem alınmadığı olasılığa kıyasla daha az olabilecektir.

c. Kara Avrupası Ülkelerine Bakış

Anglosakson hukuku kaynaklarına bakıldığında, cezalandırıcı tazminatın, önce Hammurabi Kanunu'nda sonra da Roma hukukunda temellerini bulduğu ifade edilmektedir⁷²¹. Roma hukuku geleneğini günümüze taşıyan Kara Avrupası hukuk sistemlerinde ise cezalandırıcı tazminat, Anglosakson hukuk düzenine kıyasla daha az belirgindir⁷²². Ancak günümüzde, özel hukukun cezalandırma amacı taşıyıp taşımayacağı bir hukuk politikası tercihinden ibarettir. Aşağıda görüleceği üzere, bir çok Kara Avrupası ülkesinde kural telafi edici tazminat olmakla birlikte, bu ülkeler az ya da çok cezalandırma amacı taşıyan özel hukuk düzenlemelerine de yer vermektedir. Zira özel hukukun, prensip olarak böyle bir fonksiyonu bulunmamakla birlikte, bazı nitelikli durumlar cezalandırma ve caydırma amacı taşıyan kurumların varlığını gerektirirler.

İsviçre hukukunda, tazminata ilişkin kurallar, yukarıda Türk hukuku kapsamında yapılan açıklamalara paraleldir⁷²³. Tazminatın üst sınırını zarar oluşturur ve tazminat kural olarak cezalandırma amacı taşımaz⁷²⁴. Bu konuda, yalnızca İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinin değil, bir çok Kara Avrupası ülkesinin genel bir uyum içinde olduğu söylenebilir. Hızlı bir bakışla, Fransız Medeni Kanunu madde 1382; İsviçre Borçlar Kanunu madde 48; İtalyan Medeni Kanunu madde 1223; Belçika Medeni Kanunu madde 1382; İspanya Medeni Kanunu madde 1106; Alman Medeni

⁷²¹ Boston, Part.1, Ch.1, s.2; Peterson/ Sarma/ Shanley, s.2; Gotanda, s.194; Schlueter, Vol.1, s.2-3.

⁷²² Roma hukukundan itibaren başlayan ve devam eden sorumluluk hukukunun tarihi gelişimi olarak gösterilmektedir. Elbette bununla kastedilen, Anglosakson hukukunda sorumluluk hukukunun gelişmemiş olduğu değildir. Ancak Roma hukukunun etkisinin yokluğu, Anglosakson hukukunda özel hukukta cezalandırma amacı taşıyan yaptırımların Kara Avrupasına kıyasla daha yaygın olmasının bir sebebi olarak gösterilmektedir. Bu konuda bkz. Klumpp, s.56. Nitekim zaman içinde hukuki sorumluluk cezai sorumluluktan ayrılmıştır. Eren, s.509, 510. Cezalandırma amacının özel hukukta yer almaması bir farkındalık ve ilerlemenin işareti olarak yorumlanmaktadır. Grossfeld, s.12; Özden Merhacı, s.163.

⁷²³ Bkz. yukarıda, § 4/ II/ B.

⁷²⁴ Schlueter, Vol.2, s.691; Tercier/ Dreyer, s.157.

Kanunu paragraf 249; Yunan Medeni Kanunu madde 297-299, sorumluluğu, zarardan önceki durumu sağlamak suretiyle sınırlandırılan düzenlemeler getirmektedirler⁷²⁵. Başka deyişle, anılan düzenlemeler, zararın doğmasından önceki durumun sağlanmasını amaçlarlar ve telafi edicidirler. Kural olarak cezalandırıcı tazminat, genel hüküm ile düzenlenmiş değildir. Bu ülkelerden, Alman ve Fransız hukukları aşağıda daha yakından inceleme konusu edilecektir.

Alman hukukunda, tazminatın amacı kural olarak telafi etmektir⁷²⁶. BGB § 249 gereği, öncelikli tazmin yöntemi, aynen tazmindir⁷²⁷. Ancak aynen tazminin imkansız olduğu ya da makul olmadığı durumlarda nakden tazmin mümkün görülmektedir⁷²⁸. Tazminatın belirlenmesinde, zarar verenin elde ettiği menfaat değil, zarar görenin ihlal edilen menfaati, yani zarar esas alınır⁷²⁹. Alman tazminat hukukunda bir diğer kural ise, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, mağdurun zenginleşmesinin yasak olmasıdır⁷³⁰. Sonuç olarak doktrinde baskın görüş ve

⁷²⁵ Karşılaştırmalı hukuk çalışması yapılacak ülkelerin sınırlı tutulmasının sebebi, tazminat hukukunda Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki bakışın birbirine paralelliğinin kısaca gösterilmeye çalışılmasıdır. Zira amaç, bu hukuk sistemlerini tanımak değil, bu hukuk sistemlerinde de, tazminatın telafi edici amacının baskın olduğundan yola çıkarak menfaat devri yaptırımının hukuki niteliğini belirlemektir.

⁷²⁶ Müller, Punitive, s.8, s.71 vd.; Edelman, s.5; Behr, s. 106; Deutsch, s.69; Larenz, Bd.I, s.424; Mertens, s.98; Palandt/ Heinrichs, § 249, N.4; Basileios Markesinis, **The German Law of Obligations: Vol II The Law of Torts: A Comparative Introduction**, 3rd edn., Clarendon Press Oxford 1997, s.12;

⁷²⁷ Müller, Punitive, s.72. Eski durumun sağlanması: "status quo ante". Jansen/ Rademacher, N.1; Brockmeier, s.44; Esser/ Schmidt, s.496; von Tuhr/ Peter, s.114; Lange, s.138. BGB § 249'da "ya hep ya hiç" ilkesinin yer aldığı ve bunun sonucunda ortaya çıkan zararın mümkün olduğu kadar aynen ve tamamen tazmin edilmesi gerektiği yönünde, Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98. "Alles oder nichts Prinzip" hakkında bkz. Müller, Punitive, s.85.

⁷²⁸ Jansen/ Rademacher, N.1.

⁷²⁹ Weinrib, s.55; Treitel, s.992; Müller, Punitive, s.72; Edelman, s.6; Behr, s.111; Nomer, Tazminat, s.35; Gotanda, s.201; Long, s.885; Lange/ Schiemann, s.10; Larenz, Bd.I, s.424; Özden Merhacı, s.157; Friedmann, s.504; Farnsworth, s.1339. Aynı yönde, *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027; *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851).

⁷³⁰ Müller, Punitive, s.85; MünchKomm/ Grunsky, BGB § 249, N.6a; Jansen/ Rademacher, N.2; Lange/ Schiemann, s.10. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schmoedel/ Rückert/ Zimmermann, § 249. Türk hukukunda söz konusu yasak hakkında bkz. yukarıda, § 4/ II/ B/ 2/ a/ bb.

uygulama Alman hukukunda cezalandırıcı tazminatın yeri olmadığı⁷³¹ yönündedir⁷³².

Bununla birlikte, Alman hukukunda, özel hukukun cezalandırma fonksiyonu uzun zamandır tartışılmakta⁷³³ ve artan bir etki göstermektedir⁷³⁴. Özellikle kişilik haklarının ihlali hakkında verilen *Prences Caroline* kararı⁷³⁵ dikkat çekicidir. Bir Alman magazin dergisi, devamlı olarak *Prences Caroline* hakkında, gerçek olmayan röportajlar ve fotomontaj veya izinsiz fotoğraflar yayımlamıştır. Davacı *Prences Caroline*, kişilik hakkının ihlal edildiği iddiası ile tazminat ve yayınların durdurulmasını talep etmiştir. Hamburg OLG (Bölge İstinaf Mahkemesi) davayı otuz bin Alman Markı ödemeye mahkum etmiştir. Karar her iki tarafça temyiz edilmiş ve Alman Federal Mahkemesi önüne gelmiştir. *Prences Caroline*'in temyiz talebi daha yüksek bir miktara hükmedilmesi yönünde olmuştur. Davalının temyiz itirazları reddedilirken, davacının kabul edilmiştir. Davacının temyiz itirazının kabulüne gerekçe olarak, menfaat elde etmek veya menfaati artırmak amacıyla ve kasten kişilik hakkı ihlal ediliyorsa, bu halde elde edilen söz konusu menfaatin tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

⁷³¹ Bu nedenle, cezalandırıcı tazminatın öngörüldüğü yabancı mahkeme kararlarının tanınması, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmektedir. Uygulama için bkz. BGHZ (4.06.1992 – IX 149/1) 118, 312, 338, 343 vd. Aynı yönde, Jansen/ Rademacher, N.3.

⁷³² BGHZ (4.06.1992 – IX 149/91) 118, 312, 338 vd. Lange/ Scheimann, s.12 vd.; Jansen/ Rademacher, N.2; Volker Behr, "Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", 78 **Chicago-Kent Law Review** 2003, s.126; Schlueter, Vol.2, s.687-688; Greenleaf, § 253, s.242, 243; Müller, Punitive, s.86. Amerikan ve Alman yaklaşımları arasındaki bu farklılık, her iki yaklaşım arasında köprü kurulamaz bir ayrılık olarak ifade edilmektedir. Behr, s.105.

⁷³³ Alman hukukunda, de lege lata ve de lege ferenda cezalandırma amacı taşıyan düzenlemeler hakkında bkz. Müller, Punitive, s.101 vd.

⁷³⁴ Grossfeld, s.117; Edelman, s.9; Jansen/ Rademacher, N.4. Özellikle manevi tazminat alanında. Bu konuda bkz. Juliana Mörsdorf-Schulter, "Strafschadenersatz – eine deutsche Hassliebe?" **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** 2006, s.1184 vd.; Stephen R. Göthel, "Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert", **Archiv für die civilistische Praxis (AcP)** 2005, Vol.205, Nr.1, s.36 vd.

⁷³⁵ BGHZ, 15.11.1994 VI ZR 56/94; BGHZ 128, 1, 15 vd.; BGHZ 128, 1. Alman hukukunda var olan "Genugtuung" olarak ifade edilen, üzüntü ve keder sonucu ödenen manevi tazminat hakkında bkz. Müller, Punitive, s.12.

Bu kararda Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminatın hesaplanmasında, cezalandırma amacı taşıyan fail odaklı bir yaklaşımla⁷³⁶, hakkı ihlal edenin elde ettiği menfaati esas almıştır. Nitekim mahkeme, geleneksel manevi tazminat hesaplama yönteminin, ihlalin maddi çıkar elde etmek için yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda yeterli olmayacağına dikkat çekmiştir. Buna ek olarak, kişilik hakkını koruyan hükümlerin mutlaka “caydırıcı” özellik taşımasının önemi vurgulanmıştır⁷³⁷. Nitekim böylelikle, bir başkasının “kişiliğini pazarlamamak” konusunda kişilerin güdülenmesi beklenmektedir⁷³⁸. Bu yaklaşım, her ne kadar cezalandırma amacını içinde bulundursa da⁷³⁹, tazminatın asıl amacı olan telafi etmek değişmemektedir⁷⁴⁰. Bundan başka, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, Alman Fikri Mülkiyet hukukunda da üç katı tazminat söz konusudur⁷⁴¹. Görüldüğü üzere, Alman hukuku, cezalandırıcı tazminatı kural olarak dışlamakla birlikte, özel hukukta cezalandırma amacı taşıyan durumlara istisnai olarak yer vermektedir⁷⁴².

Fransız hukuk sisteminde de, tazminatın, zararı gidermeyi amaçlıyor olması ve buna bağlı olarak zararları sınırlı tutulması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, cezalandırma amacının kural olarak yer almadığı ifade

⁷³⁶ Behr, s.113.

⁷³⁷ Aynı yönde, Beatson/ Schrage, s.554.

⁷³⁸ Beatson/ Schrage, s.555.

⁷³⁹ Müller, Punitive, s.266; Jansen/ Rademacher, N.11.

⁷⁴⁰ Jansen/ Rademacher, N.11; Müller, Punitive, s.8.

⁷⁴¹ Urheberrecht (*Telif Kanunu*) § 97 (1); Geschmacksmustergesetz (*Tasarım Kanunu*) § 45 (2), § 45; Patentgesetz (*Patent Kanunu*) § 139 (2); Gebrauchsmustergesetz (*Faydalı Model Kanunu*) § 24 (2). Aynı yönde, Jansen/ Rademacher, N.12. Alman hukukundaki, menfaat devrine ilişkin Fikri Mülkiyet düzenlemeleri hakkında, bkz. König, s.188 vd.

⁷⁴² Müller, Punitive, s.55; Grossfeld, s.10. Diğer örnekler için bkz. Jansen/ Rademacher, N.14-20; Müller, Punitive, s.9. Alman hukukunun telafi edici tazminat ile çalışması ve cezalandırıcı tazminatı kabul etmemesi, bununla birlikte bir takım özel hukuk cezalarını öngörmesi, doktrinde “Şizofrenik Alman yaklaşımı” olarak anılmıştır. Bkz. Behr, s.125 vd. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Söz konusu değerlendirmeyi yapan yazar, yukarıda ifade edilmek istenen, cezalandırıcı tazminat ile özel hukuk cezası arasındaki farklılığı göz ardı etmektedir. Bkz. § 4/ II/ D/ 3/ a. Kara Avrupası tazminat hukuku prensipleri karşısında, adı “tazminat” olan bir yaptırımın, cezalandırma amacı taşıyamayacağı; ancak cezalandırma amacı taşıyan (ve tazminat olmayan) başka yaptırımların sistemde nadiren de var olması bir çelişki olarak değerlendirilemez. Nitekim cezalandırıcı tazminat başka, özel hukuk cezası başkadır. Yazarın dediği gibi olsaydı dahi, hukuk kurallarının, kuraldan çok istisnai durumları düzenlediği de bilinen bir gerçektir.

edilmektedir⁷⁴³. Fransız Yüksek Mahkemesi de, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi tam tazminat prensibi⁷⁴⁴ ile çalışmaktadır⁷⁴⁵. Cezalandırıcı tazminat Fransız hukukunda yer almamakla birlikte, bazı durumlarda zararı aşan bir tazminatın ödenmesi gündeme gelebilmektedir⁷⁴⁶. Bu halde, bir özel hukuk cezası olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim özel hukukun tek amacının, telafi etmek olmadığı, bazı durumlarda cezalandırma ve önleme amaçlarını⁷⁴⁷ da taşıdığı ifade edilmektedir⁷⁴⁸. Başka deyişle, Fransız hukuku da, tazminatın cezalandırma amacını kabul etmemekle ve cezalandırıcı tazminatı kural olarak bünyesinde bulundurmamakla birlikte, özel hukuk sisteminde bir takım cezai ve caydırıcı (önleyici) amaç güden yaptırımlara yer vermektedir⁷⁴⁹.

Bununla birlikte, Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkelerin, cezalandırıcı tazminatı genel kural ile düzenlememenin yanında, cezalandırıcı tazminata bir karşı duruş içerisinde olduklarını ifade etmek yanlış olmaz. Nitekim yabancı mahkeme kararlarının tanınması hususunda, cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş bir karar söz konusu olduğunda, genel eğilim, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bu kararın tenfiz edilmemesidir⁷⁵⁰. Kamu düzenine aykırı bulunmasının sebebi ise,

⁷⁴³ Borghetti, N.1.

⁷⁴⁴ Tam tazminat prensibi yukarıda açıklanmaktadır. Bkz. § 4/ II/ B/ 2/ a/ bb.

⁷⁴⁵ Borghetti, N.1. Aynı yönde, Cass. 2e civ., 8.06.2004, Bulltein des arrêts de la Chambre çivile de la Cour de Cassation II, no.393.

⁷⁴⁶ Cezai şart; bir mahkeme hükmünün yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemeye mahkum edildiği bir miktar parayı ifade eden *astreinte*; fikri mülkiyet hukukunda elde edilen haksız menfaatin iadesi gibi. Bu konuda bkz. Borghetti, N. 6 vd.; Grossfeld, s.22-32.

⁷⁴⁷ Bu husus Fransız hukukuna "peine privée" (özel ceza) şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Suzanne Carval, **La responsabilité çivile dans sa fonction de peine privée**, Paris 1995.

⁷⁴⁸ Borghetti, N.2; Muriel Fabre-Magnan, **Responsabilité civil et quasi contracts**, Paris 2007, N.13 vd.

⁷⁴⁹ Hatta Fransız hukukunda, cezalandırıcı tazminatın öneminin artırılması sonucunu doğuracak bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarı hakkında bkz. Borghetti, N.39 vd.; Solene Rowan, "Comparative Observations on the Introduction of Punitive Damages in French Law", **Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription**, Oxford 2009, Eds. Cartwright John/ Vogenauer Stefan/ Whittaker Simon, s.325. Ancak bu tasarı ağır şekilde eleştirilmiş ve kanunlaşmamıştır. Bu konuda bkz. Borghetti, N.42-46.

⁷⁵⁰ Bu konuda karşılaştırmalı bilgi için bkz. Marta Requejo Isidro, "Punitive Damages from a Private International Law Perspective", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009. Alman hukukunda, BGHZ (4.06.1992 – IX 149/1) 118, 312, 338, 343 vd. Alman mahkeme uygulaması ile aynı yönde, Behr, s.107; Brockmeier, s.70 vd.;

zararı gidermeyi hedefleyen telafi düşüncesine aykırı olmak şeklinde ifade edilmektedir⁷⁵¹.

d. Değerlendirme

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, Kara Avrupası özel hukuk sistemlerinin, kural olarak cezalandırma düşüncesi taşımadığı ve odak noktasına tazminat yaptırımını aldığı söylenebilir⁷⁵². Bununla birlikte, görüldüğü üzere, özel hukukta, istisnai olarak zararı aşan miktarda giderim imkânı sunulmaktadır⁷⁵³.

Medeni hukukta var olan cezalandırma düşüncesine Türk hukukunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve onun özel görünümüleri (*kişilik hakkının ihlalinde elde edilen menfaatin devri, kötüniyetli zilyedin elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği menfaatin devri, fikri hakkın ihlalinde menfaat devri*), TMK m.510 ve TMK m.578 gereği miras bırakana karşı işlenen suçlar nedeniyle miras hakkının kaybı, icra inkar tazminatı, TBK m.355/II gereği yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya verenin ödemesi gereken tazminat, rekabet hukukunda var olan üç katı tazminat⁷⁵⁴ gibi düzenlemeler örnek gösterilebilir⁷⁵⁵. Ancak bu düzenlemelerden, icra inkar tazminatı, fikri mülkiyet ve rekabet hukukunda yer alan üç katı tazminat kuralları

Jansen/ Rademacher, N.3; Klaus J. Beucher/ John Byron Sandage, "United States Punitive Damage Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement" 23 **Vanderbilt University, Journal of Transnational Law**, 1991, s.967, s.986 n.83; Gotanda, s.203; Müller, Punitive, s.15 vd; İsviçre hukukunda, Yves P. Piantino, "Switzerland's Treatment of U.S. Money Judgements" 46 **American Journal of Comparative Law**, 1998, s.190-192; Gotanda, s.203; Ronald A. Brand, "Punitive Damages and the Recognition of Judgements" **Netherland International Law Review** (NILR) 1996, s.167-171. Bu konuda AB hukuku düzenlemesi hakkında bkz. Bernhard A. Koch, "Punitive Damages in European Law", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009.

⁷⁵¹ Gotanda, s.203.

⁷⁵² Gotanda, s.201; Schlueter, Vol.2, s.688; Brockmeier, s.44; Larenz, Bd.I, s.423; Deutsch, JZ 1971, s.244-246; Becker, Art.43, N.2; Jochen Mohr, "Grundlagen des Schadenersatzrechts", **Juristische Ausbildung (JURA)**, vol.32 no.3, 2010, s.173; Atamer, Normun Koruma Amacı, s.98; Nomer, Tazminat, s.34; Eren, s.510, s.520; Özden Merhacı, s.157; s.160.

⁷⁵³ Müller, Punitive, s.55; Grossfeld, s.10.

⁷⁵⁴ "Multiple Damages" (katlı tazminat) olarak ifade edilen bu konu hakkında bkz. Brockmeier, s.23-27; Özden Merhacı, s.187-200.

⁷⁵⁵ Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.111-112.

cezalandırıcı tazminat iken; TBK m.539 gereği menfaat devri, TMK m.510 ve TBK m.578 düzenlemeleri yalnızca özel hukuk cezasıdır⁷⁵⁶.

Sonuç olarak, karşılaştırmalı hukuk verileri, Kara Avrupası özel hukuk sistemlerinin, “cezalandırıcı tazminatı” dışladığı ve hatta cezalandırıcı tazminata hükmeden mahkeme kararlarının tanınmasını dahi kabul etmediği, bununla birlikte cezalandırma amacı taşıyan “özel hukuk cezası” niteliğinde kuralları bünyesinde barındırdığı sonucunu ortaya koymaktadır⁷⁵⁷.

E. Sonuç: Menfaat Devri Yaptırımını Bir Özel Hukuk Cezasıdır

Her ne kadar Kara Avrupası sistemi, Anglosakson sistemi kadar özel hukukta cezalandırma amacını taşımasa da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını olan menfaat devri yaptırımını, “özel hukuk cezası” (*civil sanction*) olarak, telafi edici tazminattan ve cezalandırıcı tazminattan ayrı nitelendirilmesi yerinde görünmektedir⁷⁵⁸. Doktrinde bir görüş, menfaat devri yaptırımını, sebepsiz zenginleşme, telafi edici tazminat ve cezalandırıcı tazminatın bir uzlaşısı olarak yorumlamaktadır⁷⁵⁹. Gerçekten de menfaat devri yaptırımını, anılan üç yaptırımından da bir parça içinde barındırmakla birlikte, bağımsız bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmelidir⁷⁶⁰. Bu sonucu desteklemek adına aşağıda özel hukuk cezası niteliği taşıyan yaptırımların cezalandırma ve caydırma amaçlarının menfaat devri yaptırımında var olup olmadığı değerlendirilecektir.

⁷⁵⁶ Bu ayırım için bkz. yukarıda, 4/ II/ D/ 3/ a.

⁷⁵⁷ von Bar, Torts, s.628-629; Brockmeier, s.47; Lenz, s.89 vd.; Özden Merhacı, s.166.

⁷⁵⁸ Schmid, GoA, N.894; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.112. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

⁷⁵⁹ Behr, s.137; Siems, s.34. Aynı yönde, *Snepp v. United States*, (1980) 444 US 507 (US SC). Benzer şekilde, menfaat devrinin kendine özgü bir yaptırım olduğu yönünde, König, s.180.

⁷⁶⁰ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

Yukarıda ifade edildiği üzere, özel hukuk cezasının ilk fonksiyonu cezalandırmadır⁷⁶¹. Menfaat devri gibi bu denli ağır bir yaptırımın da cezai nitelik taşıdığı rahatlıkla söylenebilir⁷⁶². Kanaatimce bir düzenlemenin amacı tartışılırken, düzenlemenin bütünü göz önünde bulundurulmalıdır. TBK m.530 hükmü bu şekilde yorumlandığında, menfaat devri yaptırımının cezai fonksiyonu ortaya çıkmaktadır. Nitekim düzenleme kötüniyet adı altında kast ve ağır ihmal aramakta, iyiniyetli kişileri ya da kendisine kusur atfedilemeyecek kişileri kapsam dışında bırakmaktadır. Bu şekilde nitelikli bir kusurun varlığı, yaptırımın ağırlığı ile de uyum içindedir. Doktrinde de kusurun, düzenlemelerin cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığının tespitinde diğer bazı kriterlerin yanında kullanılabilceği ifade edilmektedir⁷⁶³. Nitekim tazminat sorumluluğunda, kusursuz sorumluluk mümkün olabilirken; cezalandırma amacı taşıyan menfaat devri için mutlaka kusur aranmaktadır⁷⁶⁴.

Buna ek olarak, cezalandırma amacı taşıyan düzenlemelerin, mağduru değil, faili esas aldığı; oysa tazminat hukukunun, bunun tersine mağdurun gördüğü zararı dikkate aldığı ifade edilmişti⁷⁶⁵. Bu husus dahi başlı başına, menfaat devri yaptırımının cezai nitelik taşıdığına delil olarak gösterilebilir⁷⁶⁶. Nitekim menfaat devri yaptırımı, mağdurun uğradığı zarara göre değil, iş görenin (failin) elde ettiği menfaate göre belirlenir⁷⁶⁷.

⁷⁶¹ Ellis, s.3; Boston, s.4-5; Owen, s.374.

⁷⁶² Aynı yönde, Müller, Punitive, s.13; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.13; Jaffey, s.374-375.

⁷⁶³ Özden Merhacı, s.171.

⁷⁶⁴ Grossfeld, s.12.

⁷⁶⁵ Weinrib, s.55; Treitel, s.992; Müller, Punitive, s.72; Edelman, s.6; Behr, s.111; Nomer, Tazminat, s.35; Gotanda, s.201; Long, s.885; Lange/ Schiemann, s.10; Larenz, Bd.I, s.424; Özden Merhacı, s.157; Friedmann, s.504; Farnsworth, s.1339. Aynı yönde, *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* 1972 A.C. 1027; *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851).

⁷⁶⁶ Menfaat devri yaptırımının, fail odaklı olması sebebiyle cezalandırma amacı taşıdığı yönünde, Behr, s.138.

⁷⁶⁷ Smith, Disgorgement, s.122.

Yine cezalandırma fonksiyonuna vurgu yapar şekilde, menfaat devri yaptırımı, zararın varlığından ve miktarından bağımsızdır. Elde edilen tüm menfaatin, iş gören tarafından iş sahibine devredilmesi gerekir. İş sahibinin aynı menfaati elde edip edemeyeceği gibi hususlar araştırılmaz⁷⁶⁸. Görüldüğü üzere, tazminat yaptırımının çok üzerinde bir yaptırım söz konusudur. Sonuç olarak menfaat devri yaptırımının özel hukuk cezasının cezai fonksiyonunu haiz olduğu açıktır.

Özel hukuk cezasının, önem atfedilmesi gereken diğer amacı ise caydırıcılıktır⁷⁶⁹. Menfaat devri yaptırımının, telafi edici tazminata kıyasla daha fazla caydırıcı amaç taşıdığını ifade etmek yanlış olmaz⁷⁷⁰. Menfaat devri yaptırımı hem hakkı ihlal edenin gelecekteki davranışlarına hem de başka kişilerin benzer davranışlarına etki eder⁷⁷¹.

Kanaatimce, cezalandırma amacı, menfaat devri yaptırımında, caydırma amacının sağlanması yolunda bir araçtır⁷⁷². Başka deyişle, caydırıcılık bu denli vurucudur. Kanun koyucu, bir kişinin, bir başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle menfaat elde etmesini istememekte, kişileri aksi yönde güdülemek için yalnızca zararlı sorumlu tutmayı, iş görme sonucu elde edilen tüm menfaatin devrini TBK m.530 ile düzenlemektedir. Hatta caydırıcılığın daha ön planda oluşu, menfaat devri yaptırımını, cezalandırıcı tazminattan da ayırt etmeye yarar⁷⁷³.

⁷⁶⁸ Bkz. § 3/ I/ B/ 4/ b/ cc.

⁷⁶⁹ Ellis, s.3; Boston, s.4-5; Owen, s.377.

⁷⁷⁰ Edelman, s.83; Siems, s.34. Aynı yönde, *Snepp v. United States*, (1980) 444 US 507 (US SC). Bununla birlikte, Kanaatimce telafi edici tazminatlar dahi caydırıcı amaç taşırlar. Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesi de bir kararında, açıkça, telafi edici tazminatın da caydırma sonucunu doğurabileceğini, bununla birlikte caydırıcılığın esas olarak menfaat devri yaptırımının amacı ve sonucu olduğunu ifade etmiştir. *Royal Bank of Canada v. W Got & Associates Electric Ltd* (2000) 178 DLR 385 (SCC), s.394-395.

⁷⁷¹ Owen, s.377-378; Edelman, s.84; *Rookes v. Barnard* 1964 A.C. 1129.

⁷⁷² Aynı yönde, Edelman, s.83.

⁷⁷³ Edelman, s.83. Mahkemeler de menfaat devri yaptırımının caydırıcılığına dikkat çekmektedirler. Bkz. *Vyse v. Foster* (1872), LR 8 Ch App 309, 333; *McCary v. Associated Newspapers* (1965) 2 QB 86 (CA) 107; *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995) 182 CLR 544 (HCA) 557.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, menfaat devri yaptırımı, telafi etmek sonucunu doğurabilse de, amacı telafi etmek değildir⁷⁷⁴. Nitekim bir zararın varlığı aranmaz. Zararın varlığı aranmadığı için de, menfaat devri yaptırımının “olmayan zararı” telafi amacı taşıdığını söylemek yerinde değildir.

III. Sözleşme İhlalinde Menfaat Devri Yaptırımı Mümkün müdür?

A. Sözleşme İhlalinde Yaptırımlar

Bir sözleşme ihlal edildiğinde, hukuk sistemlerinin tercihlerine göre pek çok yaptırım söz konusu olabilir. Bu yaptırımları ismen kısaca sıralamak gerekir: (a) aynen ifa, (b) tazminat, (c) sözleşmeden dönme, (d) ihlal suretiyle elde edilen menfaatin devri, (e) cezai şart⁷⁷⁵. Anılan yaptırımlar hukuk sistemlerinde, ayrı ayrı, bir arada ya da kademeli olarak düzenlenebilir.

Bununla birlikte, pek çok hukuk sisteminin genel olarak başlama noktası aynıdır: sözleşmeyi ihlal eden, davacıya telafi edici tazminat öder⁷⁷⁶. Tarihi ve felsefik perspektiften bakıldığında, bu yaklaşım şaşkıncı değildir. Nitekim Aristo'nun denkleştirici adalet anlayışı (*iustitia commutativa*)⁷⁷⁷ da eski durumun yeniden kurulması gerektiğini ifade eder⁷⁷⁸. Başka deyişle, denkleştirici adalet anlayışı, hak ile kanun yolu (yaptırım) arasında sıkı bir bağlantı kurar⁷⁷⁹. Bir sözleşme ihlal edildiğinde, malvarlığı, davacının zararını tazmin ile korunabilir. Felsefik yaklaşımın dışında, zarar odaklı yaptırım kendini hukuk tarihinde de gösterir. Nitekim Roma hukukunda, davacının zararına odaklanılmıştır. Zarar görenin elde

⁷⁷⁴ Edelman, s.82. Aksi görüşte, Denis Brown, *Ashburner's Principles of Equity*, Butterworth, London 1933, s.40; *Colbeam Palmer Ltd. v. Stock Affiliates Pty Ltd* (1968) 122 CLR 25 (HCA) 33.

⁷⁷⁵ Posner, s.149.

⁷⁷⁶ Bu konuda bkz. *Principles of European Contract Law*, art. 9:502; *McInnes, Bank of America*, s.125; *Siems*, s.27; *Sanlı, Etkin İhlal*, s.112 vd.

⁷⁷⁷ Aristo'nun bir diğer adalet anlayışı ise paylaştırıcı adalettir. Bu konuda bkz. Arslan Topakkaya, “Aristoteles'te Adalet Kavramı”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S.2/6, Kış 2009, http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt2/sayi6pdf/topakkaya_arslan.pdf 15.07.2014. Farklı bir yaklaşım için bkz. Posner, *Pragmatism*, s.284-287.

⁷⁷⁸ Serozan, *Genel Bölüm*, I § 1, N.45; *Weinrib*, s.55; *Siems*, 43.

⁷⁷⁹ *Weinrib*, *Idea*, s.142-144; *Weinrib*, s.57.

edeceği tazminat, sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma denk görülmektedir⁷⁸⁰. Başka deyişle, telafi edici tazminat kural olarak⁷⁸¹ kişinin, o sözleşmeden beklediği menfaate denktir⁷⁸².

Bu durumda karşı tarafın uğradığı zarar, sözleşmeyi ihlal edenin, ihlal suretiyle elde ettiği bir menfaat varsa, bundan az olabilir. Böyle bir sonuç, bir kişinin kendi hukuka aykırı fiilinden⁷⁸³ kâr elde etmemesi gerektiği yönündeki prensip ile sözleşme hukukunda tazminat ve zarara ilişkin prensipleri karşı karşıya getirmektedir⁷⁸⁴. Buna rağmen, özel hukukun cezalandırma fonksiyonunu Kara Avrupasına kıyasla özellikle haksız fiiller açısından daha çok benimsediği söylenebilen Anglosakson hukuk sistemi dahi, sözleşmeye aykırılık halinde menfaat devri yaptırımını kural olarak kabul etmemektedir. Bununla birlikte özellikle Anglosakson hukuk sisteminde, menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda istisnaen de olsa uygulanıp uygulanamayacağı yoğun şekilde tartışılmaktadır⁷⁸⁵.

Önemle belirtmek gerekir ki, sözleşme ihlalinde menfaat devri yaptırımı Türk hukukunda olan hukuk açısından zaten mümkün değildir; zira bu yaptırım yalnızca

⁷⁸⁰ Siems, s.43.

⁷⁸¹ Aynen ifa yaptırımını da aslen sözleşmeden beklenen menfaati karşılar. Ancak kıyaslama tazminat yaptırımını üzerinden yapıldığı için henüz aynen ifa yaptırımından bahsedilmemektedir.

⁷⁸² Weinrib, s.56.

⁷⁸³ Bu noktada, akla şu soru gelmektedir: Acaba sözleşmeyi ihlal, bu prensipte söylendiği ağırlıkta bir hukuka aykırılık değil midir? Başka deyişle, sözleşmenin yalnızca taraflarını ilgilendiriyor olduğundan yola çıkılarak, sözleşme hukuku, bu prensibin dışında bırakılabilir mi? Kanaatimce bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Ancak söz konusu tartışma çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Farnsworth, Disgorgement, s.1341 vd. Kısaca belirtmek gerekir ki, neden sözleşmeye aykırılığın daha hafif bir hak ihlali sayılması gerektiği veya gerçekten öyle mi sayıldığı net değildir. Bu konuda bkz. Lionel D. Smith "Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and Efficient Breach", **Canadian Business Law Journal** vol. 24, 1995, s.132; Martin Hogg, **Promises and Contract Law**, Cambridge University Press 2011, s.58 vd.

⁷⁸⁴ Farnsworth, Disgorgement, s.1341; Jaffey, s.363.

⁷⁸⁵ Aşağıda açıklanan Blake kararından önce ise Anglosakson sözleşme hukuku, menfaat odaklı yaptırımları reddetmekteydi. McInnes, Bank of America, s.125. Sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını tartışıldıkça, cezalandırıcı tazminat ve Anglosakson hukukunda birincil yaptırım olmayan aynen ifa da yoğun şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Jaffey, s.389. Karşı görüş için bkz. Jaffey, s.395, dn.33.

gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilebilir⁷⁸⁶. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için de, bir mutlak hak ihlali suretiyle iş görülmesi gerekir. Bir nispi hakkın ihlali suretiyle iş görülmesinin bu kapsamda olup olmadığı; başka deyişle sözleşmenin ihlalinin menfaat devri yaptırımına yol açıp açmayacağı tartışmalıdır. Bu konu yukarıda ayrıntılarıyla incelenmiş olup, varılan kanaat, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, kural olarak nispi hak ihlali suretiyle gerçekleşmeyeceği yönündedir⁷⁸⁷. Başka deyişle, Türk hukukunda, menfaat devrine hükmedilebilmesi için, bir mutlak hakkın ihlali ya da hukuka aykırılık bağına kuran özel bir düzenleme ile kapsama alınmış bir nispi hak ihlali gerekir. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sözleşmeye aykırılık ile aynı anda meydana gelmesine bir engel yoktur⁷⁸⁸.

Türk hukuku açısından yalnızca sözleşmeye aykırılık halinde menfaat devri talep edilmesi olan hukuk (*de lege lata*) açısından mümkün olmasa da, çalışmanın bu bölümü, yalnızca Türk hukukunda var olan menfaat devri yaptırımını incelemeyeceği için, menfaat devri yaptırımının sözleşme ihlallerinde mümkün olup olmadığı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve Türk hukukundan bağımsız şekilde aşağıda inceleme konusu yapılmaktadır. Başka deyişle aşağıda yer alan tartışmaların bir kısmının, Türk hukukunda bugün için yeri yoktur. Bununla birlikte, menfaat devrinin konu edildiği bir çalışmada, uluslararası alanda yoğun şekilde tartışılan bir hususun kapsam dışında bırakılması uygun görülmemiştir. Zira medeni kanunların uyumlaştırma çalışmalarının yoğunluğu göz önünde bulundurulmalıdır. Buna ek olarak, menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda var olması eğiliminin, Türk hukukunu hiç bir zaman etkilemeyeceği söylenemez. Tartışmanın uluslararası düzlemde var olmasının doğal sonucu olarak, söz konusu bölüm karşılaştırmalı hukuk verilerine dayandırılmaktadır.

⁷⁸⁶ Bkz. yukarıda, § 4/ I.

⁷⁸⁷ Bkz. yukarıda, § 2/ V – Hukuka Aykırılık.

⁷⁸⁸ Bkz. aşağıda § 5/ III/ A.

Çalışmanın bu bölümü, sözleşmeye aykırı davranan kişinin, telafi edici tazminat dışında, sözleşme ihlali sayesinde elde ettiği kârı da devretmesinin gerekip gerekmediği sorununa yanıt aramaktadır. İzlenecek yöntem ise, İngiliz hukukunda sözleşme ihlalinde menfaat devri yaptırımını öngören ilk karar olan *Blake*'den önceki ve sonraki dönemlerin incelenmesi ve ardından bu karardan bir takım prensiplerin elde edilmeye çalışılması şeklinde olacaktır. Bu sırada farklı hukuk sistemlerinde verilen başkaca kararlara da sıklıkla değinilecektir. Zira *Blake* kararının verilmesi Anglosakson hukuk dünyasında bir sürece dayanmaktadır. Bu nedenle *Blake* öncesi dönem de, *Blake* sonrası dönem kadar önem taşımaktadır. Son olarak bu karardan elde edilen prensipler ve kararın kendisi hukuk ve ekonomi öğretisi yardımıyla değerlendirilecek ve İngiliz hukuku, Türk hukuku ve kararın etki gösterdiği pek çok diğer hukuk sistemleri açısından bir takım sonuçlara varılacaktır.

B. Anglosakson Hukukunda

1. Özel Bir Karar: *Attorney General v. Blake*⁷⁸⁹

a. *Blake* Öncesi Dönem

Menfaat devri yaptırımı, Anglosakson sözleşme hukukunda yoğun olarak tartışılmaktadır. Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, pek çok kararda, hâkimlerin adalet algısının menfaat devri yaptırımını kabul etmek yönünde olduğu görülmektedir. Nitekim bir kişinin sözleşmeyi ihlal ederek büyük bir menfaat elde ettiği ve bu sırada karşı tarafı ya hiç zarara uğratmadığı ya da elde ettiği menfaate oranla daha az zarara uğrattığı hallerde, tazminat yaptırımını tatmin edici olmaktan uzak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Anglosakson sözleşme hukukunun ana

⁷⁸⁹ *Attorney General v. Blake* [2001] 1 AC 268 (HL) <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-2.htm> 26.11.2013. (Blake, HL)

yaptırımının telafi edici tazminat olması nedeniyle, hâkimlerin menfaat devri yaptırımından kaçınmaya çalıştıkları da gözlemlenmiştir.

Bu ikilem de mahkemelerin, aba altından sopa gösterir şekilde, “tazminat” yaptırımı adıyla menfaat devri yaptırımına hükmettikleri kararların verilmesine yol açmıştır. Örneğin *British Motor Trade Ass'n v. Gilbert* kararında, “tazminat” olarak, davalının elde ettiği tüm menfaate hükmedilmiştir⁷⁹⁰. Takiben *Lake v. Bayliss* kararında da, çifte satım yapmak suretiyle güven ilişkisinin ihlali gerekçesiyle, ikinci satımdan elde edilen menfaatin, ilk alıcıya devredilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁷⁹¹. Ancak bu şekilde tazminat adı altında menfaat devri yaptırımını öngören ikircikli yapının uygun olmadığı açıktır.

Menfaat devrinin yaptırım olarak kabul edilmesi sürecinde ise *Blake* kararından önce *Wrotham Park*⁷⁹² kararı önem taşımaktadır. Söz konusu kararda sözleşmeyi ihlal aynı zamanda mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğinden, sözleşmeye aykırılığın ana yaptırımı olan zarara bağlı telafi edici tazminat yeterli görülmemiştir. Bu karar ile menfaat odaklı yaptırımın güç kazandığı söylenebilir. Kararda yine, teknik anlamda bir menfaat devri yaptırımından söz etmek yerinde olmaz. Tazminat adı altında, olması gerektiği gibi zarar odaklı değil, davalının elde ettiği menfaat odaklı bir yaptırım öngörülmektedir. Bir deyişle, burada tazminatın hesaplanma biçimi şeklinde menfaat devri yaptırımının var olduğu söylenebilir.

Blake kararı öncesindeki menfaat devri tartışmaları yalnızca İngiliz hukuku ile sınırlı kalmış değildir. Amerika, İrlanda, Avustralya ve Yeni Zelanda'da da *Blake*

⁷⁹⁰ (1951) 2 All E.R. 641 (Ch.D.). Bu karar hakkında bkz. Smith, Disgorgement, s. 126-127; McCamus, s.959 vd.

⁷⁹¹ (1974) 1 WLR 1073.

⁷⁹² *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* kararı ((1974) 1 WLR 798). Karar hakkında bkz. Harder, s.206; Chitty, N.26-048; Treitel, s.999; McCamus, s.954-958; McInnes, Blake, s.78. Karar metni için bkz. <http://swarb.co.uk/wrotham-park-estate-ltd-v-parkside-homes-ltd-chd-1974/> 26.11.2013.

kararından önceki dönemde, menfaat devri yaptırımının tartışıldığı ve hatta üzeri kapalı olsa da kabul edildiği kararlar mevcuttur⁷⁹³.

Bu konuda İsrail Yüksek Mahkemesi⁷⁹⁴, *Adras Ltd. v. Harlow & Jones GmbH* kararı özel bir önem taşır⁷⁹⁵. Zira karar, çarpıcı bir şekilde, sözleşme hukukunda genel bir yaptırım olarak menfaat devrini kabul etmektedir. Kararın konusu, çelik satımı üzerine kurulu bir sözleşmenin ihlaline ilişkindir. Satıcı, sözleşmeyi ihlal ederek, malları bir üçüncü kişiye satmış ve ilk alıcıya ödeyeceği tazminattan daha fazla bir menfaat elde etmiştir. Mahkeme de, bu şekilde elde edilen menfaatin, alıcıya devredilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu husus temelde dört gerekçeye dayandırılmış görünmektedir. Bunlardan ilki haksız zenginleşme prensibidir. Karara göre, haksız zenginleşme hukukunda, sözleşmesel hakların, mülkiyet hakkı derecesinde değerlendirilmesi gerekir⁷⁹⁶. Bununla ne kastedildiği açık değildir. Bundan başka, menfaat devri yaptırımının, bu tür davranışları caydırmak için mutlaka gerekli olduğu ifade edilmektedir. Üçüncü gerekçe ise, İsrail hukukunda sözleşmeye aykırılığın esas yaptırımının aynen ifa olarak kabul edilmesi ve sözleşmenin etkin ihlali fikrinin reddedilmesidir⁷⁹⁷. Bu nedenle, İsrail hukuk

⁷⁹³ Bu konuda bkz. aşağıda § 4/ III/ B/ 2/ f/ aa, bb,cc,dd,ee.

⁷⁹⁴ İsrail hukuku, Kara Avrupası sistemi ile Anglosakson hukuk sisteminin bir karışımı olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Siems, s.41. Gerçekten de dünya üzerinde her iki sistemi kısmen benimseyen hukuk düzenleri vardır. Bunlardan Louisiana ve İskoçya'da ise, menfaat devri yaptırımı iki önemli kararla tartışılmış olmakla birlikte, İsrail'den farklı olarak, sözleşme hukukunda bu yaptırım kabul edilmemiştir. Louisiana Yüksek Mahkemesi, *City of New Orleans v. Fireman's Charitable Association* (9 So 486, 1981) kararında menfaat devri yaptırımını tartışmıştır. Olayda tarafların yangın ile mücadele hususunda imzaladıkları bir iş görme sözleşmesi vardır. Bununla birlikte, davalı, sözleşmede kararlaştırılan sayıda ekip ve atı hazırlamamıştır. Bu eksik ifa herhangi bir zarara yol açmamış ancak davalının masraftan kurtulmak şeklinde menfaat elde etmesine sebep olmuştur. Ancak mahkeme, davacının herhangi bir zararı olmadığından yola çıkarak davalı lehine karar vermiştir. Bu konuda bkz. Jaffey, s.393-394. Benzer şekilde, İskoç Yüksek Mahkemesi de *Teacher v. Calder* (1898, 25 R 661; 1899 AC 451) kararında menfaat devri talebini reddetmiştir. Ortada bir zararın olmaması tazminat talebinin de reddine sebep olmuştur. İskoç doktrini de bu konuda aynı görüştedir. Bkz. The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopedia, vol.3, 1994, paragraph 910. Kanaatimce burada bir ayıplı ifanın varlığını kabul edip, sözleşme bedelinden indirim kıyasen uygulanabilirdi.

⁷⁹⁵ *Adras Construction Co. v. Harlow&Jones GmbH* (1998) 42(i) P.D. 221, Israel Law Review vol.24, s.150. İngilizce tercümesi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html> 10.07.2014. Ayrıca, Restitution Law Review, 1995 s.235.

⁷⁹⁶ Bu konuda bkz. Friedmann, s.504.

⁷⁹⁷ Etkin ihlal konusunda bkz. aşağıda, § 4/ III/ B/ 2/ a/ aa/ aaa.

sisteminin, kişilerin sözleşmeyi ihlal edip, yalnızca tazminat ödemekle kurtulabilecekleri bir sistem olmadığına vurgu yapılmaktadır. Bu açıdan aynen ifa artık mümkün değilse, tatminin ihlal nedeniyle elde edilen menfaatin devredilmesi suretiyle sağlanabileceği savunulmaktadır. Son olarak, menfaat devri yaptırım sözleşme hukukunda kabul edilmese de, bu yaptırımın zenginleşme yasağı kapsamında talep edilebileceği ifade edilmektedir.

Sonuç olarak *Blake* kararı öncesinde, Anglosakson hukuk çevresinde uzun yıllar boyunca menfaat devri tartışılmış ve İsrail sözleşme hukukunda bir genel yaptırım olarak menfaat devri yaptırımı kabul edilmiştir. *Blake* kararı ile bu tartışmalar doruğa ulaşmış ve Anglosakson hukuk sisteminde, istisnai de olsa sözleşmeye aykırılık hali için menfaat devri yaptırımı kabul edilmiştir.

b. Kararın Konusu ve Değerlendirilmesi

Söz konusu karar, İngiliz sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına ilk defa olanak sağladığı için önemlidir⁷⁹⁸. Nitekim İngiliz hukuku, bu karara dek, haksız fiillerden farklı olarak, sözleşme hukukunda cezalandırma amacı taşıyan yaptırımlara uzak durmaktaydı⁷⁹⁹. Ayrıca karar ilkesel düzeyde yaptığı açıklamalar ile doktrine yön verecek şekilde olduğu için de önem taşımaktadır.

Kararı kısaca açıklamak gerekir. *George Blake* 1944 – 1961 yılları arasında İngiliz İstihbarat Servisinde⁸⁰⁰ çalışan bir ajandır. Ancak 1951 yılından itibaren 9 sene boyunca, Sovyet hükümetine de ajanlık yapmış ve bilgi sızdırmıştır. Bu gerekçeyle İngiltere’de tutuklanmış, ancak kısa süre sonra hapisten kaçmış ve Moskova’da

⁷⁹⁸ Burrows, Remedies, s.409-410. Aslında *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* kararı ((1974) 1 WLR 798), menfaat odaklı bir yaptırım ile karar vermesi Blake kararının verilmesinde önemli bir destek sağlamıştır. Bu konuda bkz. Harder, s.206; Chitty, N.26-048; Treitel, s.999; McCamus, s.954-958; McInnes, Blake, s.78. Karar metni için bkz. <http://swarb.co.uk/wrotham-park-estate-ltd-v-parkside-homes-ltd-chd-1974/> 26.11.2013.

⁷⁹⁹ Harder, s.261; McCamus, s.948. Bu görüş, Sir Robert Megarry tarafından da vurgulanmaktadır: *Tito v. Waddell* (no.2) (1977), 1 Ch. 106, 332 (Ch. App) (Eng). Bu konuda bkz. *Butterworth v. Butterworth*, (1920) P 126, 136; *Herbert Clayton & Jack Waller Ltd. v. Oliver* (1930) AC 209 (HL) 220 (Lord Buckmaster).

⁸⁰⁰ Secret Intelligence Service (SIS).

yaşamaya başlamıştır. Uzun süre sonra, *Blake*, İstihbarat Servis'inde çalıştığı zamana ilişkin bilgiler içeren bir otobiyografi yayınlamıştır⁸⁰¹. *Blake'in*, Gizli Servis'e katıldığı zaman, çalıştığı süre boyunca ve sonrasında kapsayan bir gizlilik anlaşması vardır⁸⁰².

Kitap geniş kesimlere ulaştıktan sonra İngiliz hükümeti söz konusu kitaptan haberdar olmuş ve bunun ardından, 1991 yılında, Kraliyet, *George Blake* ve yayımcı (*Jonathan Cape Ltd*) aleyhine dava açmıştır. Davacı Kraliyet'in talebi, yayın hakkının ve devleti temsil görevinin ihlali nedeniyle, kitaptan elde edilen menfaatin devredilmesidir⁸⁰³. Davacının, bir tazminat talebi söz konusu değildir. Zira kitap yayımlandığında artık Berlin duvarı yıkılmış ve kitapta yer alan bilgiler "bilinen gerçekler" halini almış, gizli olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle de telafi edici tazminat kapsamında talep edilebilecek bir zarar mevcut değildir⁸⁰⁴.

Mahkeme, *Blake'in* Kraliyet ile var olan ve gizlilik anlaşması içeren sözleşmesini ihlal ettiğini açıkça dile getirmektedir⁸⁰⁵. Uzun tartışmalardan sonra, ilk derece mahkemesi, durdurma kararı vermiştir⁸⁰⁶. Karar hem Blake hem de Kraliyet tarafından temyiz edilmiştir⁸⁰⁷. Blake durdurma kararının kalkmasını talep ederken;

⁸⁰¹ *No Other Choice* (Başka Seçenek Yok) isimli kitap.

⁸⁰² *Blake'in* imzaladığı sözleşmenin ilgili hükmü şu şekildedir: "I undertake not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased." [çeviri: İş ilişkim sebebiyle elde ettiğim her hangi bir resmî bilgiyi gerek basın gerekse kitap yazmak yoluyla ifşa etmeyeceğimi taahhüt ediyorum. Ayrıca, işbu hükümlerin yalnızca iş sözleşmem süresince değil, iş ilişkim sona erdikten sonra da uygulanabilir olduğunu anlıyor ve kabul ediyorum.]

⁸⁰³ Kraliyetin ilk talebi *Blake'in* görevi nedeniyle kraliyete karşı sadakat borcu olduğu yönündeydi. Ancak bu talep ilk mahkeme ve temyiz mahkemesinde reddedildi. Bu yaklaşımın Lordlar Kamarasında da korunduğu gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, *Blake'in* görevi nedeniyle, kamu menfaatini korumakla yükümlü olduğu ve bu yüküme aykırı davrandığı Lordlar Kamarasında ifade edilmiştir. Bu iki ihlalin sonucunun aynı olduğu ve "güvene dayalı ilişkinin ihlali" anlamına geldiği yönünde ve kararın detayları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *McCamus*, s.962.

⁸⁰⁴ *Treitel*, s.997; *McCamus*, s.948; *McInnes*, *Blake*, s.81. Benzer şekilde, *Attorney General v. Guardian Newspapers* (no.2), (1990), A.C. 109 (HL).

⁸⁰⁵ *Blake*, HL, 390.

⁸⁰⁶ Bu hüküm sözleşme hukukunda, aynen ifaya denk bir hükmüdür. Bu konuda bkz. *Guido Calabresi/A. Douglas Melamed*, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral", *Harvard Law Review*, vol.85, April 1972, no.6, s.1089.

⁸⁰⁷ Temyiz mahkemesi, verdiği hükmü kamu hukuku kurallarına dayandırmıştır. Bu nedenle temyiz mahkemesinin verdiği karar ve gerekçeleri çalışmanın konusunu aşmaktadır. Nitekim kamu

Kraliyet menfaat devri talep etmiştir. Olay o zamanki adıyla Lordlar Kamarasının önüne geldiğinde, *Lord Nicholls* açıkça, prensip olarak mahkemenin sözleşme ihlalinde menfaat devri yaptırımının doğrudan dışlanması bir gerekçesi olmadığını ve bu yaptırımın tartışılması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁰⁸. Hatta kendisi, aslında menfaat devri yaptırımının, *Blake* kararından önce verilen pek çok kararlar üzeri kapalı da olsa kabul edildiğini ifade etmektedir⁸⁰⁹. Bundan başka, tazminat yaptırımının bu tür durumlar için yeterli tatmini sağlayamadığı da ifade edilmektedir⁸¹⁰.

Tartışmalar sonucunda çoğunluk görüşü⁸¹¹, somut olayda tazminat yaptırımının yeterli olmadığından yola çıkarak, istisnai olarak menfaat devrine ⁸¹²

hukukuna dayanan argümanlar Lordlar Kamarası tarafından reddedilmiştir. Bunun dışında, gerektiği yerlerde, kısaca temyiz mahkemesi kararına da değinilecektir.

⁸⁰⁸ Lord Nicholls, *Blake*, HL, 397.

⁸⁰⁹ *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* (1974) 1 WLR 798. *Lake v. Bayliss* ((1974) 1 WLR 1073) kararında da, bir güven ilişkisinin ihlali suretiyle çifte satım yapıldığı gerekçesiyle, ikinci satımdan elde edilen menfaatin, ilk alıcıya devredilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bir başka karar ise *British Motor Trade Association v. Gilbert* kararıdır. Bu kararda da, "tazminat" olarak, davalının elde ettiği tüm menfaate hükmedildiği görülmektedir. (1951) 2 All E.R. 641 (Ch.D.). Bu karar hakkında bkz. Smith, *Disgorgement*, s. 126-127; *McCamus*, s.959 vd.

⁸¹⁰ *Beatson/Schrage*, s.359.

⁸¹¹ Azınlık görüşü olarak Lord Hobhouse şu gerekçelerle karara katılmamaktadır. Öncelikle çoğunluk görüşü, ceza hukukunca kınanan bir davranışta bulunan kişinin bu davranışından kâr elde etmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Lord Hobhouse'a göre, *Blake* ceza hukukunca kınanan davranışı sebebiyle cezalandırılmıştır. Hapisten kaçması ayrı bir sorundur. Bunun karşılığı hukuki yaptırım değildir. Bundan başka, *Blake* söz konusu menfaati Kraliyet hesabına ya da onun herhangi bir malını ya da ticari menfaatini kullanarak yapmamıştır. Bir diğer sorun ise, Lord Nicholls'un "restitutionary damages" terimini tercih etmiş olmasıdır (bkz. bir alttaki dipnot). Lord Hobhouse, bu terimin, hükmedilen yaptırım ile uyumlu olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca telafi edici tazminatı aşan bir yaptırımın, ticari hayatı sekteye uğratacağını ileri sürmektedir. Bu konuda kararın kendisi ve detaylı bilgi için bkz. *Beatson/Schrage*, s.542.

⁸¹² Kararda kimi yerde "restitutionary damages" terimini tercih etmiş olmakla birlikte, burada kastedilenin "disgorgement of profit" ya da "account of profits" şeklinde ifade edilen menfaat devri olduğu konusunda tartışma yoktur. Lord Nicholls da aynı görüştedir. Bkz. *Treitel*, s.997; *McCamus*, s.963; *Siems*, s.28. Bu terimin muğlak oluşu nedeniyle eleştirir şekilde, *McInnes, Bank of America*, s.128; *McInnes, Blake*, s.73; *Siems*, s.28 vd. Zira "restitution" terimi dar anlamıyla, haksız zenginleşmenin yaptırımını teşkil eder ve tarafların malvarlıkları arasında meydana gelen kaymayı düzeltir. Yoksa karşı tarafın elde ettiği menfaatin devredilmesi değildir. Burada bir iade söz konusudur. Oysa menfaat devrinde, karşı tarafın daha önce elde etmediği ya da malvarlığında bulunmadığı bir menfaatin devredilmesi söz konusudur. Aynı yönde, *Air Canada v. British Columbia* (1989), 59. D.L.R. (4th) 161, s.194 (1989) 1 S.C.R. 1161, s.1203; *McInnes, Bank of America*, s.128. "Restitution" terimi geniş anlamı ise, haksız zenginleşmenin ötesine geçer ve hukuka aykırı fiillerin istisnai menfaat odaklı yaptırımını ifade

hükmedilebileceği yönünde olmuştur⁸¹³. Bununla birlikte, yaptırım istisnai hallere özgüledikleri için, bir takım ilkeler getirilmiştir⁸¹⁴. Sonuç olarak, ancak ve ancak bu ilkelerin varlığı halinde sözleşme hukukunda sınırlı olarak menfaat devri yaptırımı kabul edilmiştir⁸¹⁵.

Söz konusu ilkeler aşağıda açıklanacaktır. Ancak kararda belirtilen bir hususu önemle belirtmek gerekir. Bu ilkeler kararda vurgulandıktan sonra, bunların kesin belirlenmiş kurallar olmadıkları, mahkemelerin durumun tüm gereklerine dikkat ederek somut olayları yorumlamaları gerektiği ve özellikle sözleşmenin amacının, ihlalin gerçekleştiği koşulların, ihlalin sonuçlarının çok önemli olduğu ifade edilmektedir⁸¹⁶. Sonuç olarak aşağıda yer alan ilkeler, sınırlı sayıda olmayıp, birer “yol gösterici” olmaktan öteye gidemezler⁸¹⁷.

c. Kararda Kabul Edilen İlkeler

aa. Zarar Verme Kastı ile Sözleşmenin İhlal Edilmesi

Kararda, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına hükmedilebilmesi için, sözleşmenin yalnızca ihlal edilmiş olması yeterli bulunmamaktadır. Bu ihlalin,

eder. Örneğin, güvene dayalı görevin ihlalinde. Bu konuda bkz. McInnes, Bank of America, s.128-129; Smith, Disgorgement, s.121; Birks, s.39-44.

⁸¹³ Blake, HL, 285. Tazminat yaptırımının yeterli bulunmamasının, menfaat devri yaptırımına hükmetmek konusunda bir gerekçe oluşturacağı hakkında bkz. McCamus, s.959.

⁸¹⁴ İfade etmek gerekir ki, kararda anılan ve aşağıda açıklanan ilkelerin temelleri, Farnsworth’un 1984 yılında ABD hukuku için yazmış olduğu makaleye dayanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kararın bu makale ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olur. Bkz. Farnsworth, Disgorgement, s.1339 vd.

⁸¹⁵ Lord Nicholls, Blake, HL, 285. Aynı yönde, Treitel, s.997; Beatson/ Schrage, s.539; Chitty, N.26-042; Beatson, s.16; Friedmann, s.514; Schlueter, Vol.1, s.27; Farnsworth, Disgorgement, s.1343 McInnes, Blake, s.72; Siems, s.31. Menfaat devrinin sınırlı olması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu gibi durumlarda sözleşme hukuku açısından en uygun yaptırım olduğu kararda ifade edilmektedir. Lord Nicholls, Blake, HL, s.397-398. Temyiz mahkemesi hakimi Lord Woolf M.R. de, “sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının var olup olmadığı değil, hangi koşullarda var olması gerektiğinin asıl sorun olduğunu” ifade etmektedir. Blake, CA, s.457.

⁸¹⁶ Lord Nicholls bu hususu “no fixed rules can be prescribed” sözleriyle ifade etmektedir. Lord Nicholls, Blake, HL, 398. Hatta temyiz mahkemesi farklı ilkeler getirmiştir. Ancak bunlar Lordlar Kamarasında kabul edilmemiştir. Bu ilkeler, ifanın eksik bir ifa olması gerektiği ve bu eksik ifa sayesinde yapılmaktan kurtulunan masrafların var olması gerektiği idi. Lord Woolf M.R., Blake, CA, s.458 vd. Lord Woolf’un getirdiği ilkeler hakkında bkz. McInnes, Blake, s.82-83.

⁸¹⁷ Lord Nicholls, Blake, HL, s.398.

nitelikli olması aranır. Zarar verme kastıyla sözleşmenin ihlal edilmesi ve bu yapılırken de ihlal sayesinde bir menfaat elde edilmesi gerekmektedir⁸¹⁸.

Elbette sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu yönde bir saiki olduğunun belirlenmesi kolay olmayabilir. Bu nedenle sözleşmenin konusu, amacı, ihlalin yapıldığı zamanki hal ve şartlar ile ihlalin sonuçları ve hangi tür tatminin uygun olacağı hususlarının araştırılması gerekir⁸¹⁹. Bu araştırma ile amaçlanan, ihlalin kasten zarar verme niyetiyle yapılıp yapılmadığının ortaya konulması ve bunun sonucunda telafi edici tazminatın mı yoksa cezalandırma amacı güden bir yaptırımın mı uygun olacağına karar verilmesini sağlamaktadır⁸²⁰. Başka deyişle, sözleşmenin ana yaptırımını olan telafi edici tazminatın⁸²¹, zarar vermek kastıyla sözleşme ihlal edildiğinde hukuken yetersiz kaldığı varsayılmakta ve ancak bu durumda menfaat devri yaptırımına hükmedilmektedir⁸²². Bu hallerde tazminatın yerinde bir yaptırım olmadığı sözleşme ihlallerinin az rastlanır olacağı ifade edilmektedir⁸²³.

Kanaatimce, eğer sözleşme hukukunda menfaat devrinin varlığı kabul edilecekse, bu yaptırımını zarar verme kastıyla ve ihlalden menfaat elde etmek amacıyla sözleşmenin ihlal edildiği hallere özgülemek ve bu hallerle sınırlı tutmak yerinde görünmektedir. Nitekim ancak böyle bir durumda hem caydırma hem de cezalandırma amacı taşıyan bir yaptırım uygun olur. Bundan başka, menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda "istisnaen" var olması gerektiği yönündeki yaklaşım da bu sınırlama ile tutarlıdır.

⁸¹⁸ Edelman, s.155; Chitty, N.26-054. Ancak doktrinde bir görüş, eğer menfaat elde edilmiş ise, sözleşmeyi kasten ihlal etmeyen kişinin neden menfaati devretmemesi gerektiğinin açık olmadığını ifade etmektedir. Smith, Disgorgement, s.138. Sözleşmeyi ihlalin kötünietli olması gerekmediği yönünde, Siems, s.56.

⁸¹⁹ Bunun ispat açısından zorluk taşıyabileceği yönünde, Farnsworth, Disgorgement, s.1391-1392.

⁸²⁰ Edelman, s.153; McCamus, s.960.

⁸²¹ Chitty, N.27-020; Friedmann, s.514; Baş, Aynen İfa, s.631; Treitel, s.1100; Mak, s.121; Zimmermann, s.780; Atamer, Cıg, s.262; Kronman, s.355; Schwartz, s.390; McInnes, Blake, s.72.

⁸²² Lord Nicholls, Blake, HL, 282, 285; Birks, s.334-336; Edelman, s.158; Worthington/ Goode, s.293; Chitty, N.26-054; McCamus, s.949. Aksi yönde, Siems, s.56.

⁸²³ Lord Nicholls, Blake, HL, 282, 285.

bb. Sözleşmenin İfasını Talepte Meşru Menfaat

Blake kararından çıkarılan bir diğer ilke ise, ancak sözleşmenin ifasını talepte meşru menfaat var ise, menfaat devrinin talep edilebileceğidir⁸²⁴. “Sözleşmenin ifasını beklemekte meşru bir menfaat” ifadesi ise Türk hukuku açısından açıklanmaya muhtaçtır. Nitekim Türk hukukunda, sözleşmenin ifası kural olarak talep edilebilir ve bunu talep etmek için davacının bir “meşru menfaatinin” olup olmadığı aranmaz⁸²⁵. Kara Avrupası hukukunda da baskın görüş, aynen ifanın kural olduğunu ve ahde vefa prensibinin mümkün olduğu kadar ihlal edilmemesi gerektiğini ifade eder⁸²⁶.

Oysa Anglosakson hukuk sisteminde yaklaşım daha farklıdır⁸²⁷. Ana yaptırım tazminattır⁸²⁸ ve aynen ifa ancak istisnai hallerde talep edilebilir⁸²⁹. Nitekim

⁸²⁴ Blake, HL, 285. Aynı yönde, Chitty, N.29-157; Treitel, s.997; McCamus, s.966; McInnes, Blake, s.84.

⁸²⁵ Sanlı, Etkin İhlal, s.115.

⁸²⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.601; Baysal, Uyarlama, s.5; Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer/ Markus Müller-Chen, **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG**, Schlechtriem/ Schwenzer (Eds.), 4. Bası, 2004, Art.28, N.337; Schäfer/ Ott, 2004, s.320.

⁸²⁷ Nitekim İngiliz hukukunda, borca aykırılık yaptırımlarına bakıldığında, yaklaşımın tıpkı Roma hukukunun ilk dönemindeki “actio” sistemindekine benzer olduğu görülür. Reinhard Zimmermann, “Roman Law and Harmonisation of Private Law in Europe”, **Towards A European Civil Code**, 2004, s.21. Önceleri İngiliz hâkimleri, haksız fiil alanında kullandıkları tazminat davasını, sözleşme hukuku alanına da uygulamaktaydılar. Bunun nedeni, Common Law’da Kral ve onun görevlendirdiği kişiler tarafından saptanan belli talepler açısından sadece dava hakkı tanınması idi. Sözleşmeye aykırı davranılmasına ilişkin genel bir dava hakkı uzun yıllar tanınmadığından, hâkimler haksız fiile ilişkin davayı ki bu bir tazminat davasıydı, sözleşme hukuku alanında da uyguluyorlardı. Daha sonra sözleşmeye aykırılığa ilişkin dava hakkı gelişse de, temeldeki düşünce haksız fiil düşüncesi olduğu için talep aslen tazminata ilişkin olmuştur. Bu uygulama nedeniyle borcun ifa edilmemesinin yaptırımı tazminat olarak belirlenmiştir. Sistemin katılığı, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi zamanla yumuşamış ve İngiltere’de Common Law’ın yanında, onun boşluklarını doldurmayı amaçlayan Equity adı verilen bir sistemin daha doğmasına yol açmıştır. Treitel, s.1100; Atamer, CISG, s.26. Bu sistemin doğumuna ilişkin süreç ve neden ihtiyaç duyulduğunda ilişkin olarak; Harold Potter/ Albert K. R Kıralfy. (eds.), **Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions**, Sweet&Maxwell 1962; Arzu Oğuz, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara 2003, s.257-258.

⁸²⁸ Nitekim İngiliz hukukunda ana yaptırımın tazminat olması, etkin ihlal doktrininin doğuşunu tetiklemiştir. Ana yaptırım tazminat olduğu içindir ki, İngiliz hukukunda, sözleşmenin etkin ihlali mümkündür. Etkin ihlal doktrini, etik açıdan eleştirilse de, ana yaptırımın tazminat olduğu bir hukuk sisteminde kişilerin etkin ihlal yönünde güdülenecekleri bir gerçektir. Bu konuda bkz. Friedmann, s.514; Baş, Aynen İfa, s.631; Chitty, N.27-020; Kerem Cem Sanlı, “Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açından Etkin Olabilir mi?”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXX, S.3, s.95 vd. Etkin ihlal ile kastedilen, karşı tarafın zararını karşılamak suretiyle, sözleşmeyi ihlal, ihlal edecek taraf için etkin ise, bu ihlalin kendisinden beklenebileceğidir. Bu yaklaşımın sonucu olarak da, aynen ifayı talep, ancak sınırlı hallerde mümkündür. Her ihlalde sözleşmenin karşı tarafı aynen ifa talep edemez.

sözleşme ile yüklenilen şeyin, aynen ifa değil, aynen ifanın sağlayacağı, ondan beklenen menfaat olduğu ifade edilmektedir⁸³⁰. Bunun sonucu olarak da aynen ifa her zaman talep edilemeyecektir.

Aynen ifanın talep edilebilmesi için davacının bunu talepte “meşru bir menfaatinin” olması gerekir⁸³¹. Başka deyişle, ifadan beklenen menfaatin gerçekleşmesi, ancak o ifanın gerçekleşmesiyle mümkün oluyorsa, yani tazminat yeterli değilse aynen ifa talep edilebilir⁸³². Aynen ifayı talep etmek, her zaman meşru menfaat olarak kabul edilseydi, sözleşme hukukunda çoğunlukla görülen cezai şart gibi düzenlemelerin, bu meşru menfaati korumak için yeterli olmayacağı ifade edilmektedir⁸³³. Bu haller, tazminatla gerekli tatminin sağlanamayacağı⁸³⁴ haller olup, artık bu durumda aynen ifayı talep etmekte meşru bir menfaat olduğu kabul edilir⁸³⁵. Söz gelimi sözleşmenin zarar vermek kastı ile kötüniyetli olarak ihlal edilmesi ve bundan bir menfaat elde edilmesi halinde ya da eşsiz bir mala ilişkin yapılan satım sözleşmesinin ihlalinde tazminat yeterli görülmemekte ve aynen ifaya hükmedilmesi yerinde bulunmaktadır⁸³⁶.

Bazı hallerde ise aynen ifa da mümkün olmaz. İşte bu şekilde, tazminatın yeterli gelmediği ve aynen ifanın da artık mümkün olmadığı hallerde menfaat devri yaptırımının mümkün olabileceği kararda ifade edilmektedir. Bu gibi durumlarda

⁸²⁹ Chitty, N.27-020; Posner, s.163-164; Friedmann, s.514; Baş, Aynen İfa, s.631; Treitel, s.1100 vd.; Erdem, Batider, s.77; Kronman, s.355.

⁸³⁰ Jaffey, s.390.

⁸³¹ Zimmermann, s. 780. Uygulamanın hala bu yönde olduğuna ilişkin; Treitel, s.1100 vd.; Erdem, Batider, s.77; Kronman, s.355. Bu yolun ekonomik açıdan da etkin olduğuna ilişkin; Schwartz, s.390.

⁸³² Jaffey, s.390.

⁸³³ Edelman, s.154.

⁸³⁴ Lord Nicholls, Blake, HL, 285. Aynı yönde, Edelman, s.158; Worthington/ Goode, s.293; Friedmann, s.514; Atamer, Cıg, s.262; Treitel, s.1101; Shavell, Specific Performance, s.857.

⁸³⁵ Aynen ifaya hükmedilmesi ancak tazminatın, aynen ifa kadar *tam, uygun ve sade* bir yaptırım teşkil etmemesine bağlıdır. Tekinay, Aynen İfa, s.423, 424; Treitel, s.1101 vd.; Vanessa Mak, "Specific Performance in English Consumer Sales Law", **Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives**, Jan Smiths, Daniel Haas, Geerte Heslen (eds.) 2008, s.121; Farnsworth, Disgorgement, s.1365.

⁸³⁶ Tazminatın yeterli bulunmaması kriterini, menfaat devri için kullanmamak gerektiği yönünde, Siems, s.55.

yalnızca telafi edici tazminata hükmedilmesi “cezasız kalmak” olarak nitelendirilmektedir⁸³⁷.

Sonuç olarak, sözleşmenin etkin ihlali mümkün ve aynen ifa talep edilemiyor ise, “sözleşmenin ifasını beklemekte meşru bir menfaat” var olmayacaktır⁸³⁸ ve ancak tazminat talep edilebilecektir. Ancak somut olayda aynen ifayı talep etmek haklı görülüyorsa, sözleşmenin ifasını beklemekte meşru bir menfaatin varlığı kabul edilir ve aynen ifanın mümkün olmaması halinde menfaat devri talep edilebilir⁸³⁹. *Blake* kararı açısından, bilgilerin gizli tutulması, “gizli serviste çalışmanın can damarı” olarak nitelendirilmektedir⁸⁴⁰. Bu açıdan, kararda, Kraliyet’in aynen ifayı talep etmekte menfaati olduğuna kanaat getirilmiştir. Artık aynen ifayı talep etmenin bir anlamı olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, menfaat devri yaptırımına hükmetmek gerekli tatmini sağlayabilecektir.

cc. Sadakat ve Güven İlişkisi (*Fiduciary Relationship*)

Bir diğer önemli husus ise, tarafların arasında vekâlet benzeri bir sadakat ve güven ilişkisi olup olmadığıdır. İngiliz hukukunda bu husus “*fiduciary relationship*” terimi ile ifade edilmektedir⁸⁴¹. Bu kurum da Türk hukukuna uzak görünmektedir.

Kararda kastedilen, pek çok ilişkide var olabilen, sadakat, güven ve işi özenle yürütme borcunu içeren bir üst kavramdır. Örneğin banka-müşteri, avukat-müvekkil, vasi-küçük/kısıtlı arasındaki ilişkiler “*fiduciary relationship*” olarak kabul

⁸³⁷ Lord Goff, *Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd.* (2001), 1 AC 518 (HL) 546.

⁸³⁸ Elbette hangi durumlarda, meşru menfaatin var olduğunu tespit zordur. Bu konuda bkz. Edelman, s.153.

⁸³⁹ Aksi görüşte, Steyn L.J., *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361 (CA) s. 1370. Steyn L.J. ile aynı görüşte, Smith, *Disgorgement*, s.137; Beatson, s.17; Virgo, s.515-517. Aksi yönde, Siems, s.55.

⁸⁴⁰ Lord Nicholls, durumu şu sözlerle ifade etmektedir: “*Secret information is the lifeblood of these services.*” *Blake*, HL, 399.

⁸⁴¹ Sealy, s.71-72; Easterbrook/ Fischel, s.425; Jaffey, s.391.

edilmektedir⁸⁴². Anglosakson hukukunda bu kavrama geniş anlam yüklenmektedir⁸⁴³. Bu kavramın genişliği sayesinde de, taraflar, sözleşmede her hususu ince ayrıntısına kadar kararlaştırmak zorunda kalmamaktadırlar. Nitekim bu tür ilişkilerde her olasılığı içine alan anlaşmalar yapmak, sözleşme maliyetini artıracacağı gibi, ilişkinin güvenen tarafı ile güvenilen tarafı arasında bilgi asimetrisi olduğu göz önünde tutulduğunda, anlamlı da olmayacaktır⁸⁴⁴. Zira söz konusu bilgi asimetrisi yüzünden, genellikle sözleşmeler güvenilen tarafın lehine akdedilecektir. Ne de olsa bu tür bir sözleşme kuran kişi, aslında karşı tarafın, konuya ilişkin uzmanlığını satın alıyordur. Sonuç olarak, basit bir tanımla, güvenen menfaatine iş görebilen ve güvenilen kişi ile kurulan ilişkiye “*fiduciary relationship*” denebilir⁸⁴⁵.

Anglosakson hukuk sisteminde, bu ilişki, sözleşme hukukunun üzerinde tutulmaktadır. Gerçek anlamda bir güven ilişkisi var ise, bu ilişkinin ihlali söz konusu olduğunda, karşı taraf üzerinden elde edilen menfaatin devredilmesi gerekmektedir⁸⁴⁶. Kanımca “*fiduciary relationship*” Türk hukukunda var olan, temsil, vekâlet sözleşmesi, gerçek vekâletsiz iş görme gibi kurumlara benzetilebilir.

Blake kararında ise, taraflar arasında böyle bir ilişkinin olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, *Blake*'in devletin bir ajanı olarak, Kraliyet adına işlemler yapmaya yetkili biri oluşu, taraflar arasında buna benzer güven ilişkisinin varlığına kanıt

⁸⁴² Easterbrook/ Fischel, s.425; Jaffey, s.401; Farnsworth, Disgorgement, s.1355; McCamus, s.967. Hatta daha geniş yorumlandığı dahi görülmektedir. Wheeler v. Wallar, 197 N.W. 2d s.587, Iowa (1972). Buna ek olarak, eşler arasındaki ilişki de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Bu konuda bkz. Matthew Conaglen, **Fiduciary Loyalty, Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties**, Hart Publishing, Oxford 2010.

⁸⁴³ “Fiduciary duty”den doğan menfaat devri yaptırımını hakkında, Alman hukukunu merkeze alan karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Konrad Rusch, **Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten**, Mohr Siebeck, Tübingen 2003. Kara Avrupası hukuk sisteminde ise, bu ilkenin yeri, TMK m.2 temelli dürüstlük kuralı ile doldurulabilir. Başka deyişle, söz konusu ilke ve sonuçlarının, dürüstlük kuralı ile paralellik taşımakta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁸⁴⁴ Easterbrook/ Fischel, s.426.

⁸⁴⁵ Scott, Fiduciary, s.539; Farnsworth, Disgorgement, s.1355.

⁸⁴⁶ Easterbrook/ Fischel, s.425; Farnsworth, Disgorgement, s.1354. Aynı yönde, *Keech. v. Sandford*, 25 Eng. Rep. 223 (1726).

olarak gösterilmektedir⁸⁴⁷. Zaten bu tür bir ilişki olsaydı, “sözleşme hukukunda menfaat devri” yaptırımını tartışılıyor olmazdı. Nitekim “*fiduciary relationship*”in var olduğu durumda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olsun olmasın, bu güven ilişkisini ihlal, menfaat devri yaptırımına yol açmaktadır. Dolayısıyla *fiduciary relationship*'e uygulanan kuraldan kıyasen faydalanılarak, elde edilen menfaatin, “güvenen (Kraliyet) adına elde edildiği ve devredilmesi gerektiği” ifade edilmektedir⁸⁴⁸.

Ancak bu kriterin getirilmesi doktrinde bir takım haklı eleştirilere maruz kalmaktadır. Nitekim *fiduciary relationship* kendine özgü bir yapı olup, geniş yorumlanma tehlikesi taşır⁸⁴⁹. Başka deyişle, söz konusu güven ilişkisinin sınırları iyi çizilmez ve geniş yorumlanırsa, pek çok iş görme sözleşmesi açısından ve nispeten daha az olsa da diğer sözleşmeler açısından menfaat devri yaptırımının kabulü kolaylaşır. Bu açıdan kriterin aslında görünürde getirildiği, uygulamada rahatça dar ya da geniş yorumlanabileceği ve bunun da farklı sonuçların doğmasına yol açabilmesi olasıdır. Sonuç olarak bir kriter olmak için yeterli sağlamlıkta olmadığı söylenebilir.

dd. Menfaatin Sözleşmeyi İhlal Sayesinde Elde Edilmiş Olması

Yukarıda anılan ilkelerin yanında, son olarak, talep edilen menfaatin, sözleşmenin ihlali sayesinde elde edilmiş olması aranmaktadır⁸⁵⁰. Sözleşme hukuku kapsamında olmasa da, ihlal ile elde edilen menfaat arasında nedensellik bağı Türk hukukunda

⁸⁴⁷ Edelman, s.157.

⁸⁴⁸ Blake, HL, 285; Karar ile aynı yönde doktrinde, Siems, s.33; McCamus, s.945, s.953, s.967; Farnsworth, Disgorgement, s.1354; Treitel, s.993-994; Chitty, N.26-054; karar ile aynı yönde ve ona atıf yapar şekilde, *CMS Dolphin Ltd. v. Simonet*, High Court 23 May 2001. Benzer şekilde, *Reid-Newfoundland Co. v. Anglo-American Telegraph Co. Ltd.* 1912 AC 555 (PC); *Attorney General of Hong Kong v. Reid* (1994), 1 AC 324; *Attorney General v. Observer Ltd* (1988) 3 WLR 776 (HL) (Eng). Lord Goff, 812; *Snepp v. United States*, 444 US 507 (1980) ve özellikle s.510, 516.

⁸⁴⁹ Smith, Disgorgement, s.127.

⁸⁵⁰ Blake, CA, 458. Aynı yönde, *Teacher v. Calder*, (1899) AC 451 (HL), 468. Aynı görüşte, Edelman, s.162; Farnsworth, Disgorgement, s.1349.

da aranmaktadır⁸⁵¹. Bununla birlikte sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımı sınırlı tutulmak istendiği için, örneğin kişisel beceri ile fazladan elde edilen menfaatin kapsam dışında tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵². Oysa Türk hukukunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında, elde edilen menfaatin, iş görenin kişisel becerisine dayanıp dayanmadığı önemsizdir. Bu açıdan Türk hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilen menfaat devri yaptırımının daha kapsamlı olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının sınırlı kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, yaptırımın kapsamının dar tutulması yönündeki yaklaşım kanaatimce yerindedir.

2. Değerlendirme

a. Hukuk ve Ekonomi Öğretisine Dayanılarak Yapılan Değerlendirmeler

Blake kararına ve sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına ilişkin getirilen en yoğun eleştiri, hukuk ve ekonomi öğretisine dayanılarak yapılabilir. Bu doktrine⁸⁵³ göre, genel olarak hukuk kuralları, etkinliği maksimize edecek şekilde getirilmelidir⁸⁵⁴. Nitekim sınırlı kaynaklar söz konusu olduğu için, kişiler rasyonel tercihlerini ekonomik etkinliğe (kendi faydasını artırmaya⁸⁵⁵) dayandırır⁸⁵⁶. Menfaat devri yaptırımının, sözleşme hukukunda var olup olmaması da, aşağıda etkinlik odaklı bir yaklaşımla incelenecektir.

⁸⁵¹ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ b/ cc.

⁸⁵² Çarpıcı bir örnek için bkz. Farnsworth, Disgorgement, s.1349.

⁸⁵³ Hukukun ekonomik analizi hakkında temel bilgiler için bkz. Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 **Journal of Law & Economics** 1 (1960); Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 **Yale Law Journal** 499 (1961); Posner, s.29 vd.; Calabresi Guido/ Melamed Douglas, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", **Harvard Law Review**, vol.85, no.6, 1972; Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm", **Economica, New Series**, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), s. 386 vd.; Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul 2007; Guido Calabresi, "An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", **Hofstra Law Review** vol.8, Spring 1979, s.553-562.

⁸⁵⁴ Posner, s.3 vd.

⁸⁵⁵ Bu konuda bkz. Posner, s.15 vd.

⁸⁵⁶ Posner, s.3.

aa. Sözleşme Hukukunda Etkin İhlal mi Yoksa Menfaat Devri mi Üstün Tutulmalıdır?

aaa. Etkin İhlal Kavramı

Doktrinde, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına yer verilmesi eleştiri konusu yapılmaktadır⁸⁵⁷. Bu eleştirilerden ilki, etkin ihlal kavramı ile bağlantılıdır⁸⁵⁸. Söz konusu kavram, ahde vefa prensibi üstün tutulduğu ve aynen ifanın birincil yaptırım olduğu ifade edildiği⁸⁵⁹ için Türk hukukuna yabancıdır⁸⁶⁰. Bu nedenle kısaca açıklamak gerekir⁸⁶¹. Etkin ihlal teorisi, sözleşmeyi ihlalin, ifaya kıyasla ekonomik açıdan daha elverişli (kârlı) olduğu durumda, sözleşme tarafının sözleşmeyi ihlal edip tazminat ödemesine izin verilmesi gerektiğini savunur⁸⁶². Başka deyişle, söz konusu durumda kişi, zararı ödemek şartıyla, dilerse sözleşmeyi feshedebilir ve hatta feshetmelidir⁸⁶³. Anglosakson hukuk sisteminde sözleşmenin ihlalinde, birincil yaptırım, yukarıda da ifade edildiği üzere aynen ifa değil, tazminattır⁸⁶⁴. Hal böyle olunca, aynen ifa kural olarak talep edilemediğinde, etkin ihlal teorisi çalışır. Zira Anglosakson hukukunda, karşı tarafın, sözleşme ifa edildiği

⁸⁵⁷ McCamus, s.950; Jaffey, s.398-400; Harder, s.273; McInnes, Blake, s.92; Siems, s.51.

⁸⁵⁸ McCamus, s.950; Jaffey, s.398-400; Harder, s.273; McInnes, Blake, s.92; Siems, s.51. Etkin ihlal kavramı hakkında bkz. Holmes, s.462; Birks, s. Baş, Aynen İfa, s.629 vd.

⁸⁵⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s.601; Baysal, Uyarlama, s.5; Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer/ Markus Müller-Chen, **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG**, Schlechtriem/ Schwenzer (Eds.), 4. Bası, 2004, Art.28, N.337; Schäfer/ Ott, 2004, s.320.

⁸⁶⁰ Oysa etkin ihlal kavramı kanaatimce Türk hukukuna çok da yabancı olmadığı gibi, uygulanabilir bir doktrindir. Türk Borçlar Kanunu'nda da, kanaatimce etkin ihlale açıkça izin verilen bir düzenleme yer almaktadır: Eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 484 gereği, "*iş sahibi eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi fesih edebilir.*" Hüküm hiçbir neden göstermek gerekmez, karşı tarafın tüm zararını gidermek koşulu ile bir tarafa sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanınmaktadır. Buna ek olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun, borca aykırılığa ilişkin getirdiği genel düzenleme, aynen ifadan bahsetmemektedir. TBK m.112 gereği, borca aykırılığın yaptırımını tazminattır. Aynen ifa esas yaptırım olsa bile, etkin ihlale engel değildir. Bu konuda bkz. Sanlı, Etkin İhlal, s.126 vd.

⁸⁶¹ Bu konuda, Kara Avrupası hukuku, Anglosakson hukuku ve CISG'yi karşılaştırmalı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. Baş, Aynen İfa, s.629 vd.

⁸⁶² Cooter/ Ulen, s.262; Farnsworth, Disgorgement, s.1380; Siems, s.51; Holmes, s.462; Posner, s.150 vd.; Schäfer/ Ott, Lehrbuch, s.504 vd.; Schäfer/ Ott, 2004, s.329; Sanlı, Etkin İhlal, s.99. Diğer yandan, ifa maliyeti alacaklının edime atfettiği değerden daha az ise, borçlunun borcu ifa etmesi ekonomik açıdan arzulanan bir davranıştır. Shavell, Damage Measures, s.471; Friedmann, s.284.

⁸⁶³ Farnsworth, Disgorgement, s.1380.

⁸⁶⁴ Chitty, N.27-020; Friedmann, s.514; Baş, Aynen İfa, s.631; Treitel, s.1100; Mak, s.121; Zimmermann, s.780; Atamer, Cig, s.262; Kronman, s.355; Schwartz, s.390; McInnes, Blake, s.72; Başoğlu, s.19 vd.

olasılıktaki ekonomik durumunu tazminatla sağlamak yeterli görülmektedir⁸⁶⁵. Doktrinde de hukuken bağlayıcı bir sözün tek sonucunun, bu sözün tutulmaması halinde ortaya çıkan zararın ödenmesi gerekliliği olduğu ifade edilmektedir⁸⁶⁶.

Söz gelimi, çelik satıcısı (S), makine üreticisi (A1) ile çelik satımı hakkında 10 TL bedelli bir sözleşme kurmuş ve satıcı (S), sözleşmeyi ifa etmeden önce, (A2) aynı mal için 13 TL'lik bir teklif yapmıştır⁸⁶⁷. Satıcı (S) yaptığı araştırma sonucu, (A)'nın, piyasadan malı 11 TL'ye alabileceğini, böylelikle ona ödemesi gereken tazminatın 1 TL olduğunu, zararı ödediği kurguda dahi (A2) ile sözleşme yapmasının daha karlı olduğunu fark eder ve sözleşmeyi ihlal ederse, burada sözleşmeyi ihlal etmenin etkin olduğu söylenebilir. Etkin ihlal doktrini, bu durumda sözleşmenin ihlalinin sosyal açıdan arzu edilir olduğunu ifade etmektedir⁸⁶⁸. Nitekim (S), ekonomik açıdan, malı en çok isteyenine [(A2) bu mal için daha çok ödediğine göre, daha çok istediği varsayılır] tahsis etmekle, ekonomik açıdan etkin davranmış olmakla kalmayıp; (A1)'in zararını da tazmin etmiş ve yine de 2 TL kâr elde etmiştir⁸⁶⁹. Görüldüğü üzere, etkin ihlal, yalnızca tarafların ekonomik durumuyla ilgili değildir; kaynakların tahsisi açısından da yerindedir⁸⁷⁰. Nitekim söz konusu mal onu en çok isteyenine gitmiştir. Buna ek olarak, olayda (A1) kötü durumda bırakılmamış, aynı malı, başka satıcıdan satın almış ve aradaki fark için (S)'ye başvurmuş, tazminatını almıştır. Diğer kişilerin durumunu kötüleştirmeden [örnek kapsamında (A)'nın zararını ödeyerek] kişinin kendi faydasını artırması mümkün ise, kaynakların bu

⁸⁶⁵ McInnes, Blake, s.72; McInnes, Bank of America, s.125.

⁸⁶⁶ Oliver Wendell Holmes, **The Common Law**, Newyork 1881, s.301; Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", **Harvard Law Review** vol.10 1897, s.462. Aynı yönde, McInnes, Blake, s.89.

⁸⁶⁷ Etkin ihlal, yalnızca daha iyi bir önerinin gelmesitle değil, borçlunun ifa maliyetinin artması halinde de söz konusu olabilir. Bu konuda bkz. Sanlı, Etkin İhlal, s.102 vd.

⁸⁶⁸ Edelman, s.162.

⁸⁶⁹ Bir başka örnek için bkz. Farnsworth, Disgorgement, s.1341.

⁸⁷⁰ Bu konuda bkz. Calabresi/ Melamed, s.1094; Sanlı, s.46; Posner, 5th Ed., 1998, s.14, 15; Miceli, s.4; Edelman, s.163; Siems, s.51-52.

şekilde tahsis edilmesi gerektiği savunulur⁸⁷¹. Görüldüğü üzere, etkin ihlal, piyasada arzulan etkin tahsisi sağlamaya yardımcı olur⁸⁷².

bbb. Etkin İhlal Kavramı ile Menfaat Devri Yaptırımının Çakışması

Bu başlık altında, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının kabul edilmesi halinde bunun ekonomik açıdan sakıncaları ortaya konacaktır. Açıklamalara yukarıdaki örnek üzerinden devam etmek yerinde olacaktır. Sözleşme hukukunda genel bir yaptırım olarak menfaat devri kabul edilirse, (S) sözleşmeyi ihlal ettiğinde, (A2)'den elde ettiği tüm menfaati, (A1)'e devredecektir. Bu durumda, kanaatimce (S) (veya herhangi rasyonel satıcı) sözleşmeyi ihlal etmez. Nitekim rasyonel kişi, bir başkasına devredeceğini bile bile ek menfaat elde etmek çabasına girmez⁸⁷³. Bunun sonucunda ise, kaynaklar etkin tahsis edilemediği gibi (S)'nin 2 TL kâr kaybı meydana gelir. İşte sözleşme hukukunda, menfaat devri talebinin kabul edilmesi, etkin ihlal kuramının boşa dönmesi sonucu doğurur⁸⁷⁴.

Kanaatimce, etkin ihlal kavramı, liberal ekonomik düzen de göz önünde bulundurulduğunda sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına kıyasla üstün

⁸⁷¹ Bu husus, hukuk ve ekonomi doktrininde "pareto etkin" olarak ifade edilmektedir. Sanlı, s.46; Siems, s.52; Posner, s.17 vd.; Schäfer/ Ott, Lehrbuch, s.14; Cooter/ Ulen, s.17; Schäfer/ Ott, 2004, s.23.

⁸⁷² Etkin ihlal kavramı, doktrinde kimi eleştirilere maruz kalmaktadır. Bkz. Schäfer/ Ott, 2004, s.329 vd. Ancak etkin ihlal kavramının bu denli tartışılması, çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır. Bununla birlikte kısaca görüşlere yer vermek gerekir. Eleştirilerden ilki, ekonomik açıdan, etkin ihlal kavramının, sanıldığı kadar etkin olmadığıdır. Coase, s.1; McCamus, s.950 ve özellikle dn.19; Siems, s.52, dn.137'ye ait paragraf. Nitekim her tür ihlal, uyumsuzluk çıkmasına sebep olduğu için, yargılama maliyeti yaratmaktadır. Smith, Disgorgement, s.134; Ian R. MacNeil "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky" (1982) 68 *Virginia Law Review* 947, 968; Edelman, s.164; Harder, s. 274. Bir diğer eleştirilen husus ise, sözleşmeyi ihlalin, toplum üzerinde yarattığı etki ve maliyet olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Harder, s. 275; Cavico, s.375. Bir diğer neden ise, bu teorinin sadece ekonomik açıdan yerinde olabileceği, ancak sözleşmesi ihlal edilen kişinin zararının tam olarak tazmin edilemeyebileceğidir. Cavico, s.372-373. Bir diğer eleştiri unsuru ise, hukukun tek amacının ekonomik etkinlik olmadığıdır. Harder, s.275. Burada etkin ihlal ile ahde vefa teorilerinin felsefik açıdan incelenmesi gerekir. Ahde vefa ilkesi, etkin ihlal kavramı ve aynen ifa yaptırımının birincilliği üzerine, Türk hukuku açısından yapılan bir değerlendirme için bkz. Ece Baş, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan**, İzmir 2013, s.625 vd.

⁸⁷³ Aynı yönde, Farnsworth, Disgorgement, s.1380.

⁸⁷⁴ Bu yaklaşım kendini şu kararda özellikle göstermektedir: *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361 (CA) 1370.

tutulmalıdır. Başka deyişle, bir genel kural olarak, menfaat devri yaptırımın, sözleşme hukukunda var olmaması gerekir. Bununla birlikte, kararda yer aldığı şekilde istisnai haller söz konusu olabilir. Zaten karar, ancak etkin ihlal doktrininin işlemediği, aynen ifanın talep edilmesinin mümkün olduğu hallere özgü olarak menfaat devrini öngörmektedir.

bb. Baraj Kapakları (*Floodgate*) Argümanı

Sözleşme hukukunda, menfaat devri yaptırımına dikkatle yaklaşmak gerektiğine bir diğer gerekçe olarak, “*floodgate* argümanı”⁸⁷⁵ olarak ifade edilen sorun gösterilmektedir⁸⁷⁶. Burada durum, baraj kapaklarının açılmasına benzetilmektedir. Bununla kastedilen, bir kere menfaat devri talebine izin verildi mi, bunun etkilerini çok sayıda sözleşmede göstereceği ve önünün alınamayacağıdır. Nitekim menfaat devri talebinin sözleşme hukukunda kabulü, özellikle ticari hayatı etkileyecek, hatta abartılı bir yorum ile ticaret yapıyor olmanın bir anlamı kalmayacaktır⁸⁷⁷. Ticari sözleşmeler alanında, kabul edilemez şekilde bir belirsizlik meydana geleceği ifade edilmektedir⁸⁷⁸. Bu değerlendirme, *Blake* kararında azınlık görüş sahibi *Lord Hobhouse* tarafından da yapılmaktadır⁸⁷⁹. Gerçekten de bu husus göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını sınırlı ve istisnai hallere özgü tutulmalıdır⁸⁸⁰.

Ancak *Blake* kararında, *Lord Nicholls*, bu argümana karşı olarak, zaten menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda çok sınırlı olacağından yola çıkarak, ticari

⁸⁷⁵ Bussani/ Palmer, s.17; Bu konuda bkz. von Bar, N.24.

⁸⁷⁶ Worthington/ Goode, s.309; Edelman, s.170; Treitel, s.1045 vd. Aynı yönde, *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361 (CA) 1370 (Steyn LJ). Ayrıca söz konusu kararda, menfaat devri yaptırımını kabul etmenin, sigorta primlerini artıracacağı ifade edilmektedir. Bu argümanın gerçek bir argüman olmadığı yönünde, Smith, Disgorgement, s.125.

⁸⁷⁷ McCamus, s.966; Worthington/ Goode, s.309; Edelman, s.170; Treitel, s.1045 vd.

⁸⁷⁸ Jaffey, s.396; Siems, s.52; McCamus, s.966; Worthington/ Goode, s.309; Edelman, s.170; Treitel, s.1045 vd. Aynı yönde, *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361 (CA) 1370 (Steyn LJ).

⁸⁷⁹ Lord Hobhouse, BGB § 687/II'ye, yani gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye atf yaparak, hükmün amacının sözleşme hukukunda uygulanması yönünde olmadığını yerinde olarak ifade etmektedir.

⁸⁸⁰ Lord Nicholls, *Blake*, HL, 285. Aynı yönde, Treitel, s.997; Chitty, N.26-042; Beatson, s.16; Friedmann, s.514; Schlueter, Vol.1, s.27; Farnsworth, Disgorgement, s.1343 McInnes, *Blake*, s.72 s.83-83; Siems, s.53.

sözleşmelerin her zaman kapsam dışında kalacağını ifade etmektedir⁸⁸¹. *Lord Nicholls*'un gerekçelendirmesi yerinde olmakla birlikte, "*floodgate*" argümanı, kanaatimce, genel olarak sözleşme hukukunda menfaat devri talebinin kabul edilmemesi için hala geçerli bir argümandır.

cc. Sözleşme Yapma Maliyetini Artırması

Doktrinde, sözleşme hukukunda, menfaat devri gibi cezalandırma amacı güden bir yaptırımın kabul edilmesinin, sözleşme yapma maliyetlerini artıracığı ifade edilmektedir⁸⁸². Gerçekten de sözleşme taraflarının, herhangi bir ihlalde ödemeleri beklenen telafi edici tazminattan fazla olan kısmı, bir risk değerlendirmesi sonucu fiyata yansıtılmaları olasıdır.

Bununla birlikte, kanaatimce bu etkinin varlığı her durumda kesin olarak söylenemez. Zira taraflar, sözleşmenin ihlalinde menfaat devri yaptırımından sorumluluğun olmayacağına ilişkin bir anlaşmayla, söz konusu maliyetin artmasına engel olabilirler. Buna ek olarak, taraflar, baştan bu tür bir sorumsuzluk kaydı koymamış olsalar bile, sözleşmeyi ihlal sonucu elde edilecek menfaati bölüşmek konusunda anlaşıp, hem tahsis etkinliğini sağlayıp hem de her iki tarafın sözleşme ifa edilseydi olacağı durumdan daha iyi duruma gelmesini sağlayabilirler.

Bundan başka, kişiler, sözleşmenin ihlalinde yaptırımın daha ağır olması nedeniyle artık ihlal olasılığının daha düşük olduğunu düşünerek, başka deyişle bu cezalandırıcı yaptırım sayesinde karşı tarafa daha çok güvenerek, nicelik olarak daha fazla sözleşme ilişkisi kurmak yönünde de güdülenebilirler. Sonuç olarak, yukarıda sunulan sözleşme maliyetlerinin artması argümanı kanaatimce eleştiriye açık ve kesinlikten uzaktır.

⁸⁸¹ Blake, HL, s.398.

⁸⁸² Harder, s.277-278; Cohen, s.1314; Farnsworth, Disgorgement, s.1380-1381.

dd. Nedensellik Sorunu

Blake kararında da ifade edildiği üzere, talep edilen menfaatin, sözleşmenin ihlali sayesinde elde edilmiş olması aranmaktadır⁸⁸³. Nedensellik sorunu, menfaat devri yaptırımını için çok önemlidir. Ancak bu husus, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını kabul edildiğinde, pratik açıdan önemli sorunlara yol açabilecektir⁸⁸⁴. Zira bir sözleşmenin ihlali, her durumda, ihlal edenin elde ettiği menfaatin sebebi olmayabilir⁸⁸⁵. Örneğin, davalının kişisel çaba ya da yeteneğine dayalı olarak bir menfaat elde etmiş olması halinde, bu menfaatin devredilmemesi gerekir⁸⁸⁶. Blake kararı da bu sınırlamayı getirmektedir.

Bundan başka, günümüzde çoğu borcun cins borcu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ifa tarihinden önce kişinin elindeki malları bir başkasına satıp devretmesi halinde, yine menfaat devri yaptırımını talep edilemeyecektir. Zira burada, kişinin, kendi elinde bulunmayan bir mal için dahi satım sözleşmesi yapabileceği düşünüldüğünde, ihlal edilen sözleşmenin konusunu oluşturan malların, ifa tarihinden önce bir başkasına devredilen mallar olduğu iddia edilemez. Tartışmalı olmakla birlikte, burada da elde edilen menfaatin ihlal ile bağlantılı olmadığı (en azından bağlantılı olduğunun ispatlanamayacağı) ifade edilmektedir⁸⁸⁷.

ee. Menfaat Elde Edilip Edilmediği Konusunda Bilgi Asimetrisi Sorunu

⁸⁸³ Blake, CA, 458. Aynı yönde, *Teacher v. Calder*, (1899) AC 451 (HL), 468. Aynı görüşte, Edelman, s.162; Farnsworth, *Disgorgement*, s.1343; Smith, *Disgorgement*, s.136.

⁸⁸⁴ Bu konuda bkz. Jones, s.457-458; Farnsworth, *Disgorgement*, s.1343.

⁸⁸⁵ Örnekler için bkz. Farnsworth, *Disgorgement*, s.1343.

⁸⁸⁶ Smith, *Disgorgement*, s.136. Aynı yönde, *Chirnside v. Fay* [2006] NZSC 68; [2007] P.N.L.R. 6; (2007-08) 10 I.T.E.L.R. 226. Mutlak hak ihlali söz konusu olduğunda, yani gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında, yaptırımın cezalandırma amacı da göz önünde tutularak aksi bir yorum yapılmakta ve her türlü elde edilen menfaatin devredilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bununla birlikte, sözleşme hukukunda bu tür bir cezalandırma amacının kabulü başta sorun yaratan husustur.

⁸⁸⁷ Smith, *Disgorgement*, s.136. Ancak bu koşullar altında, İsrail Temyiz Mahkemesi'nin menfaat devrine hükmetmiş olduğu bir kararı mevcuttur. *Adras Construction Co. v. Harlow&Jones GmbH* (1998) 42(i) P.D. 221, *Israel Law Review* vol.24, s.150. İngilizce tercümesi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html> 10.07.2014. Kararın değerlendirilmesi için bkz. yukarıda, § 4/ IV/ 1.

Kanaatimce sözleşme hukukunda menfaat devrinin, genel bir yaptırım olarak kabul edilmemesine bir diğer gerekçe olarak, taraflar arasındaki bilgi asimetrisi gösterilebilir. Blake kararında, davalının sözleşmeyi ihlal suretiyle bir menfaat elde ettiği herkesin malumu olsa da, çoğu durumda, bunun aksi gerçekleşecektir. Nitekim menfaat elde edilip edilmediği hususunda, sözleşmeyi ihlal eden kişi ile karşı taraf arasında bir bilgi asimetrisi olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişi, karşı tarafın bir menfaat elde edip etmediğini çoğu halde kesin olarak bilemeyeceği için, dava açmak konusunda isteksiz olacaktır⁸⁸⁸. Nitekim dava açmak da bir takım işlem maliyetleri yaratır. Bu nedenle de, menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda kabul edilmesi istenilen “tatmin ve adaleti sağlama” amacına ulaşamayabilir⁸⁸⁹.

b. Kişi Özgürlüğünün Korunması

Sözleşme hukukunda, menfaat devri yaptırımına getirilen bir diğer eleştiri ise, bu yaptırımın, kişi özgürlüğünü, sözleşmeyi ifa etmeme özgürlüğünü engellemek suretiyle etkiliyor olmasıdır⁸⁹⁰. Nitekim İngiliz hukukunda aynen ifade ısrarcı olunmamasının bir nedeni de, ifade ısrarın, kişi özgürlüğü ile çelişmesidir⁸⁹¹. Söz konusu sözleşmenin, özellikle yapma borcu doğuran bir sözleşme olduğu kurguda, örneğin bir iş sözleşmesi olduğu ihtimalde, menfaat devri yaptırımının uygunsuzluğu daha çarpıcı hale gelir. Nitekim *Treitel*, bir iş sözleşmesinin ihlal edilmesinin ardından, bir başka yerde çalışan ve daha fazla maaş alan kişinin, fazladan aldığı miktarı, eski iş verenine menfaat devri olarak devretmesinin uygun

⁸⁸⁸ Siems, s.48.

⁸⁸⁹ Aynı sorunun gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devrinde de gündeme gelebileceği düşünülebilir. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında ihlal edilen hakkın kural olarak mutlak hak olmasının ve ihlalin iş sahibinin hukuk alanında meydana geldiğinin bir fark yarattığı unutulmamalıdır.

⁸⁹⁰ Worthington/ Goode, s.289-290; Edelman, s.164; Treitel, s.1111 vd.

⁸⁹¹ Worthington/ Goode, s.289-290. Bu konuda ayrıca bkz. Daniel Friedmann, “Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong”, **Columbia Law Review**, vol. 80, 1980, s.520 vd.

olmadığını açıkça ifade etmektedir⁸⁹². Bu örnekteki diğer bir sorun da, menfaat devri kabul edilirse, ne kadar süreyle fazladan alınacak maaşın devredilmesi gerekeceğidir. Bunun kişilik haklarının ekonomik boyutuna bir saldırı teşkil edebileceği gözden uzak tutulmamalıdır⁸⁹³.

Doktrinde bir diğer görüş ise, sözleşmenin ihlalinde menfaat devri yaptırımının, kişilik haklarına bir müdahale teşkil etmeyeceğini, zira yukarıda verilen örnekte, fazladan elde edilen menfaatin (fazla maaşın), eski iş sözleşmesinin ihlali ile ilgili değil; yeni iş sözleşmesinden kaynaklandığını, ve aslında arada nedensellik bağının olmadığını ifade etmektedir⁸⁹⁴. Bu yaklaşım kanımca, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını kabul etmek ama ona bir takım istisnalar tanımak adına yapılan zorlama bir yorumdur. Elbette, yeni iş sözleşmesinden elde edilen menfaat, eski iş sözleşmesi ihlal edilebildiği içindir. Başka deyişle bu örnekte bir nedensellik sorunu yoktur.

c. Mülkiyet Hakkının Üstünlüğü

Önemle ifade etmek gerekir ki, bu başlık altında yapılan açıklamalar, haklar arasında bir hiyerarşinin var olduğu ve malvarlıksal haklar açısından bu hiyerarşinin başında, aynı haklar ve onun başında da mülkiyet hakkının var olduğu varsayımından yola çıkılarak yapılmaktadır⁸⁹⁵.

Kanaatimce sözleşme hukukunda, menfaat devri yaptırımı kabul edilirse, alacak hakkının (bir nispi hakkın), mülkiyet hakkından (bir aynı haktan) daha fazla

⁸⁹² Treitel, 1111 vd. Paralel olarak, aynen ifade ısrar edilmesinin dahi, bu tür sözleşmeler açısından kişilik haklarını ihlal ettiği yönünde, *Whitmoor Chemical v. Hardman* (1891) 2 Ch 416; *Ehrman v. Bartholemew* (1898) 1 Ch 671; *Page one Records Ltd. v. Britton* (1968) 1 WLR 157.

⁸⁹³ Kişilik hakkının ekonomik boyutu hakkında bkz. Serozan, *Kişiler Hukuku*, § 3, N.10; Akıpek/Akıntürk/ Ateş Karaman, s.341.

⁸⁹⁴ Edelman, s.165.

⁸⁹⁵ Bu konuda bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.20 vd. Blake kararında Lord Nicholls, neden aynı hakların, sözleşmesel haklardan daha fazla korunması gerektiğini anlamakta güçlük çektiğini ifade etmektedir. Bkz. Blake, HL, s.283.

korunması sonucu ortaya çıkar⁸⁹⁶. Satım sözleşmesini örnek olarak açıklamalara devam etmek gerekir. Hukuk düzeni kişilerin tasarruf yetkisi olmadan dahi bir satım sözleşmesi kurmasına izin vermektedir. Zira sözleşmenin kurulması ile mülkiyet geçmez, bu yüzden sözleşmenin kurulması aşamasında tasarruf yetkisine ihtiyaç yoktur. Satıcı, kendisine ait olan ya da olmayan bir mal için, bir satım sözleşmesi yapabilir. Ardından aynı mal için ikinci bir satım sözleşmesi daha yapabilir. Hukuk düzeni, ilk yapılan ya da sonradan yapılan satım sözleşmesine karşı aynı mesafede durur ve ikisini de geçerli kabul eder. Birinin varlığı, diğerini geçersiz kılmaz. Bu prensipler, kişinin parça borcu olan bir mal için iki geçerli satım sözleşmesi yaptığı durumda, yalnızca birini ifa edebileceği açık olduğundan, diğer sözleşmenin ifa edilemeyeceği doğal sonucunu ortaya çıkarır. Sonuç olarak böyle bir durumda, kişi, aynı mal için, bilerek ve isteyerek, iki satım sözleşmesi kurmuş ve yalnızca birini ifa edebilmiş ve diğerini ihlal etmiştir.

Bir hukuk düzeni, kişinin satım sözleşmesi yapmasında, tasarruf yetkisi aramayıp; bir diğer satım sözleşmesi yapmasına izin verip ve her iki sözleşmenin geçerliliğini kabul ettikten sonra, ihlal edilen sözleşmenin yaptırımını olarak menfaat devrini öngörürse, bu hukuk düzeninin kendi içinde çeliştiği kabul edilmek gerekir. Hukuk düzeni, satıcıya başından beri, ikinci bir sözleşme yapmak ve o sözleşmeyi ifa etmek konusunda izin verdikten sonra, o sözleşmeden elde edilen menfaati, ihlal edilen sözleşme tarafına verilmesine ilişkin bir kural getirmemelidir. Zira menfaat devri yaptırımını kabul etmek, ikinci sözleşmenin yapılmasına izin verilmesini anlamsız kılar.

Bu bağlamda satım sözleşmesinin kurulması ile mülkiyetin geçmediği de göz önünde bulundurulmalıdır. Kişi, sözleşmeyi yapmasına rağmen hala kendi malı üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir. Bir başkasının alacak hakkı, kişinin mülkiyet hakkı karşısında üstün tutulmamalıdır. Sözleşme hukukunda, menfaat

⁸⁹⁶ Aynı yönde, Farnsworth, Disgorgement, s.1361.

devri yaptırımının genel bir yaptırım olarak kabul edilmesi ise alacak hakkının, mülkiyet hakkına kıyasla üstün tutulduğunu gösterir. Zira şöyle bir kurgu ortaya çıkacaktır: Sanki sözleşme kurulduğunda, malın mülkiyeti alıcıya geçmiştir ve satıcı da onu bir başkasına devrettiği için bu devirden elde edilen parayı alıcıya geçirmelidir. Bu tür bir varsayımın veya bununla aynı sonucu doğuran genel bir yaptırımın kabulü mümkün olmamalıdır.

d. Kamu Menfaati ve Hukukun Üstünlüğü

Menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda var olması gerektiğine ilişkin olarak, yukarıda *Blake* kararında ifade edilen argümanlara ek olarak, kamu menfaatinin, hukukun üstünlüğünün ve mahkemenin kurumsal gücünün bu yaptırım ile sağlanacağı ifade edilmektedir⁸⁹⁷. Bu görüş kapsamında, herhangi bir hukuka aykırı davranış söz konusu olduğunda, bu davranış sonucu, hukuka aykırı davranan kişi menfaat elde eder ve yalnızca zararı tazmin ederek, söz konusu hukuka aykırı fiilden “kârlı çıkarsa”, bu halde hukuk düzeni, hak ihlaline izin vermiş sayılır. Eğer menfaat devri yaptırımına izin verilirse, hukuka aykırı davranan kişi, bu davranışından bir menfaat elde edemez. Böylelikle haklar daha sıkı korunur. Bir hakkın ihlali, ancak menfaat devri yaptırımı varlığında, “satın alınabilir” hale gelir⁸⁹⁸. Bu hakların ihlal edilme olasılığını azaltacağı gibi, ihlal söz konusu olduğunda da gerçek tatmini sağlar. Zira tazminat gerçek anlamda adil bir tatmin sağlamaktan uzaktır. Hakların ihlal edilmemesi ve kanunlara saygı duyulmasının bu yolla sağlanabileceği ifade edilmektedir⁸⁹⁹.

Doktrinde, genel olarak *Blake* kararının irdelenmesi sonucunda, sözleşme ihlalinin aynı zamanda önemli sosyal değerlerle çatışması ve kamu menfaatini etkilemesi halinde menfaat devri yaptırımının söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ Smith, *Disgorgement*, s.123.

⁸⁹⁸ Hakların ihlal edilmesi değil, satın alınması gerekeceği yönünde, Smith, *Disgorgement*, s.129.

⁸⁹⁹ Smith, *Disgorgement*, s.123.

⁹⁰⁰ *McCamus*, s.968.

Zira bu halde sözleşmenin ihlali, “kişinin kendi hukuka aykırı fiilinden kâr elde etmesine izin vermemek⁹⁰¹” yönündeki ilkede kastedildiği derecede ağır olacak ve bu ilkenin uygulanması mümkün olacaktır⁹⁰². Aynı zamanda, sözleşme hukukunda caydırma amacının ancak yukarıda sayılan sınırlı hallerde ve yalnızca menfaat devri yaptırımı sayesinde mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁹⁰³. Zira bu yaptırım hukuka aykırı davranan kişinin elde ettiği menfaati esas alır.

Bununla birlikte, bu değerlendirme bir takım eleştirilere maruz kalmaktadır. Menfaat devri yaptırımı kabul edilmediğinde kamu menfaatinin ne şekilde zedeleneceği anlaşılamamakta ise de, kamu menfaatinin gerçekten menfaat devri yaptırımı ile korunacağı varsayıldığında dahi ortada bir sorun olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş kapsamında, madem ki menfaat devri yaptırımı ile korunan

⁹⁰¹ McCamus, s.945; Farnsworth, Disgorgement, s.1341; Harder, s. 204; Edelman, s.17, s.73, s.81; Detlef König, “Gewinnhaftung”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer**, Tübingen 1978, s.179; Schmid, GoA, N.102, dn.217; Behr, s.138; Müller, Punitive, s.108. Aynı yönde, *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 AC 268 (HL) 284; *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* (1974) 1 WLR 798. Nitekim bu husus, İngiliz Yüksek Yargıç Haterly tarafından “Bu mahkeme bir kişinin yaptığı yanlıştan menfaat elde etmesine izin veremez” sözleriyle ifade edilmiştir. (“*This Court never allows a man to make profit by a wrong.*”), *Jegon v. Vivian*, L.R. 6 Ch. App., 742, 761 (1871). Aynı yönde, *Edwards v. Lee’s Administrator*, 265 Ky. 418, 96 S.W.2d 1028 (1936); *Attorney General v. Guardian Newspaper* (No2) (1990), 1 AC 109 (HL) 286. Bu görüş hakkında tartışmalar için bkz. Fritz Schulz, “System der Rechte des Eingriffserwerbs”, **AcP**, vol. 105, 1909, s.1. Aynı yönde, *Halifax Building Society v. Thomas* davasında, gerçekten bir kişinin hukuka aykırı davranışından menfaat elde etmemesi gerektiğinin güçlü bir argüman olduğu; bununla birlikte, karşıdaki kişinin herhangi bir zarara uğramamış olmasının bu argümanı daha az ikna edici kıldığı ifade edilmektedir. (Glidewell) Kararın künyesi: 1996, Ch 217 (CA) 229. Aynı yönde, Jaffey, s.363.

⁹⁰² Zira hernagi bir sözleşmenin ihlalinin, bu ilkede söylendiği ağırlığı ile hukuka aykırılık taşıyabileceği ifade edilmektedir. Söz konusu tartışma için bkz. Farnsworth, Disgorgement, s.1341 vd.

⁹⁰³ McInnes bu gerekçeye karşı çıkmaktadır. Zira yazara göre, bu tür durumlar için cezai yaptırımların var olması gerekmektedir. Bkz. McInnes, s.84. Bununla kastedilen, ceza hukuku yaptırımı ise, Blake kararında da görüldüğü üzere, Blake’in hapisle cezalandırılması, kaçmasına ya da ardından kitabı basmasına engel olmamıştır. Ancak kitabı basması sonucunda, bir menfaat elde edemeyecek ve hatta ortaya çıkan menfaati karşı tarafa devredeceği bir yaptırım söz konusu olduğunda, kitabı basmasının da bir anlamı kalmayacaktır. Görüldüğü üzere, kimi durumda, hukuki yaptırım, cezai yaptırımdan daha caydırıcı olabilir. Nitekim doktrinde, yüksek tazminat miktarlarının, ufak cezalara oranla daha caydırıcı olabileceği ve bu bağlamda tazminat hukukunun önleyici amacının önemi de ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Deutsch, JZ 1971, s.244-246. McInnes’in cezai yaptırım ile kastettiği, cezalandırma amacı taşıyan hukuki yaptırım ise, menfaat devri yaptırımının cezalandırma amacı taşıdığı ortadadır. Bu husus yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bkz. yukarıda § 4/ II/ E.

kamu menfaatidir, o zaman menfaatin, davacıya değil, devlete devredilmesi gerekir⁹⁰⁴.

Son olarak, menfaat devri yaptırımının daha “adil” olduğu ve hakları daha sıkı koruduğu gerekçesine tam olarak katılmak mümkün görünmemektedir⁹⁰⁵. Adalet fikrinin göreceli olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Elbette bir kişinin, hukuka aykırı fiilinden bir menfaat elde etmesi genel adalet algısına aykırı olur. Bununla birlikte, sözleşme ihlali nedeniyle zarar görenin “menfaat elde etme aracı olarak sözleşmeler hukuku” yaklaşımının da aynı göreceli adalet anlayışı içinde adil olmadığı söylenebilir. Nitekim Louisiana Yüksek Mahkemesi, *City of New Orleans v. Fireman’s Charitable Association* kararında, menfaat devri talebinin, zararın var olmadığından yola çıkılarak bir hukuki gerekçeye dayanmadığına hükmetmiştir⁹⁰⁶. Aynı şekilde, *Halifax Building Society v. Thomas Glidewell LJ* kararında da, her ne kadar bir kişinin hukuka aykırı davranışından kâr elde etmemesi gerekirse de, hakkı ihlal edilen mağdurun da bu sebeple kâr elde etmesinin uygun olmadığı ifade edilmektedir⁹⁰⁷.

e. Menfaat Devri Yaptırımının Yalnızca Belli Alanlarda Kabul Edilmesi Görüşü

Anglosakson doktrinde son bir görüş ise, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını desteklemekle birlikte, bu yaptırımın belli başlı sözleşme ihlallerinde kabul edilmesinin uygun bir çözüm olabileceğini ifade etmektedir⁹⁰⁸. Aşağıda önerilen alanların, Türk hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin genel düzenlemesi ile özel düzenlemeleri kapsamına giren alanlar olduğuna dikkat çekmek gerekir.

⁹⁰⁴ Siems, s.48.

⁹⁰⁵ Bu konuda bkz. Weinrib, s.55 vd.

⁹⁰⁶ *City of New Orleans v. Fireman’s Charitable Association* (9 So 486, 1981). Karar hakkında bkz. § 4/ III/ B/ 1/ a, dipnot 784; Jaffey, s.393.

⁹⁰⁷ (1996) Ch 217, s.229.

⁹⁰⁸ Smith, Disgorgement, s.129 vd. Aksi yönde, bkz. Siems, s.55.

Öncelikle, sözleşmenin ihlali, aynı zamanda fikri mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı ihlal ediyorsa, menfaat devri yaptırımının var olması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰⁹. Bir diğer alan ise mülkiyet hakkı ihlalleridir. Buna göre, bir sözleşmenin ihlali, aynı zamanda mülkiyet hakkını da ihlal ediyorsa bu halde menfaat devri yaptırımının kabul edilmesi gerekir⁹¹⁰. Örneğin, hukuka aykırı bir alt kira yapıldığında, hem kira sözleşmesi hem de kiralayanın malik olduğu olasılıkta mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olur⁹¹¹. Sözleşme ihlalinde menfaat devri yaptırımının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülen bir diğer alan ise tarafların arasında güvene dayalı bir sözleşme ilişkisinin var olmasıdır⁹¹². Bu alanda menfaat devrinin kabul edilmesi gerektiği özellikle yargı kararları ile desteklenmektedir⁹¹³. *Blake* kararında da menfaat devri yaptırımına hükmedilmesinin bir nedeni olarak, taraflar arasında bu tür bir güven ilişkisinin varlığı ileri sürülmektedir⁹¹⁴.

f. Varılan Sonuçlar

aa. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda *Blake* kararı ile sözleşmenin ihlalinde menfaat devri yaptırımının, önü açılmıştır. Bununla birlikte, yukarıda yapılan değerlendirmeler göstermektedir ki, menfaat devri yaptırımı istisnai şekilde sözleşme hukukunda uygulanmalıdır⁹¹⁵. Sözleşme hukukunda, menfaat devrinin, genel bir yaptırım olarak kabulü, yukarıda

⁹⁰⁹ Siems, s.30; Smith, *Disgorgement*, s.131. Türk hukukunda, bkz. aşağıda, § 6/III.

⁹¹⁰ Smith, *Disgorgement*, s.130; Siems, s.30. Türk hukukunda, mülkiyet hakkının ihlali, bir mutlak hak ihlali olarak zaten TBK m.530 kapsamındadır.

⁹¹¹ Aynı yönde, Türk hukuku için bkz. aşağıda § 6/ VII/ F.

⁹¹² Siems, s.30.

⁹¹³ *Reading v. Attorney General*, (1951) AC 507; *Attorney General v. Guardian Newspaper (No2)* (1990) 1 AC 109; *Attorney General for Hong Kong v. Reid* (1994) 1 AC 324.

⁹¹⁴ Ancak bu husus yukarıda özel olarak açıklanmaktadır. Bkz. yukarıda, § 4/ III/ B/ 1/ c/ cc.

⁹¹⁵ *Chitty*, N.26-042; Siems, s.31; *Farnsworth, Disgorgement*, s.1343; *Beatson*, s.16; *Friedmann*, s.514; *Schlueter*, Vol.1, s.27. Lord Nicholls, *Blake* kararında bu hususu özellikle ve defalarca vurgulamıştır. Ancak *Blake* kararından kısa süre sonra bir menfaat devri kararı daha verildiği görülmektedir. *Esso Petroleum Co Ltd. v. Niad Ltd*, (2001) EWHC 6 (Ch). Bu konuda bkz. *Harder*, s.207-208; *Treitel*, s.999. Menfaat devrinin istisnai olması gerektiği yönünde, Lord Nicholls, *Blake*, HL, 285. Aynı yönde, *Treitel*, s.997; *Chitty*, N.26-042; *Beatson*, s.16; *Friedmann*, s.514; *Schlueter*, Vol.1, s.27; *Siems*, s.31. Krş. daha az liberal bir yaklaşım: *AB Corp v. CD Co, The Sine Nomine* (2002) 1 Lyod's Rep. 805.

açıklanan gerekçelerle mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, özel hukukta cezalandırma amacına sıcak yaklaşan Anglosakson hukukunun, bu cezalandırma amacını, yalnızca cezalandırıcı tazminat ile haksız fiiller kapsamında sınırlı tutuyor olması da beklenemez. Dolayısıyla kanaatimce sistem, sözleşme hukukunda da cezalandırma amacını gütmek istemekle, kendi içinde uyumludur.

Zarar verme kastı ile sözleşme ihlali

Genel sonuç yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, *Blake* kararının ortaya koyduğu ilkeleri değerlendirmek gerekir. Bu ilkelere ilki, zarar verme kastı ve kötüniyetli olarak sözleşmenin ihlal edilmesidir. Kanun koyucu bu tür kötüniyetli sözleşme ihlalinin engellemek istiyorsa, bunun yolu gerçekten de telafi edici tazminat olamaz. Nitekim tazminat yaptırımı, sözleşmeyi zarar verme kastıyla sona erdiren kişinin davranışına etki etmez. Zira tazminatın, sadece telafi edici olduğu ve cezalandırma amacı gütmeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tür kötüniyetli ihaller engellenmek isteniyorsa, yapılması gereken, tazminatın üzerinde bir yaptırımdır. Bu bakımdan menfaat devri yaptırımı, söz konusu amacı karşılar niteliktedir.

İfayı Talepte Meşru Menfaatin Varlığı

Kararda getirilen ikinci ilke ise, sözleşmenin ifasını talepte meşru bir menfaatin bulunmasıdır. Sözleşmeyi ihlalin ana yaptırımının tazminat olduğu bir hukuk düzeninde, kural olarak, aynen ifada ısrar etmekte bir meşru menfaatin bulunmadığı varsayımından yola çıkılıyor demektir. İşte ancak istisnai hallerde aynen ifada ısrar etmek konusunda meşru menfaatin varlığı kabul edilecek ve menfaat devri yaptırımına hükmedilebilecektir. Örneğin alıcının bulunduğu bölge, malın özelliği⁹¹⁶ veya zamansal açıdan, bir başkası ile sözleşmenin kurulması

⁹¹⁶ Örneğin eşsiz bir tablo ya da manevi değeri olan bir eser olabilir. Baş, Aynen İfa, s.641; Farnsworth, Disgorgement, s.1364. "Uniqueness Test" olarak adlandırılan eşsizlik testi ile bulunan sonuç, söz konusu malın eşsiz olduğunu gösterir ise, aynen ifa talebi İngiliz hukukunda, bu sonuca rağmen ancak hakkaniyet gereği kabul edilmektedir. Kronman, s.351. Bu örnek de, parça borcuna yüklenecek

mümkün değilse, aynen ifada ısrarcı olunabilir⁹¹⁷. Taşınmazlar açısından da aynen ifada ısrarcı olunabileceği yerinde olarak ifade edilmektedir⁹¹⁸. Bu hallerde, aynen ifada ısrarcı olunabilmesine rağmen, malın satılıp üçüncü kişiye devredilmiş olması halinde, mülkiyet artık üçüncü kişiye geçmiş olacağından, aynen ifa talebi boşa döner. İşte ancak bu halde, maldan elde edilen menfaat, aynen ifa menfaatine denk sayılmaktadır ve diğer unsurlar da mevcutsa, menfaat devri talep edilmesi mümkün olabilir.

Bununla birlikte, aynen ifada ısrarcı olma olasılığının ticari sözleşmeler açısından, istisnaen ortaya çıkacağı gözden uzak tutulmamalıdır⁹¹⁹. Nitekim ticari hayatın hız gerektirmesi, aynen ifada ısrarcı olduğu durumlarda zararın gün geçtikçe artması, işlem maliyetlerinin artması gibi sebeplerle aynen ifada ısrar edilmesi, ticari işler açısından sınırlıdır⁹²⁰. Buna paralel olarak, menfaat devri yaptırımını da sınırlı kalacaktır⁹²¹.

Blake kararı ile yukarıda açıklanan sözleşmenin ifasını talepte meşru menfaatin aranması şartının getirilmiş olması, etkin ihlal doktrini ile uyum içinde menfaat devri yaptırımının öngörülmesini sağlamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere, menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda genel olarak kabul edilmesi, sözleşmenin etkin ihlali doktrini ile çelişir ve kanaatimce bu bağlamda etkin ihlal doktrininin üstün tutulması gerekir. Bununla birlikte, menfaat devri talep edebilmek için var olması gereken bir şart olarak “sözleşmenin ifasını talep etmekte meşru menfaati” aramak, artık o sözleşmeden tazminat ödemekle kurtulmanın mümkün

anlamın bir hukuk politikası tercihi olduğu yönündeki açıklamayı destekler niteliktedir. Bkz. Baş, *Aynen İfa*, s.640.

⁹¹⁷ Baş, *Aynen İfa*, s.641.

⁹¹⁸ Beatson/ Schrage, s.359; Farnsworth, *Disgorgement*, s.1364; Schäfer/Ott, s.322; Treitel, s.1021; Kronman, s.356; Baş, *Aynen İfa*, s.643.

⁹¹⁹ Chitty, N.29-159. Aynı yönde, Baş, *Aynen İfa*, s.647 vd.

⁹²⁰ Örneğin zararı azda tutma külfeti gibi diğer gerekçeler için bkz. Baş, *Aynen İfa*, s.648; Schwartz, s.388.

⁹²¹ Ticari sözleşmelerde menfaat devri yaptırımının sınırlı olması gerektiği yönünde, *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc*, (2003), EWCA Civ 323, (2003) 1 All E.R. (Comm) 830. Bu konuda bkz. Chitty, N.26-050 vd.; Treitel, s.999.

olamayacağı durumlara işaret eder. Başka deyişle, menfaat devri yaptırımının getirilmesi için şart koşulan hususun varlığı, aynı zamanda sözleşmenin ihlalinin etkin olmayacağı halleri teşkil edecektir. Bu nedenle kanımca İngiliz hukuku kapsamında verilen karar, teorik açıdan kuvvetli temellere oturtulmuştur. Sözleşmenin ifasını talepte meşru menfaat var ise – artık ihlal etkin olmayacaktır – menfaat devri talep edilebilir. Böylelikle çatışan iki doktrinden biri – etkin ihlal doktrini – “sözleşmenin ifasını talep etmekte meşru menfaatin varlığı” sayesinde dışlandıktan sonra, rahatlıkla menfaat devri yaptırımını söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak, bu kriter menfaat devri yaptırımını sınırlandırmak adına yerinde görülmektedir. Ancak para borçları açısından bu kriterin işe yaramayacağını belirtmek gerekir⁹²². Zira bu tür borçlarda bir aynen ifa talebi zaten söz konusu değildir.

Sadakat ve Güven İlişkisinin Varlığı (Fiduciary Relationship)

Kararda, ilişkinin güvene dayalı olmasının, menfaat devri yaptırımına hükmetmekte belirleyici olabileceği ifade edilmektedir. Bu kriter, bir güven ilişkisi varsa, görülen işin (farazi) güvenen adına görüldüğünü varsaymak suretiyle elde edilen menfaatin devrine dayanak teşkil etmeyi amaçlamaktadır. Kanaatimce söz konusu kriter, yukarıda değerlendirilen kriterler kadar kuvvetli olmadığı gibi, geniş ya da dar uygulanmaya da açıktır. Nitekim Anglosakson hukukunda fiduciary relationship olarak ifade edilen bu ilişkinin sınırlarını çizmek hayli zor iken, menfaat devri yaptırımını, sınırları belirsiz bir ilişkiye benzetmek suretiyle tanımak hukuki sağlamlıktan uzak görünmektedir.

Menfaatin Sözleşmeyi İhlal Sayesinde Elde Edilmiş Olması

⁹²² Smith, Disgorgement, s.137; Friedmann, s.514; Richard Nolan, “Remedies for Breach of Contract: Specific Performance and Restitution”, Francis D. Rose Ed., **Failure of Contracts: Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences**, Hart Publishing, Oxford 1997, s.41-42. Aynı yönde, *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361 (CA) 1370 (Steyn J). Ayrıca söz konusu kararda, menfaat devri yaptırımını kabul etmenin, sigorta primlerini artıracacağı ifade edilmektedir.

Kararda anılan bir diğerkriter ise, belirleyici olmaktan uzak olup, aslında bir şart olarak anılabilir. Elbette, elde edilen menfaatin ihlal ile bağlantılı olması gerekir. Belirtmek gerekir ki bu husus, nedensellik bağı adı altında Türk hukukunda da aranmaktadır⁹²³.

Nihai Değerlendirme

Sonuç olarak, kanaatimce *Blake* kararında öne sürülen argümanlar kısmen yerinde olmakla birlikte henüz İngiliz sözleşme hukukunda menfaat devrinin tam olarak kabul gördüğünü ya da rahatlıkla uygulanabilir genel bir yaptırım olduğunu söylemek mümkün değildir⁹²⁴. Bununla birlikte, bu yaptırımın sözleşme hukukunda önünün açılmış olduğu rahatlıkla söylenebilir⁹²⁵. *Blake* kararından sonra verilen kararlar da buna delil teşkil eder niteliktedir⁹²⁶.

bb. Diğer Bazı Anglosakson Ülkeleri

aaa. Kanada

Blake kararı öncesinde, Kanada hukukunda *Arbutus Park Estates Ltd v. Fuller* kararında, mahkeme her ne kadar tazminat terimini kullanmış olsa da, davacının zararını değil, davalının elde ettiği menfaati esas olarak karar vermiştir⁹²⁷. Böylelikle Kanada hukukunda da, bu karar öncesinde de sözleşme hukukunda menfaat

⁹²³ Ancak her iki sistemin “bağlantı”dan anladığı ve bunun sonucu olarak da menfaat devrinin kapsamı farklıdır. Bu husus yukarıda ifade edilmektedir. Bkz. yukarıda, § 4/ III/ B/ 1/ c/ dd ve § 3/ I/ B/ 4/ b/ cc.

⁹²⁴ Aynı yönde, Siems, s.33. Hatta yazar *Blake* kararının getirdiği kriterlerin daha çok belirsizliğe yol açacağını ifade etmektedir. Siems, s.33.

⁹²⁵ Aynı yönde, Virgo, s.436; McCamus, s.973; McInnes, *Blake*, s.80.

⁹²⁶ *Blake*’i takip eden bazı kararlar: *Esso Petroleum Co Ltd. v. Niad Ltd*, (2001) EWHC 6 (Ch); *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc*, (2003), EWCA Civ 323, (2003) 1 All E. R. (Comm) 830; *Luxe Holding Ltd v. Midland Resources Holding Ltd*. (2010) EWHC 1908 (Ch); *Forsyth-Grant v. Allen*, (2008) EWCA Civ. 505; (2008) Env. L.R. 41; (2008) 2 E.G.L.R. 16; (2008) 27 E.G. 118; (2008) 15 E.G. 172 (C.S.); CA (Civ Div); *WWF World Wide Fund for Nature (formerly World Wildlife Fund) v. World Wrestling Federation Entertainment Inc*, (2006) EWHC 184 (Ch); (2006) F.S.R. 38; (2006) 150 S.J.L.B. 263; *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co. (Damages)*, (2004) EWHC 2603 (comm) QBD (comm).

⁹²⁷ (1976) 74 DLR (3d) 257.

devrini en azından bir tazminatın hesaplanma biçimi olarak kabul etmek yönünde bir eğilim olduğu gözlemlenmektedir⁹²⁸.

Bununla birlikte, Kanada hukukunda *Blake* kararına büyük önem atfedilmiştir. Bir görüşe göre, bu karar bir *ad hoc* uygulamadan ibarettir⁹²⁹. Başka deyişle, *Blake*'i, söz konusu somut koşullarda cezalandırmamak, "adalete hakaret" olarak yorumlandığı için, bu olaya özgü olarak menfaat devri yaptırımına hükmedilmiş olsa gerekir denmektedir⁹³⁰. Böylelikle bu görüş, *Blake* kararı ile sözleşme hukukunda menfaat devrinin kabul edildiğini savını reddetmektedir. Zira mahkeme getirdiği sıkı kriterlerle, kapsamı öyle daraltmıştır ki, istediği zaman bu yaptırıma engel olabilecektir.

Bu görüş kapsamında, Kanada Mahkemelerinin, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına hükmetmekten sakınması gerektiği ifade edilmiş⁹³¹ ise de, *Blake* kararından sonra, Kanada Yüksek Mahkemesi, *Bank of America Canada v. Mut. Trust Co.* davasıyla, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını kabul etmiş görünmektedir⁹³². Ancak söz konusu kararda *Blake* kararına herhangi bir atıf yapılmamış olması ilginçtir. Somut olayda bir inşaat firması olan *Reemark*, davalı kredi kurumundan 33 milyon Dolar kredi almış; ancak daha sonra emlak piyasasının çökmesi nedeniyle, kredi kurumu kredinin devamını kullandırmamıştır. Bunun üzerine *Reemark* söz konusu inşaatı 22.5 milyon Dolara satmıştır.

Mahkeme, her ne kadar sözleşme hukukunda bu yaptırımdan kaçınılması gerektiğini ifade etse de, davacı *Reemark* lehine hem mahrum kalınan kâra hem de karşı tarafın "ihlal sonucu elde ettiği menfaate" hükmetmiştir. Kararda ilgi çeken bir

⁹²⁸ Menfaat devri yaptırımı ile tazminatın hesaplanmasında elde edilen menfaatin esas alınmasının farklı olduğuna ilişkin olarak bkz. yukarıda, § 4/ II/ C/ 4.

⁹²⁹ McInnes, *Blake*, s.86.

⁹³⁰ McInnes, *Blake*, s.86; Hedley, s.4.

⁹³¹ McInnes, *Blake*, s.94.

⁹³² [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43 (Can). Karar metni için bkz. <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1983/index.do> 07.12.2014.

husus elde edilen menfaatin “restitution damages” olarak ifade edilmiş olmasıdır. Bu terim kavram karışıklığına yol açabilir. Nitekim bu kavram dar anlamıyla, haksız zenginleşmenin yaptırımını teşkil eder ve tarafların malvarlıkları arasında meydana gelen kaymayı düzeltir. Bununla kastedilen haksız zenginleşmenin “iadesi”dir. Yoksa karşı tarafın elde ettiği menfaatin devredilmesi değildir. Oysa menfaat devrinde, karşı tarafın daha önce elde etmediği ya da malvarlığında bulunmayan bir menfaatin devredilmesi söz konusudur, yani bir iade söz konusu değildir⁹³³. Bununla birlikte söz konusu terimin geniş anlamda kullanıldığı, böylelikle haksız zenginleşmenin ötesine geçtiği ve menfaat odaklı yaptırımı da kapsadığı ifade edilmektedir⁹³⁴.

Tıpkı *Blake* kararında olduğu gibi, Kanada Yüksek Mahkemesi de, sözleşme hukukunda menfaat devrini kabul etmiş olmakla birlikte, bu yaptırımın sıkı şartlarla uygulanması gereken bir istisna olduğunu ifade etmektedir⁹³⁵. Yukarıda yapılan değerlendirmeye paralel olarak⁹³⁶, kararda, genel olarak bu yaptırımın kabulünün, etkin ihlal teorisinin menfaat devri yaptırımı ile çelişeceği ancak somut olayda sözleşmenin ihlalinin etkin olmadığı ifade edilmektedir.

Buna ek olarak, Britanya Kolumbiyası Yüksek Mahkemesi de *Jostens Canada Ltd. v. Gibsons Studio Ltd.* kararı ile sözleşmeyi ihlale menfaat devri yaptırımını

⁹³³ Aynı yönde, *Air Canada v. British Columbia* (1989), 59. D.L.R. (4th) 161, s.194 (1989) 1 S.C.R. 1161, s.1203; *McInnes, Bank of America*, s.128.

⁹³⁴ *Smith, Disgorgement*, s.121; *Birks*, s.39-44. Örneğin, güvene dayalı görevin ihlalinde. Bu konuda bkz. *McInnes, Bank of America*, s.128-129. Kararda “*restitutionary damages*” terimini tercih edilmiş olmakla birlikte, burada kastedilenin “*disgorgement of profit*” ya da “*account of profits*” şeklinde ifade edilen menfaat devri olduğu konusunda tartışma yoktur. Bkz. *Treitel*, s.997; *McCamus*, s.963; *Siems*, s.28. Kanaatimce hem “*restitutionary*” hem de “*damages*” ifadeleri yerinde değildir. Zira menfaat devri yaptırımı ne haksız zenginleşmenin iadesi ne de bir tazminat biçimidir. Bu konuda bkz. yukarıda, § 4/ II/ E. Aynı yönde, *Siems*, s.28. Bu terimin muğlak oluşu nedeniyle eleştirir şekilde, *McInnes, Bank of America*, s.128; *McInnes, Blake*, s.73; *Siems*, s.28. Buna ek olarak kanımca bu tür bir terminoloji problemi yaratmak anlamlı değildir. Zira menfaat devri terimi (*disgorgement of profits/gewinnherausgabe*), yaptırımı tam olarak ifade etmek için yeterlidir.

⁹³⁵ *McInnes, Bank of America*, s.131.

⁹³⁶ Bkz. yukarıda, § 4/ III/ B/ 2/ a.

bağlamıştır⁹³⁷. Bu kararda da, tıpkı Blake kararında olduğu gibi, güvene dayalı temsil benzeri bir ilişkinin varlığı ve bunun ihlali söz konusudur⁹³⁸. Diğer gerekçelerin de Blake kararına paralel olduğu rahatlıkla ifade edilebilir⁹³⁹. Bir diğer örnek ise *Smith v. Landstar Properties Inc.* kararıdır⁹⁴⁰. Söz konusu karar da, Blake kararına atıf yapmakta ve açıkça orada yer alan bakış açısını benimsemektedir. Kararda, zararın var olmadığına hükmedilip, menfaat devri yaptırımını kabul edilmiştir⁹⁴¹.

bbb. Amerika

Amerikan hukukunda, Aynen İade ve Haksız Zenginleşmeye İlişkin İlkeler Metni [*Restatement of Law of Third Restitution and Unjust Enrichment*]⁹⁴² düzenlemesi açıkça bir kişinin yaptığı kusurlu davranıştan menfaat elde etmesine izin verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁴³. Ancak yapısı gereği, bu kurallar dizisi, bir genel kural değil, mahkemelere yol gösteren ilkelerden ibarettir⁹⁴⁴. Bu hususu göz önünde bulunduran Amerikan doktrini de, söz konusu ilkenin haksız fiillerde, güvene

⁹³⁷ 174 D.L.R. (4th) 351 (British Columbia Appeal) (Can.). Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. McInnes, Blake, s.79

⁹³⁸ Hatta söz konusu uyuşmazlığa bakan ilk derece mahkemesi, menfaat devri yaptırımına bu tür bir güvene dayalı ilişki tespit etmekte zorlandığı için hükmetmemiştir. Bkz. 174 D.L.R. (4th) 351 (British Columbia Appeal) (Can.), 355-356. Karar hakkında bkz. McCamus, s.970.

⁹³⁹ Aynı yönde, McCamus, s.970.

⁹⁴⁰ (2010), 8 B.C.L.R. (5th) 290, 320 D.L.R. (4th) 664, 2010 BCSC 843, 2010 CarswellBC 1495 (B.C. S.C.)

⁹⁴¹ Aynı yönde, *Canada Inc. v. Strother* (2007), 281 D.L.R. (4th) 640 (S.C.C.).

⁹⁴² "Resatement of Laws", Common Law hakkında verilen kararlardan çıkartılan prensiplerin, model kuralların bir araya getirildiği, bağlayıcı olmayan kural metinleridir. Bu metin bağlayıcı olmamakla birlikte, hâkimler, uygulamacılar ve akademisyenlerin uzun yıllar süren çalışmalarının sonucu olduğu için önem atfedilmektedir. Bu düzenlemenin varlık amacı hâkimleri ve avukatları hukuki konularda bilgilendirmeyi amaçlayan genel hukuk prensiplerini ortaya koymaktır. Genellikle karar bazlı dokümanlardır. Konumuz kapsamında 2011 yılında çıkarılan metin ve ona ilişkin eleştiriler ile değerlendirmeler için bkz. Micheal Traynor, 'The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions' 68 *Wash&Lee Law Review* Y.2011, s.899-910 <http://law.wlu.edu/deptimages/law%20review/68-3n.4Traynor.pdf> 16.12.13; Ben Kremer, Book Review - The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, *Melbourne University Law Review*, Vol.35, s.1197-2011, http://www.mulr.com.au/issues/35_3/35_3_15.pdf 16.12.13; Birks, s.9-15.

⁹⁴³ American Law Institute, Restatement of Law (Third) Restitution and Unjust Enrichment 2011, § 3.

⁹⁴⁴ Siems, s.33.

dayalı ilişkilerin (*fiduciary relationships*) ihlalinde ve aynı hakların ihlalinde uygulanabileceğini ifade etmektedir⁹⁴⁵.

Blake kararı öncesi İngiltere ve Kanada'da olduğu gibi, Amerika'da da menfaat devri yaklaşımı ivme kazanmıştır. *YJD Restaurant Supply Co v. Dib* kararında sözleşmede kararlaştırılan bir rekabet yasağı hükmünün ihlali söz konusudur. Bunun ihlali suretiyle elde edilmiş bir menfaat vardır. Kararda menfaat devri ifadesi kullanılmamakla birlikte, tazminat adı altında, davalının elde ettiği menfaat esas alınarak yaptırım belirlenmiştir⁹⁴⁶. Ancak kanaatimce mahkeme bu kararda, saf bir menfaat devri yaptırımına değil, tazminatın hesaplanma biçimi olarak menfaat devri yaptırımına hükmetmiştir.

Amerikan hukukunda verilen *Snepp v. United States* kararı da çok önemlidir. Nitekim somut olay açısından *Blake* kararına paraleldir. Kararda, *Snepp* adlı CIA ajanı işi ve/veya CIA ile ilgili herhangi bir bilginin, CIA'in izni olmadan yayımlanmayacağı şeklinde bir gizlilik anlaşması ile yükümlüdür⁹⁴⁷. Bu anlaşmaya rağmen, *Snepp*, Vietnam'da gerçekleştirdiği ajanlık zamanı hakkında bir kitabı, CIA'in ön değerlendirmesine ve onayına sunmadan yayımlatmıştır. Kitap herhangi bir gizli bilgi içermemekle birlikte, Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Snepp*'i menfaat devrine mahkum etmiştir. Yüksek Mahkeme bu yaptırımı cezai ve caydırıcı yönü olduğu için tercih ettiğini belirtmektedir. Bu kararda da, *Blake* kararında olduğu gibi, taraflar arasında var olan sadakat ve güven ilişkisinin ihlal edilmesi, menfaat devrine hükmedilmesinde etken olmuştur⁹⁴⁸.

Amerikan hukukunun, *Blake* öncesi de benzer kararları olduğu göz önünde bulundurulduğunda, İngiltere'de verilen bu karardan çok etkilendiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Nitekim sonraki dönemde, yapılan araştırma

⁹⁴⁵ Siems, s.33; Dobbs, s.171-178; Palmer, s.437-452.

⁹⁴⁶ 43 NYS 2d 835 (1979).

⁹⁴⁷ (1980) 444 US 507 (US SC).

⁹⁴⁸ Siems, .s45.

sonucunda *Blake* kararına atıf yapan yalnızca bir karara rastlanmıştır. Ancak söz konusu karar, menfaat devrine ilişkin esaslı bir tartışma yapmamakta, yalnızca cezalandırma amacı taşıyan bir yaptırımın, telafi edici tazminatın üzerinde olması gerektiği hususunda *Blake* kararına atıf yapmaktadır⁹⁴⁹. *Blake* kararında, “*fiduciary relationship*” olarak ifade edilen, güvene dayalı ilişkinin geniş yorumlanışının, Amerikan hukukunda benimsenmemesi buna gerekçe olarak gösterilebilir. Nitekim Amerikan hukukunda bu ilişki türüne bakış, *Blake* kararında anlatılandan farklı ve daha dardır⁹⁵⁰. Bununla birlikte, gerçek anlamda bir güven ilişkisi barındıran sözleşmelerde menfaat devri yaptırımının Amerikan hukukunda da kabul edildiğini ifade etmek gerekir⁹⁵¹. Ancak Amerikan hukukunda bu hal, “sözleşme ilişkisi” olarak kabul edilmediğinden, çalışma konusu açısından önem taşımamaktadır. Zira “*fiduciary relationship*” olarak anılan bu tür “güven ilişkisi”nin varlığı, Amerikan hukuku gereği bir statü yaratmakta ve bunun ihlali menfaat devrine tâbi olmaktadır. Yaptırım aradaki sözleşme ilişkisinin varlığından bağımsızdır.

ccc. İrlanda

İrlanda hukukunda, *Blake* kararı öncesinde, Yüksek Mahkeme *Hickey v. Roches Stores* kararı ile kötüniyetli ve menfaat elde etmek kastıyla sözleşmenin ihlal edildiği hallerde menfaat odaklı yaptırıma hükmedilebileceğini ifade etmiştir⁹⁵². Kararda, bir kumaş şirketi, belli bir zamanda satış yapmama taahhüdü altına girmiş olan stok bölümü olan *Roches Stores’u* dava etmiştir. Sözleşmesel talep, münhasırlık kaydının ihlaline dayandırılmıştır. Davacı *Hickey*, *Roches’in* haksız olarak elde ettiği menfaatin devrini talep etmektedir. Davalı *Roches* ise, zararın tazminatın şartı olduğunu ileri sürerek menfaat devri talebine itiraz etmektedir. Bu itiraza rağmen Yüksek Mahkeme, sözleşme hukukunda tazminatın menfaat odaklı hesaplanmasını, belli

⁹⁴⁹ *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 345 F.3d, 347, C.A.5, 2003.

⁹⁵⁰ Scott, *Fiduciary*, s.539 vd.

⁹⁵¹ *Rochow v. Life Ins. Co. of North America*, 737 F.3d 415 C.A.6 (Mich.), 2013; *Sapuppo v. Allstate Floridian Ins. Co.*, 739 F.3d 678 C.A.11 (Fla.), 2014; *Lia v. Saporito*, 541, Fed. Appx. 71 C.A.2 (N.Y.), 2013.

⁹⁵² [1975] H.Ct. No. 1007P, 1–2 (H.Ct., 14th July, 1976)

koşullar altında kabul etmiştir⁹⁵³. *Yargıç Finley'e* göre menfaat devri yaptırımı sözleşmeye aykırılıkta uygun bir yaptırımdır. Zira hukuka aykırı davranan kişi, bu davranışı ile, başka şekilde elde edemeyeceği bir menfaat elde etmeyi kötüniyetle hesapladığında ve hedeflediğinde, Mahkeme yaptırımı hesaplarken, yalnızca zarar görenin zararını değil, aynı zamanda haksız olarak elde edilen menfaati de değerlendirmeye katmalıdır⁹⁵⁴. Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda, bir kötüniyet ya da hesaplanmış menfaat elde etme niyeti olmadığına kanaat getirmiştir. Davacı da zaten bir kötüniyet iddiasında bulunmuş değildir. Bu nedenle somut olayda menfaat devri yaptırımına hükmedilmemiştir. Bununla birlikte karar, menfaat odaklı yaptırımın sözleşme hukukunda kabul edilebileceğine ilişkin bir kural getirir şekilde değerlendirilmektedir⁹⁵⁵.

Görüldüğü üzere, *Blake* kararından önce İrlanda sözleşme hukukunda açıkça “menfaat devri yaptırımı”ndan bahsedilmese de, menfaati esas alarak tazminatı belirlemek yönündeki yaklaşımın, *Blake* kararında olduğu kadar tartışılmamış olmakla birlikte, kabul edildiği görülmektedir.

ddd. Avustralya

Avustralya Yüksek Mahkemesi, *Blake* kararı öncesinde, menfaat devri yaptırımının, ancak kötüniyetli ve menfaat elde etmek amacıyla yapılan sözleşme ihlallerinde ve güvene dayalı temsil benzeri bir ilişkinin varlığı halinde (*fiduciary relationship*) mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bu konuda verilmiş olan *Hospital Products Ltd. v. US Surgical Corporation* kararında, bir dağıtım sözleşmesinin ihlali söz konusudur⁹⁵⁶. Ancak burada bir güvene dayalı ilişki (*fiduciary relationship*) olup olmadığı konusunda tartışma söz konusu olmuştur. Çoğunluk görüşü, bu tür bir ilişki olmadığı için menfaat devri yaptırımına hükmedilmemesi gerektiğini ileri

⁹⁵³ Aynı karar, s.12-13.

⁹⁵⁴ Aynı karar, s.12-13.

⁹⁵⁵ Roberts, 960.

⁹⁵⁶ (1984) 156 CLR 41.

sürmektedir. Azınlık görüş ise, güvene dayalı bir ilişkinin varlığı önemsenmeksizin somut olayın koşulları göz önünde bulundurulduğunda, adil bir çözümün⁹⁵⁷ getirilebileceğini, nitekim burada kötüniyetli ve fazladan menfaat elde etmek için yapılmış bir ihlal olduğunu ifade etmiştir⁹⁵⁸. Bu görüş gereği, eğer bu şekilde bir ihlal söz konusu ise, sözleşmeyi ihlal eden kişi, zımni bir vekil olarak kabul edilebilir⁹⁵⁹. Bu kişi de, gördüğü iş sonucu elde ettiği menfaati devretmekle yükümlüdür. Menfaat devri yaptırımının, bu vasıta ile kısıyken mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.

Bu kararın ardından, *Warman v. Dwyer* kararı ile başlayan bir dizi karar, menfaat devri talebi ile salt sözleşme ilişkisi arasında bir köprü kurmaya çalışmıştır⁹⁶⁰. Başka deyişle güvene dayalı bir ilişkinin (*fiduciary relationship*) olmadığı hallerde menfaat devri yaptırımının varlığı tartışılmıştır. Bu tartışma sonucunda *Warman* kararı ile menfaat devri yaptırımının güvene dayalı ilişkiden (*fiduciary relationship*) doğabileceğine, haksız zenginleşmeden doğmayacağına hükmedilmiştir⁹⁶¹.

Blake kararından sonraki dönemde de, uygulama, İngiliz mahkemesinin *fiduciary relationship* hakkında yaptığı geniş yorumu uygun bulmayarak, doğru yaklaşımın *Hospital Products Ltd. v. US Surgical Corporation* ve *Warman v. Dwyer* kararında olduğu şekilde değerlendirmek olduğunu ifade etmektedir⁹⁶². Sonuç olarak, Avustralya hukuk sisteminin, *Blake* kararından, sözleşme hukukunda menfaat devrini kabul etme yönünde etkilenmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim *Hydrofibre Pty Ltd v. Australian Prime Fibre Pty Ltd* kararında da açıkça, *Blake*

⁹⁵⁷ Menfaat devri yaptırımına gerekçe olarak “adalet”in eleştirisi için bkz. § 4/ III/ B/ 2/ d.

⁹⁵⁸ Deane J., (1984) 156 CLR 41.

⁹⁵⁹ “Constructive trustee”. Constructive trust kavramı, Anglosakson hukukuna özgü olup equity’den doğar. Mahkemelerin uygulaması ile gelişmiştir. Söz konusu kurum Türk hukukunda tam anlamıyla yer almamaktadır. Bu konuda bkz. Jaffey, s.365-366.

⁹⁶⁰ *Warman Int’l Ltd. v. Dwyer*, (1995) 182 C.L.R. 544, 570 (Austl.).

⁹⁶¹ Aynı yönde, Edelman, s.40; Roberts, s.960.

⁹⁶² *RPR Maintenance Pty Ltd v Marmax Investments Pty Ltd*, (2014) FCA 409 2014 WL Federal Court of Australia.

kararındaki yaklaşımın benimsenmediği ve Avustralya sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının kabul görmediği ifade edilmektedir⁹⁶³.

eee. Yeni Zelanda

Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi ise *Samson & Samson Ltd. v. Proctor* kararında sözleşme hukukunda menfaat odaklı yaptırımı tartışmıştır⁹⁶⁴. Somut olayda, davalı müteahhit, yetersiz çelik kullanarak bir ev inşa etmiştir. Buna rağmen, davacı, müteahhitin kendisine devrettiği evi, normalde satacağından daha az bir fiyata satmış değildir. Bu açıdan herhangi bir zararı olmamakla birlikte⁹⁶⁵, söz konusu davada, müteahhidin masraftan kaçınmak suretiyle elde ettiği menfaatin devri talep edilmektedir. Yüksek Mahkeme, davalıyı, yapmaktan kaçındığı masraf şeklindeki menfaatini, davacıya devretmesine mahkum etmiştir. Ancak karardaki yaptırımın tam olarak menfaat devri yaptırımı olmadığı yerinde olarak ifade edilmektedir⁹⁶⁶.

Blake kararından sonra Yüksek Mahkeme tarafından verilen *Chirnside v. Fay* kararını da incelemek gerekir⁹⁶⁷. Söz konusu kararda tarafların bir taşınmazı iyileştirmek için giriştikleri bir ortaklık (*joint venture*) söz konusudur. İşlerin devamı sırasında Bay *Fay*'in bir başka yere taşınması sonucu, işlerden uzaklaşması nedeniyle, Bay *Chirnside* girişime yeni ortaklar alarak Bay *Fay* ile aralarındaki sözleşmeyi ihlal etmiştir. Mahkeme bu tür bir ortaklıkta, güvene dayalı bir ilişkinin (*fiduciary relationship*) varlığını kabul etmiştir. Bunun ardından mahkeme açıkça, bu halde sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu elde edilen menfaatin, davacının zararı olsun olmasın devredilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, temyiz mahkemesinin, karşı tarafın fırsat kaybına dayanan tazminat hesabının

⁹⁶³ *Hydrofibre Pty Ltd v Australian Prime Fibre Pty Ltd*, (2013) QSC 163 2013 WL Supreme Court of Queensland, N.91.

⁹⁶⁴ (1975) 1 NLZR 655.

⁹⁶⁵ Burada ayıp hükümleri çerçevesinde bedel indiriminin de tatmin sağlayabileceği düşünülebilir.

⁹⁶⁶ *Siems*, s.34.

⁹⁶⁷ [2006] NZSC 68; (2007-08) 10 I.T.E.L.R. 226. *Smith, Disgorgement*, s.136.

yerinde olmadığını da belirtmektedir. Buna ek olarak, davalının kendi çabası ve yeteneği ile elde ettiği menfaatler kapsam dışında bırakılmıştır⁹⁶⁸.

C. Türk Hukukunda

Sözleşmenin ihlalinde menfaat devri yaptırımı tartışmasına başlanırken, Türk hukuku açısından varılan kanaat bildirilmişti. Ancak karşılaştırmalı hukuk verileri karşısında, Türk hukukunda olan ve olması gereken hukuk açısından yeniden değerlendirme yapmak yerinde görünmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, *Blake* kararı, aslında bir iş sözleşmesine bağlı bir gizlilik hükmünün ihlali suretiyle elde edilen menfaatin talep edildiği bir davadır. Bu tür bir hükmün ya da sadakat borcunun veya rekabet yasağı düzenlemesinin olduğu durumda, Türk hukukunda sorunun nasıl çözümleneceği ise aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır⁹⁶⁹. Bunun haricinde, *Blake* kararında var olan somut olaylar, Türk hukuku kapsamında değerlendirilecek olsaydı, akla ilk gelen, Türk hukukunda var olan bu tür bir sözleşmede, büyük olasılıkla cezai şartın varlığı olurdu. İngiliz hukukunun geleneksel yaklaşımı gereği cezai şart hükümleri uygulanamaz, dava edilemez olmakla birlikte⁹⁷⁰, Türk hukuku cezai şart kurumuna izin vermektedir. Ancak bu olasılıkta da cezai şartın fahiş olması halinde, hâkimin indirimine gitmesi söz konusu olabileceğinden, elde edilen menfaatin tam olarak devri yine sağlanamayabilir.

Bir diğer olasılık ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talep temeline başvurmak olabilir. Ancak bu temel de, şartları sağlamadığı için, somut olayda menfaat devri yaptırımına hükmedilmesine engel olur. İş görme şartı her ne kadar geniş yorumlanabilirse de, olaydaki gibi bir otobiyografinin basılması, “bir başkasına ait işin görülmesi” olarak nitelendirilemeyecektir⁹⁷¹. Buna ek olarak, yalnızca bir nispi

⁹⁶⁸ Aynı yönde, Smith, Disgorgement, s.136.

⁹⁶⁹ Aşağıda bkz. § 6/ IV, § 6/ V/ B.

⁹⁷⁰ Siems, s.46; Hogg, s.395-397. Bu yönde, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd. v. New Garage & Motor Co Ltd.* (1915) AC 79. Cezai şartın ekonomik açıdan etkinliği hakkında bkz. Posner, s.160.

⁹⁷¹ Aynı yönde, Siems, s.47.

hak ihlali söz konusu olduğu düşünülduğünde, hukuka aykırılık konusunda yapılan tartışmalara da atıf yapmak gerekir⁹⁷².

Sonuç olarak, “sözleşme hukukunda” menfaat devri yaptırımına Türk hukuku açısından bakıldığında mevcut hukuk bakımından bu tür bir yaptırımın var olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Türk hukukunda, karışık bir yaptırımlar sistemi olmakla birlikte, kural olarak üç yaptırım söz konusudur. Bunlar aynen ifa, tazminat ve sözleşmenin sona erdirilmesidir. Menfaat devri yaptırımı ise, Türk hukuku açısından, kural olarak ancak mutlak bir hakkın ihlali suretiyle bir işin görülmesi halinde mümkün olabilir.

Olması gereken hukuk bakımından bir inceleme yapmak gerekirse, kanaatimce, İngiliz hukuk sisteminin, özel hukukta cezalandırma isteği, Türk hukukunda yoktur. Bu açıdan her iki sistem farklıdır. Yukarıda sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının var olmaması yönünde yapılan tüm açıklamalar Türk hukuku açısından da geçerlidir⁹⁷³. Kısaca sıralamak gerekirse, kanaatimce sözleşmeyi ihlal dahi bir özgürlüktür. Etkin ihlal kavramı, Türk hukukunda genel olarak kabul görmese ve aynen ifa birincil yaptırım olarak ifade edilse de⁹⁷⁴, sözleşmeyi ihlal etmek bir özgürlüktür ve menfaat devri yaptırımının getirilmesi, sözleşmeyi ihlali anlamsız kılacağından, *de facto* ihlal özgürlüğüne engel olur. Buna ek olarak, sözleşme hukuku yaptırımları, bu uyuşmazlıkları çözmekte yeterlidir⁹⁷⁵. Ayrıca yukarıda açıklanan baraj kapakları (*floodgate*) argümanı da Türk hukuku açısından geçerli olacaktır. Sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına izin verilmesi, ticari hayatı sekteye uğratacak ve önü alınmayacak sonuçlara yol açabilecektir⁹⁷⁶.

⁹⁷² Bkz. yukarıda, § 2/ V.

⁹⁷³ Bkz. yukarıda, § 4/ III/ B/ 2.

⁹⁷⁴ Bu durumun, etkin ihlalin işlemesine engel olup olmadığı konusunda bkz. Sanlı, Etkin İhlal, s.95 vd.

⁹⁷⁵ Lord Justice Dillon, s.1367-1368, *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993), 1 WLR 1361 (CA) (Eng). Söz konusu karar *Wrotham Park* kararının menfaat odaklı yaptırımını dahi kabul etmemiştir. Bu kararın doktrinde eleştirisi için bkz. Smith, Disgorgement, s.125-126

⁹⁷⁶ Jaffey, s.396; Siems, s.52; McCamus, s.966; Worthington/ Goode, s.309; Edelman, s.170; Treitel, s.1045 vd. Aynı yönde, *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361 (CA) 1370 (Steyn LJ).

Yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, kişi özgürlüğünün korunması ve mülkiyet hakkının üstünlüğünün devamı için de sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının var olmaması yerinde görünmektedir.

D. Genel Değerlendirme

Görüldüğü üzere, İsrail hukukunda, menfaat devri yaptırımı “genel bir kural olarak” kabul edilmekte⁹⁷⁷; Anglosakson sözleşme hukukunda ise, istisnaen de olsa, bir seçenek olarak menfaat devri yaptırımı uygulanmaktadır⁹⁷⁸. Bu yaptırımın, sözleşme hukukunda genel olarak kabulü yukarıda ifade edildiği gibi bir takım sakıncalar taşımaktadır. Ancak Anglosakson hukukunda bu konuda kararlar verildikçe, uygulama kanaatimce oturacaktır. Zira *Blake* kararında anılan ilkelerin, yukarıda açıklandığı gibi bir takım zaafları vardır. Bunların sağlamaştırılması bir ihtiyaçtır.

Türk hukuku açısından, *de lege lata* yapılan değerlendirme, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımının var olmadığı şeklindedir. Kanaatimce, olması gereken hukuk açısından da *Blake* ve onu takip eden kararlar ile yukarıda ayrıntılı olarak değerlendirilen görüşler, sözleşme hukukunda bu tür bir yaptırımın mutlaka var olması gerektiği konusunda ikna edici değildir. Dolayısıyla günümüz değerlendirmesi açısından, Türk sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımına ihtiyaç olmadığı gibi, bu yaptırımın var olması uygun da görünmemektedir.

Bununla birlikte, menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda var olması hususunda Anglosakson uygulamasının verdiği kararların takip edilmesi sonucu yapılan değerlendirmenin zaman içinde farklılaşması da mümkün olabilir. Nitekim menfaat devri yaptırımını, istisnai olsa dahi kabul etmek yönündeki eğilimin, zaman içinde Kara Avrupası hukukunu etkilemesi olasıdır. Neticede menfaat devri

⁹⁷⁷ Siems, s.46. Ayrıca bkz. yukarıda, § 4/ III/ B/ 1/ a.

⁹⁷⁸ Burada kastedilen tazminat adı altında hükmedilen menfaat devri kararlarıdır. Bkz. § 4/ III/ B/ 2/ f/ bb.

yaptırımının sözleşme hukukunda kabul edilmesi bir hukuk politikası tercihidir. Ancak bu yaptırımın kabul edilmesi halinde, sözleşme hukukunun yeniden karakterize edilmesi ve yaptırımlar sisteminin yeniden kategorize edilmesi gerekir.

§ 5 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Benzer Kurumlarla İlişkisi

I. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Benzer Kurumlardan Ayrılması

Vekâletsiz iş görme, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden önemli noktalarda ayrılmakta ve aslında bir dördüncü borç kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, sözleşme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden farklı olduğu kadar, gerçek vekâletsiz iş görmeden de farklıdır ve ayırt edilmesi gerekir. Bu talep temellerinin ayırt edilmesi çalışma konusunun seçilme nedenini ortaya koyar. Zira bu bölüm sonunda ulaşılabilecek sonuç, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, anılan diğer kurumlardan farklı olduğu ve bu nedenle ayrı bir düzenlemeye ve incelemeye ihtiyacı olduğu, ayrıca söz konusu kurumların yaptırımlarının yetersiz kaldığı noktalarda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin tamamlayıcı işlevinin bulunduğu⁹⁷⁹.

Yasa yapma süreci ve yargı alanında son yıllardaki gelişmeler de göstermektedir ki, menfaat devri yaptırımı, zararın tazminini tamamlayıcı bir anlam taşımaktadır⁹⁸⁰. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve menfaat devri yaptırımı, gerçek vekâletsiz iş görme, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kurumlarından farklı bir amaç gütmekte, farklı bir alana müdahale etmekte ve farklı bir tatmin sağlamaktadır. Bu bakımdan, menfaat devri yaptırımının, sözleşme ve haksız

⁹⁷⁹ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.2; Holenstein, s.160; İsmet Sungurbey, Medeni Kanun Ön Tasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s.415; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85; Bucher, BT, s.262. Aynı yönde, Bu yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/ 14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

⁹⁸⁰ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.2; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.86; Sungurbey, Eleştiri, s.415; Bucher, BT, s.262. Aynı yönde, Bu yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/ 14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

fiildeki tazminat talebi ile sebepsiz zenginleşmedeki zenginleşmenin iadesi talebini kapsayıcı bir yapısı olduğu ifade edilmektedir⁹⁸¹.

Sonuç olarak anılacak farklılıklar, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kurumlarının, çoğunlukla açıkta bıraktığı, bazen de kesiştiği durumlarda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ihtiyaç olduğunun kanıtı olarak sunulmaktadır.

A. Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Ayırt Edilmesi

Bilindiği üzere, vekâletsiz iş görme, gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu iki kurum arasındaki farklar, özellikle unsurlar açısından kendini gösterir. Nitekim gerçek vekâletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki en önemli fark, iş görenin niyetinde gizlidir⁹⁸². Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş gören, yardım amaçlı, alturistik bir yaklaşımla bir başkasına ait işi görür. Bir başkasının hukuk alanına müdahale edilmesine rağmen, hukuk alanına müdahale edilen kişinin yararı gözetildiğinden hukuken bu kurum caizdir. Tarafların arasında bir sözleşme ilişkisi varmışçasına sorun çözülmeye çalışılır⁹⁸³. Bu nedenle de gerçek vekâletsiz iş görme bir sözleşme benzeri olarak nitelendirilmektedir. Konuya ilişkin iş görenin masraf talepleri, zararın giderilmesi gibi hususlar, işin iş sahibi menfaatine yapıldığı varsayımıyla, başkasına "iyilik eden" kişiyi koruyacak şekilde düzenlenmiştir. Buradan çıkan sonuç, kanun koyucunun, kişileri bu tür yardımsever davranışlarda bulunmaya yönlendirmek istemesidir.

⁹⁸¹ Holenstein, s.160.

⁹⁸² Friedrich, s.15.

⁹⁸³ Kötz, s.586; Friedrich, s.21; Kaser, s.586; Seiler, s.332; Bermann, s.44; Oser/ Schönenberger, Art.419, N.1a; Guhl/ Merz/ Druey, s.503; Moser, Herausgabe, s.88, s.91; Zimmermann, s.434; Gautschi, Art.423 OR, N.2a; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.9; Schmid, GoA, N.31; Koschaker/ Ayiter, s.255; Rado, s.172; Di Marzo (çev. Umur), s.431; Tahiroğlu/ Erdoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.26-27.

Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme tam tersi bir iş görme niyetiyle yapılır⁹⁸⁴. İş gören, ya kendisine veya işi görülen kimse dışında bir başkasına fayda sağlamak ister ya da iş sahibinin yasaklamasına rağmen söz konusu işi görür. İş görenin, başkasının menfaatini, o kişinin kendisinden daha iyi gözetemeyeceğinden yola çıkılarak, yasaklama olması hali de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁸⁵.

Söz konusu iki kurum, yaptırım açısından da farklıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, kanun koyucu, başkasına yardım eden, onların haklarını korumaya çalışan müdahaleleri hoş görmekteyken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında başkasının menfaat alanına kendi yararına müdahale edilmesine karşı durmaktadır. Bunun sonucunda da, medeni hukukta çok fazla rastlanmayan, özel hukuk cezası olarak nitelendirilen bir yaptırım olan menfaat devri öngörülmüştür⁹⁸⁶. Buna ek olarak, gerçek vekâletsiz iş görmede, iş görenin masraf talepleri karşılanmakta ve iş gören iş görme sırasında zarar görmüş ise, bunun tazmini mümkün olabilmekte iken; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin masraf talepleri çok sınırlı olup, zararının tazmin edilmesi mümkün değildir. Bu düzenlemelerden, kanun koyucunun, iş görenin iş sahibi yararına bu tür masrafları yapmasını istediği ve bu amaçla iş görenin masraf taleplerini geniş tuttuğu anlaşılmaktadır. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, kanun koyucu, yapılan müdahalenin bir an önce sona ermesini istediği içindir ki masraf talepleri sınırlıdır⁹⁸⁷.

Gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, ortak unsuru ise başkasına ait bir işin yetkisiz olarak görülmesidir. Bunun dışında, tartışmalı olmakla birlikte⁹⁸⁸ TBK

⁹⁸⁴ Friedrich, s.38.

⁹⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2/ III/ C.

⁹⁸⁶ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

⁹⁸⁷ Bu konuda bkz. § 3/ II/ D/ 1.

⁹⁸⁸ Bkz. yukarıda, § 3/ IV.

m.531 uyarınca, her iki kurumda da iş sahibinin işi uygun bulması halinde taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir.

B. Yetkisiz Temsilden Ayırt Edilmesi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin tanım yapılırken de belirtildiği üzere, yetkisizlik, bu kurumun bir unsurudur. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, “yetkisiz olma” ile kastedilen yetkisiz temsilden farklıdır⁹⁸⁹.

Yetkisiz temsil, bir kişinin, “bir başkasına adına” işlem yaparken, işlemin yapıldığı anda⁹⁹⁰ bu işlemi yapmak için geçerli bir temsil yetkisinin bulunmadığı durumları ifade etmektedir⁹⁹¹. Yetkisiz temsil durumu, öncelikli olarak şu hallerde ortaya çıkabilir: kişiye verilmiş bir temsil yetkisi hiç olmayabilir; temsilci kendisine verilen yetkiyi aşıyor olabilir ya da temsilciye verilen yetki geri alınmış veya son bulmuş olabilir⁹⁹². Bu haller, ancak iki şartla yetkisiz temsil oluşturabilir. Bunlar yetkisiz temsilcinin bir işlem yapması ve bu işlemi temsil olunan adına yapmış olduğunu açıklamasıdır⁹⁹³.

Bilindiği üzere, yetkisiz temsilde, temsilci, iş sahibi adına iş görmektedir⁹⁹⁴. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere iş, iş sahibinin adına ya da onun menfaatine görülmez. İş, ya iş gören ya da üçüncü kişi menfaatine veya iş sahibinin yasaklamasına rağmen görülür. İlk halde, işin iş gören ya da üçüncü kişi menfaatine görülmesinin yetkisiz temsil ile karıştırılması mümkün olmasa gerekir. Zira iş, iş görenin menfaatine görüldüğünde, bir temsil

⁹⁸⁹ Bu konuda bkz. BGer 4A_305/2012 6. Februar 2013.

⁹⁹⁰ İnceoğlu, Temsil, s.357.

⁹⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s.719-720; İnceoğlu, Temsil, s.355; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.201, dn.51a; Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.248; Cihan, s.9.

⁹⁹² Kocayusufpaşaoğlu, s.720; İnceoğlu, Temsil, s.356; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.199; Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.248; Kutlu Sungurbey, s.11; Akyol, Temsil, s.47; Cihan, s.9.

⁹⁹³ İnceoğlu, Temsil, s.355; Eren, s.411; Esener, s.115; Cihan, s.13 vd.

⁹⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s.719-720; İnceoğlu, Temsil, s.47.

niyeti de var olmayacağından, yetkisiz de olsa temsil ilişkisinden söz edilemeyecektir.

İkinci olasılığın ise daha yakından incelenmesi gerekir. Zira bu halde iş gören, işi, iş sahibi menfaatine gördüğünü iddia edebilir. Oysa bu hal de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamındadır. Bu durumda iş, iş sahibi “adına” görülmüş olabilir. İşte bu ihtimalde yetkisiz temsil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir arada bulunabilir.

Ancak bu durumda temsil hükümleri dış ilişkiye, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri ise iç ilişkiye uygulanır⁹⁹⁵. Bundan başka, temsil yalnızca hukuki işlemler açısından söz konusu olabilir⁹⁹⁶. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, yalnızca hukuki işlemlere ilişkin olmayıp her türlü olumlu insan fiilini kapsar⁹⁹⁷.

C. Sözleşmeden Ayırt Edilmesi

Sözleşme hukukunda tazminat bilindiği üzere, kusur prensibine dayanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 112. maddesi, sözleşmeyi ihlal eden kişinin kusurlu olduğu karinesinden⁹⁹⁸ yola çıkmakta ve borçluya kusursuzluğunu ispat külfetini yüklemektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebilmesi için de iş gören kişinin, iş sahibinin hukuk alanına müdahale ederek menfaat elde ettiğini biliyor olması ya da bilmesi gerekmesi aranmaktadır. Bu husus gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından “kötüniyet” olarak ifade edilmekte ve kast ile ağır

⁹⁹⁵ Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.251; Hatemi, Borçlar Özel, s.112.

⁹⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s.622; Bucher, AT, s.599-600; Schwenger, OR, N.40.10, N.40.11.

⁹⁹⁷ Bkz. yukarıda § 2/ I/ B.

⁹⁹⁸ Aslında TBK m.112’de kusur karinesi ile ifade edilen husus, kusuru ispat yüküne yer değiştirilmesidir.

ihmali kapsamaktadır⁹⁹⁹. Sonuç olarak, her iki kurum da kusur esasına dayanmakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, nitelikli bir kusur aramaktadır.

Kusurun ispatı konusunda da bu iki kurumun birbirine paralel olduğu ifade edilebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, borca aykırı davranan borçlunun kusurlu olduğu varsayılır ve aksini ispat yükü borçluya yüklenir. Tartışmalı olmakla birlikte¹⁰⁰⁰, bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek menfaat elde eden kişinin de kusurlu olduğu varsayılır ve bunun aksinin ispat edilmesi iş görenden beklenir. Zira başkasının hukuk alanına müdahale ederek haksız menfaat elde eden kişinin, bu durumu biliyor olması hayatın olağan akışına daha uygundur.

Sözleşme hukuku ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, kusur aranması hususunda paralel olmakla birlikte, yaptırım açısından önemli farklılıklar taşır. Sözleşmeye aykırılığın yaptırımı kural olarak TBK m.112'de tazminat olarak belirlenmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise yaptırım menfaat devridir. Zararın, tazminatın üst sınırını teşkil ettiği hukuk sistemimizde, menfaat devri yaptırımı istisnai bir özellik taşır ve bir özel hukuk cezası olarak¹⁰⁰¹, iş sahibinin zararı olmasa da, iş görenin elde ettiği tüm menfaati devretmesi gerekir.

Sözleşmesel sorumluluğun yanında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de ihtiyaç olduğunun bir örnekle somutlaştırılması gerekir. Bir kişinin, yayıncı ile şiirlerinin kitap haline getirilmesi ve basılan kitapların satılmaması, yalnızca kendisine teslim edilmesi hususunda bir sözleşme yapıldığını varsayalım. Bu kurguda, yayıncı şiirlerin çok satacağını düşünerek, sözleşmede kararlaştırıldan

⁹⁹⁹ Aynı doğrultuda, haksız zilyetlik açısından, kötüniyet ile kusur kavramlarının birbirinden farklı olduğu ancak bu alanda kötüniyetin pratik anlamda kusura denk geldiği yönünde, Homberger, Art.938, N.3; Nevzat Koç, 'Kötüniyetli Zilyedin İade Borç ve Hakları', **Ernst. E. Hirsch'in Hatırasına Armağan**, Ankara 1986, s.606. Benzer şekilde, Stark, Art.940 ZGB, N.12.

¹⁰⁰⁰ Kötüniyetin ispatı hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer görüşler için bkz. § 2/ V.

¹⁰⁰¹ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

fazla basar ve satarsa, söz konusu davranış hem sözleşmeye aykırılık hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edecektir. Zira burada iş sahibinin yasaklamasına aykırı bir iş görme söz konusudur¹⁰⁰². Sözleşmeye aykırılık nedeniyle şiirlerin yazarı sadece tazminat talep edebilir. Oysa burada eser üzerindeki fikri hakların ihlali de söz konusu olduğundan, şair (iş sahibi), FSEK m.70'te yer alan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünümünden faydalanarak yayıncının şiir kitabının satışından elde ettiği tüm menfaati talep edebilecektir¹⁰⁰³. Bu açıdan, sözleşme hukukunun yanında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumuna da ihtiyaç olduğu açıktır. Zira söz konusu örnekte sözleşme hukuku, sadece zararı tazmin ettiği ama haksız yere elde edilen menfaati iş gören üzerinde bıraktığı için gerekli tatmini sağlamaktan uzaktır.

Son olarak her iki kurum zamanaşımı süresi bakımından karşılaştırılacaktır. Sözleşmesel zamanaşımı TBK m.146 gereği on yıldır. Bu süre, genel zamanaşımı süresi olduğundan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de uygulanacaktır¹⁰⁰⁴. Bu açıdan sözleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme taleplerinin, özel sözleşme zamanaşımı düzenlemeleri istisna kalmak üzere, aynı zamanaşımı süresine tâbi olduğu söylenebilir.

D. Haksız Fiilden Ayırt Edilmesi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, diğer talep temelleri arasında, en çok haksız fiile yakın durmaktadır. Çoğu zaman gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, aynı zamanda haksız fiil de teşkil edebilir¹⁰⁰⁵. Zira kusur (gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kast veya ağır ihmal), hukuka aykırı fiil ve nedensellik bağı her iki talep temeli için de aranan unsurlardır. Haksız fiilin söz konusu olması için bunlara ek olarak bir de zararın meydana gelmesi gerekirken, bu şart gerçek olmayan

¹⁰⁰² Bu unsurun gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendiriliyor olması hakkında, bkz. § 2/ III/ C.

¹⁰⁰³ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar aşağıda yapılmaktadır. Bkz. § 6/ III.

¹⁰⁰⁴ Tartışmalı olan bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 3/ III.

¹⁰⁰⁵ Schmid, GoA, N.1272.

vekâletsiz iş görme için aranmaz. Talep temellerinin bir arada bulunması sorunu¹⁰⁰⁶ bir kenara bırakıldığında, haksız fiil sorumluluğunun yanında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ihtiyaç duyulmasının nedenleri, iki talep temeli arasındaki farklarda yatmaktadır.

İlk ve en önemli fark, her iki kurumun varlık amacıyla yatmaktadır. Haksız fiil hukuku esas olarak zararın sonradan telafisi amacını taşıırken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun amacı zararın varlığından bağımsızdır¹⁰⁰⁷. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, zararın meydana gelmesi aranmaz ve ortada bir zarar varsa onun telafisi ile yetinilmez; haksız elde edilen menfaatin devredilmesi öngörülmektedir. Bir diğer deyişle amaç başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle menfaat elde edilmesini engellemektir. Böyle bir menfaat elde edilmiş ise de bunun iş görenin malvarlığında kalmaması gerekmektedir. Başka anlatımla, haksız fiiller, “haksız kayıpları”, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise “haksız elde edilen kazancı” esas alır¹⁰⁰⁸.

Bundan başka, haksız fiilin ortaya çıkması için kusurun derecesi önemsizdir. Hafif ihmal de haksız fiil sorumluluğu doğurur. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için nitelikli bir kusur aranır. Kast ve ağır ihmal derecesinde kusur, medeni hukukun en ağır yaptırımı olan menfaat devri ile “cezalandırılır”. Kusurla ilgili bir diğer fark ise, ispata ilişkindir. Haksız fiilde kusuru, mağdurun ispat etmesi gerekirken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, tıpkı sözleşme hukukunda olduğu gibi aksini ispat külfeti iş görene yüklenmiştir. Başka deyişle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, haksız fiilde zarar gören olarak adlandırılan iş sahibi, karşı tarafın kast ya da ağır ihmalini ispat etmek külfeti altında değildir. Bir diğer fark ise, yukarıda sözleşme talep temeli ile ayrımı

¹⁰⁰⁶ Bkz. § 5/ III.

¹⁰⁰⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1331; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.86; Edelman, s.82.

¹⁰⁰⁸ Bussani/ Werro (işleyen: Hahn), s.378.

kısımında da açıklandığı üzere, tazminat ile menfaat devri yaptırımı arasındadır¹⁰⁰⁹. Tazminat zarara bağlı iken, menfaat devri, iş sahibinin zararından bağımsız olarak talep edilebilir. Bu açıdan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin daha elverişli bir talep temeli olduğu söylenebilecektir.

Son olarak, talep temellerinin tâbi oldukları zamanaşımı süreleri de farklıdır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme zamanaşımının, haksız fiil zamanaşımı olması gerektiği yönünde bir görüş bulunsa da, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere¹⁰¹⁰, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, TBK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi iken; haksız fiil TBK m.72 uyarınca iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

E. Sebepsiz Zenginleşmeden Ayırt Edilmesi

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede elde edilen menfaat, haklı bir menfaat değildir ve iş görenin malvarlığında sebebe dayanmayan bir zenginleşme yaratır¹⁰¹¹. Bu nedenle özellikle müdahale zenginleşmesi ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir arada bulunabilir. Sebepsiz zenginleşme de en az haksız fiiller kadar gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle benzerlik taşır¹⁰¹². Bu iki kurum arasındaki benzerlik nedeniyle, doktrinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin kanun boşluklarının sebepsiz zenginleşme hükümleriyle doldurulabileceği ifade edilmektedir¹⁰¹³.

Öyle ki doktrinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, geniş anlamda zenginleşme hukuku kapsamında değerlendirildiği görülmektedir¹⁰¹⁴. Bu yaklaşım,

¹⁰⁰⁹ Friedrich, s.51-52; Suter, s.137; Oser/ Schönenberger, Art.423 OR, N.3; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11; Lischer, s.186; Weber, Gewinnherausgabe, s.338; Chappuis, s.122; Moser, s.181,182; Yavuz/ Acar/ Özen, s.646.

¹⁰¹⁰ Bkz. § 3/ III.

¹⁰¹¹ Schmid, GoA, N.1293; Lischer, s.156.

¹⁰¹² Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.9; Schmid, GoA, N.1293.

¹⁰¹³ Gümüş, C.II, s.240; Uygur, Cilt 3, s.2992; Eren, s.853; Bucher, BT, s.663.

¹⁰¹⁴ Schmid, GoA, N.1293.

Anglosakson hukukundaki düzenlemelerle de örtüşmektedir¹⁰¹⁵. Ancak bu görüşü savunanlar, yerinde olarak sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin farklı olduğu ve “zenginleşme hukukunun” bir üst kavram olduğu çekincesini koymaktadırlar. Gerçekten de söz konusu iki kurum arasında başta öncelikle amaç ve kapsam bakımından önemli farklar vardır¹⁰¹⁶. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısının yaklaşımı da bu ayrımı muhafaza ederek gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, “haksız zenginleşme” üst başlığı altında düzenlemek yönünde olmuştur¹⁰¹⁷.

İki kurum arasındaki farkların ilki ve en önemlisi, sebepsiz zenginleşmede iadenin, fakirleşme şartını arayan görüş¹⁰¹⁸ kapsamında fakirleşme miktarı ile; fakirleşme şartını aramayan görüş¹⁰¹⁹ bağlamında ise objektif zenginleşme ile sınırlı olmasıdır. Buna karşılık, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını olan menfaat devri bu tür bir sınırlamaya tâbi değildir¹⁰²⁰. Başka deyişle, çoğu zaman menfaat devri talebi, sebepsiz zenginleşme talebini miktar itibarıyla aşacaktır¹⁰²¹. Zira sebepsiz zenginleşmenin iadesi, elde edilen menfaatin yanında mağdurun kaybını da esas

¹⁰¹⁵ Zira Anglosakson hukukunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurgusu “Law of Restitution” altında, “Unfair Enrichment” başlığı içerisinde değerlendirilmektedir. Bkz. Dawson, Restitution, s.563 vd.; Birks, Enrichment, s. 20 vd.

¹⁰¹⁶ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11.

¹⁰¹⁷ Bkz. § 1/ I/ C/ 4.

¹⁰¹⁸ Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.324; Kılıçoğlu, s.507; Hatemi, Borçlar Özel, s.117; Akıntürk/ Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 2012, s.106; Öz, s.40. Fakirleşme şartının aranmasına bir gerekçe olarak da, bu şartın aranmadığı takdirde TBK m.530’un boşa döneceği ifade edilmektedir. Bkz. Nomer, N.140; Öz, Yenilikler, s.13; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.325. Serozan ise, fakirleşme şartını arayan görüşün, fakirleşme olmayan halleri TBK m.530 kapsamında çözmeye çalışmalarını eleştirmektedir. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.9,10. Kanaatimce de, fakirleşme şartının aranmaması TBK m. 530’un uygulanmasına engel değildir. Zira her iki kurumun farklı şartları söz konusudur. Fakirleşme şartını arayarak, bunun dışında kalan durumların gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesine getirilen eleştiriler için bkz. Holenstein, s.123; Lischer, s.179,180; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 185; Schwenger, OR, N.59. Aynı yönde, BGer 119 II 43, BGer 126 III 72. TBK m. 77 düzenlemesinin yeni Borçlar Kanunu itibarıyla fakirleşme şartını kaldırdığı yönünde, Yeniocak, s.109. Aksi yönde, Öz, Yenilikler, s.13.

¹⁰¹⁹ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.9,10; Özen, s.5, dn.6; Yeniocak, s.109.

¹⁰²⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1331; Tandoğan, Borçlar Özel, s.676; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.18; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.341. Menfaat devri yaptırımını için, bu farka vurgu yapar şekilde; McInnes, Blake, s.74.

¹⁰²¹ Friedrich, s.51-52; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11.

alır¹⁰²². Oysa menfaat devri yalnızca karşı tarafın elde ettiği menfaati esas alır. Bu nedenle sebepsiz zenginleşme karşısında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin daha avantajlı olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir¹⁰²³. Söz gelimi, tarafların arasında geçerli olmayan bir lisans sözleşmesi olduğunda, lisans sözleşmesine konu olan tasarımı kullanmak, sözleşme geçersiz olduğu için, bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek iş görme sayılacaktır. Geçersiz sözleşme nedeniyle lisans bedeli ödemeyen taraf, masraftan kurtulma şeklinde zenginleşmiş olacaktır. Bu ihtimalde, sebepsiz zenginleşme kapsamında¹⁰²⁴ talep edilebilecek olan, makul bir lisans bedelidir ¹⁰²⁵. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulandığında, fikri mülkiyet hakkının ihlali suretiyle görülen iş sonucu elde edilen menfaat de talep edilebilecektir¹⁰²⁶.

Bundan başka, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bir iş görme aranmaktadır. Oysa sebepsiz zenginleşmede, zenginleşme olgusu yeterlidir. Bir işin görülmesine yönelik irade veya işin görülmesi aranmaz¹⁰²⁷. Zenginleşme bir doğa olayı ya da ayırt etme gücü bulunmayan kişinin fiili ile de gerçekleşebilirken, bu hallerde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olamaz.

Bir başka fark ise, sebepsiz zenginleşmede bir "iade" söz konusu iken, menfaat devri yaptırımında, daha önce kişinin malvarlığında hiç bulunmayan bir değer devredilmesinin söz konusu olmasıdır. Başka deyişle, her iki kurumun varlık amacı farklıdır. Sebepsiz zenginleşme, bir hukuki sebebe dayanmayan malvarlıkları

¹⁰²² Dickonson, N.11.04; Birks, Enrichment, s.23; Bar, Enrichment, N.41.

¹⁰²³ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Chappuis, s.116,117; Yavuz/ Acar/ Özen, s.646; Oser/ Schönerberger, Art.419, N.26; Schmid/ Stöckli, N.2040; Suter, s.137; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11; Moser, s.181; Oser/ Schönerberger, Art.423 OR, N.3; Friedrich, s.24; von Tuhr, s.401; Arsebük, s.565; Schmid, GoA, N.836; Bucher, BT, s.262; Öz, s.74; Arkan Akbıyık, s.48; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.193; Özdemir, s.117. Aynı görüşte, BGer 97 II 169; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.10.2013.

¹⁰²⁴ Fikri mülkiyet düzenlemeleri kapsamında da lisans bedeli talep edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, § 6/ III. Ayrıca bkz. Linssen, s.353-358.

¹⁰²⁵ Huguenin, N.914; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.186; Holenstein, s.144; Lischer, s.179; Schmid, GoA, N.1333 vd.; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.10.

¹⁰²⁶ Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 25.2.2010, 11423/2165 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.02.2015).

¹⁰²⁷ Schmid, GoA, N.1297.

arasındaki kaymaları engellemek, haksız zenginleşmeyi tasfiye etmek ister¹⁰²⁸. Bu açıdan denkleştirici adaleti gerçekleştirme, iadeyi sağlama, düzeltme gibi işlevleri vardır¹⁰²⁹. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin ve yaptırımını olan menfaat devrinin ise bu tür bir denklik sağlama işlevi yoktur¹⁰³⁰. Bu kurumun amacı, hukuka aykırı şekilde elde edilen menfaatin, iş görende kalmasının uygun bulunmaması nedeniyle, gerçek hak sahibine verilmesi ve iş görenin masraf taleplerinin sınırlı tutulması suretiyle, bir başkasının hukuk alanına müdahale eden kişinin iki kere cezalandırılmasıdır. Yoksa bir malvarlığından diğerine değer kayması her zaman gerçekleşmemiş olabilir. Örneğin haksız zilyedin, mala yaptığı masraf, bütünüyle parçası teşkil ediyorsa, eşyanın mülkiyeti iş sahibinde olduğu için, artış doğrudan iş sahibinin malvarlığında gerçekleşmiştir. Bu örnekte haksız zilyedin malvarlığında herhangi bir artış söz konusu olmadığından, hak sahibinin malvarlığından, haksız zilyedin malvarlığına bir değer kaymasından da söz edilemez.

Bunlara ek olarak, sebepsiz zenginleşmede ne kusur ne de hukuk aykırılık unsurları aranmamaktadır¹⁰³¹. Bununla kastedilen, ehliysiz bir kişinin fiilinin ya da bir doğa olayının sebepsiz zenginleşmeye yol açabilmesidir¹⁰³². Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin kast ya da ağır ihmal derecesinde kusuru olması gerekir. Bu nedenle de iş görenin sınırlı da olsa fiil ehliyetini haiz olması gerekmektedir¹⁰³³. Başka anlatımla, ağır bir yaptırım olan menfaat devrinin söz

¹⁰²⁸ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.7; Edelman, s.80;

¹⁰²⁹ Edelman, s.86; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.10; Öz, s.10-13; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.308; André Bussy (çev. Gürsoy K.), İsviçre Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap), Ankara 1948, s.20; Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s.1-3; Ulusan, s.139; Öz, s.10; Ernst von Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", **Festschrift für Ernst Rabel**, Bd.I, Tübingen 1954, s.333.

¹⁰³⁰ Edelman, s.79; Birks, UWAL, s.22; Birks, Texas LR, s.1774.

¹⁰³¹ Schmid, GoA, N.1298; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.308; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.11. Serozan, bu kurumu haksız zenginleşme olarak nitelendirmekle birlikte, "haksız" ifadesinin, hukuka aykırılığa denk gelmediğini de açıkça ifade etmektedir. Bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.12. "Haksız" ifadesinin kapsamı ve neyin haksız zenginleşme sayılacağı hakkında bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.12.

¹⁰³² Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.313-314; Öz, s.20, dn.23.

¹⁰³³ Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.326.

konusu olabilmesi için kanun hukuka aykırılığın ve fiil ehliyetinin varlığını aramaktadır.

Son olarak bu iki talep temelinin tâbi olduğu zamanaşımı süreleri de farklıdır. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, TBK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi iken, sebepsiz zenginleşme TBK m.82 gereği iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir.

II. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeyi Diğer Talep Temellerine Dayalı Açıklayan Görüşlerin Değerlendirilmesi

A. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Varlığını Reddeden Görüş

Doktrinde yer alan eski bir görüşe göre, kendi menfaatine başkasının işini görme, vekâletsiz iş görme (ya da onun bir türü) değildir¹⁰³⁴. Bu görüş gereği, söz konusu müdahale haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre çözümlenmelidir. Nitekim vekâletsiz iş görmede, iş sahibinin menfaatine uygun hareket etme unsuru zorunlu görülmekte ve vekâletsiz iş görmenin hukuka uygun bir fiil olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰³⁵. Böylelikle söz konusu görüşün, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını reddettiği anlaşılmaktadır.

Elbette vekâletsiz iş görme, bir başkasının hukuk alanına, o kişinin menfaatine müdahaleye izin veren bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, bir

¹⁰³⁴ Özellikle Fransız hukuku açısından, Maurice Maruitte, **La Notion juridique de gestion d'affaires these**, Caen 1931, s.187; L Carrez, **La gestion d'affaires en droit civil français**, Lille 1911, s.63 (Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.57'den naklen). Alman hukukunda, Arthur Brückmann, **Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag**, Jena 1903, s.48, s.226; Friedrich Lent, **Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung**, Leipzig 1938, s.7,8.

¹⁰³⁵ Bu görüşe karşı Arsebük tarafından, sözleşme benzerlerinin ya da vekâletsiz iş görmenin hukuka uygun bir fiil olması gerektiği konusunda Fransız Medeni Kanunu'nda bir açıklık bulunmadığı itirazı ileri sürülmüştür. Bkz. Arsebük, s.533. Gerçekten de vekâletsiz iş görmenin hukuka uygun bir fiil olması gerektiği konusunda Fransız Medeni Kanunu'nda bir açıklık bulunmasa da, Fransız Medeni Kanunu'nun düzenlediği yer ve lafzı itibarıyla vekâletsiz iş görme kanuna uygun bir fiildir. Yukarıda yer alan görüşe katılmamakla birlikte, söz konusu eleştiri de yerinde görünmemektedir.

başkasının hukuk alanına yapılan müdahale sonucu iş gören kişinin menfaat elde etmesi halinde, ne sebepsiz zenginleşme hükümleri ne de haksız fiil hükümleri gerekli korumayı sağlayabilir¹⁰³⁶. Zira iş görenin, kendi menfaatine başkasının hukuk alanına müdahale etmesini engellemek, ancak daha ağır bir yaptırım olan menfaat devri sayesinde mümkün olur. Buna ek olarak, bir başkasına yardım etme niyetiyle başkasının işini gören kişiye, elde ettiği menfaati devretme borcu yükledikten sonra; kendi ya da üçüncü kişi menfaatine başkasının işini gören kişinin, elde ettiği menfaati, evleviyetle (*argumentum a fortiori*) devretmesi gerekir¹⁰³⁷. Son olarak, Türk ve İsviçre hukuk düzenleri bakımından, kendi menfaatine başkasının hukuk alanında iş görme, kanunla açıkça düzenlendiğinden, bu görüşün savunulması kanaatimce mümkün değildir.

B. Gerçek ve Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Arasında Ayrım Yapmayan Görüş

Bu görüşe gereği, iş görenin iradesinin kimin menfaatine iş görmeye yöneldiği önemli değildir. Bu açıdan objektif bir değerlendirme yaparak yalnızca başkasına ait işin görülmesi vekâletsiz iş görme için yeterlidir¹⁰³⁸. Başka deyişle, Roma hukukunda temellerini bulan "*animus negotia aliena*" şeklinde ifade edilen bir başkasına ait iş görme iradesine dayanan¹⁰³⁹ gerçek vekâletsiz iş görme – gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayrımı kabul edilmemektedir. Ancak iş sahibi ile iş görenin hakları ve borçları düşünüldüğünde, gerçek vekâletsiz iş görme hükümlerinin hepsinin, kendi menfaatine iş gören kişiye uygulanması yerinde olmayacaktır. Kanaatimce işin niteliği de buna engel olur. Bu hükümlerden ancak kıyasen yararlanmak mümkün olabilmelidir¹⁰⁴⁰. Roma hukukunda da, bir başkasına ait işi kendi menfaatine gören kişiye vekâletsiz iş görme hükümleri ancak kıyasen

¹⁰³⁶ Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Aşağıda, bkz. § I/ VI/ E, F.

¹⁰³⁷ Siems, s.46. Evleviyet ilkesi hakkında bkz. Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.6c.

¹⁰³⁸ Moser, s.105. Bu teori kendi içinde mutlak objektif teori ve hafifletilmiş objektif teori olarak ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Moser, s.105-109, s.114-118.

¹⁰³⁹ Bkz. § 1/ I/ B. Tarihi Gelişim.

¹⁰⁴⁰ Aşağıda bkz. § 3/ I/ A.

uygulandığı, iş görenin masraf talepleri için açacağı dava olan *actio contrario*'ya sınır getirildiği unutulmamalıdır¹⁰⁴¹.

C. Haksız Fiile Dayanan Görüş

Bir görüş uyarınca, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, sözleşmeden daha çok bir haksız fiil benzeridir¹⁰⁴². Ancak bu yaklaşımdan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin özel bir düzenlemenin olmadığı durumlarda, “kıyasen ve uygun olduğu ölçüde” uygulanması gereken hükümlerin, haksız fiil hükümleri olacağı sonucu çıkartılmalıdır. Yoksa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, haksız fiilin bir alt türü, çeşidi değildir. Bu sebeple doğrudan haksız fiil kurallarının uygulanması her zaman uygun olmayacaktır. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır¹⁰⁴³. Nitekim çoğu durumda, haksız fiil hükümleri dışında, örneğin haksız zilyetlik ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak suretiyle de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açıklığa kavuşturulmaktadır¹⁰⁴⁴.

D. Kanun Tarafından Kurulmuş Bir Sözleşme İlişkisine Dayanan Görüş

Bir diğer görüş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, “kanun tarafından kurulmuş *de facto* bir sözleşme ilişkisi” olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁴⁵. Kanaatimce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira ortada kanunun yarattığı bir borç ilişkisi mevcut olmakla birlikte, bunun sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesi için bir sebep ya da ihtiyaç yoktur. Nitekim sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanları ve iradelerin uyuşması gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede söz konusu değildir. Farazi irade uyuşması olduğu dahi söylenemez. Tam aksine, tarafların arasında bir irade uyuşması olmaması şarttır. Zira yasaklamaya aykırı ya

¹⁰⁴¹ Bkz. yukarıda, § 1/ I/ B. Nurcan İpek, Roma Hukukunda Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), **Argumentum**, C.I, S.11, 1991, s.168-171, s.169.

¹⁰⁴² Schmid, GoA, N.32; Hofstetter, s.177; Gautschi, Art.423 OR, N.2a; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.27; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.13.

¹⁰⁴³ Bkz. aşağıda, § 1/ III.

¹⁰⁴⁴ Aşağıda bkz. özellikle, § 3/ II/ D.

¹⁰⁴⁵ Schmid, GoA, N.36, dn.59.

da iş sahibi menfaatine olmayacak bir iş görme aranır. Gerçek vekâletsiz iş görme için bile eleştirilebilecek bu yaklaşımın, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

E. Sözleşmeye Dayanan Görüş

Bundan başka, Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen bazı özel hukuk düzenlemelerinin sistematığına bakıldığında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, sözleşme benzeri başlığı altında ya da borçlar kanunlarının özel hükümler kısmında düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir sözleşme benzeri olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanuni düzenlemelerin bu şekilde olmasının nedeni, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Roma hukukunda gerçek vekâletsiz iş görmenin sözleşme benzeri olarak anılması¹⁰⁴⁶ ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin Roma hukukunda aynı davalara tâbi tutulmasıdır¹⁰⁴⁷. Mevcut kanuni düzenlemeler bu konuda hala Roma hukukunun etkisi altındadır. Düzenlemenin yeri aşağıda ayrıntılı tartışma konusu yapılacaktır. Ancak şimdiden belirtmek gerekir ki, düzenlemenin yerine dayanarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, vekâlet sözleşmesine benzetmek gerekli olmadığı gibi doğru da olmayacaktır ¹⁰⁴⁸ . Nitekim güncel eğilimler bu yanlış konumlandırmanın da değişeceği yönündedir¹⁰⁴⁹.

F. Sonuç: Kanundan Doğan Bağımsız Bir Borç İlişkisi – Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

Son olarak bir görüş ise, kanaatimce de yerinde olarak, açıkça gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ne haksız fiil ne de sözleşme ilişkisi olduğunu ifade

¹⁰⁴⁶ Friedrich, s.21; Kaser, s.586; Seiler, s.332; Bermann, s.44; Oser/ Schönenberger, Art.419, N.1a; Guhl/ Merz/ Druey, s.503; Moser, Herausgabe, s.88, s.91; Zimmermann, s.434; Gautschi, Art.423 OR, N.2a; Von Caemmerer/ Schlechtriem (işleyen: Stoljar), Ch.17, s.9; Schmid, GoA, N.31; Koschaker/ Ayiter, s.255; Rado, s.172; Di Marzo (çev. Umur), s.431; Tahiroğlu/ Erdoğan, s.244; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.26-27.

¹⁰⁴⁷ Bkz. yukarıda, § 1/ III/ A.

¹⁰⁴⁸ Aynı yönde, Bermann, s.45; Moser, Herausgabe, s.93; Schmid, GoA, N.33.

¹⁰⁴⁹ Bkz. aşağıda § 1/ III/ A/ 2.

etmektedir¹⁰⁵⁰. Yukarıda yapılan kıyaslamalar da, bu kurumun, diğerlerinden önemli farklar taşıyan bağımsız bir borç kaynağı olduğunu kanıtlamaktadır¹⁰⁵¹. Alman hukukunda da yaklaşım aynı yöndedir¹⁰⁵².

III. Talep Temellerinin Bir Arada Bulunması Sorunu

Bazı durumlarda, hukuki sonuca sebep olan olay, birden çok hukuki kalıba girebilir. Başka deyişle, hukuka aykırı bir fiil haksız fiil oluşturabileceği gibi, sözleşmeye aykırılık da teşkil edebilir. Örneğin bir kişi yayıncı ile şiirleri yalnızca yüz adet basılmak ve satılmamak üzere anlaştığı halde, yayıncı şiirlerin çok satacağı inancıyla bin adet basmış ve satmış ise bu durumda, hem taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık, hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusudur. Zira olayda bir başkasının mutlak hakkına ilişkin hukuk alanına müdahale ederek iş görmek suretiyle menfaat elde edilmiştir. İşte bu halde, temel sorun hangi talep temeline ilişkin kuralların uygulanması gerektiğidir.

Genel olarak, talep temellerinin çokluğu söz konusu olduğunda üç olasılık mevcuttur. Talep temelleri yarışabilir, yığılabilir ya da talep temellerinden biri diğerini/ diğerlerini dışlayabilir¹⁰⁵³. Yarışma ile kastedilen, aynı maddi olguya birden fazla hukuki sonuç – kural – bağlanmış olmasıdır¹⁰⁵⁴. Bu durumda zarar gören bu sebeplerden herhangi birine dayanarak zararının giderilmesini talep edebilir¹⁰⁵⁵. Ancak bununla kastedilen, zararın birden fazla kez telafi edilmesi değildir. Başka deyişle, talep temelleri arasında yarışma kabul edildiğinde, mağdur/zarar gören talep temellerinden yalnızca birine ya da diğerine seçimlik olarak başvurabilir.

¹⁰⁵⁰ Schmid, GoA, N.30. Aynı yönde, Wyss, s.4.

¹⁰⁵¹ Bkz. yukarıda, § 5/ I. Aynı yönde, Suter, s.4; Lischer, s.9; Honsell, Haftpflichtrecht, s.224; Weber, Praxis, s.214; Schmid, GoA, N.33.

¹⁰⁵² Wittmann, s.124.

¹⁰⁵³ Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.57-67.

¹⁰⁵⁴ Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.60; Karacabey, 667; Kılıçoğlu, Tazminat, s.14.

¹⁰⁵⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.536; Kılıçoğlu, s.444; Serozan, Giriş I § 5, N.60; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 23, N.2; Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.478; Karacabey, 667.

Talep temellerinin yarışmasını kabul etmek için nimet-külfet dengesine bakmak gerekir. Bu şekilde yarışmanın ne zaman anlam kazandığı ortaya çıkacaktır. İki talep temeli arasında yarışmanın varlığını tespit etmek için basit bir denklemden yararlanılabilir. Sorumluluk gerekleri ağır ama bu ağır gerekleri yerine getirene daha avantajlı sonuçlar tanıyan kural ile sorumluluk gerekleri hafif ve bu nedenle de daha az avantajlı sonuçlar sağlayan kuralın yarışması anlamlıdır. Aşağıda talep temelleri arasında yarışmanın olup olmadığı değerlendirilirken bu denklemden faydalanılacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, yeni bir düzenlemeyle, bu tür bir yarışma durumunda, hâkime bir görev yüklemektedir. TBK m.60 gereği, zarar gören aksini istemiş olmadıkça¹⁰⁵⁶ veya kanunda öngörülmedikçe, hâkim, sorumluluk sebeplerinden zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermek yükümlülüğü altındadır¹⁰⁵⁷. Başka deyişle, hangi talep temeline başvurulacağına ilişkin seçim hakkı yine mağdura ait olmakla birlikte, bu tür bir seçim yapılmadığı durumda hâkime en avantajlı talep temeline göre karar verme yükümlülüğü yüklenmektedir. Bu düzenlemeden önce, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararında da, birden çok talep temelinin bir arada bulunması durumunda, hâkimin talep sahibi tarafın en lehine olan kanun hükmünü uygulaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ 2005 tasarısında, "zarar gören aksini istemiş olmadıkça" ifadesi yer almamaktaydı. Daha sonra TBMM Adalet Komisyonu tarafından madde metninde bu yönde bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe sebep olarak da, asıl hak sahibi olan zarar görenin, hangi sorumluluk sebebine dayanacağı hakkında söz sahibi olması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Yeniocak, s.71.

¹⁰⁵⁷ TBK m. 60'ın öngördüğü "en iyi giderim sağlama" kriteri eleştirilebilir bir ifadedir. Zira bu ifade, Türk hukuk uygulaması açısından gerçekçi olmaktan uzaktır. En iyi giderimi hangi hukuki talep temelinin sağlayacağına karar verebilmek için, her talep temelini, zamanaşımı, faizin işlemeye başlama anı, oranı, zararını ispat külfeti, kusuru ispat külfeti, sorumluluktan kurtuluş beyineleri gibi pek çok açıdan değerlendirmek gerekir. Hâkimden bu değerlendirmeleri ayrı ayrı yaparak hangi sonucun daha elverişli olduğuna karar verebilmesini beklemek gerçekçi olmaktan uzaktır. Bu konuda başkaca eleştiriler için bkz. Koçhisarlıoğlu/ Erişgin, s.1256.

¹⁰⁵⁸ YİBK, 4.6.1958, 15/6, RG, 01.10.1958, S.10021. Aynı yönde, Yarg. 3. HD., 4.2.2013, 23507/ 1533, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

Aslında düzenlemenin HMK m.33'te yer alan "Hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular" kuralına paralel olduğu ve çok da yeni bir kural getirmediği ifade edilebilir. Yargıtay'ın yukarıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nın da bu hükme paralel olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁵⁹. Zira medeni usul hukuku kapsamında maddi olayları bildirmek taraflara, hukuki nitelermeyi yapmak hâkime aittir¹⁰⁶⁰. Bununla birlikte, meselenin medeni usul hukuku boyutu açısından, tarafların dilekçelerinde uygulanması gereken hukuk kurallarını göstermelerine rağmen, hâkimin hukuki nitelendirme ile bağlı olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁶¹. Tarafların sebebi yanlış belirtmiş olmaları elbette hâkimi bağlamaz¹⁰⁶². Bununla birlikte, hâkimin hukuki nitelendirme ile bağlı olmama ilkesine, TBK m.60 hükmü, istisnai bir özel düzenleme getiriyor görünmektedir. Zira bu düzenleme gereği, zarar görenin bir sorumluluk temelini seçmiş olması durumunda, bu sorumluluğun şartları gerçekleşmiş ise hâkimin artık diğer sorumluluk temeline göre karar veremeyeceği sonucu ortaya çıkabilir. Ancak doktrinde yerinde olarak, davacının seçtiği sorumluluk temelinin şartları gerçekleşmemişse, hâkimin davanın hukuki sebebini resen takdir edebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁶³.

Talep temelleri arasında yığılma ise, birden fazla hukuki sonucun bir arada talep edilebilmesidir¹⁰⁶⁴. Başka deyişle, mağdur/ zarar gören, her iki talep temelinden doğan haklarını ileri sürmek suretiyle iki yoldan da tatmin edilir. Bir talep temelini, diğerini dışlaması ise, bir özel hüküm – genel hüküm¹⁰⁶⁵ ya da önceki kural – sonraki kural¹⁰⁶⁶ ilişkisinde söz konusu olabilir¹⁰⁶⁷. Özel hüküm, genel kuralın

¹⁰⁵⁹ Yılmaz, s.373.

¹⁰⁶⁰ Yarg. 1. HD, 18.10.2004, 10059/11449; , Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2012, s.360.Yarg. 13. HD, 4.4.2003, 12569/3985, Yılmaz, s.377.

¹⁰⁶¹ Yılmaz, s.360.

¹⁰⁶² Yılmaz, s.361.

¹⁰⁶³ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoglu Işintan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s.50; Yeniocak, s.71.

¹⁰⁶⁴ Kramer, s.112; Oftinger/ Stark, s.684; Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.57-67; Kılıçoğlu, Tazminat, s.14.

¹⁰⁶⁵ Genel hüküm-özel hüküm arasındaki ilişkinin katı kurallara bağlı olmadığı, menfaat hukukçuluğu yöntemi ışığında değerlendirilmesi gerektiği yönünde, yerinde olarak, Kramer, s.111; Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.65; Karacabey, s.671.

¹⁰⁶⁶ Bu ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kramer, s.112,113.

öngördüğü hukuki sonucu, belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran veya değiştiren kuraldır¹⁰⁶⁸. Başka deyişle, özel hüküm farklı şartlar ve sonuçlar getirmiş olabilir. Söz konusu şartların gerçekleştiği durumlarda, özel hüküm varken, aynı sonucu öngörmeyen genel hükme başvurmak, özel hükmü boşa döndürmek ve bazı durumlarda yasayı dolanmak olacaktır¹⁰⁶⁹. Bu nedenle dışlanan talep temeline başvurmak mümkün olmayacaktır.

A. Sözleşme ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

İlk anda, sözleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir arada bulunamayacağı düşünülebilir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, “yetkili olmama” unsuru bu yanlışlığa yol açabilir. Ancak tarafların arasında bir sözleşme olması, iş görenin, iş sahibinin hukuk alanına, yetkisi olmadan müdahale edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanaatimce, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sözleşmesel ilişki aynı anda mevcut olabilir¹⁰⁷⁰. Bir görüşe göre, bu durumda talep temelleri arasında yarışma söz konusu olur¹⁰⁷¹. Doktrinde bir diğer görüş ise, sözleşmeden kaynaklanan fiili zarar ve manevi zararın menfaat devri talebi ile yığılacağını; yoksun kalınan kâr ile menfaat devri talebinin ise yarışacağını ifade etmektedir¹⁰⁷².

Kanaatimce talep temelleri arasında, kural olarak yığılma söz konusudur. Bununla birlikte, yukarıda ifade edildiği üzere iki talep temelinin yaptırım bazında yığılması-yarışması gibi bir ayrım bu bağlamda amaca uygun değildir. Mahrum kalınan kâr ile menfaat devrinin yarıştığı ifadesi tam doğru olmamakla birlikte, bu iki yaptırımın aynı anda talep edilemeyeceği de açıktır. Bir zarar kaleminin iki kere tazmin edilmesi söz konusu olamaz. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede menfaat

¹⁰⁶⁷ Kramer, s.110; Gürsoy, s.173,174; Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.62; Karacabey, s.671.

¹⁰⁶⁸ Serozan, I § 5, N.62.

¹⁰⁶⁹ Kramer, s.110,111; Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.62.

¹⁰⁷⁰ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.171; Huguenin, N.913; Schmid/ Stöckli, N.2043.

¹⁰⁷¹ Holenstein, s.179; Chappuis, s.139; Huguenin, N.913; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.171; Schmid/ Stöckli, N.2043.

¹⁰⁷² Gümüş, C.II, s.241; Arkan Akbıyık, s.65, 66.

devri yaptırımının tatmin etmeye yöneldiği alan ile mahrum kalınan kârın tatmin etmeye yöneldiği alan aynıdır. Zira mahrum kalınan kâr, iş, iş sahibi tarafından yapılsaydı elde edilecek olan menfaate işaret eder ve bir zarar kalemidir. Menfaat devri de, işi, iş sahibi yapmışçasına, iş görenin elde ettiği menfaati devrettiği için, bu iki yaptırım aynı tatmin amacını güderler¹⁰⁷³. Bu nedenle söz konusu iki yaptırımın aynı anda var olması, haksız zenginleşmeye yol açacaktır. İş gören, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devri ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle fiili zararı ile manevi zararının tazminini talep edebilir. Mahrum kalınan kârı ise talep edemez, zira menfaat devri yaptırımı artık böyle bir zararın varlığını ortadan kaldırmıştır. Zarar olmadan, mahrum kalınan kâr için tazminat talep edilemez. Başka deyişle mahrum kalınan kârın talep edilememesinin nedeni, menfaat devri talep edildikten sonra, ortada mahrum kalınan bir kârın var olmamasıdır. Yoksa talep temelleri arasında bir yarışma yoktur.

Yığılmayı kabul ettikten ve mahrum kalınan kâra ilişkin çekinceyi koyduktan sonra, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin, yukarıda açıklandığı üzere işi özenli görme borcu olduğunu da hatırlatmak gerekir¹⁰⁷⁴. Bu halde, söz konusu özen borcuna aykırılıktan doğan bir zarar söz konusu ise, bu zararın tazmini zaten gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilebilir. Başka deyişle artık sözleşme ile yığılmasına da ihtiyaç kalmaz. Söz konusu davranış, aynı zamanda sözleşmeyi ihlal etse de, zararın bir kere tazmin edilmesi gereği çerçevesinde durumu değerlendirmek gerekir. Başka deyişle, söz konusu zarar, hem vekâletsiz iş görme çerçevesinde özen borcuna aykırılıktan hem de sözleşmeye aykırılıktan doğmuş ise, bu durumda, anılan zarar kalemi yalnızca bir kere, istenilen hukuki temelde tazmin edilebilecektir. Bu durumda, iş sahibi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde menfaat devri ve maddi/ manevi zararlarının tazminini talep edebilir. Bununla birlikte, teorik olarak, iş sahibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme

¹⁰⁷³ Ancak mahrum kalınan kardan farklı olarak, menfaat devrinde, iş sahibinin o işi yapıp yapmayacağı, söz konusu menfaati elde edip edemeyeceği önemsizdir.

¹⁰⁷⁴ Bkz. § 3/ I/ B/ 2/ b.

temelinde menfaat devri talep edip ardından sözleşme temelinde zararını talep edebilir. Ancak pratik açıdan bunun bir anlamı olmadığını ifade etmek gerekir. Zira her iki temele uygulanacak zamanaşımı da on senedir. Bu açıdan zararın tazmini için bir kuruma ya da diğerine (ve bu sırada farklı iki hukuki kuruma) başvurmak bir fark yaratmayacağı gibi usuli açıdan zorluk da yaratabilir.

Son bir olasılık ise, iş görenin hem özen borcuna aykırılıktan bir zararının meydana geldiği, hem de özen borcuna aykırılık teşkil etmese de, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlal edilmiş olması nedeniyle bir zararın meydana geldiği haldir. Bu halde, iş gören, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde, menfaat devri ve zararlarını talep edebilir; buna ek olarak, sözleşmeye aykırılıktan doğan (ama özen borcuna aykırılıktan doğmamış olan) zararlarını talep edebilir.

Örneğin, kiracının caiz olmayan bir alt kira yapması halinde, bu sebeple sözleşmenin feshedilmesinden doğan ya da evin kötü kullanılmış olmasından doğan zararlar söz konusu olabilir. Sözleşmenin feshedilmesinden doğan zararlar, işin özenli görülmesi ile ilgili olmadığından, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değil, ancak sözleşme kapsamında maddi zarar olarak talep edilebilir. Bununla birlikte, evin kötü kullanılmış olması, somut olayda işin özenli görülmemesinden (örneğin alt kiracının dikkatli seçilmemiş olmasından) kaynaklanıyorsa, bu zarar kalemi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devrinin yanında talep edilebilir. Bu zarar kalemi sözleşmeye aykırılık temelinde de talep edilebilir. Ancak bir hukuki temelde talep edildikten sonra, aynı konuda başka bir talep ileri sürülemeyecektir.

B. Haksız Fiil ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

Doktrinde haksız fiil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki ilişki tartışmalıdır¹⁰⁷⁵. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir haksız fiil benzeri olarak

¹⁰⁷⁵ Huguenin, Art.423 OR, N.915.

nitelendirilebilir. Yargıtay, bir başkasına ait araziden maden çıkarılmasına ilişkin bir olayda, hem haksız fiilin hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmektedir¹⁰⁷⁶. İş görme sonucu zarar da meydana gelmiş ise, artık haksız fiilin şartları da sağlanmış olacağından, talep temellerinin bir arada bulunması sorunu gündeme gelecektir¹⁰⁷⁷. Öğreti ve uygulama çoğunlukla söz konusu iki talep temeli arasında yarışmayı kabul etmekle birlikte, bunu farklı esaslara dayandırmaktadırlar.

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin patent ihlallerine ilişkin eski uygulamasına bakıldığında, menfaat devri talebinin, haksız fiil kapsamında değerlendirildiği görülmektedir¹⁰⁷⁸. Ardından Federal Mahkeme vermiş olduğu bir kararda, yerinde olarak, bu uygulamasını değiştirmiştir¹⁰⁷⁹. Kararda, farklı şartlara tâbi olduğu kabul edilen bu iki talep birbirinden ayırt edilmiştir.

Doktrinde bir diğer görüşe göre, tıpkı sözleşmede olduğu gibi, taleplerin yarışıp yarışmayacağına, tazminat ile menfaat devri ve mahrum kalınan kâr ile menfaat devri kıyaslanarak karar vermek gerekir¹⁰⁸⁰. Zira mahrum kalınan kâr ile menfaat devri talebinin yarıştığı ifade edilmektedir¹⁰⁸¹. Ortada bir fiili zarar ya da manevi zarar var olduğunda ise bu taleplerin menfaat devri talebi ile yığılacağı belirtilmektedir¹⁰⁸². Manevi zarar açısından, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebi ile haksız fiilden doğan manevi tazminat talebinin

¹⁰⁷⁶ YHGK, 7.9.1960, 4-52/ 230, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 27.11.2013.

¹⁰⁷⁷ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.173; Bucher, BT, s.261; Honsell, s.333; Gümüş, C.II, s.241; Schmid/ Stöckli, N.2043. Gauch/ Schmid, talep temelleri arasındaki bu yakınlık nedeniyle menfaat devri yaptırımının TBK m.52/II'nin kıyasen uygulanması sayesinde indirilebileceğini ancak konunun tartışmalı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.174-177.

¹⁰⁷⁸ BGer 63 II 277-280; BGer 29 II 179; BGer 35 II 659; BGer 45 II 208; BGer 49 II 519; BGer 63 II 280.

¹⁰⁷⁹ BGer 97 II 169. Aynı yönde, BGer 126 III 382.

¹⁰⁸⁰ Schmid, GoA, N.1279; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.175; Schmid/ Stöckli, N.2043; Weber, Gewinnherausgabe, s.336-338; Lischer, s.188,189; Arkan Akbıyık, s.63; Hatemi, Armağan, s.388.

¹⁰⁸¹ Chappuis, s.168; Schmid, GoA, N.1279; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.175; Lischer, s.188,189; Gümüş, C.II, s.241; Arkan Akbıyık, s.6 3; Hatemi, Armağan, s.388.

¹⁰⁸² Schmid, GoA, N.1280; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.176; Lischer, s.189; Fischer, s.69, s.120; Chappuis, s.168, 169; Gümüş, C.II, s.241; Arkan Akbıyık, s.63; Hatemi, Armağan, s.388; Hatemi, Borçlar Özel, s.114.

yığılacağı konusunda Türk, İsviçre öğretisinde¹⁰⁸³ ve İsviçre Federal Mahkeme uygulamasında¹⁰⁸⁴ görüş birliği vardır.

Bu konuda yukarıda sözleşme için yapılan tartışmalara atıf yapmak gerekir¹⁰⁸⁵. Kısaca tekrar etmek gerekirse, kanaatimce haksız fiil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talepleri yığılır. Bununla birlikte, menfaat devri yaptırımı, mahrum kalınan kârın talep edilmesine engel olacaktır. Zira, menfaat devri yaptırımı, mahrum kalınan kâra ilişkin zarar kalemini tatmin eder. Artık böyle bir zarar var olmadığı için mahrum kalınan kâr talep edilemez. Bu nedenle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devri talep edildikten sonra, haksız fiil temelinde yalnızca fiili zarar ile manevi zararın tazmini talep edilebilir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin, iş görme sırasında özen borcuna aykırı davranması nedeniyle bir zarar meydana gelmiş ise; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde menfaat devri ve zarar tazmini talep edilebilir¹⁰⁸⁶. Bu zararın kapsamına kısmen mahrum kalınan kâr da girer. Şöyle ki, menfaat devrine ek olarak, gerekli özen gösterilseydi elde edilecek olan menfaat ile elde edilmiş menfaat arasındaki fark, mahrum kalınan kâr olarak, yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bünyesinde talep edilebilmelidir¹⁰⁸⁷. Zararların gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilebilmesinin önemli bir sonucu, bu taleplerin, menfaat devri talebiyle birlikte 10 yıllık zamanaşımına tâbi olmasıdır¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ Werro, s.506; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.178; Schmid, GoA, N.1287; Serozan, Genel Hükümler, I § 5, N.58, dn.49; Arkan Akbıyık, s.63,64; Gümüş, C.II, s.241; Hatemi, Armağan, s.387.

¹⁰⁸⁴ BGer 129 II 425; BGer 133 III 157.

¹⁰⁸⁵ § 5/ II.

¹⁰⁸⁶ Elbette maddi tazminatın belirlenmesi hususunda, haksız fiil hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰⁸⁷ Örneğin bir kişiye ait işin görülmesi sonucu 10 TL menfaat elde edildiği kurguda, eğer gerekli özen gösterilseydi 12 TL menfaat elde edilebilecek ise, bu durumda aradaki 2 TL'lik fark, mahrum kalınan kâr olarak talep edilebilmelidir.

¹⁰⁸⁸ Aynı yönde, Suter, s.56; Aeby, s.96. Bu zararların tazmininin haksız fiil zamanaşımına tâbi olması gerektiği yönünde, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.231. Zira Tandoğan, zararların tazmininin temelini gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede değil, haksız fiilde bulmaktadır. Bu açıdan görüş kendi

Son bir olasılık ise zararın, iş görmede özensiz davranış sebebiyle meydana gelmemekle birlikte, bir başka kusurlu davranışla meydana gelmesidir. Bu halde haksız fiil temelinde zararın tazmini söz konusu olur. Ancak işin görülmesi sırasında özen borcuna aykırı davranış aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyor olabilir. Bu halde zarar bir kere gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edildi ise, artık haksız fiil temelinde talep edilemez. Burada sorun yığılma/ yarışma değil, zararın bir kere tazmin edilebilmesine ilişkindir.

C. Sebepsiz Zenginleşme ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme de bir arada bulunabilir. Bu halde talep temelleri arasındaki ilişki aşağıda incelenecektir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme – özellikle müdahale zenginleşmesi (*Eingriffskondiktion*)¹⁰⁸⁹ – birbirine yakın durmaktadır¹⁰⁹⁰. Öyle ki İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, geniş anlamda sebepsiz zenginleşme başlığı altında ancak klasik sebepsiz zenginleşmenin şartlarından farklı olarak düzenlemektedir¹⁰⁹¹.

içinde tutarlıdır. Her iki talep temelinin aynı uzunlukta zamanaşımı süresine tâbi olduğu yönünde, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.177. Zamanaşımı hakkındaki tartışma ve değerlendirme için bkz. § 3/ III.¹⁰⁸⁹ Müdahale zenginleşmesi ile kastedilen, bir kişinin malı veya alacağı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunma, başkasına ait malı tüketme, başkasının malından yararlanma, işleme, karışma gibi yollarla onu mülk edinmedir. Baygın, s.586; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.183; Serozan, § 24, N.22; Ulusan, s.11; Baygın, s.586.

¹⁰⁹⁰ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.179; Schmid, GoA, N.1325; Lischer, s.177, s.180; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.9,10; Schmid/ Stöckli, N.2058; Honsell, s.332.

¹⁰⁹¹ Fakirleşme şartını aramayan görüş kapsamında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, müdahale zenginleşmesi kapsamında ele alınması ifade edilebilirse de, Serozan açıkça müdahale zenginleşmesi kurumunun yanında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de ihtiyaç olduğunu belirtmektedir. “Öyle ki müdahale zenginleşmesi BK 414 kuralında düzenlenmiş gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle özdeşleştirilmesin.” Serozan, Haksız Zenginleşme, § 26, N.3. Özellikle iyiniyetli iş görmelerin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak kabul edilemeyeceği ve müdahale zenginleşmesi kapsamında değerlendirileceği göz önünde bulundurulduğunda, her iki kurumun şartlarındaki farklılığa ve birbirlerini tamamlayıcı oluşuna dikkat çekmek gerekir. Bu iki kurumun tamamlayıcı olabileceği yönünde, Sungurbey, Eleştiri, s.415; Öz, s.41-42; Eren, s.852; Hofstetter, s.197; Guhl/ Merz/ Druey, s.506; Gautschi, Art.420, N.16a. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısında olduğu gibi, geniş anlamı ile sebepsiz zenginleşme başlığı altında, dar anlamda sebepsiz zenginleşme şartlarından farklı olarak düzenlenmesi mümkündür.

Ancak bundan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ihtiyaç olmadığı ve sebepsiz zenginleşmenin onun yerini tutabileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere¹⁰⁹², OR 2020 Tasarısında da, üst başlık sebepsiz zenginleşme olmakla birlikte gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme şartlarından ve sonuçlarından ayrı olarak düzenlenmiştir. Ayrı şartları ve sonuçları haiz olduğu içindir ki sebepsiz zenginleşme ile yarışması bu başlık altında incelenecektir.

1. Sebepsiz Zenginleşmenin Tâli Niteliği Tartışması

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sebepsiz zenginleşme ile yarışması tartışmasına başlamadan önce, sebepsiz zenginleşmenin tâli niteliği hakkındaki görüşlere yer vermek gerekir. Doktrinde bir görüşe göre, sebepsiz zenginleşme tâli bir talep temeli olduğundan; aynı olayda sözleşme ya da haksız fiil gibi diğer bir talep temeli mevcut ise, sebepsiz zenginleşmeye başvurulamaz¹⁰⁹³. Bu görüşün, doğası itibariyle sebepsiz zenginleşmenin diğer talep temelleriyle yarışmayacağını kabul ettiğini ifade etmek gerekir¹⁰⁹⁴. Diğer bir görüş ise, sebepsiz zenginleşme kurumunun da, diğer talep temelleri gibi bağımsız olduğunu ve bu tür bir tâli niteliği olmadığını ifade etmektedir¹⁰⁹⁵. Kanaatimce de sebepsiz zenginleşmenin tâli bir niteliği yoktur. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme ya da haksız fiilin varlığının sebepsiz zenginleşmenin şartlarının gerçekleşmesine engel olabileceğidir. Bu tür bir durumda, sebepsiz zenginleşme, tâli olduğu için değil ama şartları gerçekleşmediği için uygulama alanı bulamayacaktır¹⁰⁹⁶. Örneğin istihkak davasının açılacağı durumlarda, sebepsiz zenginleşme kökenli bir iade davası

¹⁰⁹² Bkz. § 1/ VI.

¹⁰⁹³ Oser/ Schönerberger, Art.62-67, N.1; Oertmann, § 812, s.1334; Guhl/ Merz/ Kummer, s.196; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.735; Kılıçoğlu, s.506. Becker ise tüm talep temellerinin değil, yalnızca bazılarının sebepsiz zenginleşmeyi engelleyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Becker, Art.62-67, N.3-4 vd.

¹⁰⁹⁴ Talilik hususunda bir açıklama yapmamakla birlikte, vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşmenin yarışamayacağı yönünde, Karacabey, s.681.

¹⁰⁹⁵ Arkan Akbıyık, s.74; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.335; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.21,22; Öz, s.61; Eren, s.843; Ennecerus/ Lehmann, § 221, I/ 5, s.850; Fikentscher/ Heinemann, § 101, IV.

¹⁰⁹⁶ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.22; Öz, s.61; Arkan Akbıyık, s.75. Örneğin sözleşme talep temeli ile sebepsiz zenginleşmenin yarışması mümkün değildir.

açılmaz¹⁰⁹⁷. Bundan başka, ortada başvurulabilecek bir sözleşme varsa yine sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez¹⁰⁹⁸.

2. Yarışma

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme aynı olayda bir arada bulunabilir¹⁰⁹⁹. Özellikle müdahale zenginleşmesi olarak karşımıza çıkabilecek bu durumda, öğretide baskın görüş taleplerin yarışacağını kabul etmektedir¹¹⁰⁰. Federal Mahkeme de aynı görüştedir¹¹⁰¹.

Sebepsiz zenginleşme ile vekâletsiz iş görme kurumlarının birbirinden ayrılması öğretide uzun tartışmalara yol açmış bir husustur¹¹⁰². Söz konusu iki kurumun ayırt edilmesinin, yarışmanın kabulü sonucunda pratik öneminin kalmadığını vurgulamak gerekir. Sebepsiz zenginleşmede, fakirleşme şartının kabul edildiği görüş bağlamında¹¹⁰³, özellikle müdahale yolu ile sebepsiz zenginleşmelerde, TBK m.530 gereği fakirleşme üst sınırını aramayan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanmak ve menfaat devrini talep etmek iş sahibi/ fakirleşen açısından avantajlı olacaktır¹¹⁰⁴. Fakirleşme şartının aranmadığı görüş kapsamında¹¹⁰⁵ da, iyiniyetli iş

¹⁰⁹⁷ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.20; Öz, s.61.

¹⁰⁹⁸ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.21

¹⁰⁹⁹ Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey, N.1517a; Huguenin, N.914; Bucher, BT, s.261; Honsell, s.333; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23.

¹¹⁰⁰ Huguenin, N.914; Schmid, GoA, N.1337; Schwenger, OR, N.59.18; Honsell, s.333; Bucher, BT, s.262; Hofstetter, s.183; Holenstein, s.188; Schmid/ Stöckli, N.2041; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.182; Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey, N.1517a; von Tuhr/ Peter, s.521-523; Öz, s.74; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.341; Öz, s.74; Arkan Akbıyık, s.73,74; Aybay/ Hatemi, § 9, N.9; Eren, s.853; Baygın, s.596; Kılıçoğlu, s.505; Gönen, s.208; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23.

¹¹⁰¹ BGer 129 III 422; BGer 133 III 153; BGer 126 III 382.

¹¹⁰² Uygun çözüm için bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23-24.

¹¹⁰³ Guhl/ Merz/ Koller, s.205; von Tuhr/ Peter, s.472 vd.; Oser/ Schönenberger, Art.62, N.7; Chappuis, s.77; Nomer, N.140; Yavuz, s.800; Oğuzman/ Öz, C.II, s.323,324; Hatemi, Armağan, s.386; Kılıçoğlu, s.507; Hatemi, Borçlar Özel, s.117; Akıntürk/ Ateş Karaman, Borçlar, s.106; Öz, s.40.

¹¹⁰⁴ Oysa fakirleşme şartını arayan görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi, yalnızca fakirleşmenin gerçekleşmediği durumlara özgülemekte ve sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi birbirini tamamlayan iki kurum olarak görmektedirler. Öz, s.41,42. Aynı yönde, Eren, s.862; Hofstetter, s.197; Guhl/ Merz/ Druey, s.506; Gautschi, Art.420, N.16a. Ancak bu görüş, yukarıda açıkladığımız çözüm yolu ile çelişir nitelikte değildir. Dikkat edilmesi gereken husus, elbette gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kötüniyeti ararken, sebepsiz zenginleşmenin bunu bir şart olarak değerlendirmiyor oluşudur.

gören, zaten gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamına dâhil olmayacaktır. Kötüniyetli iş gören ise, objektif zenginleşmenin üzerinde kalan kısmı da kapsar şekilde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanarak menfaat devri talep edebilecektir¹¹⁰⁶. Her iki görüş açısından da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin avantaj sağlayabileceği açıktır.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir kişiye ait fikri mülkiyet hakkına müdahale etme durumu söz konusu olduğunda, bu hususun müdahale eden tarafı zenginleştireceği açıktır. Bu durumda, taraflar arasında bir sözleşme olmadığı için sebepsiz zenginleşme kapsamında talep edilebilecek olan makul bir lisans bedelidir¹¹⁰⁷. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurulursa, bu fikri mülkiyet hakkının ihlali suretiyle görülen iş sonucu elde edilen tüm menfaat talep edilebilecektir. Elbette talep temelleri yarıştığı için, iş sahibi, müdahale zenginleşmesi ya da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talep temellerinden yalnızca birini tercih edebilir¹¹⁰⁸. Başka deyişle, ya makul lisans bedeli ya da elde edilen menfaatin devri talep edilebilir¹¹⁰⁹.

Talep temelleri yarıştığı için, iş sahibi sebepsiz zenginleşmeye dayandığında, iş görenin masraf taleplerinin de sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep edilebileceği unutulmamalıdır¹¹¹⁰. Ayrıca menfaat devri talebi sebepsiz zenginleşme talep temelinde söz konusu olmayacaktır¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ Serozan, Haksız Zenginleşme, §24, N.18 vd; Lischer, s.178; Schmid, GoA, N.1333.

¹¹⁰⁶ Serozan, Haksız Zenginleşme, §24, N.18; Lischer, s.178; Schmid, GoA, N.1333.

¹¹⁰⁷ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.186; Holenstein, s.144; Lischer, s.179; Schmid, GoA, N.1333 vd.; Huguenin, N.914; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.10.

¹¹⁰⁸ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.187

¹¹⁰⁹ Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 25.2.2010, 11423/2165 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.02.2015).

¹¹¹⁰ Schmid, GoA, N.913.

¹¹¹¹ Schmid, GoA, N.1335; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.185; Holenstein, s.114; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3. Aynı görüşte, Federal Mahkeme kararları için bkz. BGer 133 III 153; BGer 119 II 40 vd.

D. Eşya Hukuku Kaynaklı Talepler ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

1. Kötüniyetli Haksız Zilyetlik

Bir eşya üzerindeki zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya gerekli özeni sarf etmiş olsaydı bunu bilebilecek olan zilyet kötüniyetli zilyettir¹¹¹². Kötüniyetli haksız zilyetlik ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasında benzerlik fazladır. Başkasına ait bir eşya ile ilgili iş görüldüğü durumlarda, kötüniyet şartı da yerine geldiğinden, hem gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hem de haksız zilyetlik durumu meydana gelebilir. Bu çalışmada, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede özellikle masraflar konusunda kötüniyetli haksız zilyetlik hükümlerinden yararlanılmış olmasının da temelinde bu yakın ilişkinin yattığını hatırlatmak gerekir¹¹¹³. Başka deyişle, iş gören, başkasına ait bir şeye zilyet olmak suretiyle iş görüyorsa, aynı zamanda kötüniyetli haksız zilyet olarak değerlendirilebilir¹¹¹⁴. Ancak haksız zilyetlik ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme aynı somut olayda bir arada bulunduğu, talep temelleri arasındaki ilişkinin ne olacağı tartışmalıdır.

Birden fazla sorumluluk temelinin somut olayda bir arada bulunması, her zaman bu taleplerin yarışacağı anlamına gelmemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, yarışmayı kabul etmek için nimet-külfet dengesine bakılır. Başka deyişle, sorumluluk gereklilikleri daha ağır ama daha avantajlı sonuçlar doğuran bir talep temeli ile sorumluluk gerekleri daha hafif ve bu nedenle de daha az avantajlı sonuçlar doğuran bir talep temeli arasında yarışmayı kabul etmek, yarışma kurumuna anlam kazandırır. Haksız zilyetlik kuralları ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yarışıp yarışmadığı da bu denklem uygulanarak çözümlenmeye çalışılacaktır.

¹¹¹² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.127.

¹¹¹³ Bkz. § 3/ D/ 1.

¹¹¹⁴ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.193; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.313.

Ancak talep temelleri arasındaki yarışma sorununu çözümlmek için hangi iki talebin incelenmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira Yargıtay, yarışma konusunda, açıklanacak İctihadı Birleştirme Kararı'nda, ecrimisil talebi ile TBK m.530'dan doğan menfaat devri talebi arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Oysa incelenmesi gereken TBK m.530'dan doğan menfaat devri talebi ile TMK m.995'ten doğan menfaat devri (elde edilen ürünler) talebidir. Bu nedenle aşağıda, kullanma çıkarından doğan ecrimisil talebi ile elde edilen ürünlerin talep edilmesinin TBK m.530 ile ilişkileri ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Kullanma Çıkarlarından Doğan Sorumluluk (Ecrimisil) ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme İlişkisi

aa. Ecrimisil Talebinin Hukuki Temeli Hakkında Görüşler ve Bu Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kötüniyetli haksız zilyedin, eşyayı kendisinin kullanması sonucunda, uygulamada ecrimisil olarak anılan¹¹¹⁵ bir kullanma karşılığı ödemesi gerektiği doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmekle¹¹¹⁶ birlikte, bu talebin temelini ne olduğu

¹¹¹⁵ Eski hukukta ecrimisil hakkında bilgi için bkz. Hatemi/ Aybay, § 9, N.7.

¹¹¹⁶ Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.83; Stark, Art.940 ZGB, N.21; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.216; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.129; Ünal, s.152; Serozan (Hatemi/ Arpacı), Eşya, s.298; Ayan, s.135; Aybay/ Hatemi, § 9, N.5-6; Ünal/ Başpınar, s.282; Sirmen, s.118; Serozan, Eşya, s.194 vd.

tartışmalıdır. Bu tartışma sonucunda ortaya konacak kanaat, yarışma konusunda yol gösterici olacağından kısaca doktrinde yer alan görüşlere yer verilecektir¹¹¹⁷.

Bilindiği üzere TMK m.995, kötünietli haksız zilyet için bir kullanma karşılığından bahsetmemektedir. Ancak doktrinde bir görüş, ecrimisilin, TMK m.995'te yer alan "elde edilen ürün" kapsamında olduğunu ifade etmektedir¹¹¹⁸. Bir diğer görüş ise ecrimisil talebinin, "elde edilmesi ihmal edilen ürün"e dâhil olduğunu kabul etmektedir¹¹¹⁹. Ancak ecrimisilin bu kapsamda değerlendirilip talep edilebilmesi için eşyanın "ürünlendirebilir" olması aranmaktadır. Başka deyişle, haksız zilyetlik konusu şey ürün getirebiliyor ise, kötünietli haksız zilyet bunu kendi kullanarak, ürün elde etmeyi ihmal etmiş sayılacaktır. Ancak ecrimisil haksız zilyetten, söz konusu eşyayı kullandığı için talep edilen bir yaptırımdır. Bu nedenle kanaatimce ürün kapsamında sayılmamalıdır.

Doktrinde ecrimisil talebini sebepsiz zenginleşme ya da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayandıran görüşler de vardır¹¹²⁰. Bir diğer görüş ise, ecrimisilin talep edilmesi konusunda, kanunda bir boşluk bulunduğunu ve bu nedenle hâkimin boşluğu TMK m.1'den faydalanarak doldurması gerektiğini ifade etmektedir¹¹²¹. Bunu yaparken de yukarıda yer alan kurumların tümünden yararlanılabilecektir. Zira söz konusu kurumlardan birini mutlak olarak tercih etmenin uygun olmadığı belirtilmektedir¹¹²².

¹¹¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, s.267 vd.; Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.299 vd.

¹¹¹⁸ Stark, Art.940 ZGB, N.21; Sungurbey, Kullanma Karşılığı, s.87-89; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.220; Reisoğlu, Eşya, s.106.

¹¹¹⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.133; Ünal, s.152; Sirmen, s.118; Kutay, s.868.

¹¹²⁰ Sebepsiz zenginleşme için bkz. Serozan (Hatemi/ Arpacı), Eşya, s.298; Serozan, Eşya, s.195; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.26; Ayan, s.135. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için bkz. Aybay/ Hatemi, § 9, N.9.

¹¹²¹ Ayan, s.135; Saymen/ Elbir, s.123.

¹¹²² Serozan (Hatemi/ Arpacı), Eşya, s.299; Ahmet Akgündüz, "İslam Hukukunda Ecrimisil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Tesirleri", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, Y.1984, s.352.

Yargıtay ise eski tarihli bir kararında bunun bir haksız fiil tazminatı olduğu yönünde görüş bildirmektedir¹¹²³. Bununla birlikte, yakın tarihli kararlarında görüldüğü üzere, bu görüşten ayrılmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda, dava konusu taşınmazı haksız yere kullanan kişiden talep edilen ecrimisil bedelini şöyle bir formüle oturtmuştur. Buna göre, davacı TMK m.995 gereği şeyin iadesini talep edebilir ve buna ek olarak TBK m.530 (BK m.414) gereği ecrimisil talep edebilir. Bu kararda sunulan çözüme katılmak mümkün görünmemektedir. TMK m.995'in özel bir düzenleme olduğunun kabulü bir yana, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m.530 (BK m.414) hükmü, ecrimisil talebini düzenlememektedir. TBK m.530 kuralı elde edilen net menfaatin devrine ilişkindir¹¹²⁴. Bu nedenle doğrudan ecrimisil talebine temel teşkil etmesi mümkün olmaz. Ecrimisil talebi ile menfaat devri talebi aynı şey değildir. Kanaatimce sorun, aşağıda açıklanacağı üzere, haksız zilyetlik hükümleri kapsamında bir bütün olarak çözüme kavuşturulabilir.

Doktrinde diğer bir görüş, yerinde olarak, TMK m.993'ün karşıt anlamından yararlanılabileceği ileri sürmektedir¹¹²⁵. Gerçekten de TMK m.993'de, iyiniyetli haksız zilyedin, bir kullanma karşılığı vermeyeceği vurgulanmaktadır. Bu hükmün karşıt anlamından, haksız zilyedin bu tür bir kullanma karşılığı vermesi gerektiği sonucu çıkartılabilir.

Gerçekten de ecrimisil talebinin temeli, TMK m.993'ün karşıt anlamından çıkartmak, yukarıda sunulan çözümlerden daha anlamlı ve sonuç odaklı görünmektedir. Bu hükmün uygulanmasının doğal sonucu olarak ecrimisil talebinin, TMK m.995'te ifade edilen "elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünler" kapsamında olmadığını vurgulamak gerekir. Zira anılan talepler birbirinden farklıdır. Ecrimisil

¹¹²³ YİBK, 8.3.1950, 22/4, RG 9.6.1950, S.7528. Buna rağmen Yargıtay haksız fiil zamanaşımını uygulamamakta, ecrimisili kira bedeline benzeterek beş yıllık zamanaşımını uygulamaktadır. Bu yaklaşımın tutarlı olmadığı açıktır. Aynı yönde, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.132.

¹¹²⁴ Net menfaat hakkında bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ cc.

¹¹²⁵ Özen, s.271, Keller, s.55-56.

bedeli, objektif ölçüt kabul edildiğinde, kötünietli haksız zilyedin elinde bulunan eşya, ekonomik bakımdan tahsis amacına uygun olarak kullandırma sözleşmesine konu edilseydi, piyasa koşullarına göre ne kadar bir kira bedeli ödeneceği araştırılarak bulunur¹¹²⁶. Yargıtay da, bu hesaplama açısından aynı görüştedir. Zira ecrimisil talebi için rayiç kira bedeli araştırması yaptığı ve bu görüşe doğrudan atıf yaptığı kuralları mevcuttur¹¹²⁷. Elde edilen ürünler ise menfaat devrinin bir özel görünümü olup, somut olarak gerçekten elde edilen kira bedelinin devrini gerektirir, soyut bir araştırmaya gidilmez.

Böylelikle ecrimisil talebinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede menfaat devri talebi ile ilişkisi – aslında bağlantısız olduğu – daha rahat anlaşılır. Nitekim, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, menfaat devri yaptırımının karşılığı, TMK m.995'te yer alan, elde edilen ürünlerin devridir¹¹²⁸. Ecrimisil talebinin, elde edilen ürün kapsamında kabul edilmemesi sonucunda, bu talebin, menfaat devri talebinden ayrı ve bağımsız bir talep olduğu ortaya çıkmaktadır. Aşağıda açıklanacak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bu sonuç dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

bb. Yargıtay Uygulaması – Yarışma?

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, TMK m.995'den doğan ecrimisil talebi ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebi yarışır¹¹²⁹. Hemen belirtmek gerekir ki, bu karar, yalnızca ecrimisil talebine ilişkindir. Yargıtay, TMK m.995 ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki ilişkiyi incelememektedir. Oysa yığılma-yarışma sorununun, söz konusu iki talep açısından ele alınması gerekirdi.

¹¹²⁶ Sirmen, s.120; Özen, s.272; Staudinger/ Gursky, § 987, N.8

¹¹²⁷ YHGK, 12.3.2008, 5-243/246; Yarg. 3. HD, 29.3.2004, 2822/2813. Aynı yönde, İnceoğlu, C.I, s.52.

¹¹²⁸ TMK m.995 gereği, elde edilen ürünlerin yanında elde edilmesi ihmal edilen ürünler de menfaat devri kapsamında talep edilebilir. TBK m.530 kapsamında elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin talep edilmesi ise ancak işin özensiz görülmesi sonucu bir zararın ortaya çıkması halinde, yani ancak tazminat hukuku kapsamında mümkündür.

¹¹²⁹ YİBK, 4.6.1958, 15/6, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve özel dairelerinin de aynı yönde kararları mevcuttur¹¹³⁰. Hukuk Genel Kurulu'na konu olayda, davalı elbirliği mülkiyetine tâbi bir taşınmazı kiraya vermiştir. "Ecrimisil" talebi içeren dava, diğer malikler tarafından açılmıştır. Yargıtay açıkça, bu tür bir durumda, davacının TMK m.995 temelli bir taleple kira bedellerini isteyebileceği gibi, TBK m.530 gereği de isteyebileceğini ifade etmektedir¹¹³¹.

Söz konusu olaylarda, Yargıtay'ın bu hususu tartışmasındaki etken, ecrimisil talebinin beş yıllık zamanaşımının dolmuş olmasıdır. Bu bakımdan Yargıtay, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmek suretiyle, zamanaşımının dolduğu iddialarını reddetmektedir. Talep temellerinin yarışacağı görüşü kabul edilirse, iş sahibi haksız zilyedin iade borcuna başvurduğu durumlarda, iş görenin masraf taleplerinin de haksız zilyetlik hükümlerine dayanacağı unutulmamalıdır¹¹³². Sonuç olarak Yargıtay uygulaması, ecrimisil ile TBK m.530'dan doğan menfaat devri talebinin yarışacağı yönündedir.

cc. Değerlendirme

Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na ve bunu takip eden uygulamaya bazı noktalarda katılmak mümkün değildir¹¹³³ ve bu nedenle kararlar ayrıntılı bir inceleme gerektirir. Öncelikle, kanaatimce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebi ile TMK m.995'ten doğan ecrimisil talebinin kıyaslanmasının dahi yerindeliği tartışılmalıdır. Nitekim, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve bundan doğan menfaat devri talebi, özel olarak TMK m.995'te zaten düzenlenmektedir. Bu hüküm aşağıda ayrıntılı incelenecek ise de bir özel hüküm olduğu sonucu şimdiden belirtilmelidir. Başka deyişle, kararda incelenmesi gereken, ecrimisil talebi ile TMK m.995'ten doğan menfaat devri talebi olmalıyken, TMK

¹¹³⁰ YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400; YHGK 20.9.2006 3-549/558, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013. Aynı yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.3003, 14214/14097, Hukuktürk İçtihat Bankası, 06.03.2014.

¹¹³¹ YİBK, 4.6.1958, 15/6, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013.

¹¹³² Schmid, GoA, N.914.

¹¹³³ Aynı yönde, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.130.

m.995 menfaat devri talebini hiç düzenlememiş gibi, TBK m.530'da yer alan genel hükümle bir kıyaslamaya gidilmesi yerinde değildir.

Buna ek olarak, ecrimisil talebi ile "elde edilen ürünler" şeklinde ifade edilen menfaat devri talebi, birbirinin yerini tutan ve aynı kişilere (bizzat kullanan ve kiraya veren) karşı ileri sürülen talepler olmadıkları için "yarışma" bahsinde kıyas konusu edilmemeleri gerekir. Yukarıda ifade edildiği üzere, iki talep temeli arasında yarışmanın varlığını aramak ve bu varlığa anlam kazandırmak için bir denklemden yararlanılır. Sorumluluk gerekleri ağır ama bu ağır gerekleri yerine getirene daha avantajlı sonuçlar tanıyan kural ile sorumluluk gerekleri hafif ve bu nedenle de daha az avantajlı sonuçlar sağlayan kuralın yarışması anlamlıdır. Ancak bu denklem, bir kişinin, birden fazla talep temelinde sorumlu olacağı kurgu için söz konusu olur. Halbuki TMK m.993'ün mefhumu muhalifinden doğduğu kabul edilen ecrimisil talebi, söz konusu şeyi bizzat kullanan kişiye karşı yöneltilirken¹¹³⁴; TMK m.995'ten doğan elde edilen ürünler şeklinde menfaat devri talebinin şeyi bizzat kullanan kişiye yöneltilmez.

Yargıtay'a konu olan karardaki somut olaydan örnek vermek gerekirse, davalı kiraya veren, bir başkasına ait konutu kiraya vermektedir. Bu suretle de kiracıdan kira bedeli elde etmektedir. Burada kiracı – konutu bizzat kullanan kişi olarak – haksız zilyettir; aynı şekilde, kiraya veren de haksız zilyettir¹¹³⁵. Her iki haksız zilyedin de kötüniyetli olduğu bir kurguda, ecrimisil talebi kiracıya yöneltilmesi gereken bir talep iken, TMK m.995'ten doğan menfaat devri talebinin kiraya verene yöneltilmesi gerekir. Benzer şekilde, caiz olmayan alt kira gerçekleştiğinde de, asıl kiracıdan (haksız zilyet olmadığı için TMK m.995 gereği değil) TBK m.530 gereği menfaat devri talep edilebilecek iken; alt kiracıya yöneltilecek talepler TMK m.993 kapsamında ecrimisil talebi olur.

¹¹³⁴ Özen, s.270.

¹¹³⁵ Homberger, Art.939, N.6; Özen, s.61.

Sonuç olarak haksız zilyetlik düzenlemelerinden, kullanma karşılığı (TMK m.993) yanında menfaat devri talebi (TMK m.995) de doğmakta ve bu talepler ayrı kişilere yönlendirilebilen talepler olmaktadır. Elbette hak sahibinin, kiracıdan ecrimisil talep ettikten sonra, kiraya verenden talep edebileceği menfaat devri, kiraya verenin elde ettiği brüt menfaatten (somut olaydaki toplam kira bedellerinden) kiracının ödediği ecrimisil bedeli çıkartıldıktan sonra kalan kısım olur. Zira net menfaat bu şekilde elde edilmiş olur. Yoksa hak sahibi, hem ecrimisil hem de elde edilen tüm menfaati talep edemez¹¹³⁶. Ya yukarıda ifade edildiği üzere, ecrimisil talep ettikten sonra kiraya verenden brüt menfaatten ecrimisilin çıkarılması sonucu elde edilen fark talep edilir; ya da yalnızca kiraya verenden elde ettiği menfaat talep edilebilir.

Söz gelimi, 1000 TL rayiç kira bedeli olan bir taşınmazı, malikten başka bir kişinin 1500 TL'ye kiraya vermesi halinde, hem ecrimisil hem de menfaat devri talep edilebilirse, malik 2500 TL elde etmiş olacaktır. Oysa yapılması gereken, ya ecrimisil olarak 1000 TL'nin talep edilip, ardından net menfaat olarak 500 TL'nin talep edilmesi ya da doğrudan kiraya verenden 1500 TL'nin menfaat devri olarak talep edilmesi olmalıdır. Zira ecrimisil bedeli olarak talep edilen 1000 TL'yi, kiraya veren kişi, zorunlu masraf kalemi olarak brüt menfaatten düşebilmelidir.

Kiraya verenden talep edilecek menfaat devrinin on yıllık¹¹³⁷ buna karşılık ecrimisil talebinin Yargıtay'ın uygulaması sonucu beş yıllık zamanaşımına tâbi tutulduğu¹¹³⁸ düşünüldüğünde, doğrudan kiraya verenden menfaat devri talep etmenin bu anlamda daha avantajlı olacağı söylenebilir.

b. Elde Edilen Ürünlerden Doğan Sorumluluk (TMK m.995) ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme İlişkisi

¹¹³⁶ Aynı yönde, YHGK 13.3.2013, 6-1067/364, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.12.2013.

¹¹³⁷ YHGK, 26.3.2008, 19-268/284, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 12.09.2014.

¹¹³⁸ YİBK, 8.3.1950, 22/4, RG 9.6.1950, S.7528; YİBK, 25.5.1938, 29/10, RG 15.11.1938, S.4063; YHGK, 02.04.1986, 3-150/347; YHGK 25.2.2004, 1-120/96, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 18.3.2014.

Haksız zilyetlikten doğan ecrimisil talebi ile yine haksız zilyetlikten doğan menfaat devri talebinin farklı talepler olduğu sonucuna vardıldıktan sonra, haksız zilyetlikten doğan menfaat devri talebi ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebinin karşılaştırılması gerekir.

Nimet-külfet dengesine dayanan, yukarıda açıklanan denklemden¹¹³⁹ yola çıkarak, TMK m.995 ile TBK m.530 arasında yarışmaya ihtiyaç olup olmadığı sonucuna varılacaktır. Bilindiği üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için, yetkisiz ve kötüniyetli olarak, bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek bir iş görmek ve bu faaliyet sonucunda menfaat elde etmek gerekir. Haksız zilyetlikte “elde edilen ürünler”in verilmesi talebine bakıldığında da, TMK m.995, kötüniyetli haksız zilyetten bahsetmektedir. Başka deyişle, haksız zilyet bir başkasına ait malda, kendi hakkı olmadığını bilerek zilyetlik elde etmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 995. maddesi de bu yetkisiz ve kötüniyetli zilyedin, bir faaliyet sonucu elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri iadeyi düzenlemektedir.

Görüldüğü üzere, her iki kurumun da sorumluluk gerekleri aynıdır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bir “iş görme” olması gerektiği ama kötüniyetli haksız zilyetlikte bu şartın aranmadığı söylenebilirse de, bu dar bir yorumdur ve kabul edilemez. Zira “iş görme”nin her makul insan fiili olarak tanımlandığı dikkate alındığında, haksız zilyedin de bir ürün elde etmesi için bir faaliyette bulunması gerektiği ve bu faaliyetin iş görme olarak kabul edilebileceği açıktır. Sonuç olarak, her iki sorumluluğun, menfaat devri talebine yol açan gerekleri aynıdır.

Yukarıda, yarışma bahsini anlamlı kılmak için sorumluluk gereklerinin yanında sonuçlarının da farklı olması gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimce her iki

¹¹³⁹ Bkz. § 5/ V/ A/ 1.

sorumluluğun sonuçları da birbirine paraleldir. Her iki sorumlulukta da, elde edilen ürünler – menfaat devri olarak – talep edilebilir. Zamanaşımı açısından haksız zilyetliğe ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması da göz önünde bulundurulduğunda, tıpkı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede olduğu üzere, uygulanması gereken zamanaşımı kanaatimce TBK m.146 gereği on yıldır¹¹⁴⁰. Bu nedenlerle talep temelleri arasında yarışmanın kabul edilmesi bir anlam taşımaz.

Doktrinde de baskın görüş, TBK m.530 ile TMK m.995'ten doğan menfaat devri talepleri arasında yarışmayı kabul etmemek gerektiği yönündedir¹¹⁴¹. Yerinde olarak, TMK m.995, TBK m.530'un bir özel düzenlemesi olarak nitelendirilmektedir. Bu tür bir özel hükmün varlığı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi genel olarak düzenleyen TBK m.530'un uygulamasını kural olarak dışlamalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, sorumluluk gerekleri ve sonuçlar birbirine paralel olmakla birlikte söz konusu talep temelleri arasında bir takım farklılıklar da mevcuttur. Bu farklar da bir özel hükmün varlığına anlam katar.

Haksız zilyetliğe ilişkin düzenlemenin ana talebi, üzerinde haksız zilyet olunan şeyin iadesidir¹¹⁴². Buna ek olarak da kötüniyetli haksız zilyet için TMK m.995 gereği haksız alıkoyma nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini ve elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin karşılığı tazmin edilecektir. Bu talepler doktrinde yerinde olarak yan talep benzeri olarak nitelendirmektedir¹¹⁴³. Başka deyişle, şeyin iadesine ek olarak bu talepler ileri sürülecektir¹¹⁴⁴.

¹¹⁴⁰ Haksız zilyetliğe haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde, Yavuz, Ecrimisil, s.42.

¹¹⁴¹ Aynı görüşte, Homberger, Art.940 ZGB, N.10; Moser, s.221,222; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.193; Friedrich, s.47; Huguenin, N.919; Lischer, s.194; Bucher, BT, s.256; Hofstetter, s.244; Honsell, s.333; Özen, s.4; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.130; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.316; Ünal/ Başpınar, s.282; Esener/ Güven, s.51; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.146; Karacabey, s.671. Aksi görüşte, Yavuz, Ecrimisil, s.42.

¹¹⁴² Özen, s.6.

¹¹⁴³ Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.84; Özen, s.6, s.90.

¹¹⁴⁴ Özen, s.90.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise, kural olarak şeyin iadesi talebini içermez ve buna özgülenmiş bir düzenleme değildir. Yalnızca elde edilen menfaatin devri talebini öngörür ki bu talep, yalnızca, TMK m.995’de ifade edilen “*elde edilen ürünlere*” karşılık gelir. Diğer bir deyişle, haksız zilyetlikteki talepler, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden kapsam olarak daha geniştir¹¹⁴⁵ ve haksız zilyetlik daha özel bir durumu düzenler.

Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile incelediği ve bu kararı takip eden uygulamadaki somut olaylar, apaçık haksız zilyetlik durumuna ilişkindir. Bir başkasına ait şey kiraya verilmiştir ve iadesi ile ecrimisil talebi ileri sürülmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 530. maddesi, bu tür bir olayda iadeyi sağlamayacaktır. Burada kiraya verenden talep edilmesi gereken, TMK m.995 temelinde şeyin iadesi ve menfaat devridir. Oysa kararlarda yalnızca ecrimisil talebi görülmektedir. Ecrimisil talebinin tâbi olduğu zamanaşımının daha kısa olması gerekçe gösterilerek, haksız zilyetlik hükümleri uyarınca malın iadesi talep edildikten sonra haksız zilyetlik temeli terkedilip, elde edilen menfaat için gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanılmış olması, hibrid (karma) bir yapı oluşturur. Kısmen haksız zilyetlik kısmen de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinden, zamanaşımı engelini aşmak için yararlanmak uygun olmadığı gibi gerekli de değildir¹¹⁴⁶. Zira aynı tatmini, TMK m.995’in “*elde edilen ürünler*”in talep edilmesini düzenleyen ilk fıkrası sağlamaktadır. Başka deyişle, yapılması gereken, bizzat kullanan kiracıdan talep edilecek ecrimisil, zamanaşımı nedeniyle engelleniyorsa; kiraya verenden TMK m.995 gereği elde edilen ürünleri talep etmektir. Menfaat devrinin bir özel görünümü olarak, bu talep de zarardan bağımsızdır ve tıpkı TBK m.530 gibi, TBK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu kabul edilmelidir.

¹¹⁴⁵ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.193; Friedrich, s.47; Özen, s.90.

¹¹⁴⁶ Oğuzman/ Öz, Cilt I, s.478.

c. Kötüniyetli Haksız Zilyetlik ile Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Birbirini Tamamladığı Görüşü

Kötüniyetli haksız zilyetlikte iade hükümlerinin, özel hüküm olması sebebiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle yarışmayacağı doktrinde baskın görüş¹¹⁴⁷ olarak ifade edilmekle birlikte, *Serozan* yerinde olarak, haksız zilyetlik hükümleri ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme (ve bu arada haksız fiil ile sebepsiz zenginleşme) kurallarının birbirini tamamen dışlamadığını, bazı durumlarda bu kurumların kıyasen haksız zilyetliğe ilişkin hükümler açısından uygulanabileceğini vurgulamaktadır¹¹⁴⁸.

Örneğin haksız zilyetlik konusu şeyin iyiniyetli üçüncü kişiye satılmış ve mülkiyetinin geçmiş olması durumunda artık şeyin iadesi talep edilemeyecektir. Bu durumda TMK m.995 yalnızca elde edilen ürünlerden bahsettiği için satış bedeli talep edilemez, yalnızca zararların tazmini de, satış bedelinin daha çok olduğu kurguda tatminkar olmaktan uzaktır. Bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve kötü niyetli haksız zilyetlik kurumlarının birbirini tamamlayıcı olması önem kazanır ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurularak haksız zilyetlik konusu eşyanın satış bedeli talep edilebilir¹¹⁴⁹.

Sonuç olarak, haksız zilyetlik ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki bu özel ilişkiye dikkat çekmek gerekir. Haksız zilyetlik özel bir kural olmakla birlikte, hukuk düzeninin temel değer yargıları gerekli kıldığı ölçüde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme de bazı durumlarda uygulama alanı bulabilecektir¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.193; Friedrich, s.47; Huguenin, N.919; Lischer, s.194; Bucher, BT, s.256; Hofstetter, s.244; Honsell, s.333; Özen, s.4; Esener/ Güven, s.51; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.146.

¹¹⁴⁸ Serozan (Hatemi/ Arpacı), Eşya, s.162. Aynı yönde, Özen, s.213; Sungurbey, Eleştiri, s.415.

¹¹⁴⁹ Özen, s.213, 214. Bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine de başvurulabilir. Ancak zenginleşmenin iadesi de yetersiz kalır. Özen, s.214.

¹¹⁵⁰ Özen, s.213; Serozan (Hatemi/ Arpacı), Eşya, s.162; Sungurbey, Eleştiri, s.415.

2. Diğer Talepler

Kötüniyetli iş görene karşı ileri sürülebilecek diğer eşya hukuku temelli taleplerden ilki şüphesiz TMK m.683/II'den kaynaklanan *istihkak ve haksız el atmanın önlenmesi* talepleridir. Bu talepler ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebi yığılabılır¹¹⁵¹. İstihkak ya da haksız el atmanın önlenmesi taleplerinin ileri sürülmesi için, somut olayda yapılan müdahalenin şeye ilişkin olması gerekmektedir. Bu tür bir durumda, iş sahibi, TMK m.683/II'ye dayalı istihkak ve haksız el atmanın önlenmesi talebini TMK m.993 temelinde yapar. Bu nedenle, elde edilen menfaatin devri talep edildiğinde TMK m.995'in uygulanması gerekir. Zira TMK m.995 bir özel hüküm olarak TBK m.530'un uygulanmasını dışlar.

İncelenmesi gereken bir diğer eşya hukuku kaynaklı talep ise TMK m.989'dan doğar. Kaybedilen, çalınan veya iradesi dışında zilyetliğinden çıkan zilyede tanınan *taşınır davası*, yine eşyanın iadesini sağlayan bir davadır. Şeyin iadesi, yukarıda olduğu gibi TMK m.993'e dayandığından, menfaat devri TMK m.995 gereği talep edilebilecektir¹¹⁵². Düzenlemenin ikinci fıkrası iyiniyetli kişilerin iktisaplarına ilişkin olduğu için, bu fıkra gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kapsamı dışında kalmaktadır¹¹⁵³.

Haksız yapı inşa eden ya da fidan diken kişi de aynı zamanda bir başkasının hukuk alanına müdahale etmek suretiyle bir iş görüyor olabilir. Başka deyişle, anılan durumlarla gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları somut olayda bir arada bulunabilir. Bununla birlikte, haksız yapılar ve haksız olarak araziye dikilen fidanlara ilişkin olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 722 ila 724. maddeleri ile 729. maddesi özel düzenlemelerdir¹¹⁵⁴. Anılan kurallar bütünlüycü parçanın, asıl şeyin mülkiyetine bağlı olması esasını temel almaktadırlar. Başka deyişle, ortaya çıkan

¹¹⁵¹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.188.

¹¹⁵² Chappuis, s.79; Schmid, GoA, N.1409; Kreis, s.74; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.188.

¹¹⁵³ Schmid, GoA, N.1409; Chappuis, s.79; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.189; Kreis, s.74.

¹¹⁵⁴ Hofstetter, s.187; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.190.

yapının ya da dikilen fidanın, iş görenin mülkiyetinde kalması bu düzenleme çerçevesinde mümkün olup, aslında bu çözüm gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından benimsenemez. Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin birer özel kural niteliği taşıdığı kabul edilip, bu durumlarda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanmaması gerekir¹¹⁵⁵.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, her türlü makul insan fiilini kapsadığı için, TMK m.775'de düzenlenen *işleme* fiili hakkında doktrinde bir görüşe göre, iş sahibi (şeyin maliki), gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devri talep edebileceği gibi, menfaat devri talebi yerine TMK m.775/II gereği malın mülkiyetinin kendisine devredilmesini de talep edebilir¹¹⁵⁶. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin talep edildiği durumda, iş görenin emeği, masraf kalemi olarak iş sahibinden talep edilebilecektir¹¹⁵⁷.

Gerçekten de işleme fiili, kural olarak bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hali oluşturabilir. Bununla birlikte, TMK m.775 düzenlemesinin yalnızca kötüniyetli kişilere özgü olmadığını ifade etmek gerekir. Bu anlamda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden daha geniştir. Söz konusu hüküm, şey üzerindeki mülkiyet durumunu düzenlemektedir. Bu özel düzenleme işleme durumunda, ortaya konan emeğe göre bir çözüm bulmak yoluna gitmektedir. Başka deyişle, emeğin değeri, şeyin değerinden fazla ise yeni şey işleyenin; değilse malikin olacaktır. TMK m.775/II ek bir imkân tanımakta¹¹⁵⁸ ve işleyenin kötüniyetli olma halini düzenlemektedir. Bu durumda daha ağır bir sorumluluğu getirmek hâkimin takdirine bırakılmıştır. Söz konusu halde, asıl kuraldan farklı olarak, emeğin değeri, şeyin değerinden fazla olsa bile, kötüniyetli işleyene değil, şey malike bırakılabilecektir.

¹¹⁵⁵ Aynı yönde, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.317.

¹¹⁵⁶ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.318.

¹¹⁵⁷ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.318.

¹¹⁵⁸ Kreis, s.74; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.191; Schmid, GoA, N.1436.

Görüldüğü üzere, TMK m.775 şeyin kime ait olacağına ilişkin olarak aslında mülkiyet sorununa çözüm getirmekte ve son fıkrada tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan talepleri saklı tutmaktadır. Burada tartışılması gereken, acaba kanun koyucunun, genel olarak diğer talepleri saklı tutmak yoluna gitmeyi mi amaçladığı, yoksa sadece sebepsiz zenginleşme ve tazminat yaptırımlarını mı öngördüğüdür. Başka deyişle, malın kime ait olduğu sorunu TMK m.775'e göre çözüldükten sonra, tarafların birbirlerine yönelik talepleri için TBK m.530 gereği gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurmanın mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Konuyu gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, TMK m.775'ten doğan taleple yığıldığının kabul edildiği örnekler zinciri üzerinden açıklamakta yarar vardır. A'ya ait bir mermeri, B'nin işlediği kurguda, mermerin değeri işlemenin değerinden fazla ise, ortaya çıkan eser A'ya ait olacaktır. Yığılma kabul edildiğinde, eğer B kötüniyetli ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında, A'dan (iş sahibinden) yalnızca zorunlu masraflarını talep edebilecektir. Tersisi olasılıkta, emeğin değeri mermerin değerinden fazla ise, eser kural olarak B'ye ait olacaktır. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin mümkün olabilmesi için B'nin her zaman kötüniyetli olması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, bu aşamada da ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Hâkim TMK m.775/II gereği, B'nin kötüniyetli olması nedeniyle eserin mülkiyetini A'ya bırakabilir. O halde çözüm bir önceki örnekteki gibi olacaktır. Görüldüğü üzere, bu aşamaya kadar, TBK m.530'un, TMK m.775 ile yığılmasında bir sorun olmadığı düşünülebilir. Ancak sorun son olasılıkta ortaya çıkmaktadır. Hâkim, B'nin kötüniyetine rağmen eserin mülkiyetini B'ye bırakmış ise, A'nın gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurmak suretiyle menfaat devri talep etmesi, TMK m.775'i boşa döndüren bir düzenleme olacaktır.

Bu nedenlerle her iki talep temeliniin yığılması kabul edilmemelidir. Kanaatimce TMK m.775 bir özel düzenleme getirerek, TBK m.530'un uygulanmasını dışlamaktadır.

§ 6 Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulama Alanları

I. Genel Olarak

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, yukarıda ifade edildiği üzere, diğer talep temellerinden farklı ve uygulamada ihtiyaç duyulan, diğer talep temellerini tamamlayan bir kurumdur¹¹⁵⁹. Bunun altında zararın ispatındaki zorluk, denkleştirme düşüncesi ve eski hale iadenin gerekli olması şeklinde sıralanabilen üç temel gerekçe yatmaktadır¹¹⁶⁰. Anılan üç gerekçe, bazı hukuk alanları açısından daha belirgin ortaya çıkmaktadır. Örneğin zararın ispatı haksız rekabet alanında hayli zordur.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin pek çok uygulama alanı olması, ancak kanunlarda özel olarak bu alanların düzenlenmiş olması ilginçtir. Zira çoğu halde, TBK m.530 hükmü, sorumluluğun doğması için yeterli olacakken bununla yetinilmemiştir. Bunun sebebi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m.530 hükmünün yeterli görülmemesi olabilir. Nitekim eski Türk Ticaret Kanunu'nun 58. maddesinin gerekçesi de bunu destekler niteliktedir. Gerekçede açıkça, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 414. maddesine atıf yapılarak, bu hükmün uygulanmadığı ve bu nedenle uygulamanın ilgili kurala bırakılmak yerine özel olarak yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Halbuki çoğu durumda, TBK m.530 hükmü gerekli ihtiyacı karşılayacaktır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, özel düzenleme olduğu durumda TBK m.530 doğrudan uygulanmaz; söz konusu özel kural uygulanmalıdır¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁹ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.2; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.86; Sungurbey, Eleştiri, s.415; Bucher, BT, s.262. Aynı yönde, Bu yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

¹¹⁶⁰ Schmid, GoA, N.1243.

¹¹⁶¹ Schmid, GoA, N.894.

Aşağıda açıklanacak kurallar, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin birer özel uygulama alanı ¹¹⁶² olmakla birlikte, uygulamada bu bağlantı çoğu kez kurulmamaktadır. Bunun nedeni olarak söz konusu özel kanuni düzenlemelerde buna ilişkin bir atıf bulunmaması gösterilebilir. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacak uygulama alanlarının her zaman, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin genel hüküm olan TBK m.530 dikkate alınarak yorumlanması yerinde olur¹¹⁶³.

Nitekim İsviçre doktrininde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin genel düzenlemesinin, diğer özel uygulama alanları nezdinde bir hukuki temel mi (*Recchtsgrundverweisung*) teşkil ettiği, yoksa bu özel alanlar açısından menfaat devri yaptırımının yalnızca bir sonuç olarak (*Reschtsfolgenverweisung*) mı gündeme geleceği tartışılmaktadır¹¹⁶⁴.

Bu tartışmayı açıklamak gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 423. maddesinde yer alan düzenleme bir "hukuki temel" (*Recchtsgrundverweisung*) olarak kabul edildiğinde, OR Art. 423'te (ve bu arada TBK m.530'da) yer alan şartların, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama alanları için de sağlanması gerekecektir. Oysa hukuki sonuca atıf yapılıyor ise (*Reschtsfolgenverweisung*), genel hükümde yer alan sorumluluğun şartları oluşmasa da, sadece ilgili sonuca atıf yapıldığı için herhangi bir ihlalin varlığı halinde (ve bu arada nispi hakların ihlali halinde) menfaat devrine hükmedilebilir.

İsviçre hukukundaki baskın görüş, yerinde olarak, OR Art.423'e (TBK m.530) yapılan atıfların hukuki temele yapılan atıf olduğu yönündedir¹¹⁶⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de, özellikle kişilik hakkı ihlali ile ilgili olarak bu soruyu gündeme

¹¹⁶² Schmid/ Stöckli, N.2033; Schmid, GoA, N.920. Kişilik hakkı için BGer 133 III 253; fikri mülkiyet için BGer 17.Juli.2003, N.4C/101/2003 E.6 s.90 vd.; BGer 134 III 306 vd.

¹¹⁶³ Bkz. § 2 ve § 3.

¹¹⁶⁴ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.2.

¹¹⁶⁵ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.2; Nietlispach, s.416.

getirmekte ve hukuki temele yapılan atfın varlığını kabul etmektedir¹¹⁶⁶. Bu sonucu Türk hukuku açısından da kabul etmek ve özel uygulama alanları açısından, kural olarak yukarıda anılan unsurların tümünü aramak gerekir¹¹⁶⁷.

Son olarak, aşağıda yer alan uygulama alanlarının, çoğu kez, TBK m.530'dan farklı kaleme alındığı görülmektedir. Bu da doktrinde ve uygulamada pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Kanaatimce, olması gereken hukuk açısından, uygulama halleri için özel düzenleme yapılacaksa dahi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye atf yapmakla yetinilmelidir. Nitekim böylelikle uygulamada birlik sağlanacak ve aşağıda değinilecek mevcut sorunlar çözülmüş olacaktır. Bir örnekle kısaca açıklamak gerekirse, haksız rekabete ilişkin özel düzenlemenin lafzı, menfaat devri yaptırımına hâkimin hükmedebileceği, ancak davacının bunu talep edemeyeceği izlenimini uyandırmaktadır. Bundan başka düzenlemenin lafzı nedeniyle elde edilen menfaatin mi yoksa elde edilmesi mümkün olan menfaatin mi devredilmesi gerektiği tartışmalıdır¹¹⁶⁸. Halbuki "gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği menfaat devri talep edilebilir" şeklinde bir düzenleme yer alsaydı, bu tartışmalı hususların hiç biri gündeme gelmeyecekti.

II. Kişilik Hakkı İhlalinde

A. Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, bir kimsenin kişiliğini oluşturan, insanı insan yapan değerlere ilişkin hakır¹¹⁶⁹. Bu hak, mutlak, malvarlığına dâhil olmayan, vazgeçilemeyen ve devredilemeyen bir hak olup, zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süreye tâbi olmaz¹¹⁷⁰. Kişinin varlığı itibariyle kendinde bulunan ve esas olarak savunma

¹¹⁶⁶ BGer 133 III 153; Chappuis, *Mélanges Tercier*, s.155.

¹¹⁶⁷ Bkz. § 2.

¹¹⁶⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, § 6/ IV/ B/ 1.

¹¹⁶⁹ Serozan, *Kişiler Hukuku*, I § 3, N.1; von Bar, *Damages*, N.81 vd.

¹¹⁷⁰ Kişilik hakkı ve özellikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Matthias Inderkum, *Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung*, Zürich 2008, N.5-80; Andreas

sağlayan bu haklar, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Medeni Kanunu ile koruma altına alınmaktadır. Türk Medeni Kanunu “Kişiliğin Korunması” başlığı altında 23 ve 24. maddelerde genel nitelikte çerçeve hükümler getirmektedir¹¹⁷¹.

Bununla birlikte, anılan düzenlemeler, kişilik hakkının kapsamına nelerin gireceğini açıklamamaktadır. Doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, kişilik hakkının konusu olan değerler, ad¹¹⁷², hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü, faaliyet özgürlüğü, haysiyet ve şeref, resim ve ses, kişinin sırları, özel hayat şeklinde sayılabilir¹¹⁷³. TMK m.23 ve 24, kişiliğin özel hukuk açısından korunmasına ilişkin genel ilkeleri düzenlemektedirler. Bu iki düzenlemeden, TMK m.23, kişileri hukuki işlemlere karşı korurken; TMK m.24 haksız saldırıya karşı korumaktadır¹¹⁷⁴. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde bir kişilik hakkı ihlali de çoğu zaman TMK m.24 kapsamında meydana gelecektir.

Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesi, kişiliğin korunmasına ilişkin davaları düzenlemektedir. Bu davalardan ilk grup, savunma talepleri olan önleme,

Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel 2009, N. 192 vd., N.480-491; Raphael Haas, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art.28 Abs.2 ZGB*, Basel 2007, N.13-53; Tandoğan, *Basın*, s.7-8; Tekinay, *Kişiler*, s.248, 249; Serozan, *Kişiler Hukuku*, I § 3, N.1 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s.153-156; Oğuzman/ Barlas, s.156; Dural/Öğüz, s.98 vd.; Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.339-348; Öztan, s.275 vd.; Helvacı, *Kişiler*, s.97-101; Oğuzman, s.9; Volkan Sırabaşı, *İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Rejimi)*, Ankara 2003, s.21-26; Serdar, s.21-27; Ongun, s.39; Kılıçoğlu, *Basın*, s.1-7; Doğan Bülent Belli, *Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırılarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 2008, s.19-28; Karahasan, *Tazminat*, s.870-877; Bulut, s.8-10; Aydos, s.1.

¹¹⁷¹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s.154; Serozan, *Kişiler Hukuku*, I § 3, N.5.

¹¹⁷² Adın TMK m. 26’da özel olarak düzenlenmiş olması, 25. madde kapsamında davaların açılmayacağı anlamına gelmez. Schmid, *GoA*, N.923. Tüzel kişilerin ticaret ünvanının da bu kapsamda korunması gerektiği yönünde, Moser, s.256; Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s.329. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurbey, *Ticaret Ünvanı*, s.129 vd.

¹¹⁷³ von Bar, *Damages*, N.83 vd.; Nietlispach, s.135; Inderkum, N.24-39; Gauch/ Schmid, *Art.423 OR*, N.43; Moser, s.252 vd.; Schmid, *GoA*, N.923, N.1060 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s.157-177; Serozan, *Kişiler Hukuku*, I § 3, N.1; Tekinay, *Kişiler*, s.249; Ertaş, s.26; Helvacı, *Kişiler*, s.101-131; Franko, s.37-62; Sırabaşı, s.27-41; Serdar, s.30-47; Kılıçoğlu, *Basın*, s.87-142; Belli, s.29-41; Aydos, s.1; Oktay, s.13 vd.; Oğuz, s.13 vd.

¹¹⁷⁴ Tandoğan, *Basın*, s.5.

durdurma ve tespit davalarıdır¹¹⁷⁵. İkinci grup ise maddi, manevi tazminat ile menfaat devri olmak üzere giderim talepleridir¹¹⁷⁶. Söz konusu giderim talepleri genel hükümler kapsamında ileri sürülürler¹¹⁷⁷.

Kişilik hakkının ihlalinde, önleme, durdurma ve tazminat davalarının yanında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan davanın da TMK m.25'te düzenlenmiş olması, sayılan diğer davaların gerekli tatmini sağlayamadığı durumlarda özellikle önem kazanmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, radyo veya televizyon yoluyla yapılan kişilik hakkı ihlallerinde, yayın bir kere yapıldıktan sonra ihlal bittiği için, çoğu zaman önleme, durdurma davaları faydasız olacaktır¹¹⁷⁸. Bir hakaretin söz konusu olduğu yayında, maddi zarar da çoğu zaman meydana gelmeyebilir. İşte özellikle bu tür durumlarda, reyting uğruna bu tür yayınları yapan ve bundan menfaat elde eden radyo-televizyon kuruluşundan menfaat devri talep edilebilecektir. Bu örnekte de açıkça görüldüğü üzere, menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı ve caydırıcı fonksiyonu¹¹⁷⁹ öne çıkmaktadır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri talep edilebilmesi için, hukuka aykırı bir fiil ile kişilik hakkının ihlali suretiyle bir işin görülmesi ve bu işten menfaat elde edilmesi gerekir¹¹⁸⁰. Yoksa, örneğin birine sokakta hakaret eden kişiden yalnızca manevi tazminat talep edilebilecektir. Bununla birlikte, gazeteye verilen bir demeçte, birine hakaret ederek tirajı artırmak söz konusu ise bundan elde edilen menfaatin devri talep

¹¹⁷⁵ "Savunma talepleri" (*les actions defensives, Abwehrensprüche*) terimi için bkz. Schmid, GoA, N.918; Tercier, Personnalite, N.753 vd.

¹¹⁷⁶ "Giderim talepleri" (*les actions reparatrices, Wiedergutmachungsansprüche*) terimi için bkz. Schmid, GoA, N.918; Tercier, Personnalite, N.1762 vd.; Schmid, ZGB, N.909.

¹¹⁷⁷ Schmid, GoA, N.918; Tercier, Personnalite, N.2116, 2119.

¹¹⁷⁸ Serdar, s.267; Riklin, s.418-419.

¹¹⁷⁹ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13. Aynı yönde, Karayalçın, s.262.

¹¹⁸⁰ Geiser, s.252; Hofstetter, s.209; Holenstein, s.89; Lischer, s.28; Schmid, GoA, N.921, 925; Schumacher, s.216.

edilebilecektir. Başka deyişle, aşağıda da ifade edileceği üzere¹¹⁸¹, TMK m.25 gereği menfaat devri talep edilebilmesi için TBK m.530'un çalışmanın ikinci bölümünde anılan şartlarının¹¹⁸² gerçekleşmesi gerekir.

B. Düzenlemeler: TMK m.25 ve TBK m.530

1. Özel Düzenlemenin Varlığından Önce Durum

Kişilik hakkı ihlalinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebileceği, bunun sonucu olarak da menfaat devri talep edilebileceği, eski Türk Medeni Kanunu'na 1988 yılında 3444 sayılı Kanunla, 24/a maddesinin eklenmesiyle ve daha sonra 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun 2002 itibariyle yürürlüğe girmesiyle 25. maddenin üçüncü fıkrasında (İsviçre Medeni Kanunu Art.28/a) yerini bulmuştur¹¹⁸³.

Anılan düzenlemelerden önce, genel düzenleme olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 414. maddesinin, kişilik hakkı ihlalinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanmasına yetip yetemeyeceği tartışmalı idi¹¹⁸⁴. Menfaat devri yaptırımının uygulanmaması gerektiği görüşüne katılan öğretinin ileri sürdüğü gerekçelerden biri, kişilik hakkına tecavüz sonucu menfaat devri yaptırımının, manevi kişilik değerlerini maddileştireceği ve bunun uygun olmadığıdır¹¹⁸⁵. Kanaatimce, manevi kişilik değerlerinin maddi bir değer ihtiva etmesi doğaldır ve sıklıkla söz konusu olmaktadır. Elbette kişilik hakkı malvarlığına dâhil değildir. Bununla birlikte bu hakların kullanılması sonucu hiçbir maddi değer elde edilemeyeceği de

¹¹⁸¹ § 6/I.

¹¹⁸² § 2/ II-III-IV-V-VI.

¹¹⁸³ Bu düzenlemenin altında politik sebepler yattığı yönünde, Serozan, Armağan, s.68, 69.

¹¹⁸⁴ Tartışmalı olan bu husus için için bkz. Lischer, s.196 vd.; Hostenstein, s.89; Thomas Geiser, **Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke**, Basel 1990, s.248 vd.; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.328; Oğuzman, s.29, 30; Dural/Öğüz, s.147-148. Özel düzenlemeden önce, kişilik hakkı ihlali yoluyla elde edilen menfaatin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilemeyeceği yönünde, Öz, s.44,45; Hatemi, Kişiler, s.109,110.

¹¹⁸⁵ Hatemi, Kişiler, s.109,110. Yazara göre, bu yolla elde edilen menfaatin bir hayır kurumuna aktarılması gerekir. Aksi yönde, Arkan Akbıyık, s.77.

söylenemez¹¹⁸⁶. Fikri mülkiyet hukukunun bu denli gelişim gösterdiği düşünülürken, aksini kabul etmek gerçekçi olmaktan uzaktır. Ayrıca, menfaat devri yaptırımının önünü kesmek, başkasına ait kişilik değerini maddileştiren kişiyi ödüllendirmek olacaktır¹¹⁸⁷. Hukuk düzeninin buna izin vermesi uygun değildir. Doktrinde yerinde olarak, bu tür bir özel kuralda atıf yapılmamış olsa bile, kişilik hakkı ihlalinde, menfaat devrinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilebileceği ifade edilmektedir¹¹⁸⁸.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu'nun 1983 yılındaki revizyonundan önce, Federal Mahkeme'nin uygulaması da bu yönde idi¹¹⁸⁹. Nitekim kişilik hakkı bir mutlak haktır. Bir işin görülmesi suretiyle bu mutlak hakkın ihlal edilmesi, örneğin kişinin yayımlamayı düşünmediği günlüklerinin iş gören tarafından basılması halinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmiş olacaktır. İş gören tarafından yapılan müdahalenin kişilik hakkının maddi boyutuna yönelmesi şart değildir¹¹⁹⁰ ancak hukuka aykırı olması gerekir¹¹⁹¹. Kişilik hakkına yapılan saldırı da, kural olarak hukuka aykırıdır; meğerki hukuka uygunluk sebepleri bulunsun¹¹⁹². Sonuç olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesi, bir özel düzenleme bulunmasaydı dahi, kişilik hakkı ihlalinde menfaat devri yaptırımını sağlamak için yeterli olurdu.

¹¹⁸⁶ Lischer, s.197; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.328.

¹¹⁸⁷ Kişilik hakkını ihlal eden kişinin elde ettiği menfaatin, zarardan fazla olması durumunda tam korumanın sağlanamadığı yönünde, Karayalçın, s.262.

¹¹⁸⁸ Inderkum, N.146; Schmid, GoA, N., 917, N.926; Tercier, Personnalite, N.2125; Nietlispach, s.132; Moser, s.252,253; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.328; Eren, s.853; Arkan Akbıyık, s.77; Tekinay, Armağan, s.59; Eren, s.853; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s.494; Kılıçoğlu, s.219 vd.; Schumacher, s.214 vd; Serdar, s.266; Gümüş, Borçlar Özel, s.235.

¹¹⁸⁹ BGer 97 II 178; Bger 98 II 325.

¹¹⁹⁰ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.45.

¹¹⁹¹ Schmid, GoA, N.927; Schumacher, s.216.

¹¹⁹² Tandoğan, Basın, s.17; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.46; Schmid, GoA, N.930. Hukuka uygunluk sebepleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.191-212; Tekinay, Kişiler, s.259, 260; Serozan, Kişiler Hukuku, I § 3, N.13 vd.; Oğuzman, s.11-19; Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.400-402; Dural/ Öğüz, 149-150; Helvacı, Kişiler, s.140-151; Sırabaşı, s.89-112; Serdar, s.110-199; Ongun, s.41; Kılıçoğlu, Basın, s.147-163; Bulut, s.133-171; Oktay, s.42 vd.

2. Özel Düzenleme: TMK m.25

Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi gereği bir kişilik hakkının ihlali suretiyle menfaat elde edilmiş ise, bu menfaatin iadesini, bir özel hukuk cezası¹¹⁹³ olan menfaat devri yaptırımı sayesinde talep etmek mümkündür¹¹⁹⁴. Örneğin ünlü bir fotomodelin, çektiği fotoğrafların, kendisinin izni olmadan bir dergide yayınlanması suretiyle elde edilen menfaatin devredilmesi gerekir¹¹⁹⁵. Menfaat devri talebinin, kişilik hakkı ihlalinde özel olarak düzenlenmesinin sebebi ise, kişilik hakkına yönelik saldırıların etkin bir şekilde engellenmesinde tamamlayıcı bir yaptırım olmasıdır¹¹⁹⁶.

Kanuni düzenleme, açıkça vekâletsiz iş görmeye atıf yapmaktadır. Bu atıfta vekâletsiz iş görme ifadesi ile kastedilenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olduğu konusunda tartışma yoktur¹¹⁹⁷. Yukarıda da belirtildiği üzere, kanun maddesinin yapmış olduğu bu atıf, hukuki sonuca değil, hukuki temele yapılan bir atıftır¹¹⁹⁸. Federal Mahkeme de, özellikle kişilik hakları açısından bu tartışmayı yapmakta ve aynı sonuca varmaktadır¹¹⁹⁹. Buna ek olarak, İsviçre öğretisinde de hukuki temele atıf yapıldığı ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin tüm

¹¹⁹³ Hatta Grossfeld, özellikle kişilik hakkı ihlalleri için, özel hukuk cezasını en uygun yaptırım olarak görmektedir. Grossfeld, s.113.

¹¹⁹⁴ Nietlispach, s.133; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.2; Nietlispach, s.416; Geiser, s.252; Gauch/Schmid, Art.423 OR, N.43; Chappuis, Mélanges Tercier, s.155; Helvacı, Kişiler, s.161; Serozan, Armağan, s.74; Arkan Akbıyık, s.76; Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.412; Dural/ Öğüz, s.156; Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.233; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s.494; Serdar, s.265; Ertaş, s.29. Aynı yönde, Yarg. 2. HD, 13225/ 13757, <http://www.kararara.com/yargitay/yhdk9/yrgtyk18542.htm> 10.06.2014. Alman hukukunda da, aynı yönde, Staudinger/ Bergmann, § 687, N.69.

¹¹⁹⁵ Weber, Gewinnherausgabe, s.333; Schürmann, s.161, s.164; Hostenstein, s.129.

¹¹⁹⁶ Nietlispach, s.133; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.45; Gönen, s.203; Dural/Öğüz, s.147; Kılıçoğlu, Basın, s.355.

¹¹⁹⁷ Geiser, s.248; Schmid, GoA, N.933; Serozan, Kişiler Hukuku, I § 3, N.19g; Arkan Akbıyık, s.77; Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s.412,413; Gönen, s.205; Hatemi, Kişiler, s.69; Dural/Öğüz, s.147; Helvacı, Kişiler, s.161; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s.494; Kılıçoğlu, Basın, s.355; Oktay, s.116; Tekinay, Kişiler, s.275; Belli, s.87; Tekinay, Armağan, s.59; Sırabası, s.63. Aynı yönde, Yarg. 2. HD, 9.11.2000, 13225/13757, Legalbank İctihat Bankası, 11.2.2014; Yarg. 4. HD, 7.2.2002, 10199/1371.

¹¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2/I.

¹¹⁹⁹ BGer 133 III 153.

şartlarının aranması gerektiği yönünde görüş birliği vardır¹²⁰⁰. Bu atfın hukuki temele mi hukuki sonuca mı yapıldığı hususu, Türk doktrininde tartışılmamış olmakla birlikte, Yargıtay¹²⁰¹ “*menfaat devri talebi vekâletsiz iş görme hükümlerine göre istenir*” demek suretiyle bu atfın hukuki temele yapıldığına işaret etmektedir¹²⁰².

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları arandığı için, söz gelimi kişilik hakkı ihlalinde menfaat devri talep edilebilmesi için kast ve ağır ihmâl aranmalıdır. Bu nedenle, doktrinde ifade edilen, kişilik hakkı ihlalinde menfaat devri talep edilmesi için kusurun aranmadığı yönündeki görüşe¹²⁰³ katılmak mümkün görünmemektedir¹²⁰⁴. Menfaat devri talebinin temeli gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m.530 hükmüdür ve bu sorumluluğun, iş görenin kötüniyeti adı altında aslında kasta ve ağır ihmâle bağlı olduğu unutulmamalıdır¹²⁰⁵. Ancak ispat yükü, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, iş görenin üzerindedir¹²⁰⁶.

Hukuki temele atıf yapıyor olmasının bir sonucu da kendini zamanaşımı süresi konusunda gösterecektir. Söz konusu talebin zamanaşımı doktrinde bir görüşe göre, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tâbi olmalıdır¹²⁰⁷. Ancak bu noktada da menfaat devri yaptırımının temelini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olması sebebiyle, bu talep TBK m.530’un tâbi olduğu zamanaşımına tâbi

¹²⁰⁰ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.2; Nietlispach, s.416; Geiser, s.252; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.43; Chappuis, Mélanges Tercier, s.155. Aynı sonuca varır şekilde, Schmid, GoA, N.920.

¹²⁰¹ Yarg. 4. HD, 7.2.2002, 10199/1371, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 6.2.2014.

¹²⁰² Doktrinde tartışılmamış olmakla birlikte, kişilik hakkı ihlalinde menfaat devrinin TBK m. 530’a dayandığı yönünde, Arkan Akbıyık, s.78; Dural/ Ögüz, s.156; Hatemi, Kişiler, s.109; Serozan, Armağan, s.75; Gönen, s.204; Helvacı, Kişiler, s.161; Tekinay, Armağan, s.59; Sırabaşı, s.63; Belli, s.87.

¹²⁰³ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Gönen, s.206; Helvacı, Kişiler, s.161; Oğuz, s.132; Kılıçoğlu, s.317’de ana başlık olarak “Kusuru Şart Koşmayan Davalar” altında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme davasına yer vermiştir.

¹²⁰⁴ Aynı yönde, Schmid, GoA, N.931-932; Hofstetter, s.211; Tercier, Personnalite, N.2111; Geiser, s.246; Bucher, Personen, N.592; Arkan Akbıyık, s.78.

¹²⁰⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda § 2/ V. Başka deyişle, iyiniyetli iş görene uygulanmayacaktır. Bu yönde, Schmid, GoA, N.932; Lischer, s.200. Aksi yönde, Schumacher, s.217; Riklin, s.419; Tercier, Personnalite, N.2135.

¹²⁰⁶ Bkz. § 2/ V/ C.

¹²⁰⁷ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162.

olacaktır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanacak zamanaşımı ise yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş olup¹²⁰⁸, kanaatimce, TBK m.146'nın açık lafzı göz önünde tutulduğunda on yıldır. Bu nedenle kişilik hakkının ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olduğunda, talep edilecek menfaat devri de on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.

Bu konuda, Yargıtay'ın bir uygulamasına değinmek gerekir. Yargıtay, kişilik hakkı ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin aynı zamanda Türk Ceza Kanunu açısından bir suç teşkil etmesi halinde (hakaret suçu) ceza zamanaşımını uygulamıştır¹²⁰⁹. Gerçekten de kişilik hakkı ihlalinde, aynı fiilin suç oluşturması da mümkündür. Bununla birlikte, söz konusu kural haksız fiil zamanaşımı için geçerlidir. Oysa menfaat devri talebine uygulanan zamanaşımı haksız fiil zamanaşımı değildir. Menfaat devri talebi bir haksız fiil talebi de değildir. Bu nedenle menfaat devri talebi açısından ceza zamanaşımı süresinin uygulanmaması yerinde olur.

C. Menfaat Devri Yaptırımı

1. Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri ile İlişkisi

a. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinin üst başlığı "*Kişiliğin Korunması*", madde başlığı ise "*Davalar*"dır. Söz konusu düzenleme ilk fıkrada, saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarını öngörmektedir. İkinci fıkra ise, düzeltme veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması yollarından bahsetmektedir¹²¹⁰. Bunlara ek olarak, üçüncü fıkra, "*maddi ve manevi tazminat*

¹²⁰⁸ Bkz. § 3/ III.

¹²⁰⁹ Yarg. 30.1.2012, 956/1035 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 11.2.2014.

¹²¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Haas, N. 98 vd.

istemleri *ile* hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesi” haklarını düzenlemektedir.

Mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’nun 28a maddesinin üçüncü fıkrasına bakıldığında ise, maddi ve manevi tazminat “veya” menfaatin devri taleplerinin saklı olduğunu ifade etmektedir. Bu düzenlemede, diğer yaptırımların yanına menfaat devri yaptırımının “veya” ile bağlanması menfaat devrinin tamamlayıcı olma niteliği¹²¹¹ ile uyum içindedir.

Türk Medeni Kanunu’nun “ile” bağlacı kullanması hususunda ise, bunun bir çeviri yanlışlığı olduğu düşünülmektedir. Kanun koyucunun amacı bu taleplerin yığılmasına ilişkin bir düzenleme yapmak olmasa gerekir¹²¹². Nitekim *Tekinay* da, davaların bu şekilde sayılmış olmasının, taleplerin yığıldığı veya benzeri başka yanlışmalara yol açabileceğini ve bu nedenle zaten açılacak davalardan bir kısmının yazılmış olmasının doğru bir kanun yapma tekniği olmadığını açıkça ifade etmektedir¹²¹³. Örneğin bu düzenlemede sebepsiz zenginleşme¹²¹⁴ davasının sayılmamış olması, bu davanın açılmayacağı anlamına mı gelecektir? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir¹²¹⁵. İsviçre Medeni Kanunu açısından da, bu davaların yazılmış olması, “malumun ilanı” olarak değerlendirilmekte ve kişilik haklarına sağlanan korumanın vurgulanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir¹²¹⁶. Sonuç olarak, söz konusu düzenlemeyi, açılacak davaları sınırlı olmayarak sayan bir madde şeklinde okumak yerinde görünmektedir.

¹²¹¹ Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.2; Sungurbey, Eleştiri, s.415; Bucher, BT, s.262. Aynı yönde, Bu yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/ 14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

¹²¹² Aynı yönde, Gümüş, C.II, s.235; Arkan Akbıyık, s.80. Özel olarak Türk Medeni Kanunu’nda yer alan maddeye ilişkin olmamakla birlikte, aynı yönde, Schmid, GoA, N.938; Geiser, s.249.

¹²¹³ Tekinay, Armağan, s.60. Aynı yönde, Schmid, GoA, N.933.

¹²¹⁴ Ancak menfaat devri yaptırımı çoğu durumda daha elverişli olacaktır. Schmid, GoA, N.939. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. § 5/ I/ E.

¹²¹⁵ Aynı yönde, Schmid, GoA, N.933; Tekinay, Armağan, s.59, 60; Arkan Akbıyık, s.80; Belli, s.85; Kılıçoğlu, Basın, s.347.

¹²¹⁶ Schmid, GoA, N.919; Inderkum, N.149.

Düzenlemenin bu şekilde anlaşılmasının ardından, zarar talepleri ile menfaat devri talebinin bir arada ileri sürülüp sürülemeyeceği talep temellerinin yarışması-yığılması bağlamında ele alınması gereken bir husustur. Zira hükmün “veya” bağlacı ile okunması gereği, talep temellerinin çokluğunda maddi ve manevi tazminat ile menfaat devrinin birlikte talep edilebilmesine engel olmaz¹²¹⁷. Bu sorun, TMK m.25’in lafzından bağımsız olarak bu talep temellerinin bir arada bulunmasına ilişkindir.

Menfaat devri yaptırımının, kişilik hakkı ihlali suretiyle ortaya çıkan zararlarla bir arada talep edilip edilemeyeceği hususunda, yukarıda haksız fiil başlığı altında yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetinilecektir¹²¹⁸. Kısaca ifade etmek gerekirse, maddi zararların tazmini, menfaat devrinin yanında talep edilebilirken; menfaat devri talep edildikten sonra bir mahrum kalınan kâr kaldıysa, ancak o miktarda mahrum kalınan kârın tazmini talep edilebilecektir. Ancak manevi tazminata, konunun önemi nedeniyle dikkat çekmek gerekir. Manevi tazminat, tazminatın şartları sağlandıktan sonra, menfaat devri yaptırımı ile her ihtimalde birlikte talep edilebilir. Zira manevi zararın giderimi her zaman bir miktar para olarak düşünülmemelidir. Söz gelimi manevi zararın giderimi, özellikle fikri hakların ya da kişilik hakkının istismarı söz konusu ise, ihlale ilişkin kararın, TBK m.52/I gereği yayımlanması ile de gerçekleşebilir¹²¹⁹. Bu örnekten de açıkça anlaşılmaktadır ki, manevi tazminat ile menfaat devri ayrı amaç taşıyan iki ayrı yaptırımdır ve aynı anda talep edilebilirler¹²²⁰.

¹²¹⁷ Gönen, s.203; Dural/Öğüz, s.147; Chappuis, Melanges, s.52;

¹²¹⁸ Bkz. yukarıda § 5/ III. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Inderkum, N. 397 vd.; Bucher, Personen, N.586-592.

¹²¹⁹ Geiser, s.249; Schmid, GoA, N.894; Fischer, s.190; Tercier, Personnalite, N.753; Haas, N.98 vd.; Aydos, s.23.

¹²²⁰ Ancak, doktrinde, manevi tazminatın belirlenmesinde, bir başkasının kişilik hakkını ihlal edenin elde ettiği menfaatin esas alınması gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur. Bkz. Serozan, Armağan, s.75, dn.8’de yer alan yazarlar. Kanaatimce bu yaklaşım uygun değildir. Bu tür bir hesap, hep korkulduğu üzere, kişilik haklarının maddileşmesine sebep olabilir. Manevi tazminat ile menfaat devri, ayrı şartlara tâbi ayrı talep temellerine ait yaptırımlardır. Birinin şartının diğerine uygulanması şeklinde hibrid bir yapı hakkaniyete de aykırı olur. Nitekim manevi tazminat, nihayetinde bir tazminat türü olduğu için, zarara bağlıdır. Manevi zarar da çok özel niteliklerle tarif edilir. Oysa menfaat devri

b. Haksız Fiilin, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeyi Dışlayacağına İlişkin Görüşün Değerlendirilmesi

Doktrinde, kişilik hakkı ihlalinde menfaat devrinin ancak *“mağdurun elde etmek istemediği ya da elde edemeyeceği”* durumlara özgü olduğu ifade edilmektedir¹²²¹. Buna göre mağdur bu kazancı elde etmek istiyordu ise burada mahrum kalınan kâr söz konusudur ve zararın haksız fiil hükümleri kapsamında talep edilmesi gerekir¹²²². Gerçekten de, yukarıda ifade edildiği üzere mahrum kalınan kâr ile menfaat devri yaptırımının tatmin sağlamayı hedeflediği alan benzerdir. Bununla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin tespitinde, mağdurun bu kazancı elde etmek konusundaki saiki önemsiz ve etkisizdir. Kişilik hakkı ihlalinde menfaat devri talebinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde ileri sürüldüğü göz önünde tutulmalıdır. Sonuç olarak mağdurun saiki bu talep temelinde aranan ya da sonucu değiştiren bir koşul veya olgu değildir¹²²³. Söz gelimi kendisinden izin alınmadan fotoğrafları bir dergide yayımlanan modelin o fotoğrafları yayımlatmayı düşünmüş olması ve hatta bunun için bir başka kişiyle sözleşme akdetmiş olması, mutlak hakkını ihlal eden iş görene karşı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurmaya engel olmamalıdır. Nitekim Oğuzman da, yerinde olarak, *“Bu imkânın önemi, mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı failin tecavüz sayesinde elde etmiş olması halinde görülür.”* demek suretiyle talebi yalnızca *“mağdurun elde etmek istemediği ya da elde edemeyeceği”* durumlara özgülememekte, sadece talebin önemini ve farkını vurgulamaktadır¹²²⁴.

talep edilmesi için bir zararın varlığı aranmamakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları aranır. Dolayısıyla bu iki yaptırım türü, birbirinin yerine uygulanmamalıdır.

¹²²¹ Dural/ Öğüz, s.156; Gönen, s.203; Öztan, s.292; Bulut, s.195; Oktay, s.116.

¹²²² Dural/ Öğüz, s.156.

¹²²³ Bu talep temeline başvurulmasının şartları için bkz. § 2.

¹²²⁴ Oğuzman, s.30. Aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.81.

İsviçre hukukunda da bu tür bir ayrıma gitmenin anlamsız olduğu ve kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹²²⁵. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu revizyonunda getirilen düzenleme ile amaçlananın bu tür bir ayırım yaratmak olmadığı, kişilik hakkı ihlalinde talepleri olabildiğince geniş tutmak olduğu açıkça belirtilmektedir¹²²⁶.

Buna ek olarak, bir kişinin kişilik hakkını ihlal eden bir davranışı, “acaba kendisi olsa yapmaz mıydı” diye irdelemek de çoğu defa uygun olmayacaktır. Kişinin “kişilik hakkını ihlal eden davranışı” kendisinin yapacağı durumda, örneğin modelin söz konusu fotoğrafları zaten yayınlamayı düşünmesi halinde dahi, bu saikin neden gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurmaya engel olması gerektiği anlaşılamamaktadır.

Bundan başka, mankenin mahrum kalınan kârı söz konusu ise menfaat devri talep edemeyeceğinin ileri sürülmesi, menfaat devri ile mahrum kalınan kâr miktarı olarak eşit olsa bile hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarır. Zira mahrum kalınan kâr, haksız fiil kapsamında iki yıllık zamanaşımına tâbi iken; menfaat devri talebi TBK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbidir. Daha elverişli olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talep temeline, mağdurun saiki nedeniyle başvurması engellenmemelidir. Son olarak elde edilen menfaatin, mahrum kalınan kârdan daha fazla olduğu durumlara dikkat çekmek gerekir. Fotoğrafları yayınlayan derginin, 10 TL menfaat elde ettiği ihtimalde, model bir başkası ile 8 TL için bir sözleşme yapmış ise; modelin mahrum kalınan kâr olan 8 TL'nin talep edilmesine zorlanması, 2 TL'lik farkın, kişilik hakkını ihlal eden kişide kalmasına neden olur ki gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun amacının bu olmadığı açıktır.

¹²²⁵ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.45.

¹²²⁶ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.45; Inderkum, N.149; Schmid, GoA, N.919.

2. Hesaplanması

a. Menfaat Devri-Manevi Tazminat İlişkisi

Kişilik hakkını ihlal suretiyle iş görme, bir kişinin sesinin, adının, resminin hukuka aykırı kullanılması gibi çeşitli şekillerde olabilir¹²²⁷. Burada incelenmesi gereken esas sorun, devredilecek menfaatin “*tespiti*”dir. Zira menfaat devrinin hesaplanamaması gerekçesiyle, mahkemelerin menfaat devri talebini, manevi tazminat olarak değerlendirdikleri dahi görülmektedir¹²²⁸. Doktrinde yer alan görüşlere geçmeden önce, üzerinde hemfikir olunan bir hususu ifade etmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu’nun 50 ila 52. maddelerinin, tıpkı zarar ve tazminatın belirlenmesinde olduğu gibi, menfaat devri yaptırımının belirlenmesinde de hâkime takdir yetkisi tanıdığı kabul edilmektedir¹²²⁹.

Doktrinde bir görüş, menfaat devrinin hesaplanamadığı durumlarda, manevi tazminatın, denkleştirme amacıyla, olağandan fazla verilebileceğini ifade etmektedir¹²³⁰. Kanaatimce bu tür bir uygulama, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama alanları arasında farklı bir uygulama yaratacağı gibi, manevi tazminatın şartlarına da aykırı olacaktır. Ayrıca menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı fonksiyonunun¹²³¹, manevi tazminatta bulunmuyor oluşu da gözden

¹²²⁷ Geiser, s.252.

¹²²⁸ YHGK 3.10.1990, 4-275/459, YKD 1991/4, s.521.

¹²²⁹ Spitz, s.809; Holenstein, s.190, 191; Fischer, s.108; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.857; Moser, s.239; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Bürgi-Wyss, s.227. Özellikle fikri haklarda, BGer 132 III 382; BGer 133 III 153; BGer 133 III 81 c.4.2.2; BGer 134 III 306. Belirsizlik halinde iş görene yüklenmesi yönünde, Schmid, GoA, N. 842, N. 858; Moser, s.239; Widmer, s.93. OR 2020 tasarısının yorumlarında da aynı doğrultuda OR Art. 42’ye (OR 2020 Art.48’e) atıf yapılmaktadır. Bkz. Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.1. Türk hukukunda da aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.48; Gönen, s.207; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162. Oğuzman, s.30; Serdar, s.268; Arslan, s.100. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776; Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014.

¹²³⁰ Hatemi, Armağan, s.387.

¹²³¹ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13.

uzak tutulmamalıdır¹²³². Bu nedenle her iki yaptırımın birbiri yerine uygulanması uygun değildir. Nitekim Yargıtay da yerinde olarak bu amaçla normalden yüksek bir manevi tazminata hükmedilen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur¹²³³.

Menfaat devrinin belirlenmesinde, manevi tazminatın esas alınmaması gerekmekte ise de; tam tersinin mümkün olduğu ifade edilmektedir¹²³⁴. Başka deyişle, manevi tazminatın belirlenmesinde, kişilik hakkını ihlal edenin elde ettiği menfaati göz önünde bulundurmak mümkündür. Nitekim *Caroline Kararı*'nda da bu şekilde manevi tazminatın hesaplanması yoluna gidilmiştir¹²³⁵. Gerçekten de, zararın ve tazminatın belirlenmesinde hâkime verilen takdir yetkisi kullanılırken, elde edilen menfaatin de göz önünde bulundurulması yol gösterici olabilir.

Ancak elde edilen menfaatin kıstas alınması konusuna hayli hassas yaklaşılması gerekir. Zira bu durum, hep korkulduğu üzere, kişilik haklarının maddileşmesine sebep olabilir. Manevi tazminat ile menfaat devri, ayrı şartlara tâbi ayrı talep temellerine ait yaptırımlardır. Birinin şartının diğerine uygulanması şeklinde karma bir yapı hakkaniyete de aykırı olacağından, bu tür bir hesaplamayı dikkatle yapmak gerekir. Nitekim manevi tazminat, nihayetinde bir tazminat türü olduğu için, zarara bağlıdır. Manevi zarar da çok özel niteliklerle tarif edilir, bir üzüntü halinin varlığı aranır. Oysa menfaat devri talep edilmesi için bir zararın varlığı aranmamakla¹²³⁶ birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları aranır.

¹²³² Her iki kurumun farklı amaçlar taşıdığı yönünde: Geiser, s.249; Tercier, *Personnalite*, N.2115. Manevi tazminatın cezai fonksiyon taşıyıp taşımadığı hakkında tartışma için bkz. Franko, s.124, 125; Saymen, s.83-89 ve 92-98.; Karayalçın, s.267; Çiğdem Kırca, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", *Yargıtay Dergisi*, C. XXV, 1999, S. 3, s.243 vd.; özellikle, s.249 vd.; İnceoğlu, *Manevi Tazminat*, s.86-87.

¹²³³ Yarg. 11. HD, 11184/15282, (www.kararara.com, 6.2.2014).

¹²³⁴ Geiser, s.250; Canaris, s.85; Serozan, Armağan, s.75, dn.8'de yer alan yazarlar.

¹²³⁵ BGH 15.11.1994, BGHZ 128, 1, 15 vd. Bu konuda bkz. Canaris 85 vd.; Schlechtriem, *Wrongful Gains*, s.3.

¹²³⁶ Mario M. Pedrazzini/ Niklaus Oberholzer, *Grundriss des Personenrechts*, Bern 1989, s.159; Serozan, *Kişiler Hukuku*, I § 3, N.19g; Serozan, Armağan, s.75; Gönen, s.203; Öztan, s.292; Sungurbey, *Kullanım Karşılığı*, s.86; Edelman, s.82.

Sonuç olarak kişilik hakkının ihlali suretiyle elde edilmiş bir menfaatin varlığı halinde kanaatimce uygun çözüm, menfaat devri yaptırımına hükmetmek olur. Manevi tazminat bu yaptırımla yığılır biçimde talep edilebileceğinden, manevi tazminatı devredilecek menfaate göre belirlemek, iki kere elde edilen menfaatin devredilmesine yol açabilir ve amacını aşar şekilde ağır bir yaptırım olur. Başka deyişle, menfaat devri ile manevi tazminata yığılır şekilde hükmedildiğinde, manevi tazminatın devredilecek menfaate göre belirlenmemesi gerekir. Aksi durumda mağdurun iki kat menfaat elde etmesi gibi bir durum ortaya çıkabilir. *Caroline* kararı hakkında da, elde edilen menfaat esas alınarak bir tazminata hükmetmek yerine, BGB § 687/II'nin uygulanması suretiyle menfaat devrine hükmedilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir¹²³⁷.

b. Kriterlerin Belirlenmesi

Devredilmesi gereken menfaatin içine nelerin dâhil olduğu ve elde edilen brüt menfaatten nelerin çıkarılması gerektiği konusunda yukarıda yapılan açıklamalara sadık kalınacaktır¹²³⁸. Kişilik hakkı ihlalinde devredilecek menfaatin nasıl tespit edilmesi gerektiğine ilişkin olarak Yargıtay kararlarının yol gösterici olması beklenmektedir.

Bununla birlikte mahkeme kararlarına bakıldığında, kişilik hakkının ihlalinde menfaat devri talebinde bulunulan ve bu yaptırıma hükmedilen karar sayısı çok azdır. Kişilik hakkı ihlalinde pek çok karara konu somut olayın, aslında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme oluşturduğu ve bu olaylarda menfaat devrinin talep edilebileceği halde bu yönde bir talebin gündeme gelmemiş olması dikkat çekicidir. Talepler ve hükümler genellikle maddi ve manevi tazminata ilişkindir. Örneğin

¹²³⁷ Beatson/ Schrage, s.555-556.

¹²³⁸ Bkz. § 3/ I/ B/ 4 ve özellikle brüt menfaatten düşülmesi gereken kalemler konusunda § 3/ II/ D/ 1. Bununla birlikte, Belli, menfaat devrini, “iş görenin yaptığı basın açıklamasına rıza gösterseydi ondan talep edebileceği kazancı” isteyebilir şeklinde ifade etmektedir. Menfaat devri, “onay verilseydi talep edilebilecek olan” miktara göre belirlenmez. Menfaat devri, iş görenin somut olarak elde ettiği menfaate göre belirlenir. Bkz. Belli, s.87.

Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda davacı, günlüklerinin kendisinden izinsiz alındığını ve kitap haline getirildiğini iddia etmektedir¹²³⁹. Bu iddia kabul edilmekle birlikte, davacının talebi yalnızca maddi ve manevi tazminata ilişkin olduğu için gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ve menfaat devrine hükmedilmemiştir. Oysa somut olay tipik bir kişilik hakkı ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmektedir. Benzer bir kararda da, bir çocuğun fotoğrafları, ürün tanıtımı için, ticari amaçla katalogda kullanılmıştır¹²⁴⁰. Bu davada da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri talep edilebilecek iken, yalnızca maddi ve manevi tazminat talep edildiği görülmektedir¹²⁴¹.

Yargıtay'ın menfaat devrine hükmettiği ve bir takım kriterler ortaya koyduğu için incelenmesi gereken diğer bir karar ise, Emin Çölaşan'ın yazmış olduğu "Turgut Nereden Koşuyor" adlı kitaba ilişkindir¹²⁴². Bu kararda Yargıtay, eserde yer alan ve kişilik hakkını ihlal eden sözcüklerin niteliğinin, bu sözcüklerin sürüme etkisinin ve sözcüklerin nicelik olarak eserdeki yoğunluğunun dikkate alınması gerektiğini açıkça ifade ettiği için yazılı basında kişilik ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olayları için yol gösterici niteliktedir.

Anılan karar yol gösterici olmakla birlikte, kanaatimce Yargıtay'ın getirdiği kriterlerden "sözcüklerin niteliği"nden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kişilik hakkını ihlal eden sözcüklerin "ağırlığı" kastediliyorsa, bir kere ihlali tespit ettikten sonra, menfaat devri yaptırımını zarara bağlı olmadığı için, örneğin hakaretin ağır olmasının neye etki edeceği anlaşılammaktadır. Sonuçta söz konusu kararda Yargıtay, yazar ile yayınevının elde ettiği menfaatin devrine karar vermiştir.

¹²³⁹ Yarg. 11.HD, 20.9.2011, 10191/10603, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.2.2013.

¹²⁴⁰ Yarg. 11.HD, 16.5.2011, 13160/5955, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.2.2013.

¹²⁴¹ Yarg. 4.HD, 13.10.2005, 14567/10883, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 11.2.2014.

¹²⁴² Kılıçoğlu, Basın, s.357.

Kılıçoğlu ise, kararı “*iddia edilen saldırı oranı dikkate alınmadan*” menfaatin belirlendiği gerekçesiyle eleştirmektedir¹²⁴³.

Bundan başka, Yargıtay’a konu olan bir kararda, mağazada gezen bir kişinin, habersiz fotoğrafları çekilmiş ve ardından bu fotoğraf reklam amacıyla afiş olarak kullanılmıştır¹²⁴⁴. Resmi çekilen kişi, kişilik hakkının ihlal edildiği iddiası ile dava açmış; maddi ve manevi tazminat ile menfaat devri talep etmiştir. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay burada bir kişilik hakkı ihlali olduğu konusunda hemfikirdir. İlk derece mahkemesi yalnızca manevi tazminata hükmetmiştir. Karar temyiz edilmiş ve Yargıtay tarafından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri gereği menfaat devrine karar verilmesi gerektiği nedeniyle bozulmuştur. Yargıtay, yerinde olarak bozma kararı vermiş olmakla birlikte, bu karar, söz konusu olayda devredilmesi gereken menfaatin nasıl hesaplanması gerektiğine ilişkin bir yorum içermemektedir. Bu nedenle söz konusu somut olayda menfaatin nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda önerilerde bulunulacaktır.

Devredilecek menfaatin tespitinde, kanaatimce öncelikle neyin menfaat devri talebine esas alınmayacağını belirlemek gerekir. İlk olarak, maddi ve manevi tazminat talepleri, menfaat devrinden farklı olduğundan, kişilik hakkı ihlal edilen mağdurun zararının miktarı, menfaat devrinin belirlenmesinde etkisiz olmalıdırlar.

Menfaat devrinin belirlenmesinde esas alınmaması gereken bir diğer olgu söz konusu mağazanın, bir reklam gideri yapmaktan kurtulmuş olması suretiyle malvarlığında meydana gelen zenginleşmedir. Zira bu durum, bir masraftan kurtulma şeklinde, sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Söz konusu masraftan kurtulma zenginleşmesi, sebepsiz zenginleşme temelinde elbette talep edilebilir. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilecek menfaat

¹²⁴³ Kılıçoğlu, Basın, s.357. Saldırı oranının kazanç konusunda dikkate alınması gerektiği konusunda, Safa Reisoğlu, “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.312

¹²⁴⁴ Yarg. 4. HD, 7.2.2002, 10199/1371, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 6.2.2014.

devrinin belirlenmesinde yine yol gösterici olamayacaktır. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere, menfaat devri, sebepsiz zenginleşmenin sağladığı giderimden fazla olabilir¹²⁴⁵.

Bir mağazanın elde ettiği menfaatin belirlenmesi kolay görünse de, kişilik hakkı ihlali ile elde edilen menfaat arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği unutulmamalıdır¹²⁴⁶. Bu bakımdan yapılması gereken, (söz konusu karar reklama ilişkin olduğu için) reklam konusunda bilirkişi yardımı ile afişin, ne kadar süreyle, hangi alanlarda (internet vb.) sergilendiği de göz önünde tutularak; eski cirolarla söz konusu afişin asılı olduğu süre boyunca elde edilen ciroyu karşılaştırılmak olabilir. Böylelikle aradaki fark, kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebiyle elde edilen menfaat olarak esas alınabilir. Bu konuda reklamcılık alanında, mevcutsa istatistiki verilerden de yararlanmak mümkün olmalıdır. Buna ek olarak, TBK m.50 gereği, hâkimin takdir yetkisinin, menfaat devrinin belirlenmesinde de uygulanacağı unutulmamalıdır¹²⁴⁷. Bu açıdan, bilirkişinin ortalama bir menfaat belirlemesi yeterli görülmelidir.

Benzer şekilde, ihlalin radyo ya da televizyon yolu ile yapılması halinde, elde edilen kazancın tespitinde doktrinde bir takım kriterlerin kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Buna göre devredilecek menfaat belirlenirken, kişilik hakkı saldırısı oluşturan sözcük ya da görüntülerin yayına oranı¹²⁴⁸, ihlalin reytinge etkisi,

¹²⁴⁵ Sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin farkları ve aralarındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. § 1/ VI/ E ve § 5/ IV.

¹²⁴⁶ Bkz. yukarıda, § 3/ II/ 4/ d.

¹²⁴⁷ Spitz, s.809; Holenstein, s.190, 191; Fischer, s.108; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.857; Moser, s.239; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Bürgi-Wyss, s.227; . Özellikle fikri haklarda, BGer 132 III 382; BGer 133 III 153; BGer 133 III 81 c.4.2.2; BGer 134 III 306. Belirsizlik halinde iş görene yüklenmesi yönünde, Schmid, GoA, N. 842, N. 858; Moser, s.239; Widmer, s.93. OR 2020 tasarısının yorumlarında da aynı doğrultuda OR Art. 42'ye (OR 2020 Art.48'e) atf yapılmaktadır. Bkz. Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.1. Türk hukukunda da aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.48; Gönen, s.207; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162. Oğuzman, s.30; Serdar, s.268; Arslan, s.100. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776; Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014.

¹²⁴⁸ Aynı yönde, Kılıçoğlu, Basın, s.357.

periyodik bir program yayını söz konusuysa kişilik hakkına saldırı oluşturan yayının önceki yayınlara oranla artış yaratıp yaratmadığı, yarattıysa, ne kadarlık bir artış yarattığı gibi hususların dikkate alınması gerekir¹²⁴⁹.

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın bu konuda oturmuş bir uygulamasının varlığından söz etmek zor olur. Bununla birlikte, nadiren de olsa verdiği kararlarda getirmiş olduğu kriterlerle menfaat devri yaptırımının bilirkişi eliyle tespiti kolaylaşmıştır.

3. İspatı¹²⁵⁰

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere¹²⁵¹, kural olarak devredilmesi gereken menfaatin varlığını ve miktarını ispat iş sahibi – kişilik hakkı ihlal edilen kişi – üzerindedir¹²⁵². Federal Mahkeme de bir menfaatin elde edilmiş olmasını ve bunun ispat edilmesini esaslı bir şart olarak görmektedir¹²⁵³.

İspat yükü kişilik hakkı ihlal edilen kişi üzerinde olmakla birlikte, bu kişinin elde edilen menfaati tam olarak ispat edemeyeceği durumlar olabilir¹²⁵⁴. Özellikle kişilik hakkının ihlalinde, örneğin fotoğrafı kullanılan model, derginin bundan ne kadar menfaat elde ettiğini bilebilecek durumda değildir. İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme uygulamasında, menfaatin ne kadar olduğunun ispat edilemediği durumlar için, OR Art.42-44 (TBK m.50-52) hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵⁵. Türk doktrininde baskın görüş ve Yargıtay

¹²⁴⁹ Serdar, s.268; Toraman, s.168. Benzer şekilde, Yarg. 4.HD, 20.5.1991, 13291/ 5116, Kılıçoğlu, Basın, s.357.

¹²⁵⁰ Çalışmanın bu bölümünde ispata ilişkin yapılacak açıklamalar aksi belirtilmedikçe tüm uygulama halleri için yeterli olacaktır, diğer uygulama halleri açıklanırken yalnızca bu kısma atıf yapılmakla yetinilecektir.

¹²⁵¹ Bkz. § 3/ I/ B/ 4/ c.

¹²⁵² Schmid, GoA, N.855; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Moser, s.238; Widmer, s.93; Fischer, s.108; Chappuis, Melanges, s.66; Werro, Dommages-Intérêts Punitifs, s.90. Alman hukukunda da yaklaşım aynı şekildedir. Bkz. Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23.

¹²⁵³ BGer 133 III 153; BGer 129 III 422; BGer 134 III 306, E.4.1.2.

¹²⁵⁴ Widmer, s.95; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.2.

¹²⁵⁵ Spitz, s.809; Hostenstein, s.190, 191; Fischer, s.108; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.857; Moser, s.239; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15;

uygulaması da bu yöndedir¹²⁵⁶. Başka deyişle, menfaat tam olarak ispat edilemiyorsa, olayların olağan akışı dikkate alınarak miktar hakkaniyete göre hâkim tarafından takdir edilecektir¹²⁵⁷. Bundan başka Yargıtay, iş sahibinin ispat yükünü, elde edilen menfaatin belirlenmesi konusunda bilirkişiye başvurmak suretiyle hafifletmektedir¹²⁵⁸.

OR 2020'ye bakıldığında¹²⁵⁹ da, yukarıda yapılan açıklamaları destekler şekilde, 70. maddede ispat külfetinin düzenlendiği görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre, menfaati yine iş sahibi ispat etmelidir. Ancak ikinci fıkra gereği, menfaatin tam miktarının belirlenmesi mümkün değilse, mahkemeye olayın şartlarını dikkate alarak değeri belirleme görevi yüklenmektedir.

Lischer, s.99; Bürgi-Wyss, s.227. Özellikle fikri haklarda, BGer 132 III 382; BGer 133 III 153; BGer 133 III 81 c.4.2.2; BGer 134 III 306. Belirsizlik halinde iş görene yüklenmesi yönünde, Schmid, GoA, N. 842, N. 858; Moser, s.239; Widmer, s.93. OR 2020 tasarısının yorumlarında da aynı doğrultuda OR Art. 42'ye (OR 2020 Art.48'e) atıf yapılmaktadır. Bkz. Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.1.

¹²⁵⁶ Arkan Akbıyık, s.48; Gönen, s.207; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162. Oğuzman, s.30; Serdar, s.268; Arslan, s.100. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014.

¹²⁵⁷ Aynı yaklaşımın, sebepsiz zenginleşme kurumunda, zenginleşme miktarı açısından da ifade ediliyor olması dikkate değerdir. Oğuzman/ Öz, Cilt II, s.320,321.

¹²⁵⁸ YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013; Yarg. 13. HD, 31.5.1984, 2854/ 4161, Karahasan, s.1095. Aynı yönde, YHGK, 20.9.2006, 3-549/558; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/ 1599; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/ 1612, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013. Birlikte mülkiyet halinde, Anglo Amerikan hukukunda da sorun yukarıda öngörülen şekilde çözümlenmektedir. Zira bu konuda bir *writ* vardır. Bkz. Dawson, Intermeddler, s.1422,1423.

¹²⁵⁹ İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı. <http://or2020.ch/#> 20.11.2013.

III. Fikri ve Sınai Hak İhlalinde

A. Eser Üzerindeki Hakkın İhlali

1. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesi gereği, fikir ve sanat eseri, eser sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musikî, güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden biri içine giren ve fikri çabayı içeren her çeşit fikir ve sanat ürünüdür¹²⁶⁰. Bu tanımda sayılan unsurlar, eserin korunması için mutlaka bulunması gereken unsurlardır¹²⁶¹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66 ve devamı maddelerinde, fikri hakları ihlal edilenlerin açabileceği davalar düzenlenmektedir. Bu davalar, kişilik haklarının ihlalindeki davalara benzer şekilde, önleme, durdurma ve tazminat davaları olarak sayılmaktadır. "Tazminat Davası" başlıklı 70. madde gereği,

"Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.

Malî hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.

Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68'inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir."

Görüldüğü üzere, maddenin ilk fıkrası manevi hakları ihlal edilen kişiye manevi tazminat; ikinci fıkrası ise mali hakları ihlal edilen kişiye haksız fiil hükümlerince maddi tazminat talep etme hakkı tanımaktadır. Son fıkra ise, hem mali hem de

¹²⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.103 vd.; Karahan/Suluk/Saraç/ Nal, s.38 vd.

¹²⁶¹ Tosun, s.27 vd.; Tekinalp, s.103.

manevi hakkı ihlal edilen kişileri kapsar şekilde, elde edilen menfaati talep etme hakkını tanımaktadır.

2. Düzenlemenin Hukuki Niteliği

Yukarıda da ifade edildiği üzere, FSEK m.70/III menfaat devri yaptırımını düzenlemektedir. Doktrinde, yerinde olarak, bu düzenlemenin, TBK m.530'da genel hükümle düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama alanı olduğu ifade edilmektedir¹²⁶².

Benzer bir özel görünüm halinin, İsviçre'de de olduğunu ifade etmek gerekir¹²⁶³. Yine Hollanda hukukunda da fikri sınai hak ihlalinde menfaat devri yaptırımını düzenleyen özel kurallar vardır¹²⁶⁴. Anglosakson hukukunda da, bu tür ihlallerin yaptırımı olarak menfaat devri öngörülmektedir¹²⁶⁵. Alman hukukunda ise bu tür bir özel norm bulunmamakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen genel kural olan BGB § 687/II gereği, fikri mülkiyet hakkının ihlali

¹²⁶² Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.47; Moser, s.256 vd.; Fischer, s.25; Schmid, GoA, N.948; Tekinalp, s.334; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.331; Arkan Akbıyık, s.84; Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Ankara 2009, s.349; Nûşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara 1983, s.262; Savaş Bozbel, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, İstanbul 2012, s.581; Şahin, s.191; Öztan, Fikir, s.677; Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.197. Tazminat hukukuna menfaat devri yaptırımının getirilmesini eleştirir şekilde: Beuthien/ Wasmann, "Zur Herausgabe des Verletzergevinns bei Verstößen gegen das Markengesetz – Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung" **GRUR** 1997, s.255-261.

¹²⁶³ URG Art. 62/II. Aynı yönde, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.55; Schmid, GoA, N.1032; Barbara Müller/ Reinhard Oertli, Urheberrechtsgesetz (URG) Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht und Staatsverträge, Bern 2006, s.514; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.54-56; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.16. Söz konusu düzenleme 9 Ekim 1992'de yapılan değişiklikle gelmiştir. Bu değişiklikten önce de doktrinde fikri haklar alanında menfaat devri yaptırımının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Schmid, GoA, N. 1039 ve dn.511, 512; Moser, s.256 vd.; Fischer, s.25; Lischer, s.203. Federal Mahkeme de aynı görüştedir. BGER 132 III 379 E.3.2.3. Ancak daha önceleri yerel mahkeme uygulamasında (kantonale Praxis) birlik yoktu. Kabul edilmemesi yönünde, ZBJV 69/1933, E.4 (Berne Appellationshof). Kabul edilmesi yönünde, Zürcher Obergericht in BGE 116 II 351 (Schwyzer Kantonsgericht).

¹²⁶⁴ Beatson/ Schrage, s.557.

¹²⁶⁵ Virgo, s.471; Harder, s.194; Chitty, N.26-055. Bkz. Copyright, Designs and Patents Act, 1988, 96(2) ve 229(2).

suretiyle iş görme sonucu elde edilen menfaatin talep edilebileceği ifade edilmektedir¹²⁶⁶.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.70/III'e ilişkin olarak öncelikle, maddenin "Tazminat Davası" başlığı taşımasının¹²⁶⁷, menfaat devri yaptırımını da içermesi sebebiyle yerinde olmadığını ifade etmek gerekir¹²⁶⁸. Zira menfaat devri talebi, zarara bağlı bir tazminat talebi değildir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, tazminattan farklı bir özel hukuk cezası niteliğindedir¹²⁶⁹. Ayrıca bir tazminatın hesaplanma biçimi de değildir¹²⁷⁰.

Söz konusu düzenleme, TBK m.530'un bir uygulama alanı olduğu için, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları ve sonuçları kapsamında yapılan açıklamalar FSEK m.70/III için de geçerli olacaktır¹²⁷¹. Örneğin, bu maddenin ilk fıkrasında kusurdan söz edilmemekte¹²⁷²; ikinci fıkrada ise kusura bağlı bir sorumluluk düzenlenmekte; son fıkrada da kusurdan bahsedilmemektedir. Buradan, menfaat devrinin kusura bağlı olmadan talep edilebileceği sonucu

¹²⁶⁶ Enneccerus/Lehmann, s.684; Staudinger/ Nipperdey, § 687, N.10; Beatson/ Schrage, s.555.

¹²⁶⁷ Aynı başlık, Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanmasına İlişkin 2004/48 sayılı (The Directive on the enforcement of intellectual property rights) Avrupa Birliği Yönergesinde de yer almaktadır. Fikri ve sınai haklara ilişkin olan söz konusu Direktif'in 13. maddesi, üye ülkelere zararın tazmininin nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda yol göstermektedir. "Damages" (Zararlar) başlığı altında, birinci fıkranın a bendi kapsamında, tazminatın hesaplama yöntemlerinden biri olarak "hakkı ihlal edenin elde ettiği menfaat" gösterilmektedir. Ancak Avrupa Birliği Direktifi kapsamında bu tür bir düzenleme olması olağandır. Zira söz konusu düzenleme, tazminatın hesaplanması yöntemi olarak üye ülke kanun koyucularına pek çok seçenek sunmaktadır.

¹²⁶⁸ Aynı yönde, Tekinalp, s.334; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.331; Şahin, s.191; Öztan, Fikir, s.677-678. Bazı Federal Mahkeme kararlarının bu sebeple eleştirisi için bkz. Moser, s.29-42.

¹²⁶⁹ Bkz. § 4/ II/ E.

¹²⁷⁰ Bkz. § 4/ II/ C.

¹²⁷¹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.47; Moser, s.251; Fischer, s.23; Gautschi, Art.423 OR, N.2b; Schmid, GoA, N.954.

¹²⁷² Manevi tazminat açısından kusura gerek olup olmadığı da tartışmalı olup, bu husus çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Murat İnceoğlu/ Yalçın Tosun, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Eylül 2012, cilt XXVIII, S.3, s.75-113; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s.693; Oğuzman, s.34 vd.; Serozan, Armağan, s.93.

çıkarılmamalıdır¹²⁷³. Yukarıda da “kötüniyet” başlığı altında açıklandığı üzere¹²⁷⁴, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için, iş görenin, bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek bir iş gördüğünü biliyor olması (kast) ya da bilmesi gerekmesi (ağır kusur) aranmaktadır¹²⁷⁵.

Menfaat devrinin iş görenin kötüniyetine bağlı olmaması gerektiğini savunan görüş, genel olarak ispat zorluğunu gerekçe göstermektedir¹²⁷⁶. Yukarıda da açıklandığı üzere, menfaat devri yaptırımının varlık sebebinin, hükmün amacına da uygun olarak, kişileri bu tür davranışta bulunmaktan caydırmaktır. Bu nedenle, bir başkasının hukuk alanına müdahale eden kişiye – yani iş görene – kusursuzluğunu ispat külfetinin yüklenmesi gerekir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı da varılan sonucu destekler niteliktedir. Sonuç olarak kanaatimce kötüniyetli olmadığını ispat yükü zaten iş gören üzerindedir¹²⁷⁷. İspat yükü konusunda aksi görüş kabul edilse bile, ispat yükünün ağır olması endişesi, sorumluluğun “kusursuz” olarak nitelendirilmesini gerektirmemelidir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 70. maddesinde, tazminattan “başka” temin edilen kârın kendisine verilmesini isteyebilir denmektedir. Burada kastedilen taleplerin yığılması değildir. Söz konusu ifadenin, “tazminat talebinden başka bir imkânı daha vardır” anlamına geldiği doktrinde yerinde olarak ifade edilmektedir¹²⁷⁸. Maddi tazminat, manevi tazminat ve menfaat devri arasındaki

¹²⁷³ Aynı yönde, Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.318, 331; Arslanlı, s.221; Arkan Akbıyık, s.85. Kusurun aranmaması gerektiği yönünde, Tekinalp, s.335; Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.194, s.197; Erel, s.349; Ayiter, s.263; Bozbel, s.581; Öztan, Fikir, s.677, 680; Şahin, s.191; Üstün, s.399; Çınar, s.131.

¹²⁷⁴ Bkz. § 2/ V.

¹²⁷⁵ Uluslararası alanda fikri hak ihlallerine ilişkin anlaşma olan TRIPS de, 45. maddesinde sorumluluğun söz konusu olabilmesi için “bilme ya da bilmesi gerekme”yi aramaktadır.

¹²⁷⁶ Öztan, Fikir, s.680.

¹²⁷⁷ Bkz. § 2/ V/ E.

¹²⁷⁸ Tekinalp, s.335. Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 25.2.2010, 11423/2165, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15.12.2014.

ilişki açısından ise yukarıda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinilecektir¹²⁷⁹.

3. Menfaat Devri

a. Hesaplanması

aa. Ön Şart: Menfaat Elde Edilmiş Olması

Düzenlemede yer alan “*temin edilen kâr*” ifadesinin, doktrinde “*hal ve vaziyete göre beklenebilen muhtemel kâr*” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁸⁰. Kanaatimce hukuki temeli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak belirledikten sonra, devredilecek menfaatin somut olarak elde edilmiş olması aranmalıdır¹²⁸¹. Yargıtay da aynı görüştedir¹²⁸². Nitekim eser üzerindeki hakkın ihlali ile elde edilen menfaat arasında nedensellik bağının bulunması gerekir¹²⁸³. Bununla birlikte, elde edilmesi ihmal edilen menfaat, menfaat devri kapsamında olmasa da, iş görenin özen borcunun kabulü sayesinde, mahrum kalınan kâr şeklinde bir zarar kalemi olarak, yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilebilecektir¹²⁸⁴. Buna ek olarak, aynı zarar, haksız fiil temelinde de talep edilebilir¹²⁸⁵.

bb. Devredilmesi Gereken Menfaat: *Net Menfaat*

Fikri hakların ihlali suretiyle bir iş görülmesi ve bundan bir menfaat elde edilmesi söz konusu olduğunda, elde edilen menfaatin nasıl hesaplanması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, devredilmesi gereken menfaat, elde edilen brüt menfaatten geniş anlamda masrafların (masraf ve ücret) çıkarılmasıyla bulunan net menfaat ve faizdir¹²⁸⁶. Bu konuya özgü olarak brüt menfaatten

¹²⁷⁹ Bkz. § 5/ III/ A ve B.

¹²⁸⁰ Bozbel, s.582; Öztan, Fikir, s.677; Arslanlı, s.221. Aksi görüşte, Arkan Akbıyık, s.46; Widmer, s.81; Gümüş, C.II, s.238.

¹²⁸¹ Aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.46; Widmer, s.81; Gümüş, C.II, s.238.

¹²⁸² Yarg. 11. HD, 4.10.2001, 5462/7409, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014.

¹²⁸³ Schmid, GoA, N.1042

¹²⁸⁴ Bkz. § 3/ I/ B/ 2.

¹²⁸⁵ Bkz. § 5/ III.

¹²⁸⁶ Schmid, GoA, N.1042. Aynı yönde, Yasaman/ Altay/ Ayoğlu/ Yusufoglu/ Yüksel, C.II, s.1174; Gönen, Marka, s.71; Arkan, C.II, s.247. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yukarıda § 3/ I/ B/ 4/ b.

düşülmesi gereken kalemler, hakkın ihlali sırasında kullanılan malzeme ve işletme giderleri; çalışan ücretleri; varsa satış masrafları¹²⁸⁷ şeklinde sayılabilir. Ancak karşılanacak masrafların yalnızca zorunlu olanlarla sınırlı olduğu unutulmamalıdır¹²⁸⁸. Söz konusu masraflar düşüldükten sonra elde edilen menfaat, eser sahibine iade edilmelidir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.70/III'ün son cümlesi gereği ise, menfaat devrine hükmedildiği durumda, FSEK m.68 uyarınca talep edilen üç katı tazminat indirilir¹²⁸⁹. Bu hüküm, cezai amaç güden iki yaptırımın bir arada uygulanmasının ağır olacağı düşüncesini taşır. Zira FSEK m.68'de düzenlenen üç katı tazminat bir cezalandırıcı tazminattır. Menfaat devri de yukarıda açıklandığı üzere bir özel hukuk cezasıdır. Gerçekten de iki ayrı cezalandırma amacı taşıyan yaptırımın uygulanması kuralların amacını aşabilir. Bu bakımdan söz konusu düzenleme yerindedir.

cc. Elde Edilen Menfaatin İspatı

Elde edilen menfaatin (brüt menfaatin) ne kadar olduğunun iş sahibi tarafından ispat edilmesi gerekir¹²⁹⁰. Bununla birlikte, eser üzerindeki hakkı ihlal edilen iş

¹²⁸⁷ Moser, s.185,185. Moser bu konuda Amerikan mahkeme içtihatlarını kendine örnek almıştır. Aynı yönde, Fischer, s.38-46.

¹²⁸⁸ Bkz. § 3/ II/ D/ 1/ b.

¹²⁸⁹ "Bedel" ifadesi ile kastedilenin ne olduğu açık olmadığı, zira FSEK m.68'de iki bedel söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bunlar tecavüzün ref'i davasında kullanılan tercihe göre, çoğaltılmış nüsha ve kalıpların devir bedeli veya sözleşme yapılsaydı talep edilebilecek olan telif ücretinin üç katının tazminidir. Bir görüşe göre, "indirilecek bedel" FSEK m.68'de yer alan iki bedeli de kapsar. Erel, s.349; Şahin, s.191; Erdil, s.165; Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, 197; Üstün, s.399. *Tekinalp* ise indirilecek bedelin, devredilen çoğaltılmış nüshalar ile üretmeye yarayan araçlar ve benzerlerinin anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. *Tekinalp*, s.335. Oysa kanaatimce burada indirilmesi gereken bedel her durumda üç katı tazminattır. Zira bunu fail öder. Oysa nüsha ve kalıpların devir bedelini zaten hak sahibi karşı tarafa öder. Bunlar tıpkı birer masraf kalemi gibidir. Dolayısıyla hak sahibinin aldığı tazminatın, karşı tarafa ödeyeceği bedelden düşülmesi anlamsızdır. FSEK m.70/III, "FSEK m.68 uyarınca **talep edilen bedel**"in indirileceğinden bahseder. Bu talebi hak sahibi yaptığına göre ve devir bedeli hak sahibinin talep ettiği bir bedel olmadığına göre, kanımca indirilmesi öngörülen bedel üç katı tazminattır. Bu yaklaşım, hükmün cezalandırma amacı taşıması ile de uyum içindedir.

¹²⁹⁰ Schmid, GoA, N.855; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Moser, s.238; Widmer, s.93; Fischer, s.108; Arkan Akbıyık, s.48; Kaya, s.294. Alman hukukunda da yaklaşım aynı şekildedir. Bkz. Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23.

sahibinin elde edilen menfaati ispatlanması zor olduğu için hâkime takdir yetkisi tanınması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁹¹. Federal Mahkeme'nin özellikle fikri ve sınai haklar alanında bunu kabul ettiği kararları mevcuttur¹²⁹². Avrupa Birliği'nin, fikri mülkiyete ilişkin olan, 2004/48/EC Yönergenin ispata ilişkin 6. maddesi de buna paraleldir. Ancak bu konuda tekrardan kaçınmak adına detaylı bilgi için yukarıda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinilecektir¹²⁹³.

b. Zamanaşımı

Eser hakkının ihlalinde, talep edilecek menfaat devrinin zamanaşımının, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı bir fiil olması nedeniyle TBK m.72 uyarınca iki ve on yıl olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁹⁴. Oysa yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanaatimce TBK m.146 hükmünün lafzı açıktır ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için uygulanması gereken zamanaşımı on yıldır¹²⁹⁵. FSEK m.70/III de, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama alanı olarak aynı zamanaşımına tâbi olmalıdır.

¹²⁹¹ Widmer, s.95; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.2; Holenstein, s.190, 191; Spitz, s.809; Fischer, s.108; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.857; Moser, s.239; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Bürgi-Wyss, s.227; Belirsizlik halinde iş görene yüklenmesi yönünde, Schmid, GoA, N. 842, N. 858; Moser, s.239; Widmer, s.93. OR 2020 tasarısının yorumlarında da aynı doğrultuda OR Art. 42'ye (OR 2020 Art.48'e) atıf yapılmaktadır. Bkz. Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.1. Türk hukukunda da aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.48; Gönen, s.207; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162. Oğuzman, s.30; Serdar, s.268; Arslan, s.100. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776, Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014. Yarg. 13. HD, 31.5.1984, 2854/ 4161, Karahasan, s.1095. Aynı yönde, YHGK, 20.9.2006, 3-549/558; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/ 1599; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/ 1612, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013; YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013; Yarg. 11. HD, 26.9.2002, 4946/8176, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014. Birlikte mülkiyet halinde, Anglo Amerikan hukukunda da sorun yukarıda öngörülen şekilde çözümlenmektedir. Bkz. Dawson, Intermeddler, s.1422,1423.

¹²⁹² BGer 132 III 382; BGer 133 III 153; BGer 133 III 81 c.4.2.2; BGer 134 III 306

¹²⁹³ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ c ve § 6/ II/ C/ 3.

¹²⁹⁴ Tekinalp, s.335; Bozbel, s.583; Öztan, Fikir, s.680.

¹²⁹⁵ Bkz. § 3/ III.

B. Marka, Patent, Faydalı Model ve Tasarım Üzerindeki Hakların İhlali

1. Marka, Patent, Faydalı Model ve Tasarım

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹²⁹⁶ madde 5, hangi işaretlerin *marka* olabileceğini ifade ederken, dolaylı da olsa "marka" tanımını yapmaktadır¹²⁹⁷. Söz konusu hükme göre, marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "malların biçimi veya "ambalajları"" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir¹²⁹⁸. İşletmeler için, piyasadaki rekabet, sunulan ürün üzerinde farklılık yaratma gibi nedenlerle marka ve onun hukuken korunması özel bir önem taşımaktadır. Bu nedenle, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname de, markayı koruyucu bir takım düzenlemeler içermektedir.

Patent ise, bir buluşa verilen koruma hakkı olarak, Kanundaki koşulları taşıyan bir buluş için verilen, buluş üzerindeki inhisari kullanma yetkisi sağlayan ve bu yetkiyi ispatlayan belgeye denir¹²⁹⁹. Bu belge söz konusu buluşa bir takım koruma imkânları sağlamaktadır¹³⁰⁰. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, her buluşa patent verilmez. Patent verilebilmesi için Patent KHK m.5 gereği, yenilik, sanayiye

¹²⁹⁶ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 27 Haziran 1995, Sayı: 22326. Çalışmanın bu kısmında "Kararname" ya da "Marka KHK" olarak anılacaktır.

¹²⁹⁷ Tekinalp, s.360.

¹²⁹⁸ Marka kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy/ Yasaman, s.428 vd.; Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Kaya), s.341 vd.; Tekinalp, s.360 vd.; Poroy/ Tekinalp, s.334; Çolak, s.5 vd.; Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, İstanbul 2006, s.13 vd.; Necati Meran, **Marka Hakları ve Korunması**, Ankara 2008, s.25 vd.; İlhami Güneş, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara 2009, s.62 vd.; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.153 vd.; Coşku Gönen, **Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi**, İstanbul 2011, s.6 vd.; Ömer Camcı, **Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul 1998, s.44 vd.; Dönmez, s.1-2.

¹²⁹⁹ Karahan/Suluk/Saraç/ Nal, s.199.

¹³⁰⁰ Karahan/Suluk/Saraç/ Nal, s.200.

uygulanabilirlik, başvuru konusunun Patent KHK m.6 kapsamında olması aranmaktadır¹³⁰¹.

Faydalı model ise, Patent KHK m.154 gereği “yeni olan” ve “sanayiye uygulanabilen” bir buluş olarak ifade edilmektedir. Doktrinde faydalı model “*sanayiye ve üç boyutlu bir ürüne uygulanan yenilik basamağını haiz bulunmayan, bu sebeple incelemesiz olarak verilen basit bir çözüm içeren küçük bir buluş*” olarak tanımlanmaktadır¹³⁰². *Tasarım* ise ürünün görünümünü ifade eden bir kavramdır¹³⁰³. Bununla kastedilen, Tasarım KHK m.3’te ifade edildiği üzere, bir ürünün süslemesi, çizgisi, rengi, dokusu, malzemesi gibi insan duygularıyla algılanabilen unsurların bir arada görünümüdür¹³⁰⁴. Bir tasarımın korunması için mutlaka ürünle birlikte var olması gerekir. Bununla kastedilen, ürünsüz yani soyut bir tasarımın korunmayacağıdır¹³⁰⁵.

Bu hakların ihlali halinde, ihlalin önlenmesi ve tazminat davaları öngörülmektedir¹³⁰⁶. Maddi tazminata ilişkin olarak, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin “Yoksun Kalınan Kazanç” başlıklı 66. maddesi gereği,

Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.

Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre,

¹³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.537 vd.; Camcı, s.92 vd.; Güneş, s.39 vd.

¹³⁰² Tekinalp, s.731.

¹³⁰³ Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. no:22326 27.5.1994. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.670 vd.; Camcı, s.125 vd.; Suluk, s.35 vd.; Güneş, s.46 vd. Ancak tasarımcılar ve hukukçular farklı tanımlar yapmaktadır. Bkz. Karahan/ Suluk/ Saraç/ Nal, s.265.

¹³⁰⁴ Tekinalp, s.670.

¹³⁰⁵ Tekinalp, s.670; Suluk, FMR, s.41; Karahan/Suluk/Saraç/ Nal, s.266

¹³⁰⁶ Çolak, s.733, s.748 ve s.754 vd.; Gönen, Marka, s.27 vd.

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler gözönünde tutulur.

Görüldüğü üzere, Marka KHK m.66/II-b, yoksun kalınan kârın tazmini başlığı altında, menfaat devrinin talep edilebilmesini, marka sahibine bir seçenek olarak sunmaktadır. Benzer düzenlemeler, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 140. maddesi¹³⁰⁷ ve Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 52. maddesinde de yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu üç düzenleme bir arada ele alınacaktır¹³⁰⁸.

2. Düzenlemelerin Hukuki Niteliği

Marka, patent, faydalı model ve tasarıma ilişkin yukarıda ifade edilen düzenlemede yer alan menfaat devri yaptırımı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama alanı olarak görülmektedir¹³⁰⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı

¹³⁰⁷ Faydalı model hakkında da Patent KHK uygulanmaktadır.

¹³⁰⁸ Önemle ifade etmek gerekir ki, Alman Federal Mahkemesi de, ilk olarak 1895 yılında Ariston kararı ile fikri ve endüstriyel hakların ihlalinde, benzer bir sıra izlemek suretiyle, zararın üç şekilde hesaplanabileceğine hükmetmiştir. Bunlardan ilki "*der konkrete Schaden*" olarak ifade edilen davacının gerçek zararıdır. İkinci olarak davacının "*Lizenzgebühr*" adı altında, lisans sözleşmesi yapılsaydı alacak olduğu ücretin talep edebileceği ifade edilmektedir. Son olarak ise "*Gewinnherausgabe*" yani menfaat devri yaptırımının talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. RG. 8 June 1895, RGZ 35, s.63-75 (*Ariston*). Bu konuda bkz. Linssen, s.352. Aynı yönde kararlar için bkz. BGH 29 May 1962, GRUR 1962, s.509-515; BGH 8 October 1971, BGHZ 57, s.116-123; BGH 6 March 1980, BHGZ 77, s.16-27; BGH 24 June 1993, GRUR 1993 s.899-901.

¹³⁰⁹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.47, N.53; Weber, Gewinnherausgabe, s.333; Fischer, s.25; Lischer, s.202; Schmid, GoA, N.948; Suluk, s.502; Gümüş, C.II, s.235; Schmid/ Stöckli, N.2033; Becker, Art.423 OR, N.1; Oser/Schönenberger, N.2; Briner, s.116 vd.; Widmer, s.119 vd.; Moser, s.256 vd. Tazminat hukukuna menfaat devri yaptırımının getirilmesini eleştirir şekilde: Beuthien/ Wasmann, "Zur

görüştür¹³¹⁰. Bunun sonucu olarak da, aynı unsurları taşıdığı¹³¹¹ için iş sahibinin (marka/patent/tasarım üzerinde hak sahibi olan kişinin) zararı olmaksızın menfaat devri talep edebileceği unutulmamalıdır¹³¹².

Marka KHK m.66, Patent KHK m.140/II-b ve Tasarım KHK m.52/II-b hükümlerinin lafzından, menfaat devri yaptırımının, bir *“zararın hesaplanma biçimi”* olarak düzenlendiği düşünülebilir¹³¹³. Düzenleme gereği, hak sahibi (iş sahibi), yoksun kalınan kârını, iş görenin (marka/patent/tasarım hakkını ihlal edenin) elde ettiği menfaati devralmak suretiyle tazmin edebilir. Ancak elde edilen menfaatin, yoksun kalınan kârdan fazla olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda da mahkeme elde edilen menfaate hükmedilebilecektir. Bu husus göz önünde tutulduğunda, anılan düzenlemelerde yer alan menfaat devri yaptırımının da cezalandırıcı fonksiyonu ve aslında bir *“tazminat”* olmadığı gerçeği ortaya çıkmaktadır¹³¹⁴. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama alanı olduğu kabul edildiğinde, bu yaptırımın zararın varlığına bağlı bir tazminatın hesaplanma biçimi olamayacağına dikkat çekmek gerekir.

Nitekim Yargıtay da, tasarım hakkının ihlali suretiyle bir işin görülmesine ilişkin söz konusu kararda, zararın ispatı hususunu aramamış, bilirkişinin tespit ettiği elde

Herausgabe des Verletzergerwinns bei Verstößen gegen das Markengesetz – Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung“ **GRUR** 1997, s.255-261.

¹³¹⁰ Patent için bkz. BGer 98 II 325; BGer 97 II 169; Tasarım için bkz. BGer 45 II 202.

¹³¹¹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.47; Moser, s.251; Fischer, s.23; Gautschi, Art.423 OR, N.2b; Schmid, GoA, N.954.

¹³¹² Aynı görüşte, von Ungern-Sternberg, s.462; Suluk, s.502; Tekinalp, s.502; Uzunallı, s.407; Arkan Akbıyık, s.95; Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512; Yarg. 11. HD, 27.3.2006, 3232/3226; Yarg. 11. HD, 6.10.2003, 2585/8782, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014. Yarg. 11. HD, 4.10.2001, 5462/7409, Tekinalp, s.502. Aksi görüşte, Camcı, s.80 vd.

¹³¹³ Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.199; Suluk, s.499. Aynı yönde, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.47; İsviçre uygulaması için bkz. BGer 97 II 169; Türk uygulaması için bkz. Yarg. 11. HD, 9.10.2006, 5056/9662; Yarg. 11. HD, 13.3.2006, 2840/2522; Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014.

¹³¹⁴ Bu husus yukarıda ayrıntılı olarak tartışılmaktadır.Bkz. § 4/ II/ C.

edilen menfaat miktarına hükmetmiştir¹³¹⁵. Bir başka kararda da açıkça, “*davacının kazanç kaybına uğramadığı anlaşılabilir*” menfaat devrine karar verilmesi gerektiğini dile getirmektedir¹³¹⁶. Ayrıca anılan dört düzenlemenin de, tıpkı genel menfaat devri yaptırımını gibi, caydırıcı ve cezalandırıcı amaç taşıdığı doktrinde yerinde olarak ifade edilmektedir¹³¹⁷.

Bununla birlikte, söz konusu hükümlerin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yerine haksız fiil temelinde düzenleniyormuşçasına, “yoksun kalınan kâr” başlığı altında yer alması doktrinde yerinde olarak eleştirilmekte ve kişilik hakkının korunmasında olduğu gibi bir düzenleme (TMK m.25) getirilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir¹³¹⁸. İsviçre’deki düzenlemeye bakıldığında ise, örneğin Markaların Korunması Hakkında Kanun’un 55. maddesinin ikinci fıkrası, marka ihlallerinde vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında menfaat devrinin talep edilebileceğini düzenlemektedir (MSchG Art.55/II)¹³¹⁹. Düzenlemede vekâletsiz iş görmeye yapılan atfın, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye yapılan bir atıf olduğu tartışmasızdır¹³²⁰. Kanaatimce Türk hukuku açısından benzer bir düzenlemenin getirilmesi daha yerinde olurdu. Başka deyişle, yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye yapılan atıf fazlasıyla yeterlidir. Bundan başka özel bir düzenlemenin kanunda hiç yer almaması da uygun bir çözüm olarak düşünülebilir. Zira sınıai hakların ihlalinde, söz konusu özel düzenlemelere zaten ihtiyaç yoktur. TBK m.530

¹³¹⁵ Yarg. 11. HD, 27.3.2006, 3232/3226; aynı yönde, Yarg. 11. HD, 6.10.2003, 2585/8782, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014.

¹³¹⁶ Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014.

¹³¹⁷ Tekinalp, s.499.

¹³¹⁸ Arkan Akbıyık, s.95-96.

¹³¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schmid, GoA, N.999 vd.

¹³²⁰ Schmid, GoA, N.999 vd.; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 50. Açık düzenlemeden önce, marka ihlalinin menfaat devri yaptırımına yol açıp açmayacağı hakkında tartışmalar için bkz. Schmid, GoA, N.999 vd.; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.51; Moser, s.262 ve BGer 73 II 194, BGer 36 II 598. İsviçre Federal Mahkemesi’nin marka hakkını ihlali kabul etmesinde, Alman Federal Mahkeme kararlarının rol oynadığı yönünde, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.51; Schmid, GoA, N.1013 vd.

sınai hak ihlali suretiyle iş görülmesini de kapsar niteliktedir¹³²¹. Ancak özel düzenlemelerin varlığı, hakların pekiştirilmesi için gerekli görülmüş olsa gerekir.

Söz konusu düzenlemelere doktrinde getirilen bir diğer eleştiri ise, yoksun kalınan kârın talep edilebilmesi, zararın ve kusurun ispatına bağlıyken; aslında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bu şartlara bağlı olmamasıdır¹³²². Yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu talebin zarardan bağımsız olduğu açıktır¹³²³. Kusur konusunda ise bu eleştiriye katılmak mümkün görünmemektedir. Zira bir başkasının hakkını ihlal ettiğini bilmek ya da bilmesi gerekmemek olarak “kötüniyet” adı altında anılan şartın, kast ve ağır ihmal derecesinde kusur olduğunu hatırlatmak gerekir¹³²⁴.

Sonuç olarak, düzenlemelerin yerindeliği kanaatimce tartışmalı olsa da, söz konusu hükümleri TBK m.530 ışığında okumak suretiyle anılan aksaklıkların giderilmesi mümkündür. Sonuç olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun getirdiği prensipler dikkate alınarak, sınai hak ihlallerinde menfaat devrine hükmedilmesi gerekir.

3. Menfaat Devri

a. Hesaplanması

aa. Ön Şart: Menfaat Elde Edilmiş Olması

Menfaat devrinin genel olarak açıklandığı bölümde de ifade edildiği gibi, menfaat devrinin talep edilebilmesi için somut olarak bir menfaatin elde edilmiş olması

¹³²¹ Özel düzenleme gerekir demekle birlikte, olan hukuk bakımından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurulabileceği yönünde, Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.200.

¹³²² Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.199.

¹³²³ Nitekim Yargıtay da, zararın ispatı hususunu aramamakta, bilirkişinin tespit ettiği elde edilen menfaate hükmetmektedir. Yarg. 13. HD, 31.5.1984 2854/4161 (Karahasan, s.1096); Yarg. 11. HD, 27.3.2006, 3232/3226, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014. Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512; Yarg. 11. HD, 6.10.2003, 2585/8782, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014.

¹³²⁴ Kusurun aranması gerektiği yönünde, Marka için, Tekinalp, s.503; Meran, s.372; patent için Tekinalp, s.647.

gerekmektedir¹³²⁵. Bununla birlikte doktrinde, özellikle marka hakkı açısından, ihlal nedeniyle bir menfaat elde edilmemesi ancak kazancın azalmasının önlenmesi durumunda da, menfaat devri talep edilebileceği ifade edilmektedir¹³²⁶. Marka KHK m.66/2-b'nin, TBK m.530'un bir özel görünümü olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimce yukarıda ifade edilen görüşe katılmak mümkün değildir.

Menfaat devri talep edilebilmesi için, bir menfaatin elde edilmiş olması şarttır¹³²⁷. Başka deyişle, bir menfaat elde edilmemiş, yalnızca bir masraf yapılmaktan kurtulmuş ise, artık gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği menfaat devri talep edilemez. İngiliz hukuku da bu soruya olumsuz yanıt vermektedir¹³²⁸. *General Attorney v. Blake* davasında da yer alan Yüksek Yargıç *Lord Nicholls* da, yerinde olarak, genel anlamıyla bu şekilde masraftan kurtulmanın menfaat devrine yol açmayacağını ifade etmiştir¹³²⁹. Ayrıca, menfaat devri yaptırımını, yalnızca elde edilen net menfaate özgülemek, daha açık ve anlaşılır bir yaptırım olmasını sağlar¹³³⁰. Bu halde ortada bir masraftan kurtulma zenginleşmesi olduğu için, sebepsiz zenginleşme yoluna başvurulabilir.

bb. Kriterlerin Belirlenmesi

Söz konusu hakların ihlali nedeniyle elde edilen menfaatin belirlenmesinde kriterlerin tespit edilmesi gerekir. Marka KHK m.66 son fıkra bu konuda yol göstermektedir. Düzenleme gereği, *“yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur”*.

¹³²⁵ Bkz. yukarıda, § 3/ II/ A.

¹³²⁶ Uzunallı, s.398. Aksi görüşte, Arkan Akbıyık, s.46; Widmer, s.81; Gümüş, C.II, s.238; Yasaman, s.563.

¹³²⁷ Gönen, Marka, s.71; Arkan, C.II, s.247.

¹³²⁸ Bu husus yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bkz. § 4/ III/ B/ 2.

¹³²⁹ Edelman, s.74.

¹³³⁰ Edelman, s.74.

Bunun dışında, marka hakkını ihlal açısından, hâkimin haksız olarak kullanılan markayı taşıyan ve taşımayan ürünleri karşılaştırmak suretiyle elde edilen menfaati belirlemesi önerilmektedir¹³³¹. Böylelikle marka kullanılmıyaydı elde edilebilecek menfaatle, markanın kullanıldığı durumdaki menfaatin karşılaştırılması söz konusu olacaktır. Buna ek olarak Marka KHK m.67 gereği, *“Marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasının (a) veya (b) veya (c) bendlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerekir.”* Görüldüğü üzere, Marka KHK m.67 de menfaatin belirlenmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmanın yanında, yol gösterici de olmaktadır. Benzer düzenleme Patent KHK m.141’de de yer almaktadır.

Bundan başka, dikkate alınması gereken hususlar, marka hakkını ihlal etmek suretiyle iş görenin ticari faaliyetinin boyutu, markayı taşıyan ürünlerden ne kadar sipariş aldığı, ne kadar ürettiği ve stokta bulundurduğu, satış oranları, kâr marjı, markanın işlem gördüğü piyasanın özellikleri (markanın monopolistik, oligopolistik ve tam rekabet piyasalarından hangisinde kullanıldığı gibi), markanın tanınmışlığı ve ekonomik önemi olarak sayılabilir¹³³². Ayrıca markanın ne zaman tescil edildiği de etkilidir. Zira marka ihlali – hukuka aykırılık¹³³³ – ancak tescilden sonra başlayabileceği için, yalnızca tescil tarihinden sonra elde edilen menfaatlerin hesaba katılması gerekmektedir¹³³⁴. Nitekim Marka KHK m.9 fıkra son gereği, markanın

¹³³¹ Zahn, s.132 vd.; Uzunallı, s.400.

¹³³² Tekinalp, s.501; Kaya, s.294; Çolak, s.771; Yasaman/ Yüksel, C.2, s.1174; Meran, s.374 Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Kaya), s.433.

¹³³³ Bir şart olarak hukuka aykırılık için bkz. § 2/ VI.

¹³³⁴ Yarg. 11. HD, 9.10.2006, 5056/9662, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014.

sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder¹³³⁵.

Patent hakkının ihlalinde menfaat devri hesaplanırken patentin ekonomik boyutu, hakkın geçerlilik süresi gibi hususların dikkate alınması yerinde olur¹³³⁶. Patentin ekonomik önemi ile kastedilen, patentin cevap verdiği ihtiyacın önemi ve patent sayesinde üretilen malların ulaştığı kitle ile işlem gördüğü piyasanın dikkate alınmasıdır¹³³⁷. Bunun dışında, menfaatin oluşumunda rol oynayan, patent dışındaki tüm faktörlerin ayıklanması gerekir¹³³⁸.

Tasarım hakkının ihlali söz konusu olduğunda, talep edilecek menfaat devrinin hesaplanmasında da, tasarımın satışa etkisini araştırmak gerekmektedir¹³³⁹. Bu konuda Yargıtay'ın yol gösteren kararına dikkat çekmek gerekir. Yargıtay, tasarım hakkına konu olmayan ürün satışından davalının elde ettiği geliri, menfaatin belirlenmesinde dikkate alan yerel mahkeme kararını bozmuştur¹³⁴⁰. Benzer şekilde, usulüne uygun şekilde tasarım hakkını ihlal etmeden satın alınan ürünler de elde edilen menfaatin hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır.

İhlal edilen sınai hakkın, ürüne katkısının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu hesabın yapılması elbette somut kurallara bağlı değildir ve zor olacaktır. Bu konuda hâkim takdir yetkisini kullanırken sektör bilirkişisine başvurmalıdır. Örneğin kalitesiz bir ürün, çok tanınmış bir marka ile satılıyorsa, satılmasının en önemli nedeninin marka olduğu rahatlıkla söylenebilecek iken; kullanılmayan veya kullanıcı kitlesi tarafından çok tanınmayan bir markanın haksız kullanılması söz

¹³³⁵ Bununla birlikte, Marka KHK m.9'un son fıkrası da göz önünde bulundurulmalıdır. Hükme göre, "Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder."

¹³³⁶ Tekinalp, s.646; Karahan/Suluk/Saraç/ Nal, s.377; Meram, s.374.

¹³³⁷ Tekinalp, s.646.

¹³³⁸ Tekinalp, s.647.

¹³³⁹ Karahan/Suluk/Saraç/ Nal, s.377.

¹³⁴⁰ Yarg. 11. HD, 27.3.2006, 3232/3226, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.02.2014.

konusu olduğunda, TBK m.50-52 gereği, hâkim markanın haksız kullanıldığı ürünün satışından elde edilen menfaatte indirim gidebilmelidir¹³⁴¹. Zira ilk örnekte, marka olmasaydı ürünün satılmaması yüksek olasılık dâhilindedir¹³⁴².

cc. Devredilmesi Gereken Menfaat: Net Menfaat

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında elde edilmesi gereken menfaatin net menfaat olduğunu hatırlatmak gerekir¹³⁴³. Brüt menfaatten düşülecek masraflar, yukarıda genel olarak açıklandığı üzere, yalnızca yapılan zorunlu masraflardır¹³⁴⁴. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay da tüm masrafların menfaatten düşülmesini bozma sebebi olarak görmektedir¹³⁴⁵. Marka ihlalini konu alan söz konusu kararda, tüm masrafların düşülmesi gerektiğini ifade eden bilirkişi kararına göre hüküm kuran ilk derece mahkemesinin bu kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur. Sınai hakların ihlali kapsamında nelerin “zorunlu masraf” sayılması gerektiği konusunda ise Alman Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu detaylı kararlardan faydalanmak uygun görünmektedir.

Alman Federal Mahkeme Kararları’nın hangi hususları zorunlu masraf saydığı konusundaki örnekleri açıklamadan önce, belirtmek gerekir ki, doktrinde, sınai hakkı ihlal edenin elde ettiği menfaatten, değişken maliyetlerin ve ihlale konu ürünlere ilişkin maliyetlerin çıkartılması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁴⁶. Başka

¹³⁴¹ Aynı yönde, Uzunallı, s.406; Ströbele/ Hacker, § 14, N.363;

¹³⁴² Tıpkı Alman Federal Mahkeme Kararında olduğu gibi, BGH 6.10.2005, I ZR 322/02, GRUR 2006, s.420.

¹³⁴³ Bununla kastedilen, ortaya çıkan brüt menfaatten bir takım masrafların düşülmesi ile bulunan menfaattir. İsviçre Federal Mahkemesi, iş görenin mevcut malvarlığı ile müdahale gerçekleşmeseydi var olacak malvarlığı arasındaki farkın, brüt menfaate işaret edeceğini ifade etmektedir. Aynı yönde, Schmid, GoA, N.1007; Hofstetter, s.276; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.114; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Nietlispach, s.123; Suluk, s.501; Gönen, Marka, s.71; Yasaman/ Altay/ Ayoğlu/ Yusuf/ Yüksel, C.2, s.1174; Uzunallı, s.396. BGer 134 III 306. Aynı yönde, sebepsiz zenginleşmeden kıyasen faydalanmak suretiyle; BGer 133 III 153; BGer 133 V 205. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda, § 3/ II/ B/ 4.

¹³⁴⁴ Bkz. § 3/ II/ D/ 1/ b.

¹³⁴⁵ Yarg. 11. HD, 8.12.2003, 4454/11481, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2014. Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 16.12.1999, 5830/10402, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 22.02.2014.

¹³⁴⁶ Spitz, s.808; Uzunallı, s.396.

deyişle, sabit maliyetler, elde edilen menfaatten düşülmemelidir. Alman Federal Mahkeme kararları, nelerin sabit maliyet sayılacağı konusunda yol gösterici olmaktadır. Örneğin genel işletme giderleri olan, muhasebe giderleri¹³⁴⁷, işletme kirası, yalnızca marka/patent/tasarım hakkını ihlal eden ürüne özgü olmayan reklam giderleri, ar-ge giderleri talep edilebilecek masraflar arasında değildir¹³⁴⁸. Düşülebilecek masraflar ise, ihlale neden olan ürünlerin üretim, paketlenme ve satış maliyetleri olarak gösterilmektedir¹³⁴⁹. Örneklerden de anlaşıldığı üzere, sınai hakkı ihlal eden ürünün satışı ve üretimi olmasaydı, ortaya çıkmayacak olan maliyetler elde edilen menfaatten düşülebilir¹³⁵⁰.

Masrafların ispatı bakımından ise, yukarıda yapılan açıklamalara paralel olarak masrafları iş görenin ispat etmesi gerekecektir¹³⁵¹. Alman Federal Mahkemesi de bu yönde karar vermiş olup, gerekçe olarak, ürünün maliyetine ilişkin bilgilerin sınai hakkı ihlal edenin hakimiyet alanında oluşunu göstermektedir¹³⁵². Bu yaklaşımın yerinde olduğu açıktır.

b. Nedensellik Bağı

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin genel olarak yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere, elde edilen menfaat ile marka hakkını ihlal suretiyle iş görme arasında nedensellik bağının olması şarttır¹³⁵³. Başka deyişle, yalnızca markayı ihlal nedeniyle elde edilen menfaatin iadesi gerekir¹³⁵⁴. Buna paralel olarak, "*markanın*

¹³⁴⁷ Grabinski, s.263, dn.33.

¹³⁴⁸ BGH, 21.9.2006, I ZR 6/04, GRUR 2007, s.434. Aynı yönde, Tekinalp, s.501 vd.; Uzunallı, s.397; Gönen, Marka, s.71; Ströbele/ Hacker, § 14, N.366.

¹³⁴⁹ BGH, 21.9.2006, I ZR 6/04, GRUR 2007, s.434.

¹³⁵⁰ Grabinski, s.263; Uzunallı, s.397.

¹³⁵¹ Bkz. § 3/ II/ D/ 1.

¹³⁵² BGH 2.11.2000, I ZR 246/98, GRUR 2001, s.329.

¹³⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda § 3/ II/ B/ 4/ d.

¹³⁵⁴ Tekinalp, s.502; Schmid, GoA, N.1002; Kreis, s.85. Bu yönde Alman Federal Mahkeme kararları için bkz. BGH, 17.6.1992, I ZR 107/90, GRUR 1993, s.59; BGH, 6.10.2005, I ZR 322/02, GRUR 2006, s.420; BGH, 21.9.2006, I ZR 6/04, GRUR 2007, s.434.

kullanılması ile elde edilmesi gereken gelir/elde edilen muhtemel gelir” değil, yukarıda açıklanan net gelirin esas alınması gerekmektedir¹³⁵⁵.

Bu konuda Yargıtay’ın marka hakkına ilişkin olarak verdiği bir bozma kararını incelemek gerekir¹³⁵⁶. Söz konusu kararda, davacı markasına tecavüz edildiği için Marka KHK m.66/II-b gereği menfaat devri talep etmektedir. İlk derece mahkemesi, elde edilen menfaatin hesaplanması için bilirkişiye gitmiş ve bilirkişi davalının değişik markaları taşıyan tüm üretim ve satış verileri üzerinden menfaati tespit etmiş, karar da bu miktar üzerinden verilmiştir. Yargıtay ise yerinde olarak kararı, yalnızca ihlal edilen markayı taşıyan üründen sağlanan menfaatin esas alınması gerektiğini ifade ederek bozmuştur¹³⁵⁷. Sonuç olarak, elde edilen menfaatin tespitinde, nedensellik bağı eksik olacağı için, iş görenin bilançosunda bulunan, marka ihlali haricinde elde edilen gelirler, örneğin kira gelirleri, taşınmaz satış gelirleri hesaba katılmaz¹³⁵⁸. Aynı hususlar patent ve tasarım hakkının ihlali suretiyle iş görülmesinde de geçerli olacaktır. Nitekim Yargıtay da, tasarım hakkının ihlali suretiyle iş görülmesine ilişkin bir davada, “*davacının tasarımları kullanılarak elde edilen menfaatin dikkate alınması*” gerekliliği nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹³⁵⁹.

c. Zamanaşımı

Son olarak ifade etmek gerekir ki, sınai hakların ihlali suretiyle bir iş görülmesi, TBK m.530’un bir uygulama alanı olduğu için, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin tâbi olduğu zamanaşımına tâbi olacaktır. Marka KHK m.70 de bunu destekler niteliktedir. Zira anılan düzenleme gereği, marka hakkına tecavüzden

¹³⁵⁵ Tekinalp, s.502; Suluk, s.500. Aynı yönde, Yargıtay 11. HD, 16.12.1999, 5830/10402, Batider C.XXI, S.1, Yıl 2001, s.289-291.

¹³⁵⁶ Yarg. 11. HD, 28.11.2002, 7205/10668, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014. Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 22.4.2004, 9291/4330; Yarg. 11. HD, 15.2.1999, 5330/1042; Yarg. 11. HD, 13.3.2006, 2840/2522, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014.

¹³⁵⁷ Aynı yönde, Gönen, Marka, s.70.

¹³⁵⁸ Çolak, s.771.

¹³⁵⁹ Yarg. 11. HD, 27.3.2006, 3232/3226, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.02.2014.

doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Bu düzenleme olmasaydı da, Marka KHK m.66/II-b'nin, TBK m.530'un bir uygulama alanı olması sayesinde, marka hakkının ihlalinde menfaat devri talebi TBK m.146 gereği on sene olarak kabul edilmesi gerekirdi. Benzer şekilde Patent KHK m.145 ve Tasarım KHK m.57 de Türk Borçlar Kanunu'na atıf yapmaktadır¹³⁶⁰. Sonuç olarak on yıllık zamanaşımı süresi patent ve tasarım hakkının ihlali suretiyle talep edilecek menfaat devri için de geçerlidir.

d. Elde Edilen Menfaatin İspatı

Kural olarak elde edilen menfaatin (brüt menfaatin) ne kadar olduğunu iş sahibinin ispat etmesi gerekir¹³⁶¹. Bununla birlikte, hukuk alanına müdahale edilen iş sahibinin, elde edilen menfaati tam olarak ispat edemeyeceği durumlar olabilir¹³⁶². Bu husus yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığından, ilgili bölüme gönderme yapmakla yetinilecektir¹³⁶³.

IV. Haksız Rekabette

A. Genel Olarak

Serbest piyasa ekonomisi, prensip olarak ticari hayatta rekabete dayalı bir sistemdir. İşletmeler arasındaki rekabet, fiyatların düşmesine, araştırma geliştirme çalışmalarının artmasına, teknik gelişmelere sebep olur. Bu nedenle piyasadaki rekabet arzulanır ve bu rekabetin korunması gerekir. Bunu korumak üzere, başta Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar

¹³⁶⁰ Bu atfın haksız fiillere yapılan bir atıf olduğu yönünde, Ahmet Tamer, **Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları**, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s.127.

¹³⁶¹ Schmid, GoA, N.855; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Moser, s.238; Widmer, s.93; Fischer, s.108; Arkan Akbıyık, s.48; Kaya, s.294. Alman hukukunda da yaklaşım aynı şekildedir. Bkz. Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23.

¹³⁶² Widmer, s.95; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.2.

¹³⁶³ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ c ve § 6/ II/ C/ 3.

Kanunu bir takım düzenlemeler getirmektedir. Bu düzenlemelerden, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, rekabeti teşvik eder ve korurken; Türk Borçlar ve Ticaret Kanunu'ndaki hükümler piyasada "haksız rekabetin önlenmesine" ilişkindir. Nitekim serbest piyasada rekabetin olmasını arzulamakla birlikte, bu rekabetin, kötünietli olarak, diğer işletmelere hukuka aykırı şekilde zarar vermesi de engellenmek istenir¹³⁶⁴. Haksız rekabet, rakipleri piyasadan uzaklaştırmak amacıyla dürüstlük kurallarına aykırı olarak yapılan fiiller olarak ifade edilebilir¹³⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesi gereği, "*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*"¹³⁶⁶. Bu genel düzenleme görüldüğü üzere ticari işlere uygulanmayacaktır. Ticari işler açısından, Türk Ticaret Kanunu'nun 54 ve devamı maddeleri haksız rekabeti düzenlemektedir¹³⁶⁷. 54. madde gereği, rakipler arasında veya tedarik

¹³⁶⁴ Rudolf Callmann, "He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition", *Harvard Law Review*, Nr.55, Y.1942, s.595.

¹³⁶⁵ Murat Oruç, **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, İstanbul 2009, s.4; Murat Yavaş, "Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", **Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan**, İstanbul 2006, s.772; Arkan, *Ticari İşletme*, s.316; İmregün, *İlkeler*, s.97-98; Ayhan, s.12; Örs, s.13; Suluk, s.649; Özdemir, *Haksız Rekabet*, s.9-10; Karahan/ Suluk/ Saraç/ Nal, s.425; Güneş, s.20; İmregün, s.78; Dönmez, s.168; Tamer, *Haksız Rekabet*, s.22-23; Ozan Can, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara 2011, s.8. Ayrıntılı bilgi ve haksız rekabetin yasaklanma amacı hakkında bkz. Güven, s.37 vd.; Ayhan, s.12 vd.; Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Teoman), s.449 vd.; Yasaman, *Haksız Rekabet*, s.1 vd.; Poroy/ Yasaman, s.311 vd.; Domaniç/ Ulusoy, s.272 vd.; Tamer, *Haksız Rekabet*, s.52-88.

¹³⁶⁶ Görüldüğü üzere hükümde özel olarak menfaat devri yaptırımı düzenlenmemiştir. Bu nedenle hüküm bu başlık altında ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ticari olmayan işlerde bir mutlak hakkın ihlali suretiyle haksız rekabet söz konusu olduğunda, menfaat devri TBK m.530 gereği talep edilebilecektir. Aynı doğrultuda, Tandoğan, *Mesuliyet*, s.315.

¹³⁶⁷ Türk Borçlar Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun her ikisinin de haksız rekabet konusunu düzenlemiş olması doktrinde yerinde olarak eleştirilmektedir. Ancak bu tartışma çalışmanın konusunu aşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, *Mesuliyet*, s.309-310; Ayhan, s.11; Örs, s.24; Özdemir, *Haksız Rekabet*, s.12; Başbuğoğlu, s.121,122; Güneş, s.21-22; Suluk, s.659; Poroy/ Yasaman, s.223; Tamer, s.76-78; Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Teoman), s.451 vd.; Poroy/ Yasaman, s.345-346; İmregün, s.79-80; Şeref Ertaş, "Deliktsrecht in der Türkei", **Deliktsrecht in Europa, Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen**, Christian von Bar, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1993, s.25.

edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar ise, TTK m.55'te örneksene yolu ile sayılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinde ise haksız rekabet durumunda açılacak davalar sıralanmaktadır. TTK m.56/I, son cümle gereği, bu davalarda söz konusu olabilecek taleplerden biri de menfaat devridir¹³⁶⁸.

B. Düzenlemenin Hukuki Niteliği

1. Hükmün İncelenmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi gereği, *"Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir."* Bu düzenlemede dikkat çekmek gereken bir kaç husus söz konusudur. Öncelikle, hükmün sınai haklarda menfaat devri düzenlemelerine paralel olduğu görülmektedir¹³⁶⁹. Zira burada da, menfaat devri yaptırımı, maddi tazminatın hesaplanma yöntemi gibi kaleme alınmıştır. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, menfaat devri yaptırımı zarardan bağımsızdır¹³⁷⁰ ve bir tazminat hesaplama biçimi değildir¹³⁷¹. Zararın hesaplanmasının zor olduğu pek çok durumda, kanun koyucunun bu yola başvurduğu doğrudur¹³⁷². Bununla birlikte, hükmün temelini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olduğunu unutmamak gerekir¹³⁷³. Bu nedenle kuralın TBK m.530'a uygun yorumlanması yerinde olur¹³⁷⁴. Başka deyişle, zararın hesaplanmasının zor olduğu bu gibi durumlarda hükmün,

¹³⁶⁸ Amerikan hukukunda da, haksız rekabet sonucu elde edilen kârın devredilmesi gerektiği yönünde bir eğilim vardır. Callmann, s.613 ve özellikle *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S.215 (1918).

¹³⁶⁹ Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.198. Bkz. yukarıda, § 6/ III/ B.

¹³⁷⁰ Bu doğrultuda, Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.03.2014.

¹³⁷¹ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.354.

¹³⁷² Örneğin eser, marka, patent, tasarım üzerindeki hakların ihlalinde de aynı yaklaşım mevcuttur.

¹³⁷³ Bkz. aşağıda, § 6/ IV/ B/ 2.

¹³⁷⁴ Aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.88; Oruç, s.97.

tazminat “yerine” menfaat devri yaptırımına hükmedileceği şeklinde okunması gerekmektedir. Yoksa kanunun lafzından anlaşıldığının¹³⁷⁵ aksine, burada menfaat devri yaptırımı bir tazminatın hesaplanma biçimi değildir.

Bundan başka, hükmün lafzından, menfaat devrini yaptırımının, hakkı ihlal edilen kişi tarafından tercih edilemediği ama ancak hâkim tarafından hükmedebileceği anlaşılmaktadır. Doktrinde yerinde olarak ifade edildiği üzere, burada kastedilen, menfaat devrinin talep edildiği durumda, hâkimin buna hükmedebilecek olmasıdır¹³⁷⁶. Yoksa zarar tazmini talep eden davacının bu talebi yerine hâkimin re’sen menfaat devrine hükmetmesi değildir.

Son olarak hükümde dikkat çekilmesi gereken husus, “*elde etmesi mümkün görülen menfaat*” ifadesidir. Bilindiği üzere, TBK m.530 kapsamında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, talep edilecek menfaatin, elde edilmiş olması aranmaktadır¹³⁷⁷. Haksız rekabet düzenlemesi ise, elde edilmiş menfaatin üzerine çıkmaktadır. Buna benzer bir düzenlemenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir başka uygulama alanı olan TMK m.995’te de yer aldığı görülmektedir. Düzenleme gereği, kötüniyetli haksız zilyet elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden sorumlu tutulmaktadır. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, TTK m.56’nın, tıpkı TMK m.995 gibi, bir “özel hüküm” olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir.

Kanaatimce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Nitekim haksız rekabet düzenlemesi TMK m.995 kadar açık değildir. Ayrıca hükümde “*elde etmesi mümkün*”

¹³⁷⁵ Kanunun lafzı doktrinde farklı yorumlara sebep olmuştur. Bkz. Domaniç, s.251; Dönmez, s.186-187; Camcı, s.154.

¹³⁷⁶ Oruç, s.93; Arkan Akbıyık, s.89; Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Teoman), s.470. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 11. HD, 8.12.2005, 13015/12046, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.03.2014.

¹³⁷⁷ Schmid, GoA, N.1042; Yasaman/ Altay/ Ayoğlu/ Yusufoglu/ Yüksel, C.II, s.1174; Gönen, Marka, s.71; Arkan, C.II, s.247. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yukarıda § 3/ II/ B/ 4/ b. Yarg. 11. HD, 4.10.2001, 5462/7409, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.02.2014.

görülen menfaat” ifadesinin yer alması, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve tüm uygulama hallerinde menfaat devrinin hesabında kabul edilen hâkime tanınan takdir yetkisi olarak yorumlanabilir. Başka deyişle hüküm, hâkimin menfaat hesaplamasında sahip olduğu takdir yetkisini pekiştiriyor görünmektedir. Düzenlemenin bu şekilde dar yorumlanması, menfaat devri yaptırımının, cezalandırıcı fonksiyonu da göz önünde bulundurulduğunda uygun görünmektedir. Sonuç olarak haksız rekabet suretiyle “elde edilen menfaatin” devredilmesi gerekmektedir¹³⁷⁸.

Doktrinde bir diğer görüş ise, bu ifadenin yerinde olduğunu, nitekim haksız rekabet yapan tacirin genellikle defter tutmayacağına da göz önünde bulundurulması gerektiğini, bu nedenle de hâkime bu şekilde takdir yetkisi tanınmasının isabetli olduğunu ifade etmektedir¹³⁷⁹. Aslında bu yorum da bir aksi görüş sunmayıp, yukarıda açıklanan kanaati destekler niteliktedir. Zira söz konusu ifadenin varlık gerekçesi olarak gösterilen hâkime takdir yetkisi tanınması, zaten TBK m.50 ile sağlanmakta ve bu husus doktrinde de tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan TTK m.56’da tekrarlanmasına gerek yoktur. Hükümün lafzı kadar amacı ile de bağlı olduğu göz önünde tutulursa, devredilmesi gereken menfaatin, “elde edilen menfaat” olarak kabulü yerinde olur. Devredilecek menfaatin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisine sahip olması ayrı bir husustur.

2. Hukuki Nitelik

a. Özel Düzenleme İhtiyacı

Doktrinde yerinde olarak haksız rekabette menfaat devri talebinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama hali olduğu ifade edilmektedir¹³⁸⁰. Bu konuda

¹³⁷⁸ Aynı yönde, farklı gerekçelerle, Arkan Akbıyık, s.90; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.354. Aynı yönde, Yarg. 11. HD, 25.3.1999, 7790/2565, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.03.2014.

¹³⁷⁹ Oruç, s.101; Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Teoman), s.469.

¹³⁸⁰ Schmid/ Stöckli, N.2033; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.58; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.354; Gümüş, C.II, s.235; Arkan Akbıyık, s.86; Öz, s.45. Oruç ise talebin kaynağının gerçek olmayan

yeni Türk Ticaret Kanunu m.56'nın gerekçesine bakıldığında, eski Türk Ticaret Kanunu'nun çok fazla değiştirilmediği ifade edilmektedir. Menfaat devrini düzenleyen söz konusu fıkranın ise değişmediği ortadadır. Bu bakımdan eski Türk Ticaret Kanunu m. 58'in gerekçesine de bakmak uygun görünmektedir. Nitekim bu gerekçe, haksız rekabette menfaat devri talep edilmesinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama hali olduğunu ifade etmektedir. Özel bir düzenleme yapılmasının gerekçesi ise *"hemen hemen hiç tatbik görmeyen Borçlar Kanununun 414'ncü maddesi hükmüne bırakılması yerine açık bir hükme bağlanması kanunların kolay tatbiki bakımından yerinde görülmüştür"* şeklinde ifade edilmektedir.

Gerçekten de haksız rekabete ilişkin kuralın esası gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde, bu özel düzenleme olmasaydı TBK m.530'a başvurmak suretiyle aynı tatminin sağlanacağı yönündeki görüşe, haksız rekabet konusunda katılmak mümkün görünmemektedir¹³⁸¹. Zira haksız rekabet konusunda durum, örneğin kişilik hakkı ihlali ya da fikri ve sınai hak ihlalinin farklıdır. Nitekim, sayılan örnekler mutlak haklardan oluşmaktadır. Anılan haklar özel bir düzenleme olmasaydı da TBK m.530'un kapsamına gireceklerdir. Oysa haksız rekabet pek çok davranış ile gerçekleştirilebilir ve aslında bir mutlak hakka yönelik olmayabilir. Örneğin yalnızca *"Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek"* (TTK m.55/I-b-1) suretiyle haksız rekabet yapılabilir. Burada bir mutlak hak ihlali değil, nispi hukuk alanına müdahale söz konusudur.

Bu bağlamda daha önce tartışılan bir hususa değinmek gerekir¹³⁸². Doktrinde bir görüşe göre¹³⁸³ hem mutlak hem nispi haklar alanında gerçek olmayan vekâletsiz iş

vekâletsiz iş görmeye dayandığını kabul etmekle birlikte, haksız rekabetteki düzenlemenin genel hükmü bertaraf ettiği yönünde görüş bildirmektedir. Bkz. Oruç, s.94.

¹³⁸¹ Arkan Akbıyık, s.87-88.

¹³⁸² Bkz. § 2/ VI – Hukuka Aykırılık.

¹³⁸³ Hofstetter, s.269; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N. 17; Moser, s.158 vd.; Lischer s.28-30, 143; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.6; Ayhan, s.29. Gümüş ve Arkan Akbıyık ise durumu gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirmiş ve nispi hakların da kapsam dâhilinde

görme olabileceği gibi; diğer bir görüşe göre ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yalnızca mutlak haklar için söz konusu olabilmektedir¹³⁸⁴. Yukarıda da açıklandığı üzere yalnızca mutlak hakların ihlali suretiyle bir işin görülmesi halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana geleceği kabul edilmelidir. Zira salt ekonomik zarara yol açan nispi hukuk alanına müdahalede, TBK m.530 için aranan “hukuka aykırılık” unsuru eksiktir¹³⁸⁵. Bununla birlikte, salt ekonomik zarara yol açan nispi hakka müdahale oluşturan bir davranış, bir kanun hükmü ile yasaklanmışsa ve normun koruma amacı da hukuk alanına müdahale edilen kişiye bu korumayı sağlıyorsa, bu halde hukuka aykırılık bağı kurulacağından, söz konusu nispi hukuk alanına müdahale suretiyle bir işin görülmesi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana getirebilir¹³⁸⁶.

İşte haksız rekabetin engellenmesine ilişkin kural da, bu şekilde bir düzenleme getirmektedir. Örneğin bir markanın haksız kullanımı suretiyle haksız rekabet söz konusu olduğunda, burada ihlal edilen marka üzerindeki hak bir mutlak haktır¹³⁸⁷. Ancak haksız rekabet, her durumda bir mutlak hakkın ihlali suretiyle gerçekleşmez¹³⁸⁸. Yukarıda ifade edildiği gibi, TTK m.55/I-b-1 hali, bir nispi hak ihlali teşkil eder¹³⁸⁹. Ancak TTK m.55 ve m.56 yukarıda ihtiyaç duyulduğu ifade edilen hukuka aykırılık bağını kurmaktadır. TTK m.55 bu tür davranışı yasaklamakta ve

olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Gümüş, C.II, s.235; Arkan Akbıyık, s.32. Gerçek vekâletsiz iş görme açısından hukuka aykırı sonuç doğması gerekmediğinden, kanaatimce nispi haklara ilişkin bir iş görme söz konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aeby, s.50 vd.

¹³⁸⁴ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.121; Honsell, s.331; Bucher, BT, s.262. Bucher görüşünü, Federal Mahkeme'nin şu kararlarına dayandırmaktadır: Bkz. BGer 39 II 707; BGer 45 II 202; BGer 47 II 197.

¹³⁸⁵ Bkz. yukarıda, § 1/ II/ C ve § 2/ VI.

¹³⁸⁶ Tıpkı TBK m.53/I-3'de olduğu gibi.

¹³⁸⁷ Yarg. 11. HD, 14.07.2006, 5095/8411, Güneş, s.250-251; Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512, Güneş, s.263-264.

¹³⁸⁸ Alman hukuku açısından, aynı yönde, Reimer, s.591. Nitekim yazar da özel bir düzenleme bulunmadıkça, genel olarak haksız rekabetin menfaat devri yaptırımı sağlayamayacağını; ancak ihlal edilen hakkın niteliğine göre bunun mümkün olabileceğini ifade etmektedir.

¹³⁸⁹ Benzer şekilde, TTK m.55'te gösterilen örneklerden yola çıkarak, bir şirkete ait know-how bilgilerinin (TTK m.55/I-d) kullanılması suretiyle haksız rekabet yapılması durumunda ihlal edilen hukuk alanı – tartışmalı olsa da – nispi hukuk alanıdır. Ancak TTK m.55 ve m.56 yukarıda ihtiyaç duyulduğu ifade edilen hukuka aykırılık bağını kurmaktadır. Yarg. 11. HD, 11.2.2005, 609/1083, Güneş, s.28-29. “Know how”ın bir hak mı yoksa hukuki durum mu olduğu hakkında, hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öğüz, s.10 vd.; İsmail Erbay, **Know-How Sözleşmesi**, Ankara 2002, s.92 vd.

TTK m.56'nın birinci fıkrasının son cümlesi gereği, hakkı ihlal edilen kişi menfaat devri yaptırımını talep edebilmektedir.

İşte TTK m.56 düzenlemesi olmasaydı, örneğin know-how'ın ele geçirilip kullanımı ya da TTK m.55/I-b-1'de düzenlenen hal, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısında çözümsüz kalacak¹³⁹⁰ iken, şimdi bu davranış bir haksız rekabete yol açacağından ve haksız rekabetin bir yaptırımı olarak menfaat devri düzenlendiğinden, bu suretle elde edilen menfaatin devri söz konusu olacaktır.

Sonuç olarak, haksız rekabet düzenlemesi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir özel görünümüdür. Ancak bu özel düzenleme olmasaydı yine de TBK m.530 sayesinde her haksız rekabet durumunda menfaat devrinin talep edilebileceği yukarıdaki gerekçelerde söylenemeyecektir. İsviçre hukukunda haksız rekabet suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tam da bu sebeple tartışmalıydı¹³⁹¹. Nitekim İsviçre hukukunda bu tür özel bir düzenleme yoktu.

Doktrinde bir görüş, OR Art. 414'ün yeterli olacağını söylemekte¹³⁹² ise de, *Fischer* buna şiddetle karşı çıkmaktaydı¹³⁹³. Yukarıda ifade edildiği üzere hukuka aykırılık bağı kurulmadığı müddetçe, "her olumlu insan fiili"nin "iş görme" sayıldığı gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, üçüncü kişinin nispi hukuk alanına müdahalenin kapsama alınması yerinde görünmemektedir. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'na kişilik hakkına ilişkin düzenlemenin eklenmesinin ardından İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 9. maddesinin üçüncü fıkrasına getirilen özel düzenleme ile hukuka aykırılık bağı kurulmuş olup yukarıda açıklanan tartışma çözülmüştür¹³⁹⁴.

¹³⁹⁰ Doktrinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurma olasılığı değerlendirilmediğinden, know-how kapsamındaki bilgiyi öğrenen üçüncü kişinin bu bilgiyi kullanmasının engellenemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Karahan/ Suluk/ Saraç/ Nal, s..402.

¹³⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Moser, s.250 vd.; Fischer, s.10 vd.

¹³⁹² Moser, s.265 vd.

¹³⁹³ Fischer, s.11-29.

¹³⁹⁴ Bu konuda bkz. Schmid, GoA, N.1079 vd.; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.59 vd.

Belirtmek gerekir ki İsviçre hukukunda yer alan düzenleme Türk hukukundaki düzenlemeye kıyasen daha yerindedir. Zira düzenleme yalnızca vekâletsiz iş görme kapsamında menfaat devrinin talep edilebileceğini ifade etmektedir. Sonuç olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye yapılan bu tür genel bir atıf, her özel uygulama alanı için *de lege ferenda* tavsiye edilmektedir.

b. Başkasına Ait İşin Görülmesi

Haksız rekabete ilişkin bir diğer sorun ise, “bir başkasına ait işin kendi menfaatine görülmesi” unsuruna ilişkindir. Federal Mahkeme eski bir kararında, marka hakkını ihlal suretiyle haksız rekabet yaparak mal satan kişinin, kendi malını sattığı için kendisine ait bir işi gördüğüne kanaat getirmiştir¹³⁹⁵. Gerçekten de mal, haksız rekabet yapan kişinin malıdır. Bir başkasına ait mal satılıyor olsaydı, mutlak hak ihlali olacağı için gerçek olmayan vekâletsiz iş görme TBK m. 530 kapsamında zaten gündeme gelirdi. Bununla birlikte, Federal Mahkeme bir hususu eksik değerlendirmektedir. Burada “bir başkasına ait iş” malın satılması değil; mal satılırken bir başkasına ait ticari sırların¹³⁹⁶ kullanılması söz konusudur. Anılan kararın verildiği tarihte İsviçre hukuku açısından haksız rekabet suretiyle iş görmede menfaat devri yaptırımı özel olarak düzenlenmediğinden, hukuka aykırılık bağı da kurulmamıştır. Bunlar göz önünde bulundurulduğunda, Federal Mahkemenin “malın satılmasını” başkasına ait iş olarak kabul etmeyerek gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını reddetmiş olması, gerekçesi yerinde olmamakla birlikte, o zamanki İsviçre mevzuatı açısından karar yerindedir.

Bununla birlikte, bazı haksız rekabet hallerinde, gerçekten de bir “başkasına ait iş görme” olgusuna rastlanmaz¹³⁹⁷. Örneğin TTK m.55/I-a-7’de ifade edilen, “Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak” suretiyle haksız rekabette,

¹³⁹⁵ BGer 73 II 198.

¹³⁹⁶ Ticari sırrın hukuki niteliği için bkz. Usluel, s.56.

¹³⁹⁷ Oruç, s.93.

başkasına ait bir işin görülmesi söz konusu değildir¹³⁹⁸. İşte tam da bu noktada, haksız rekabette menfaat devri düzenlemesinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir özel görünümü olması önem kazanır. Nitekim bir başkasına ait işin görülmesi söz konusu değilse, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmeyecektir. Bu bakımdan, TTK m.56'da öngörülen menfaat devri yaptırımının söz konusu olabilmesi için, bir başkasına ait işin görülmesi suretiyle haksız rekabetin varlığının aranması gerektiğine dikkat çekmek gerekir. Başka deyişle her haksız rekabet halinde menfaat devri talep edilemez. Oysa madde metni isabetsiz olarak her durumda menfaat devrine hükmedilebilir izlenimini vermektedir¹³⁹⁹.

c. Zarar ve Kusurun Varlığı

Son olarak haksız rekabette menfaat devri talep edilmesinin zarar ve kusur ile bağlantısını incelemek gerekir. Doktrinde bir görüşe göre, menfaat devri talep edebilmek için, kusur ve zarar koşulu aranmamaktadır¹⁴⁰⁰. Bu görüşün kusura ilişkin olan kısmına katılmak mümkün görünmemektedir. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin kötüniyetli (kast ve ağır ihmal) olması gerekir¹⁴⁰¹. Bu konuda doktrinde, haksız rekabet sonucu giderim talebinin kusura bağlı olduğu, bununla birlikte kusursuz haksız rekabet halleri için menfaat devri talebinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında ileri sürülebileceği de ifade edilmektedir¹⁴⁰². Bu görüşe de katılmak mümkün görünmemektedir¹⁴⁰³. Nitekim haksız rekabet nedeniyle istenen menfaat devri talebi her durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanır ve yukarıda açıklandığı üzere kast ve ağır ihmal derecesinde kusurun varlığına bağlıdır¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁸ Arkan Akbıyık, s.91-92.

¹³⁹⁹ Oruç, s.94.

¹⁴⁰⁰ Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s.198. Kusurun ve zararın aranması gerektiği yönünde, Örs, s.93-94.

¹⁴⁰¹ Bkz. § 2/ V. Aynı yönde, Oruç, s.95; Örs, s.93; Güneş, s.23; Karahan/ Suluk/ Saraç/ Nal, s.421; Özdemir, Haksız Rekabet, s.103; Ülgen/ Teoman/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan (işleyen: Teoman), s.469; İmregün, s.86; Arkan, Ticari İşletme, s.325.

¹⁴⁰² Suluk, s.666; Ayhan, s.25, s.44.

¹⁴⁰³ Aynı yönde, Oruç, s.96.

¹⁴⁰⁴ Bkz. § 2/ V.

Zarara ilişkin olarak ise yukarıdaki görüş isabetlidir. Zira menfaat devri yaptırımı zarardan bağımsızdır. Yargıtay da açıkça “*kazanç kaybı tespit edilemese ya da davacının kazanç kaybına uğramadığı anlaşılabilir*” haksız rekabetin varlığı halinde menfaat devrine karar verilmesi gerektiğini dile getirmektedir¹⁴⁰⁵. Bunun yanında Yargıtay’ın yerinde olmayan eski tarihli bir uygulamasına da değinmek gerekir. Menfaat devri yaptırımının, zararın hesaplanmasının zor olduğu alanlarda, tamamlayıcı bir yaptırım olarak düzenlenebildiği açıklanmıştır¹⁴⁰⁶. Bununla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında, menfaat devri talebinin “*sadece davacının zarar miktarını kanıtlamadığı durumlara özgü*” bir yaptırım olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁰⁷. Kanaatimce bu yaklaşım yerinde değildir. Menfaat devri yaptırımının düzenlenme sebeplerinden yalnızca bir tanesi zarar miktarının hesaplanmasındaki zorluktur. Bunun dışında menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı fonksiyonunu da göz ardı etmemek gerekir. Bu bakımdan, kanunun menfaat devrini öngördüğü yerde, “zararın miktarının kanıtlanamaması” bir şart olarak aranmamalıdır.

C. Menfaat Devri

1. Talep Edebilecek Kişiler

Türk Ticaret Kanunu’nun 56. maddesinin birinci fıkrası gereği, haksız rekabete ilişkin davaları, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kişiler açabilecektir. Bu düzenleme genel olarak haksız rekabet davalarına ilişkin olup, haksız rekabet nedeniyle menfaat devri talep edebilecek kişi ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında iş sahibi

¹⁴⁰⁵ Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512; Yarg. 11. HD, 6.10.2003, 2585/8782; Yarg. 11. HD, 16.6.1997, 4268/4712, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014; Yarg. 11. HD, 6.3.1987, 1095/1277, Eriş, s.251. Aynı yönde, Arkan Akbıyık, s.88-89; Aksi görüşte, zararın aranması ve ispat edilmesi gerektiği yönünde, Domaniç, s.251. Zarar tehlikesinin aranması gerektiği yönünde, Oruç, s.99.

¹⁴⁰⁶ Aynı görüşte, Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.2; Sungurbey, Eleştiri, s.415; Bucher, BT, s.262. Aynı yönde, Bu yönde, Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/ 14097, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.03.2014.

¹⁴⁰⁷ Yarg. 11. HD, 6.3.1987, 1095/1277; Yarg. 11. HD, 23.3.1987, 8014/1663, Eriş, s.421.

olabilir. Örneğin marka hakkı ihlal edilmek suretiyle haksız rekabete uğrayan kişi dava açabilir. Haksız rekabette menfaat devri talebinin, TBK m.530'un bir uygulama alanı olduğu unutulmamalıdır. Bu bakımdan menfaat devri talep edebilecek kişinin mutlaka iş sahibi olması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu m.56/II-III haksız rekabete ilişkin davaları açabilecek diğer kişilerden de bahsetmektedir. Bunlardan ilki ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşterilerdir. Bu müşterilerin araçların ve malların imhasını istemek haricindeki davaları açabilecekleri ifade edilmektedir. Bununla birlikte, müşterinin haksız rekabet söz konusu olduğunda "iş sahibi" olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle menfaat devri talep edemez ama elbette varsa zararının tazminini talep edebilir¹⁴⁰⁸. Menfaat devrinin zararın haksız rekabet alanında varoluş sebeplerinden biri de zararın ispatının zorluğudur. Müşterinin talep edeceği zararın ispatının zor olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, hükmün bu şekilde yorumlanması amacı ile de uyum içindedir.

Bir diğer dava açabilecek grup ise ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlardır. Ancak TTK m.56/III gereği yukarıda sayılanlar menfaat devri talep edemeyeceklerdir.

¹⁴⁰⁸ Nitekim uygulamada müşterilerin zararın tazminine ilişkin davayı dahi açtıklarına az rastlanmaktadır. Arkan, Ticari İşletme, s.328.

2. Hesaplanması

Brüt menfaatten zorunlu masrafların çıkarılması ile bulunacak net menfaatin devri gerekir¹⁴⁰⁹. Kural olarak elde edilen menfaatin de iş sahibi tarafından ispat edilmesi gerekir¹⁴¹⁰. Bununla birlikte, hukuk alanına müdahale edilen iş sahibinin, elde edilen brüt menfaati tam olarak ispat edemeyeceği durumlarda¹⁴¹¹ hâkime TBK m.50 gereği takdir yetkisi tanınarak, iş sahibinin ispat yükü hafifletilmektedir¹⁴¹². Başka deyişle, menfaat tam olarak ispat edilemiyorsa, olayların olağan akışı dikkate alınarak miktarı hakkaniyete göre hâkim takdir edecektir¹⁴¹³. Bu husus yukarıda ayrıntılı açıklandığından ilgili bölüme atıf yapmakla yetinilecektir¹⁴¹⁴. Ancak haksız rekabete ilişkin Yargıtay uygulaması aşağıda sunulacaktır.

¹⁴⁰⁹ Oruç, s.102; Arkan, Ticari İşletme, s.308. Aynı doğrultuda, Yarg. 11. HD, 2.3.2004, 7285/1983, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 04.03.2013. Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ b/ cc.

¹⁴¹⁰ Schmid, GoA, N.855; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Moser, s.238; Widmer, s.93; Fischer, s.108; Arkan Akbıyık, s.48; Kaya, s.294. Alman hukukunda da yaklaşım aynı şekildedir. Bkz. Staudinger/ Wittmann, § 687, N.23.

¹⁴¹¹ Widmer, s.95; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.2.

¹⁴¹² Hostenstein, s.190, 191; Spitz, s.809; Fischer, s.108; Widmer, s.93; Schmid, GoA, N.857; Moser, s.239; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.12; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.15; Lischer, s.99; Bürgi-Wyss, s.227; . Özellikle fikri haklarda, BGer 132 III 382; BGer 133 III 153; BGer 133 III 81 c.4.2.2; BGer 134 III 306. Belirsizlik halinde iş görene yüklenmesi yönünde, Schmid, GoA, N. 842, N. 858; Moser, s.239; Widmer, s.93. OR 2020 tasarısının yorumlarında da aynı doğrultuda OR Art. 42'ye (OR 2020 Art.48'e) atıf yapılmaktadır. Bkz. Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.70, N.1. Türk hukukunda da aynı yönde, Tandoğan, Mesuliyet, s.314; Arkan Akbıyık, s.48; Gönen, s.207; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, Kişiler, s.234; Helvacı, Kişiler, s.162. Oğuzman, s.30; Serdar, s.268; Arslan, s.100; Dönmez, s.376. Yarg. 13. HD, 31.5.1984, 2854/ 4161, Karahasan, s.1095. Aynı yönde, YHGK, 20.9.2006, 3-549/558; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/ 1599; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/ 1612, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013; YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013; Yarg. 11. HD, 26.9.2002, 4946/8176, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014; Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776, Yarg. 11. HD, 20.3.2006, 2940/2823, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 24.2.2014.. Birlikte mülkiyet halinde, Anglo Amerikan hukukunda da sorun yukarıda öngörülen şekilde çözümlenmektedir. Zira bu konuda bir *writ* vardır. Bkz. Dawson, Intermeddler, s.1422,1423.

¹⁴¹³ OR 2020'ye bakıldığında da, yukarıda yapılan açıklamaları destekler şekilde, 70. maddede ispat külfetinin düzenlendiği görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre, menfaati yine iş sahibi ispat etmelidir. Ancak ikinci fıkra gereği, menfaatin tam miktarının belirlenmesi mümkün değilse, mahkemeye olayın şartlarını dikkate alarak değeri belirleme görevi yüklenmektedir. Avrupa Birliği'nin, fikri mülkiyete ilişkin olan, 2004/48/EC Direktifinin menfaat devrinin öngörüldüğü 6. maddesi de buna paraleldir. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı. <http://or2020.ch/#> 20.11.2013.

¹⁴¹⁴ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ c ve § 6/ II/ C/ 3.

Yargıtay bir kararında, menfaatin hesaplanmasının, iş sahibi tarafından zorluğunu göz önünde bulundurmuş ve haksız rekabete konu tüp miktarı ve bu tüplerin bir yıldaki sirkülasyonu ve her tüp için % 25'lik kâr oranını dikkate alarak menfaati belirleyen yerel mahkeme kararını onamıştır¹⁴¹⁵. Bir başka kararda da elde edilen menfaatin bilirkşi eliyle de tespit edilemediği durumda, BK m.42 (TBK m.50) uyarınca hâkimin takdir yetkisini kullanarak devredilecek menfaati belirlemesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴¹⁶. Bir diğer kararda ise Yargıtay, menfaat devri talep eden davacının talebinin, menfaatin belirlenememesi nedeniyle reddedilmesi ve başka bir hesaplama yöntemi ile maddi tazminata hükmedilmesini bozma sebebi olarak görmektedir¹⁴¹⁷. Hakimin takdir yetkisini kullanırken, haksız rekabetin yapıldığı yıllara ilişkin defterleri incelemesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁴¹⁸.

Haksız rekabet eden şirketin elde ettiği tüm menfaatin talep edilmesini Yargıtay yerinde bulmamaktadır¹⁴¹⁹. Karara göre, *“davalının ticari faaliyeti nedeniyle elde ettiği 3 yıllık kârın tamamına hükmedilmesi, şayet davalı, davacının markasını bir kısım tanıtıcı faaliyetlerinde kullanmasaydı, hiç bir ticari iş yapmazdı anlamına gelir ki bu ticari hayatın olağan akışına aykırıdır”*. Elbette ihlal ile elde edilen menfaat arasında nedensellik bağı ispatlanabilirse, elde edilen tüm menfaate hükmedilebilir, ancak bu yaklaşım gerçekçi olmaktan uzaktır¹⁴²⁰.

Elde edilen menfaatin bulunmasından sonra, söz konusu brüt menfaatten zorunlu masrafların çıkartılması gerekir¹⁴²¹. Doktrinde haksız rekabet konusunda bir takım

¹⁴¹⁵ Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 4.3.2014.

¹⁴¹⁶ Yarg. 11. HD, 8.10.2007, 9700/12510, Meran, s.379.

¹⁴¹⁷ Yarg. 11. HD, 16.4.2007, 2553/5923, Meran, s.381. Benzer şekilde, Yarg. 11. HD, 28.11.2002, 7205/10668, Meran, s.383.

¹⁴¹⁸ Yarg. 11. HD, 20.9.2004, 14157/8512 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014.

¹⁴¹⁹ Yarg. 11. HD, 15.2.1999, 5330/1042, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 26.2.2014. Benzer şekilde, Yarg. 11. HD, 3.11.1988, 7312/6357, YKD.1989, C.XV, S.4, s.519 vd. Aynı yönde, Örs, s.107; Karahan/ Suluk/ Saraç/ Nal, s.421.

¹⁴²⁰ Aynı yönde, Arkan, Ticari İşletme, s.327.

¹⁴²¹ Bkz. § 3/ II/ D/ 1.

masraflar, zorunlu masrafa örnek olarak gösterilmektedir¹⁴²². İlk olarak, haksız rekabete konu fiil, bir şey üretimi/satımı ile ilgili ise, buna ilişkin hammadde ve satış masrafları zorunlu masraf kapsamındadır. Bundan başka, haksız rekabeti yapan tacir, genellikle yanında işçi çalıştırıyor olacaktır. Söz konusu işçilerin ücretlerini devredilecek menfaatin, elde edilen tüm menfaate oranında düşmek gerekir.

3. Zamanaşımı

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, TBK m.530'dan doğan menfaat devri talebi TBK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbidir¹⁴²³. Kural olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama alanları da aynı zamanaşımına tâbi olacaklardır. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 60. maddesi, haksız rekabet için açılacak davalara ilişkin özel bir zamanaşımı süresi düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre, TTK m.56'da anılan davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Aynı düzenlemenin ikinci fıkrası gereği ise, haksız rekabet fiili aynı zamanda daha uzun dava zamanaşımı süresine tâbi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, uzun olan süre zamanaşımı süresi olarak uygulanacaktır¹⁴²⁴.

Sonuç olarak, özel bir düzenlemenin varlığı karşısında, haksız rekabet suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana geldiğinde uygulanması gereken zamanaşımı TTK m.60'a göre belirlenecektir.

¹⁴²² Moser, s.184-185; Fischer, s.38-46.

¹⁴²³ Bkz. § 3/ III.

¹⁴²⁴ Bu yönde, Yarg. 11. HD, 23.6.1998, 10356/4776, Güneş, s.260.

V. Rekabet Yasağının İhlalinde

A. Rekabet Yasağı

Birlikte iş ilişkisi içinde bulunan kişilerin, söz konusu işe ve işleyişe ilişkin bir takım ticari sırları¹⁴²⁵ ve iş taktiklerini öğrenmesi normaldir. Ancak bu sırların piyasada yer alan rakiplerle paylaşılmasını kimi zaman taraflar istemezken, kimi zaman da kanun yasaklamaktadır¹⁴²⁶. Başka deyişle, rekabet yasağı bir sözleşmeye dayanabilir ya da kanundan doğabilir. Rekabet yasağının ihlali sonucu elde edilen menfaatin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında devredilebilir olup olmadığı sorununun çözümünde, söz konusu yasağın kanundan mı yoksa sözleşmeden mi kaynaklandığı büyük önem arz etmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil eder ve menfaat devri talep edilebilir¹⁴²⁷. Ancak kanaatimce bu konuda, genel geçer bir kural koymak mümkün değildir¹⁴²⁸. Bu bağlamda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi yalnızca mutlak hakların ihlali suretiyle mi yoksa hem mutlak hem nispi hakların ihlali suretiyle mi gerçekleştirebileceği tartışmasını hatırlamak gerekir¹⁴²⁹. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi yalnızca mutlak haklara özgülemek ve ancak eğer hukuka aykırılık bağı kanunda özel bir düzenleme ile kurulmuş ise nispi hukuk alanına müdahale suretiyle iş görmeyi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirmek gerekir.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin bir düzenleme, yalnızca iş sözleşmelerine özgü olarak TBK m.444 ve devamında yer almaktadır. Ancak elbette iş sözleşmesi dışında

¹⁴²⁵ Ticari sır kavramı hakkında, Usluel, s.21-22.

¹⁴²⁶ Rekabet yasağının türleri hakkında, Can, s.25-27; Uşan, s.44-58; Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994, s.4 .

¹⁴²⁷ Arkan Akbıyık, s.68-69.

¹⁴²⁸ Schmid, GoA, N.1235-1236.

¹⁴²⁹ Bkz. § 2/ VI.

sözleşmelere de, örneğin eser, vekâlet, kira, satım gibi sözleşmelere de rekabet yasağı öngörülebilir. Bu açıdan iş sözleşmesi ile diğer alanlar ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır. Kanundan doğan rekabet yasağı halleri ise, adi ortaklık için TBK m.626'da, kollektif ve komandit ortaklıklar için TTK m.230 ve m.231'de, anonim ortaklık için TTK m.396'da, ticari vekiller ve yardımcıları için ise TBK m.553'te düzenlenmektedir.

B. Sözleşmeden Doğan Rekabet Yasağının İhlali

1. İş Sözleşmesi Açısından

a. İş Sözleşmesinden Sonra Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 444. maddesi gereği, işçi ile işveren arasında yapılacak rekabet yasağı sözleşmesi bir takım sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Düzenlemede rekabet yasağı sözleşmesinin, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrasına ilişkin olarak yapılabileceği ifade edilmektedir. Bu husus bir sınırlama olarak düşünülebilirse de, aslında olmadığı açıktır. Zira taraflar arasında iş sözleşmesi varken, zaten sadakat borcundan doğan bir rekabet etmeme yükümü vardır; bunun ayrıca kararlaştırılmasına gerek yoktur¹⁴³⁰. Nitekim işçinin, sözleşme süresi boyunca sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığı üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı ve kendi işvereni ile rekabete girişmeyeceği açıkça TBK m.396/III'de ifade edilmektedir¹⁴³¹. Ancak iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki dönemde rekabet etmeme borcu yüklenmek isteniyorsa, ayrıca bir sözleşme yapılması gerekir¹⁴³².

¹⁴³⁰ Soyer, s.13.

¹⁴³¹ Bu husus aşağıda kanundan doğan rekabet yasağının ihlali kapsamında incelenecektir. Bkz. § 6/ V/ C.

¹⁴³² Soyer, s.14.

Rekabet yasağına getirilen ilk sınır, yazılı olma şartıdır¹⁴³³. İkinci sınırlama ise, rekabet yasağı getirilebilecek kişinin özelliklerine ilişkindir. TBK m.444/II gereği, rekabet yasağı kaydı ancak hizmet ilişkisi, işçiye, müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa getirilebilir. Başka deyişle alelade bir işçiye rekabet yasağı getirilemez. İşçinin işi gereği müşteri çevresi, üretim sırrı gibi hususlara hâkim olması gerekir. TBK m.444'te yer alan son sınırlama gereği ise, elde edilen bilgilerin kullanılmasının işveren açısından önemli zarara sebep olması aranmaktadır. Ancak bu şartları sağlayan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Kapsam olarak ise TBK m.444'te şunlar ifade edilmektedir: herhangi şekilde rekabet etmek, özellikle kendi hesabına rakip işletme açmak, rakip işletmede çalışmak, rakip işletmeyle menfaat ilişkisine girmek. Ancak kanaatimce bu kapsam sınırlı sayıda değildir. Son olarak, TBK m.445'in de rekabet yasağı sözleşmesine bir takım sınırlar getirdiğine dikkat çekmek gerekir.

b. Menfaat Devri Yaptırımının Değerlendirilmesi

Rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalinin yaptırımı, TBK m.446'da, tazminat şeklinde düzenlenmektedir ¹⁴³⁴ . Başka deyişle, menfaat devri yaptırımı özel olarak düzenlenmemiştir¹⁴³⁵. Bu kapsamda, rekabet yasağını ihlal suretiyle elde edilen menfaatin, genel hüküm olan TBK m.530 kapsamında devredilip devredilemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, yalnızca mutlak hak ihlali suretiyle mi olabileceği, yoksa bu şekilde nispi hakların ihlali ile de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin olup olamayacağı tartışmasının önemi, kendini rekabet yasağı sözleşmesinde özellikle belli etmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanaatimce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için bir

¹⁴³³ Söz konusu geçerlilik şekli hakkında, Soyer, s.41-44.

¹⁴³⁴ Doktrinde tazminat talebi açıklanmakla birlikte, menfaat devri olasılığının tartışılmadığı görülmektedir. Soyer, s.77-83.

¹⁴³⁵ Schmid, GoA, N.1257; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.240; Bucher, BT, s.262.

mutlak hak ihlalinin varlığı gerekir¹⁴³⁶. Oysa burada bir nispi hakkın ihlali söz konusudur ve bu nedenle yalnızca tazminat borcu doğar. TBK m.444 hükmünü normun koruma amacı teorisi çerçevesinde irdeleyip, tahsis edildiği çevre ile hükmün amacına bakıldığında da ortaya çıkan sonuç bu yorumu destekler niteliktedir. Şöyle ki, TBK m.444 hükmü, özel bir kural olarak, sadece, sözleşme serbestisi çerçevesinde yapılabilecek bir sözleşmeye, işçiyi korumak kaygısıyla bir takım sınırlar getirmektedir. Yoksa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ya da menfaat devri yaptırımına bir atıf yapıyor ve bu tür bir giderim imkânını amaçlıyor değildir. Böylelikle, kural olarak, rekabet yasağının sözleşmesinin ihlali, bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme oluşturmayacak ve menfaat devri talebine yer olmayacaktır.

Ancak rekabet yasağı sözleşmesi bazı durumlarda haksız rekabet ile örtüşebilir¹⁴³⁷. Örneğin ticari sırlara ilişkin bir rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali, aynı zamanda TTK m.56 anlamında bir haksız rekabet teşkil edecektir. Bu durumda, söz konusu davranış, rekabet yasağı sözleşmesinden bağımsız olarak, haksız rekabet teşkil ettiği için menfaat devri yaptırımı söz konusu olabilecektir. Bu konuda “Haksız Rekabet” başlığı altında yapılan açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir¹⁴³⁸.

Alman Federal Mahkemesi de, yukarıda açıklanan kanaat yönünde hüküm kurmaktadır. Bir kararda, şirketin eski yöneticisi, sözleşme sonrası süreç için rekabet etmeme yükümü altına girmiştir. Ancak bu rekabet yasağı sözleşmesini, bir başka çalışanı, söz konusu şirketle sözleşmesini feshedip, kendisi ile sözleşme yapmak konusunda ikna etmek suretiyle ihlal etmiştir. Mahkeme, burada bir sözleşmeye aykırılığı kabul etmekle birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin

¹⁴³⁶ Bkz. § I/ V/ A.

¹⁴³⁷ Uşan, s.160-164 ve özellikle s.179. Rekabet yasağı sözleşmesi ile haksız rekabet amaçları itibariyle birbirinden farklıdır. Rekabet yasağı sözleşmesi, rekabet teşkil etmekle birlikte genel hukuk kuralları bakımından caiz görülen bir faaliyeti yasaklarken; haksız rekabet söz konusu olduğunda, hukuka aykırı bir rekabet önlenmek istenmektedir. Haksız rekabet kurallarının varlık amacı “piyasa”dır. Oysa rekabet yasağı sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olan bireyleri ilgilendirir. Bu konuda bkz. Soyer, s.11-12.

¹⁴³⁸ Bkz. § 6/ IV.

varlığını reddetmiştir¹⁴³⁹. Nitekim yalnızca sözleşmenin ihlali suretiyle menfaat elde etmek her durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmeyecektir. Bu gerekçenin yanında, kararda, yerinde olarak bir iş görme olup olmadığı da tartışılmakta ve buna olumsuz cevap verilmektedir.

2. Diğer Sözleşmeler Açısından

Yukarıda ifade edildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesi yalnızca iş sözleşmesine ve hatta iş görme sözleşmelerine özgü değildir. Örneğin bir satım sözleşmesi veya kira sözleşmesi açısından da rekabet yasağı getirilebilir. İş görme sözleşmelerinde amaç yine ticari sırrın korunmasına yönelik olabileceği gibi, satım, kira sözleşmelerinde var olan rekabet yasakları sır alanının korunmasından çok, malvarlığı değerinin artırılması ve kârın maksimizasyonunu amaçlar¹⁴⁴⁰. Aşağıda bu sözleşmelerde söz konusu olabilecek rekabet yasaklarıyla ilgili örneklere değinilecektir. Ancak tüm sözleşmeleri kapsayan genel geçer bir çözüme ulaşmak mümkün değildir¹⁴⁴¹. Nitekim her sözleşme için yapılması gereken, rekabet yasağı ihlali suretiyle bir iş görme olup olmadığı ve bu ihlalin aynı zamanda bir mutlak hak ihlali sayılıp sayılmadığı, sayılmıyorsa da nispi hak ihlalinin düzenleyen ve hukuka aykırılık bağını kuran özel bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmaktır. Kısaca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği aranacaktır¹⁴⁴².

Satım sözleşmesine ilişkin bir örnekle başlamak gerekirse, taraflar arasında bir tek satıcılık sözleşmesi¹⁴⁴³ olduğu ihtimalde, üretici¹⁴⁴⁴ tek satıcılık sözleşmesine aykırı

¹⁴³⁹ BHG 11 October 1976, NJW 1977, 247 L. Aynı yönde, BGH 23 March 1988, NJW 1988, 3018.

¹⁴⁴⁰ Soyer, s.10.

¹⁴⁴¹ Örneğin acentelikte rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali tazminat yaptırımına tâbi olacaktır. Can, s.141.

¹⁴⁴² Bkz. yukarıda, § 2.

¹⁴⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2.bası, İstanbul 2013, s.3 vd.

¹⁴⁴⁴ Tek satıcılık sözleşmesinin bir tarafı tek satıcı iken, diğer tarafı üretici/toptancı/ara satıcı olabilir. Bu açıdan üretici teriminin kullanılması genel olarak doğru olmasa da, söz konusu çalışmanın kapsamı bu tartışmayı dışarda bırakmaktadır. Bu nedenle yukarıda üretici kavramı ile kastedilen diğerlerini de

olarak söz konusu bölgede kendisi satış yaparsa rekabet yasağına aykırı davranmış olur. Sorun, bu tür bir durumda, üreticiden söz konusu bölgede yapmış olduğu satıştan elde ettiği menfaatin talep edilip edilemeyeceğindedir. Bir görüşe göre bu mümkündür¹⁴⁴⁵. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, menfaat devrine hükmedebilmek için, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartlarının gerçekleşmesi gerekir¹⁴⁴⁶. Bu şartlardan ilki de “bir başkasına ait işin görülmesi”dir. Oysa burada üretici kendine ait malları satmaktadır. Bir başkasına ait iş görme olmadığı gibi, ihlal edilen bir mutlak hak da yoktur. Zira üreticinin, sattığı mallar üzerinde mutlak hakkı vardır. Üretici, mutlak hakkına ilişkin bir tasarrufta bulunurken, başkasının hukuk alanında var olan alacak hakkının ihlal edildiğinden yola çıkılarak, “başkasının hukuk alanına müdahale var” denilemez. Burada yalnızca bir nispi hak ihlali vardır. Bu nedenlerle menfaat devri talep edilemez. Burada talep edilebilecek olan, tek satıcının yoksun kaldığı kârıdır. Bu da zararın ispatına bağlı, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla talep edilebilecek tazminat kalemidir¹⁴⁴⁷. Doktrinde de, talep edilebilecek hususun yalnızca tazminat olduğu, üreticinin bu faaliyetten elde ettiği menfaatin talep edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁴⁴⁸.

Rekabet yasağının gündeme gelebileceği bir diğer sözleşmesel ilişki vekâlet sözleşmesidir. Örneğin bir hukuki danışmanın, bir avukatlık bürosu ile yapmış olduğu danışmanlık sözleşmesi şeklinde bir vekâlet sözleşmesi olduğunu varsayalım. Avukatlık bürosu, danışmana, bir başka hukuk bürosuna danışmanlık

kapsar şekilde, sözleşmenin tek satıcı olmayan tarafıdır. Tek satıcılık sözleşmesinin bir tarafının her zaman üretici olmak zorunda olmadığı yönünde, Demir Gökyayla, s.14; Ünal Ertabak, **Tek Satıcının Müşteri Tazminatı Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması**, İstanbul 2011, s.21.

¹⁴⁴⁵ Arkan Akbıyık, s.67; Hostenstein, s.184-187; Lischer, s.145.

¹⁴⁴⁶ Normal bir satım sözleşmesinde de, alıcı rekabet yasağını ihlal ettiğinde, alıcının kârı, satıcının rekabet yüzünden pazarda ortaya çıkan zararı olarak düşünülmektedir. Schwenger/Hachem/Kee, Global Sales, N. 44.17; Schwenger/Hachem, Scope of Damages, s.102. Ancak bu tür bir özel düzenleme bulunmadan talep edilebilecek tek husus bu zararın ispatı suretiyle tazminattır.

¹⁴⁴⁷ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.80; Demir Gökyayla, s.86; Hasan İşgüzar, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara 1989, s.96.

¹⁴⁴⁸ Staub (işleyen: Brüggemann), HGB § 84, N.20; Demir Gökyayla, s.86.

yapmama hususunda bir rekabet yasağı getirebilir¹⁴⁴⁹. Danışmanın rekabet yasağını çiğneyerek bir başka avukatlık bürosuna danışmanlık verdiği bir örnekte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin var olup olmadığı sorusu gündeme gelir. Kanaatimce burada bir başkasına ait işin görülmesi unsuru eksik olduğu gibi, ihlal edilen hak yalnızca nispi haktır. Bu nedenle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmez. Ancak TTK m.55 kapsamına giren bir davranış söz konusu ise haksız rekabet var olacağından, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali yüzünden değil ama haksız rekabet yüzünden elde edilen menfaatin devri talep edilebilecektir.

Sonuç olarak herhangi bir sözleşmede var olan rekabet yasağı kaydının ihlali söz konusu olduğunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartlarının sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır. Bu yolda belirleyici olabilecek ilk şart, başkasına ait bir işin görülmesinin var olup olmadığıdır. Eğer bir başkasına ait iş görme söz konusu değilse, başkaca bir unsuru araştırmaya gerek yoktur. Bir iş görme söz konusu ise, araştırılması gereken ikinci unsur, hukuka aykırılık unsurudur. Bununla kastedilen, rekabet yasağının ihlali suretiyle, yalnızca bir nispi hakkın mı ihlal edildiği, yoksa bir mutlak hakkın da ihlal edilip edilmediğidir. Mutlak hak ihlal edilmiş ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiğine kanaat getirilebilir. Mutlak hak ihlali yoksa, bir adım daha öteye gidilmeli ve ihlal edilen nispi hakkı menfaat devri yaptırımına hukuka aykırılık bağı ile bağlayan bir hukuki düzenleme var mı diye araştırılmalıdır.

C. Kanunda Düzenlenen Rekabet Yasağının İhlali

Kanunda rekabet yasağı çeşitli hükümlerde düzenlenmektedir. Bunlara kısaca değinmek gerekir. Aşağıda açıklanacak rekabet yasakları ve yaptırımları kanundan kaynaklandığı için, bir mutlak hakkın mı yoksa nispi hakkın mı ihlal edildiği

¹⁴⁴⁹ Taraflar arasındaki ilişki iş sözleşmesi olmadığı için, TBK m.444'te yer alan sınırlamalar bu sözleşmeye uygulanmayacaktır. Ancak rekabet yasağına TMK m.23'ün her zaman sınır teşkil edeceğini hatırlatmak gerekir. Soyer, s.22.

tartışması kural olarak önemsizdir. Nitekim yapılan ihlal nispi hukuk alanına dâhil olsa dahi, aşağıda görüleceği üzere özel düzenlemeler ile hukuka aykırılık bağı kurulmuş olur.

1. İş Sözleşmesinde Sadakat Borcundan Doğan Rekabet Yasağı (TBK m.396/III)

İş sözleşmesi kapsamında rekabet yasağı, sözleşme ilişkisinin devamında, işin niteliği gereği işçinin sadakat borcundan da doğabilir. Nitekim “özen ve sadakat borcu” başlıklı TBK m.396 gereği, işçiye işini özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranma borcu yüklenmektedir. Buna ek olarak üçüncü fıkrada rekabet yasağı ayrıca ve açıkça ifade edilmektedir. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığı üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez. Son fıkra ise işçinin sır saklama yükümüne işaret etmektedir.

Sadakat borcu ya da rekabet yasağına aykırı davranılması halinde yaptırımın ne olacağı, TBK m.444’ün aksine, kanunda gösterilmiş değildir. Ancak genel olarak, TBK m.400 gereği işçi kusuru ile verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmaktadır. Buna ek olarak, kanımca TBK m.435/II ve İş Kanunu m.25/II gereği, dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmek beklenemeyen durum kapsamına girer ve haklı nedenle derhal fesih sebebi yaratabilir. Bunun ötesinde, tartışılması gereken, TBK m.396’ya aykırı davranmak suretiyle menfaat elde edilmesi halinde, diğer şartları da haiz ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelip gelmeyeceğidir.

Öncelikle, burada kanundan doğan bir borç olduğu düşünülebilirse de, kanaatimce yalnızca sözleşmeden doğan bir borcun kanun tarafından ifade edilmesi söz konusudur. Bu nedenle, rekabet yasağının ihlalinde, ihlal yalnızca nispi hak ihlali olacağı için hukuka aykırılık kabul edilmemeli ve gerçek olmayan vekâletsiz iş

görmenin varlığı reddedilmelidir. Bu konuda Alman İş Mahkemesinin (*Bundesarbeitsgericht*) vermiş olduğu bir kararı incelemek gerekir¹⁴⁵⁰. Söz konusu kararda işçi, taşıma sözleşmesi görüşmelerini yönetmekle sorumludur. Bu görüşmeler sırasında, diğer taşıyıcılar arasından belli birini seçmesi için rüşvet almıştır. Mahkeme, işçinin sadakat borcu ihlalinin hem sözleşme ihlali hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil ettiğinden yola çıkarak, söz konusu rüşvetin, menfaat devri olarak işverene devredilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yukarıda kural olarak sözleşmeden doğan rekabet yasağı ihlalinin yalnızca sözleşmeye aykırı olduğu ve hukuka aykırı olmadığından yola çıkılarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı reddedilmiştir. Bununla birlikte söz konusu somut olayda, rüşvet alınması Ceza Kanunu açısından bir suç teşkil ediyorsa, artık sözleşmeye aykırılığın yanı sıra hukuka aykırılığın da var olduğu söylenebilecektir. Bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği menfaat devri meydana gelebilir.

2. Kollektif, Komandit ve Anonim Şirket

Rekabet yasağı, ortaklıklarda kabul edilen sadakat ilkesinin bir sonucudur¹⁴⁵¹. Türk Ticaret Kanunu'nun 230 ve 231. maddeleri, kollektif ve komandit ortaklıklar için¹⁴⁵² rekabet yasağını düzenlemektedir. Hükme göre, ortakların ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremeyeceği düzenlenmektedir¹⁴⁵³.

¹⁴⁵⁰ BAG 14 July 1961, NJW 1961, 2036. Bir başka bakış açısı için bkz. MünchKomm/ Seiler, § 687 BGB, N.7.

¹⁴⁵¹ Karahan/ Arslan, s.427; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.585. Zira bu ilişki vekâlet ya da sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bkz. Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.585.

¹⁴⁵² Söz konusu iki ortaklık tipinde rekabet yasağının aynı şekilde uygulanacağına ilişkin olarak bkz. Aydoğan, s.66; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.256a. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, TTK m.311 gereği, komandit ortaklıkta, komandite ortaklar rekabet yasağına tâbi iken, komanditer ortaklar rekabet yasağına tâbi değildirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, s.170; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.256a.

¹⁴⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu, s.100 vd. Doktrinde kollektif ortaklık için rekabet yasağı geniş yorumlanmaktadır. Anonim ortaklık için ise rekabet yasağının, ortaklık sözleşmesinde

TTK m.396 ise anonim ortaklıklar için rekabet yasağını düzenlemekte ve benzer bir kural koymaktadır¹⁴⁵⁴. Kollektif ve komandit ortaklıklardan farklı olarak anonim ortaklıkta bu yasak yönetim kurulu üyeleri için getirilmiştir¹⁴⁵⁵. Bunun sonucunda kollektif ve komandit ortaklıkta, ortağın ortaklıktan ayrılmasıyla rekabet yasağı sona erer¹⁴⁵⁶. Anonim ortaklıkta ise ortağın yönetim kurulu üyeliği sona erdikten sonra kural olarak rekabet yasağı da sona erer. Bunun istisnasını ise görevin devamı süresinde başlanan işler açısından rekabet yasağının devam etmesi oluşturmaktadır¹⁴⁵⁷.

Anılan şirket tipleri için kanunla getirilen rekabet yasağına aykırılık da kanunla düzenlenmiştir. Anılan ortaklıklarda yer alan ortaklardan biri, yukarıda belirtilen davranışları gerçekleştirerek rekabet yasağına aykırı davranırsa, ortaklık bu ortakdan tazminat isteyebilir; tazminat yerine bu ortağın kendi adına yaptığı işleri şirket adına yapılmış sayılmasını isteyebilir; üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını isteyebilir.

Görüldüğü üzere ortaklığın, rekabet yasağını ihlal eden ortakdan isteyebileceği üç giderim imkânı mevcuttur. Bunların ilki elbette tazminattır. Diğer iki imkân ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi ilgilendirir ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu imkânlardan ikincisi, *“üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılması”* şeklinde menfaat devri yaptırımını düzenlemektedir¹⁴⁵⁸. Burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama

yazılı olan konu değil, uygulamada fiilen uğraşılan işler açısından var olması gerektiği, yani dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu hususlar çalışma konusunu aşmaktadır. Bu nedenle ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.569; Karahan/ Çelikaş, s.272.

¹⁴⁵⁴ Kooperatif ortaklıklarında da, Kooperatif Kanunu m.56/I-2 gereği, anonim ortaklığa ilişkin düzenleme uygulanacağından, bu kapsamda da menfaat devri yaptırımı kabul edilmektedir. Aydoğan, s.149; Çamoğlu, s.100.

¹⁴⁵⁵ Bu yasak hakkında ayrıntılı bilgi, zamansal açıdan uygulanması için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, N.573 vd.

¹⁴⁵⁶ Karahan/ Çelikaş, s.272; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.271. Ayrıldıktan sonra rekabet yasağının devam etmesi için ayrıca anlaşılması gerektiği yönünde, Karahan/ Çelikaş, s.272.

¹⁴⁵⁷ Pulaşlı, s.462; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.573c.

¹⁴⁵⁸ Aydoğan, s.58; Franko, Rekabet, s.58; Pulaşlı, s.120, s.338.

hali söz konusudur¹⁴⁵⁹ ve zararın varlığı aranmadan sorumluluk kabul edilmektedir¹⁴⁶⁰.

Diğer seçenek ise, “*ortağın kendi adına yaptığı işleri şirket adına yapılmış sayılmasını istemek*” olarak ifade edilmektedir. Bu yaptırımın tazminattan farklı olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir¹⁴⁶¹. Doktrinde bir görüş¹⁴⁶² kanunun lafzı nedeniyle bu iki tercihin birlikte talep edilmesi gerektiğini ve bu nedenle de TBK m.530’a uymayan bir durum olduğunu ifade etse de, kanaatimce anılan son seçenek TBK m.531’de düzenlenen “uygun bulma” hakkından farklı bir şey değildir. Bu açıdan, Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan anılan düzenlemeler TBK m.530 ve m.531’in tekrarından ibarettir. Başka deyişle ortaklığa ya uygun bulmak suretiyle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ya da menfaat devri talep etmek suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması imkânı tanınmaktadır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulandığında, ortaklık zorunlu masraflar düşüldükten sonra net menfaati elde edebilecektir¹⁴⁶³.

Ortakların yukarıda yer alan seçenekler arasından tercihte bulunması için bir karar almaları gerekir. Kollektif ve komandit ortaklıklarda, idare hakkını haiz olsun olmasın her ortağın bu konuda oy hakkı vardır¹⁴⁶⁴. TTK m.226 gereği bu karar çoğunlukla alınır. Anonim ortaklıklarda ise, TTK m.396/II gereği, rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesine yöneltilecek talebin seçiminde yetkili organ rekabet yasağını ihlal eden ortak hariç kalmak üzere, yönetim kuruludur¹⁴⁶⁵. Ancak genel kurulun, yönetim kuruluna bu konuda talimat verebileceği ifade edilmektedir¹⁴⁶⁶. Yönetim kurulu üyelerinin tümü rekabet yasağına aykırı

¹⁴⁵⁹ Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.75; Arkan Akbıyık, s.94.

¹⁴⁶⁰ Karahan/ Arslan, s.430; Çamoğlu, s.103 ve özellikle s.17; Çamoğlu, Rekabet Yasağı, s.359.

¹⁴⁶¹ Çamoğlu, s.165.

¹⁴⁶² Arkan Akbıyık, s.94.

¹⁴⁶³ Aydoğan, s.59; Franko, Rekabet, s.58.

¹⁴⁶⁴ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.253 vd.

¹⁴⁶⁵ Karahan/ Arslan, s.431; Çamoğlu, s.105; Pulaşlı, s.463.

¹⁴⁶⁶ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.576-576a.

davranmışsa, bu tercihi genel kurul yapacaktır. Benzer şekilde tek kişilik yönetim kurulu söz konusu ise, yine genel kurul yöneltilecek talebi seçebilir¹⁴⁶⁷. Bu konuda bir diğer öneri ise temsil kayyımını tayin edilmesidir¹⁴⁶⁸. Tüm ortaklar ve şirket alacaklıları, “ilgili” sıfatıyla mahkemeden TTK m.396’dan doğan hakları kullanmakla görevli bir kayyım atanmasını talep edebilirler¹⁴⁶⁹. Konunun genel kurulda görüşülmesini sağlama görevi ise denetçilere aittir¹⁴⁷⁰. Bir diğer olasılık ise, yönetim kurulunun yeterli sayı sağlayamamasıdır. Bu halde de seçim hakkı genel kurula kalır¹⁴⁷¹.

Alınan karar ile kullanılan seçim hakkı bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. İrade beyanının yöneltilmesi gerekir. Bu karar, rekabet eden üyeye varmakla hüküm ifade eder¹⁴⁷².

Önemle belirtmek gerekir ki, kollektif ve komandit ortaklıklar için getirilen rekabet yasağının ihlalinden doğan taleplere ilişkin zamanaşımı süresi¹⁴⁷³ özel olarak düzenlenmiş olup TTK m.231/II gereği bir işlemin yapıldığının veya ortağın diğer bir şirkete girdiğinin öğrenildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıldır. Benzer şekilde anonim ortaklık için kanunda düzenlenen rekabet yasağının ihlalinden doğan taleplere ilişkin zamanaşımı süresi de TTK m.396/III gereği üç ay ve bir yıldır. Görüldüğü üzere kısa zamanaşımı süreleri belirlenmiştir¹⁴⁷⁴. Üç aylık sürenin, sorumluluğu doğuran olgunun ve zararın (ya da devredilecek menfaatin), tüm ortaklar tarafından öğrenilmesi ile

¹⁴⁶⁷ Pulaşlı, s.463; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.613c. Nitekim, karara katılan üyelerin tarafsız ve bağımsız olması gerekir. Pulaşlı, s.451.

¹⁴⁶⁸ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.623m.

¹⁴⁶⁹ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.613c.

¹⁴⁷⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.294.

¹⁴⁷¹ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.576-576a.

¹⁴⁷² Çamoğlu, s.106.

¹⁴⁷³ Taleplere ilişkin seçim hakkı, kurucu yenilik doğuran bir hak olmakta ise de, taleplere ilişkin zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Bu konuda bkz. Çamoğlu, s.106, dn.40.

¹⁴⁷⁴ Pulaşlı, s.463; Çamoğlu, s.106.

başlayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁷⁵. Tek kişilik yönetim kurulu söz konusu ise, yukarıda tercih hakkının kim tarafından kullanılacağı belirtilmişti. Buna göre tercih hakkı genel kurul tarafından kullanılıyorsa, genel kurulun toplantı tarihinden itibaren, şirkete temsil kayyımı tayin ettirilmişse kayyımın görevi almasından itibaren başlar¹⁴⁷⁶. Buna ek olarak yasak ihlal edildiği müddetçe zamanaşımı işlemeyecektir¹⁴⁷⁷. Sonuç olarak, bu hallerde, TBK m.530'un tâbi olduğu zamanaşımı değil, söz konusu özel düzenlemenin uygulanacağına dikkat çekmek gerekir.

3. Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller veya Diğer Tacir Yardımcıları

Ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları hakkında, TBK m.553 hükmü bir düzenleme getirmektedir. Bu kişiler eğer bir işletmenin bütün işlerini yönetiyor veya işletme sahibinin hizmetinde bulunuyorlarsa, işletme ile rekabet edemezler¹⁴⁷⁸. Doktrinde bu yasağın güven ilişkisine ve ticari sırların korunması gereğine dayandığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁴⁷⁹. Buna aykırı davranışın yaptırımlarından ilki yine tazminat olarak sayılmıştır. Ancak tazminat yerine, *“ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesi”* de talep edilebilir. Burada açıkça menfaat devri yaptırımından bahsedilmese de, görülen *“işlerin devredilmesi ve ücretin verilmesi”* menfaatin devri şeklinde yorumlanabilir¹⁴⁸⁰. Dolayısıyla söz konusu düzenleme de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama hali olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸¹. Benzer bir düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 464. maddesi ve Alman Ticaret Kanunu'nun 60. paragrafında yer almaktadır. Anılan düzenlemeler de aynı şekilde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama hali olarak yorumlanmakta ve menfaat devri yaptırımı

¹⁴⁷⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.613b.

¹⁴⁷⁶ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, 623n.

¹⁴⁷⁷ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.613b.

¹⁴⁷⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1293-1294; Feyzioğlu, Armağan, s.439 vd.

¹⁴⁷⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1294.

¹⁴⁸⁰ Schmid, GoA, N.1238; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.75; Arkan Akbıyık, s.94.

¹⁴⁸¹ Schmid, GoA, N.1237-1239.

kabul edilmektedir¹⁴⁸². İsviçre Federal Mahkemesi de, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 464. maddesi kapsamına giren bir rekabet yasağının ihlalinde, ihlal sonucu elde edilen menfaatin devrinin talep edilebileceğini ve bu talebin temelini gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olduğunu açıkça ifade etmektedir¹⁴⁸³.

4. Adi Ortaklık ve Limited Şirket

Adi ortaklık ve limited şirkete ilişkin olarak kanundan doğan rekabet yasağı hallerine aykırılığın yaptırımları kanunla düzenlenmediğinden, söz konusu iki düzenleme bir arada ele alınacaktır. Öncelikle, Türk Borçlar Kanunu'nun 626. maddesi¹⁴⁸⁴ adi ortaklık açısından rekabet yasağını hükme bağlamaktadır. Rekabet yasağı, bağlılık ve sadakat yükümünün bir gereği olarak, yönetici sıfatını taşımasa da bütün ortaklara yöneliktir¹⁴⁸⁵. Düzenleme gereği, ortaklar kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar¹⁴⁸⁶.

Bu davranışa aykırılık ise özel olarak düzenlenmiş değildir. Ancak doktrinde bu davranışa aykırılığın ortaklığın feshi için haklı bir sebep teşkil edeceği ifade edilmektedir¹⁴⁸⁷. Bunun dışında, adi ortaklık ilişkisinin bir sözleşmeden kaynaklandığı düşünüldüğünde, rekabet yasağına aykırılık, yalnızca tazminat sorumluluğuna yol açacaktır¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸² Schmid, GoA, N.1237-1239; Gautschi, Art. 464 OR, N.7b, 8b; Hofstetter, s.248.

¹⁴⁸³ Bger 4A_345/2011, 28. November 2011, karar metni için bkz.

http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&subcollection_m120=on&insertion_date=&top_subcollection_aza=any&query_words=art.+423+OR&rank=2&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F28-11-2011-4A_345-2011&number_of_ranks=138, 08.12.2014.

¹⁴⁸⁴ Eski Borçlar Kanunu'nun 526. maddesine ilişkin olarak bkz. Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.95.

¹⁴⁸⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.95; Karahan/ Akın, s.60. Bu yasağın temelinde "*affectio societatis*" yatmaktadır. Bu konuda bkz. Karahan/ Akın, s.41 vd.

¹⁴⁸⁶ Hükmün emredici nitelik taşımadığından yola çıkılarak rekabet yasağının sözleşmeyle kaldırılabilmesi ya da sınırlandırılabilmesi ifade edilmektedir. Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.95a; Karahan/ Akın, s.61.

¹⁴⁸⁷ Pulaşlı, Esaslar, s.32; Domaniç, Şirketler, s.25; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.95b; Karahan/ Akın, s.61.

¹⁴⁸⁸ Karahan/ Akın, s.61; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.60.

Ancak menfaat devrinin bir yaptırım olarak talep edilebilmesi hususunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre adi ortaklıkta rekabet yasağını düzenleyen TBK m.626 hükmü, rekabet yasağının kapsamını düzenlemediğinden, TTK m.230-231'in kıyasen uygulanması yerinde görünmektedir¹⁴⁸⁹. Nitekim bu kuralların kişi ortaklıklarının prototipi olduğu ve adi ortaklığa uygun düşecekleri ifade edilmektedir¹⁴⁹⁰. Bir başka görüş ise, aynı sonuca, başka bir hükmün kıyasen uygulanması yoluyla ulaşmaktadır. Bu görüş gereği, TBK m.553'te düzenlenen ticari vekiller için getirilen rekabet yasağının yaptırımı olan menfaat devri talep edilebilecektir¹⁴⁹¹.

Kanaatimce, burada yalnızca bir nispi hak ihlali – adi ortaklık sözleşmesinin ihlali – vardır ve menfaat devri yaptırımı özel olarak düzenlenmemiş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye atıf da yapılmamıştır. Menfaat devri yaptırımının cezai fonksiyonu düşünüldüğünde, genişletici bir yorum yapmak uygun görünmemektedir¹⁴⁹². Sonuç olarak, özel düzenleme ile menfaat devri yaptırımının öngörülmediği göz önünde bulundurulduğunda, kıyas yolu ile medeni hukukun en ağır yaptırımlarından birinin uygulanması yerinde değildir¹⁴⁹³.

Limited ortaklıklarında ise müdürlere TTK m.626 ile rekabet yasağı getirilmektedir. Ancak aksi kararlaştırılmadıkça bütün ortaklar müdür ortak sayıldığından, kural olarak tüm ortaklar için rekabet yasağının var olduğuna dikkat çekmek gerekir¹⁴⁹⁴. Ayrıca hüküm emredici olmadığı için, müdür olmayan ortakları kapsar şekilde

¹⁴⁸⁹ Şener, s.351-352.

¹⁴⁹⁰ Doktrinde Pulaşlı bu tür bir kıyas ile menfaat devri talebinden bahsetmediğinden, aksi yönde, Pulaşlı, s.27.

¹⁴⁹¹ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar, N.95b.

¹⁴⁹² Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yaptırımının bir özel hukuk cezası olduğu ve bu sebeple, kanunsuz ceza olamayacağı yönünde, Aybay/ Hatemi, § 9, N.11. Aynı yönde, Grossfeld, s.120.

¹⁴⁹³ Aksi görüşte, Karahan/ Akın, s.61.

¹⁴⁹⁴ Karahan/ Çeker, s.845; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.824.

yasağın genişletilmesi de mümkündür¹⁴⁹⁵. Bu yasak ortaklık veya müdürlük ilişkisi devam ettiği süre için geçerlidir¹⁴⁹⁶. Adi ortaklığa benzer şekilde, bu yasağa uymamanın yaptırımını düzenlenmemiştir. Akla ilk gelen yaptırım genel hükümler kapsamında tazminat davası açmak olacaktır. Bundan başka müdürün görevden uzaklaştırılması ve şartları varsa müdürün ortaklıktan çıkarılması mümkün görülmektedir¹⁴⁹⁷. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹⁴⁹⁸. Ancak menfaat devri yaptırımını özel olarak düzenlenmemiştir.

Anonim şirkete ilişkin var olan düzenlemenin, kıyasen limited şirket için de uygulanması, eski Ticaret Kanunu zamanında, eski TK m.556'nın yaptığı atıf ile mümkün görünse de¹⁴⁹⁹, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun atıf hükmü olan TTK m.644 karşısında bu tür bir kıyasa artık imkân kalmamış görünmektedir. Zira TTK m.644, kıyasen uygulama alanı bulabilecek hükümleri tek tek belirtmekte ve anonim şirkette rekabet yasağının ihlalinde menfaat devrini düzenleyen TTK m.396 kuralı sayılmamaktadır. Buna ek olarak, adi ortaklık açısından ileri sürülen gerekçeler de dikkate alınarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği menfaat devrinin talep edilemeyeceğini belirtmek gerekir¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁵ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.824; Karahan/ Çeker, s.864.

¹⁴⁹⁶ Karahan/ Çeker, s.865. Yasağın devam etmesi isteniyorsa bu konuda ayrıca anlaşılması gerekir.

¹⁴⁹⁷ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.843.

¹⁴⁹⁸ Yarg. 11. HD, 11.3.2002 221/173, Karahan/Çeker, s.845, dn.2

¹⁴⁹⁹ Bu yönde bkz. Çamoğlu, s.100.

¹⁵⁰⁰ Menfaat devri yaptırımından bahsetmeyerek, aynı yönde Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.843. Doktrinde adi ortaklık için TBK m.530 veya TTK m.230-231'in uygulanabileceğini ileri süren görüş, aynı kıyası limited şirket için yapmamaktadır. Bu tür bir ayırımın gerekçesi de açıklanmamaktadır. Bu nedenle söz konusu görüşün kendi içinde tutarsız olduğu kanaatindeyim. Krş. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.60 ve s.843. Yukarıda açıklandığı üzere, kanaatimce her iki durumda da kıyasen menfaat devri yaptırımını uygulanmamalıdır.

VI. Kötüniyetli Haksız Zilyedin İade Borcunda

A. Elde Edilen Ürünler

Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi, kötüniyetli haksız zilyedi, elde ettiği ürünlerden sorumlu tutmaktadır. Elde edilen ürünlerden sorumluluk ile kastedilen aslında zarardan bağımsız olarak, elde edilen menfaatin devridir¹⁵⁰¹. Haksız zilyetlik ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki ilişki yukarıda incelenmiş olup, varılan sonuç, haksız zilyedin iade borcunun, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama hali olmakla birlikte, özel kural olduğu ve genel hüküm olan TBK m.530'un uygulamasını dışladığı yönündedir¹⁵⁰². Zira söz konusu kural olmasaydı, TBK m.530 hükmü, her haksız zilyetlik durumunu kapsar şekilde menfaat devri yaptırımını sağlayamayabilirdi. Nitekim her haksız zilyetlik hükmünde bir iş görmenin bulunması zorunluluğu yoktur.

Düzenlemede ilk incelenmesi gereken husus, elde edilmiş olan ürünlerin devredilmesi gereğidir. Kötüniyetli haksız zilyedin, elde ettiği ürünlerden doğan sorumluluğu, gerçek hak sahibinin bu ürünleri elde edip edemeyeceği sorusundan bağımsızdır¹⁵⁰³. Kötüniyetli zilyedin, bir takım iyileştirmeler yaparak, hak sahibinden fazla ürün elde etmiş olması, iade yükümlülüğünü değiştirmeyecek, elde edilen tüm ürünlerin iadesi gerekecektir. Kötüniyetli zilyedin sorumluluğunun bu kısmı, şeyin haksız alıkonulmasından kaynaklanan zararların yanında, ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş olmasının bir sonucu olarak ifade edilmektedir¹⁵⁰⁴. Bu düzenleme gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedeki menfaat devri yaptırımının özel bir görünümüdür.

¹⁵⁰¹ Özen, s.250, s.261. Zarardan bağımsız oluşu hakkında, eski tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda aksi yönde bir sonuca ulaşılmış olsa da, bu karar doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Özen, s.262, dn.539.

¹⁵⁰² Bkz. § 5/ V/ 1. Arkan Akbıyık, s.39; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.316; Sungurbey, Eleştri, s.411. Aynı doğrultuda, Federal Mahkemenin ilke kararı, BGer 45 II 207. Aynı yönde, BGer 49 II 519. Haksız zilyetlik ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki bağlantıyı kabul eder şekilde, Stark, Art. 940, N.22; Homberger, Art.940 ZGB, N.10.

¹⁵⁰³ Özen, s.249.

¹⁵⁰⁴ Özen, s.249.

Ancak doktrinde, hak sahibinin elde etmeyeceği ya da edemeyeceği menfaatlerin elde edilmesi halinde, bunun TMK m.995'in kapsamı dışında olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰⁵. Bu tür menfaatler için gösterilen çözüm TBK m.530'un uygulanmasıdır. Oysa yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, TMK m.995'de elde edilen ürünler ile kastedilen zaten TBK m.530'un kapsamında menfaat devridir¹⁵⁰⁶. Menfaat devrinden anlaşılması gereken de, elde edilen net menfaattir¹⁵⁰⁷. İş gören kişisel çabası ve becerisi ile normal koşullarda elde edeceğinden daha çok menfaat elde etmişse, elde edilen menfaatin hesabında bu da dikkate alınır¹⁵⁰⁸. Bu açıdan iş sahibinin (eşya üzerindeki hak sahibinin) söz konusu menfaati elde edip edemeyeceği önemli olmaksızın, kötüniyetli haksız zilyedin elde ettiği menfaat, "elde edilen ürünler" kapsamında talep edilebilmesi gerekir.

B. Elde Edilmesi İhmal Edilen Ürünler

Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi, elde edilen ürünlerin yanında, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin de tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kural olarak menfaat devri yaptırımını elde edilmesi ihmal edilen ürünleri kapsamaz. Bunun için TMK m.995'te olduğu üzere bir açık düzenleme gerekir. Elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin ne şekilde belirlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Sorumluluğun ölçütünü subjektif kritere göre belirleyen görüş, gerçek hak sahibinin kendine ait olanaklarla ve araçlarla bu ürünleri elde edip edemeyeceğine bakar¹⁵⁰⁹. Bir diğer subjektif görüş ise, haksız zilyedi esas alır ve haksız zilyedin kendi olanak ve araçlarıyla ne kadar ürün elde edeceğine göre belirler¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.135; Ünal/Başpınar, s.286; Sirmen, s.120.

¹⁵⁰⁶ Bu görüşü savunan doktrinin de TMK m.995'i, TBK m.530'un özel görünümü olarak değerlendirdiğine dikkat çekmek gerekir.

¹⁵⁰⁷ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ 4 /b /aa.

¹⁵⁰⁸ Edelman, s.88-89; Schmid, GoA, N.840; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.18 ve § 26, N.8; Arkan Akbıyık, s.48.

¹⁵⁰⁹ Feyzioğlu, Zilyetlikte İade, s.275; Keller, s.55.

¹⁵¹⁰ Homberger, Art.940 ZGB, N.11; Utku, s.94,95.

Son olarak bir başka görüş ise, objektif kriter getirmeyi uygun bulmaktadır¹⁵¹¹. Yaptırımın menfaat devrine paralellığı de göz önünde bulundurulduğunda, özel hukuk cezası niteliği taşıyan bir düzenlemenin ¹⁵¹², sübjektif değerlendirme yapılarak, özellikle de haksız zilyedi esas alan bir değerlendirme ile yorumlanması kanaatimce hükmün amacından sapmak sonucunu doğurur. Bu açıdan objektif kriter sunan görüşe ağırlık vermek gerekir. Buna göre kötünietli zilyet, özenle yürütülecek bir irade faaliyeti sonucu elde edilmesi gereken ürünlerle sorumlu tutulmalıdır. Bu yaklaşım, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş görenin özen yükümünün varlığının kabul edilmesiyle de paralel ve tutarlı olacaktır¹⁵¹³. Objektif görüşün temel olarak Alman Medeni Kanunu'nun 987. paragrafında öngörülen düzenli bir idarenin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğünden etkilendiği ifade edilmektedir¹⁵¹⁴. Bu görüşün yansıması olarak, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin karşılanmasında, bu ürünlerin değeri açısından yine objektif bir kriter getirilmeli ve objektif piyasa değeri karşılanmalıdır¹⁵¹⁵.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede menfaat devri yaptırımında olduğu gibi, haksız zilyetlikte de söz konusu objektif piyasa değeri parasal bir değer olacağı için, bu borcun yerine getirilmediği olasılıkta, temerrüt faizinin işleme gerektirir¹⁵¹⁶. Temerrüt faizinin hangi andan itibaren işleyeceği hususunda ise, haksız zilyetlikte ilgili düzenlemenin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel bir görünümü olmasına dayanarak çözüm üretmek yerinde olur. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bir haksız fiil benzeri olması sebebiyle, borcun doğumu anında

¹⁵¹¹ Stark, Art.940 ZGB, N.23; Postacioğlu, s.429,430; Özen, s.261; Koç, s.621

¹⁵¹² Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196; Karayalçın, s.262.

¹⁵¹³ Bkz. yukarıda, § 3/ II/ B/ 2/ b.

¹⁵¹⁴ Özen, s.260.

¹⁵¹⁵ Özen, s.263.

¹⁵¹⁶ Özen, s.264.

temerrüt gerçekleşecektir¹⁵¹⁷. Aynı çözümün haksız zilyetlikte elde edilmesi gereken ürünlerin karşılığı olan objektif piyasa değeri için de kabul edilmesi gerekir¹⁵¹⁸.

VII. Kira Hukukunda

A. Genel Olarak

Kira hukukunda, pek çok durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olabilecektir. Bu hallerin hiç birinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye kanunun yaptığı bir atıf yoktur. Bununla birlikte söz konusu haller çoğu zaman hem sözleşmeye aykırılık hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmektedirler. Bu nedenle, aşağıda yapılan açıklamalar sırasında “Talep Temellerinin Bir Arada Bulunması” bölümünde yapılan değerlendirmeler göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵¹⁹. Uygulamada, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurulabilecek iken, taleplerin genellikle sözleşme temelinde ileri sürüldüğü görülmektedir¹⁵²⁰. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, sözleşme yerine gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye başvurmanın bir takım faydalar sağlayabileceği açıktır.

B. Bir Başkasına Ait Malın Kiralanması¹⁵²¹

1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulanması

Bilindiği üzere, kira sözleşmesi ile bir aynı hak geçmez. Bunun sonucu olarak da kira sözleşmesinin kurulmasında, kiraya veren tarafın tasarruf yetkisi

¹⁵¹⁷ Schmid, GoA, N.843; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.14; Hofstetter, s.217; Lischer, s.99; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.15; Hofstetter, s.217; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.113. Alman hukukunda da yaklaşım aynı yöndedir: Staudinger/ Wittmann, § 687, N.15.

¹⁵¹⁸ Özen, s.264.

¹⁵¹⁹ Bkz. § 5/ III.

¹⁵²⁰ Bucher, BT, s.262; BGer 39 II 707; BGer 47 II 197.

¹⁵²¹ Bu başlık altında alt kira incelenmeyecek, bu husus daha sonra değerlendirilecektir.

aranmamaktadır. Başka deyişle kiraya verenin malik olmasına gerek yoktur¹⁵²². Bir başkasının, malik yerine şeyi kiraya vermesi ise bir temsil yetkisine dayanabilir. Bu tür bir temsil yetkisi yoksa, bir başkasına ait şeyi kiraya veren kişi, malike ait bir iş görüyordur. İş gören, malın kendisine ait olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyor ise kötüniyetli sayılacaktır. Bu halde Yargıtay uygulaması ve doktrinde bir görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelir¹⁵²³. Gerçekten de bu ihtimalde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusudur.

Bununla birlikte kanaatimce somut olayda, TBK m.530 doğrudan uygulama alanı bulmaz¹⁵²⁴. Zira bu durumda menfaat devri talebine, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel bir görünümü olan kötüniyetli haksız zilyetlikte iadeye ilişkin TMK m.995'in temel teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, kötüniyetli haksız zilyetlikte menfaat devri ile TBK m.530'dan doğan menfaat devri talebi yarışmaz¹⁵²⁵. Sonuç olarak, sadece TMK m.995 temelinde menfaat devri talep edilebilir.

2. Menfaat Devri

a. Ecrimisil ile İlişkisi

Başvurulması gereken kurallar haksız zilyetlik hükümleri olduğu için yukarıda açıklanan ecrimisil bedeline de değinmek gerekir¹⁵²⁶. Bu bedel, hukuki temelini TMK m.993'te bulur ve malın bizzat kullanılmasının karşılığı olup, haksız yere söz konusu konutta oturan kiracıdan talep edilirken; TMK m.995'te "elde edilen

¹⁵²² Tandoğan, C.I/2, s.104; Feyzioğlu, Özel, s.464; İnceoğlu, C.I, s.51; Aral, s.235; Zevkliler/ Gökyayla, s.187; Gümüş, Kira, s.37. Aynı yönde, Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁵²³ YHGK 20.9.2006, 3-549/558; Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128; YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014. İnceoğlu, C.I, s.52; Kötz, s.595.

¹⁵²⁴ Yargıtay da, asıl uygulanması gereken hükmün TMK m.995 (MK m.908) olduğunu, buna ilişkin bir tereddüt oluşması halinde ise TBK m. 530'un (BK m.414'ün) uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. YİBK4.6.1958, 15/6 Kazancı İçtihat Bankası, 12.09.2013.

¹⁵²⁵ Bkz. § 5/ V/ A.

¹⁵²⁶ Bkz. yukarıda, 5/ V/ A/ 2/ a.

ürünler” olarak ifade edilen menfaat devri kiracıdan değil, haksız yere kiraya veren kişiden talep edilir¹⁵²⁷.

Bir başkasına ait malın kiraya verilmesi söz konusu olduğunda, rayiç üzerinden belirlenecek ecrimisil yerine, TMK m.995 gereği somut olarak elde edilen kira bedeli talep edilebilir. Önemle belirtmek gerekir ki kiracıya karşı yöneltilen ecrimisil talebi ile kiraya verene karşı yapılan menfaat devri talebi arasında, talep temellerinin çokluğu sorunu yoktur. Başka deyişle bu taleplerin yarıştığı ya da yığıldığı söylenemez. Bununla birlikte, hem kiracıdan ecrimisil talep edilip hem de kiraya verenden menfaat devri talep edilmişse özellikli bir durum karşımıza çıkar. Kiracıdan ecrimisil talep edilmiş ise, kiraya verenden talep edilebilecek menfaat ancak rayiç bedelden fazla ise mümkün olacaktır¹⁵²⁸. Konuyu bir örnekle açıklamak uygun olur. (A), (B)'ye ait taşınmazı, (C)'ye 1500 TL'ye kiraya vermiş olsun. Bu halde hem (A) hem (C) haksız zilyet olduğundan, kural olarak hem (A)'dan TMK m.995 gereği menfaat devri, hem de (C)'den ecrimisil talep edilebilir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu talep temelleri arasında bir yığılma/ yarışma sorunu yoktur. Bununla birlikte, ecrimisile temel teşkil eden rayiç bedelin 1000 TL olduğu olasılıkta, (A)'dan talep edilebilecek menfaat artık 1500 TL değil, 500 TL olacaktır. Bunun sebebi, (C)'nin, malike ödediği ecrimisil bedeli için (A)'ya rücu edecek olmasıdır. Bu rücu bedelinin, TBK m.530 gereği zorunlu masraf ya da borçtan kurtarma kapsamında sayılarak devredilecek menfaatten düşülmesi gerekir¹⁵²⁹. Başka deyişle, hem ecrimisil bedeli hem de menfaat devri toplam olarak talep edilememesinin nedeni, bu taleplerin yığılmaması değil; ecrimisil talep edildiğinde artık devredilmesi gereken net menfaatin miktarının değişecek olmasıdır.

Bu hususta bir vurgu yapmak gerekir. Kullanım karşılığı olan ve uygulamada ecrimisil olarak ifade edilen bedelin istenmesi, devredilecek menfaat ile miktar

¹⁵²⁷ Yukarıda ecrimisil ile menfaat devri taleplerinin farkları açıklanmaktadır. Bkz. § 5/ V/ A/ 2.

¹⁵²⁸ İnceoğlu, C.I, s.52.

¹⁵²⁹ Tıpkı caiz olmayan alt kirada, alt kira sözleşmesi yapan kiracının, asıl kiraya verene ödediği kira bedelinin elde edilen menfaatten düşülmesi gibi. Bkz. aşağıda, § 6/ VII/ F.

olarak aynı olsa bile daha elverişsizdir. Zira ecrimisil talebi, Yargıtay tarafından, kira bedeline benzetilerek beş yıllık zamanaşımına tâbi tutulmaktadır. Buna karşılık, TMK m.995 kapsamında talep edilecek menfaat devri, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinin zamanaşımı olan on yıla tâbi olacaktır. Bu açıdan menfaat devri talep etmek daha avantajlıdır¹⁵³⁰.

b. İspat Sorunu

Daha önce de belirtildiği üzere, elde edilen menfaati iş sahibinin (malikin) ispat etmesi gerekir¹⁵³¹. Malikin kira bedellerinin toplamından oluşan menfaati ispat etmesi çoğu durumda zor olacaktır. Bu konuda Yargıtay kararlarına bakıldığında, mahkemenin kiraya veren iş göreni, kira sözleşmesini ibraz etmeye zorladığı görülmektedir. Böylelikle iş sahibinin (malikin) ispat külfeti hafifletilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararda, davalı kötüniyetli haksız zilyede kira sözleşmelerini ibraz edilmesi için önel vermeyi uygun bulmakta, buna uyulmadığı takdirde bilirkişiye gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵³².

Elbette bilirkişiye başvurulduğunda, bilirkişinin ortaya koyacağı kira bedeli, çoğunlukla rayiç kira bedeli olacağından ecrimisil talebine denk bir miktar gündeme gelecektir¹⁵³³. Bununla birlikte, miktarları aynı olsa da, yukarıda da ifade edildiği üzere, zamanaşımı açısından menfaat devri talebinin ecrimisil talebine kıyasla daha avantajlı olduğunu hatırlatmak gerekir¹⁵³⁴.

¹⁵³⁰ Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁵³¹ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ c.

¹⁵³² YHGK, 28.12.1983, 3-495/ 1400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013.

¹⁵³³ İnceoğlu, C.I, s.52. Aynı yönde, YHGK 20.9.2006, 3-549/558, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

Yarg. 13. HD, 31.5.1984 2854/4161 (Karahasan, s.1096).

¹⁵³⁴ Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

C. Birden Fazla Malikin Bulunması

1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulanması

Eşyanın malikten başka bir kişi tarafından kiraya verilmesi durumuna benzer bir durum da, birden fazla malikin bulunduğu elbirliği ya da paylı mülkiyet durumlarında, maliklerden yalnızca birinin ya da bir kaçının eşyayı kiraya vermesi halinde ortaya çıkar¹⁵³⁵. Bu kapsamda, maliklerden yalnızca birinin elde ettiği menfaatin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edip etmeyeceği öncelikle eşya hukuku prensiplerine ve söz konusu mülkiyet türlerine değinmeyi gerektirmektedir.

a. Olağan İş – Olağanüstü İş Ayrımının Önemi: Yetkisizlik Şartı

Paylı mülkiyete tâbi bir malın paydaşı olan kişiler arasında, bu mülkiyet dolayısıyla, tüzel kişiliği bulunmayan bir hukuki ilişki vardır¹⁵³⁶. Söz konusu paydaşların her biri, olağan faaliyet alanı açısından işleri görmeye yetkilidir¹⁵³⁷. Bunun bir sonucu, olağan işler kapsamında her bir paydaşın diğerlerini temsil yetkisini haiz olduğudur. Başka deyişle her bir paydaş, olağan faaliyet alanına giren işleri, diğer paydaşlar adına olacak şekilde görebilir. Önemli iş ise malın değerinin artırılması, işletme biçiminin değiştirilmesi veya daha verimli olmasını kapsayan yönetim işleri olarak ifade edilebilir¹⁵³⁸. Önemli iş söz konusu ise, paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğu aranmaktadır. Yalnızca bir malikin eşyayı kiraya vermesinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edip etmeyeceği hususunda, “kiraya verme” işinin söz konusu paylı mülkiyet ilişkisinde, olağan iş ya da önemli iş olup olmadığı önem kazanır.

¹⁵³⁵ İnceoğlu, C.I, s.55; Feyzioğlu, Özel, s.465 vd.; Gümüş, Kira, s.38.

¹⁵³⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.317.

¹⁵³⁷ Sirmen, s.309; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.571; Eren, Mülkiyet, s.101.

¹⁵³⁸ Eren, Mülkiyet, s.103; Serozan, Eşya, s.239; Sirmen, s.310 vd.

Eşyanın kiraya verilmesi, TMK m.691/I ile de desteklenerek, kural olarak önemli bir iş olarak nitelendirilmektedir¹⁵³⁹. Bunun sonucu olarak, kira sözleşmesi yapmak ancak pay ve paydaş çoğunluğu ile mümkündür. Başka deyişle, bir paydaşın, diğer paydaşları bu konuda temsil yetkisi yoktur. Böylelikle, bir paydaş, diğerlerinin katılımı olmaksızın bir kira sözleşmesi akdettiğinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin “yetkisizlik şartı”nın gerçekleştiği rahatlıkla söylenebilir¹⁵⁴⁰.

Elbirliği mülkiyetinde de, TMK m.702/II gereği, kanunda veya sözleşmede aksi belirtilmedikçe, yönetim ve tasarruf işlemleri için oy birliği gerekir. Doktrinde ve uygulamada da yerinde olarak belirtildiği üzere, kira sözleşmesi akdetmek için oy birliği aranmaktadır¹⁵⁴¹. Sonuç olarak bir mala elbirliği ile malik olanlardan yalnızca biri, tıpkı paylı mülkiyette olduğu gibi, diğerlerinin katılımı olmaksızın bir kira sözleşmesi akdettiğinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin “yetkisizlik şartı” meydana gelmiş olur¹⁵⁴².

b. İş Görenin de Bir Malik Olmasının Duruma Etkisi

Paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğu; elbirliği mülkiyetinde ise oy birliği olmaksızın kira sözleşmesi yapılması iki şekilde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki kiraya veren malikin, sözleşmeyi kendi adına akdetmiş olmasıdır. Bu sözleşme geçerlidir¹⁵⁴³. Bu halde, kira sözleşmesini akdetmenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Burada kira sözleşmesini yapan kişinin de malik olduğundan yola çıkarak, bir başkasına ait iş görme olmadığı ileri sürülebilirse de bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira malik, diğer maliklerin mülkiyet hakkını ihlal suretiyle,

¹⁵³⁹ Sirmen, s.311-312; Öztaş, s.141; Eren, Mülkiyet, s.104; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.573. Kira sözleşmesi akdetmenin “önemli iş” sayılması gerektiği yönünde, Yarg. 1. HD, 5.5.2006, 3986/5239, Yargıtay Kararları Dergisi, C.32, S.9, s.1394.

¹⁵⁴⁰ Söz konusu şart için bkz. yukarıda, § 2/ III.

¹⁵⁴¹ İnceoğlu, C.I, s.54; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya, s.639; Eren, Mülkiyet, s.133. Yarg. 13. HD 4.2.1981, 6931/673 (Karahasan, s.1099-1101).

¹⁵⁴² Söz konusu şart için bkz. yukarıda, § 2/ III.

¹⁵⁴³ Serozan, Eşya, s.239; Öztaş, s.138; Tandoğan, C.I/2, s.107; Gümüş, C.I, s.235; İnceoğlu, C.I, s.55.

kendi menfaatine bir iş görmektedir. Sonuç olarak bu kurguda kanaatimce gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur ve diğer malikler, sözleşmeyi akdeden malikten menfaat devri talep edebilirler¹⁵⁴⁴. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁵⁴⁵.

İkinci olasılık ise, maliklerden birinin, diğer malikleri de kapsar şekilde ancak onların temsil yetkisi olmaksızın bir kira sözleşmesi yapmasıdır. Bu halde, öncelikle, apaçık bir yetkisiz temsil durumu söz konusudur. Kira sözleşmesini kuran malik, sözleşmeyi diğer malikler adına da kurmak niyetinde olduğu için, işin “iş sahibi menfaatine olmadığı” ileri sürülemez. Başka deyişle, ilk anda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmediği düşünülebilir. Bununla birlikte, bir başkasına ait işin “yasaklamaya rağmen görülmesi” kapsamında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana geleceği yerinde olarak ifade edilebilir. Zira paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğu; elbirliği mülkiyetinde ise oybirliği arandığı göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca bir malikin söz konusu eşyayı kiraya vermesinin en azından örtülü olarak yasaklanmış olduğu açıktır. Dolayısıyla bu durum da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yaratır ve menfaat devri talep edilebilir¹⁵⁴⁶.

Sonuç olarak bir malik, yalnızca kendi menfaatine söz konusu eşya üzerinde bir iş görüyor ise, bu halde vekâletsiz iş gören olarak nitelendirilir ve diğer maliklere karşı¹⁵⁴⁷, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında sorumlu olur¹⁵⁴⁸. Yargıtay’ın açıkça ifade ettiği üzere, TMK m.693’te yer alan, paydaşın söz konusu

¹⁵⁴⁴ İnceoğlu, C.I, s.66; Gümüş, Kira, s.38.

¹⁵⁴⁵ YHGK 28.12.1983; 3-495/1400; Yarg. 13. HD, 31.1.1974 11/213; Yarg. 3. HD, 4.2.2013, 23507/ 1533; Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁵⁴⁶ Yarg. 3. HD, 4.2.2013, 23507/ 1533, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁵⁴⁷ Paylı mülkiyette payları oranında sorumluluk söz konusu olacaktır.

¹⁵⁴⁸ Paylı malikler “birlikte zilyet”tirler. Birlikte zilyetliğin ise iki türü vardır. Bunlar iştirak halinde zilyetlik ve müşterek zilyetlik. TMK m.693, paydaşların birbirlerinin hakkını ihlal etmedikleri sürece eşyayı kullanabileceklerini hüküm altına aldığı için, doktrinde birlikte zilyetliğin, müşterek zilyetlik türünün söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Stark, Art.919, N.39; Öztaş, s.310-311; Sirmen, s.59. Elbette kullanım şekli kararlaştırılarak zilyetliğin türü de değiştirilebilir. Paylı ve elbirliği mülkiyette, malikler birbirlerine karşı emin sıfatıyla zilyet oldukları için, haksız zilyetliğe ilişkin özel kural olan TMK m.995 değil, TBK m.530 uygulanır.

malı işgal etmesi nedeniyle işgal tazminatı ödemesi değil, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sonucu, menfaat devri talebi gündeme gelecektir¹⁵⁴⁹. Böylelikle paydaşın, diğer paydaşlara ecrimisil ödeyip ödemeyeceği, ödeyecekse hangi şartlarla ödeyeceği tartışması, bu ihtimal için ortadan kalkmaktadır. Bu sayede menfaat devri talebinde, diğer paydaşların “faydalanmalarına engel olunduğunu” ispata gerek kalmayacaktır¹⁵⁵⁰. Aynı husus elbirliği mülkiyeti için de geçerlidir¹⁵⁵¹.

Anılan bu durumlar, aynı zamanda kiracıya karşı bir ecrimisil talebi de doğurmaktadır. Ancak ecrimisil talebinin beş yıllık zamanaşımına tâbi ve rayiç kira bedeline denk olması, menfaat devri talebini daha avantajlı hale getirmektedir. Nitekim menfaat devri talebi on yıllık zamanaşımına tâbidir. Bir diğer avantajı ise, rayiçten fazla bir kira bedeli söz konusu olduğunda, bu kira bedelinin menfaat devri olarak talep edilebilecek olmasıdır¹⁵⁵².

c. Uygulanacak Hüküm: TBK m. 530 mu Yoksa TMK m.995 mi?

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Türk Medeni Kanunu’nun, kötüniyetli haksız zilyetliğe ilişkin düzenlemesi, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel bir görünümüdür¹⁵⁵³. Özel hüküm niteliğindeki bu düzenlemenin varlığı, TBK m.530’un uygulanmasını engellemektedir. Bu açıdan, birden çok malik olduğunda, bu maliklerin birbirlerine kıyasla haksız zilyet sayılıp sayılmadıkları, uygulanacak hükmün belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Nitekim paylı ya da elbirliği maliklerin, birbirlerine karşı haksız zilyet sayılabildikleri kabul edilirse, menfaat devri talebine temel teşkil edecek hüküm

¹⁵⁴⁹ Yarg. 13.HD, 29.6.1974, 1782/1599, Uygur, Cilt 8, s.9076; Yarg. 13 HD 31.5.1984, 2854/4161, Karahasan, s.1096; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/1599, Karahasan, s.1102; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/1612, Karahasan, s.1102-1103.

¹⁵⁵⁰ Yarg. 13.HD, 29.6.1974, 1782/1599, Uygur, Cilt 8, s.9076; Yarg. 13 HD 31.5.1984, 2854/4161, Karahasan, s.1096.

¹⁵⁵¹ 13. HD 4.2.1981, 6931/673, Karahasan, s.1101.

¹⁵⁵² Yarg. 3. HD, 4.2.2013, 23507/ 1533, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁵⁵³ Bu konu yukarıda ayrıntılı olarak tartışılmaktadır. Bkz. yukarıda, § 5/ V.

TMK m.995 olacak iken; söz konusu eşyayı kiraya veren malikin haksız zilyet sayılmadığı kabul edilirse uygulanacak hüküm TBK m.530 olacaktır.

Bilindiği üzere, hem paylı mülkiyet hem elbirliği mülkiyeti, birlikte zilyetlik durumu yaratır. Ancak mülkiyetin türü, zilyetliğin türüne doğrudan yansımaz. Taraflar, kullanım biçimini belirlemede serbesttirler. Her iki mülkiyet türü için, müşterek zilyetlik kararlaştırılmış olması halinde, maliklerden her biri eşyayı kendi kullanabilir. Bunun sonucunda, maliklerden birinin, eşyayı, yalnızca kendisinin kullanabilecek olması, onu haksız zilyetlik durumundan çıkarır mı sorusu gündeme gelecektir. Bu soruya olumlu yanıt verilirse, taşınmazı tek başına kiraya veren ve kira bedeli elde eden malik TBK m.530 kapsamında menfaat devrini vermekle yükümlü olur. Kanaatimce, paylı ya da elbirliği halinde malik, müşterek zilyetlik düzeni belirlenmiş olsa da, diğer maliklerin zilyetliğini ihlal eder şekilde davranmaya başladığında, haksız zilyet sayılmalıdır. Bu bakımdan menfaat devri talebine temel teşkil edecek hüküm, kötüniyetli haksız zilyedin iade yükümünü düzenleyen TMK m.995 olmalıdır.

İştirak halinde zilyetlik kararlaştırılmış ise, malikin, eşyayı tek başına kullanma hakkı zaten yoktur. Bu durumda paydaşın eşyayı kiraya vermesi halinde, haksız zilyetlik evleviyetle söz konusu olacaktır. Bu halde, paydaşın elde ettiği kira bedellerinin talep edileceği menfaat devri talebinin temeli, TMK m.995'e dayanmaktadır.

2. Menfaat Devri

Sonuç olarak TMK m.995'e dayalı olarak, kira sözleşmesinin tarafı olmayan malik, eşyayı kiraya veren malikten, kendi payına düşen kira bedelini menfaat devri olarak talep edebilecektir¹⁵⁵⁴. Devredilmesi gereken menfaate ilişkin ispat zorluğu, birden çok kişinin malik olduğu durumda da söz konusu olacaktır. Yukarıda ifade edilen

¹⁵⁵⁴ İnceoğlu, C.I, s.66; Gümüş, Kira, s.38; Özçelik, s.23. Aynı yönde, Yarg. 3. HD, 20.12.2005, 13997/14128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

çözümüne paralel olarak, Yargıtay paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın diğer paydaşlar tarafından kiraya verilmesi nedeniyle, kira parasının payına düşen miktar için dava açan paydaşın, kira bedelini ispatlayamadığı olayda, bilirkişi aracılığı ile söz konusu kira bedelinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁵⁵.

3. Uygun Bulma Hakkı ve Kullanılmasının Sonuçları

Diğer malikler menfaat devri talep etmenin yanında, Türk Borçlar Kanunu'nun 531. maddesinde yer alan, işin, iş sahibi tarafından uygun bulunması hakkını da kullanabilirler¹⁵⁵⁶. Bu durumda, diğer maliklerin kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğini ifade etmek doğru olmayacaktır¹⁵⁵⁷. Nitekim TBK m.531 düzenlemesi, iş sahibinin hakları ve borçları üst başlığı altındadır. Bu açıdan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygun bulunması, maliklerin birbirlerine karşı olan taleplerini vekâlet sözleşmesine dayandırmayı gerektirecektir. Dolayısıyla söz konusu kural yalnızca iş gören ile iş sahibi (söz konusu olay için malikler) arasındaki ilişkiyi düzenlemekte ve taraflar arasında vekâlet hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmektedir.

D. Ayıbın Kiracı Tarafından Giderilmesi

1. Kira Hukukunda Ayıp

Doktrinde önemli ayıplarda hâkimden izin almadan, önemsiz ayıplarda ise gerekli süreyi vermeden kiracı ayıbı gidermişse, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin

¹⁵⁵⁵ Yarg. 13. HD, 31.5.1984, 2854/ 4161, Karahasan, s.1095. Aynı yönde, YHGK, 20.9.2006, 3-549/558; Yarg. 3. HD, 16.12.2004, 13597/13907; Yarg. 3. HD, 8.12.2003, 14214/14097; Yarg. 13. HD, 29.6.1974, 1782/1599; Yarg. 3. HD, 11.3.1966, 2059/ 1612, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10.10.2013. Birlikte mülkiyet halinde, Anglo Amerikan hukukunda da sorun yukarıda öngörülen şekilde çözümlenmektedir. Bkz. Dawson, Intermeddler, s.1422,1423.

¹⁵⁵⁶ Bkz. § 3/ IV.

¹⁵⁵⁷ İnceoğlu, C.I, s.59, dn.215.

uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹⁵⁵⁸. Bu sorunu incelemek için kira hukukunda ayıp konusunu kısaca açıklamak gerekir.

Kira hukukunda, ayıp önemli ve önemli olmayan ayıp olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁵⁵⁹. Bu ayırım kiracının ayıp karşısında ne şekilde davranması gerektiği açısından farklılığa yol açacaktır. Bu nedenle söz konusu kavramları kısaca açıklamak gerekir. Önemli ayıp kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nun 306. maddesinin 2. fıkrasından yola çıkılarak tanımlanabilir¹⁵⁶⁰. Düzenleme gereği önemli ayıbın belirlenmesinde "elverişliliğin kaldırılması" veya "önemli ölçüde engellenmesi" kriterlerinden yararlanılacaktır¹⁵⁶¹. Sonuç olarak önemli ayıp, kiralananadaki eksiklik veya bozuklukların, sözleşmede belirlenen kullanım amacını bütünüyle engellemesi veya kiracının umduğu yararı önemli ölçüde azaltması olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁶².

Önemli olmayan ayıp ise doktrinde önemli ayıptan yola çıkılarak tanımlanmaktadır. Başka deyişle, önemli olmayan ayıp kiralananın kullanımını tamamen veya önemli ölçüde etkilemeyen, bununla birlikte kiracının elde etmeyi umduğu yararı da azaltan eksiklik ve bozukluklardır¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁸ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.309-310; Becker, Art.254-255, N.19; İnceoğlu, C.I, s.181; Tandoğan, C.I/2, s.118; Aral, s.249; Aral/ Ayrancı, s.236; Zevkliler/ Gökyayla, s.259; Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi**, TBK m.299-312, İstanbul 2013, m.306, N.58. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 3. HD, 15.3.2004, 1763/2081, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 7.03.2014; Yarg. 13 HD, 9.3.1987, 1024/1335, Karahasan, s.1094-1095; Yarg. 4. HD, 20.11.1958, 7738/7579, Karahasan, s.1105.

¹⁵⁵⁹ Kira hukukunda ayıp kavramı hakkında bkz. Tandoğan, C.I/2, s.112 vd.; İnceoğlu, C.I, s.123 vd.

¹⁵⁶⁰ Gümüş, C.I, s.264; İnceoğlu, C.I, s.121.

¹⁵⁶¹ İsviçre hukukunda da İsviçre OR Art. 258'den faydalanılarak önemli ayıp tanımı aynı şekilde yapılmaktadır. SVIT-Kommentar, Vorbem. Art.258-259i, N.52.

¹⁵⁶² İnceoğlu, C.I, s.121; İnceoğlu, Ayıba Karşı Tekeffül, s.54, 55; Acar, m.304, N.26; Gümüş, Kira, s.113; Zevkliler/ Gökyayla, s.252; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.221. Örnek olarak ise arabanın freninin bozuk olması, konutun duvarının yıkık olması gösterilmektedir. İnceoğlu, C.I, s.121-122.

¹⁵⁶³ İnceoğlu, C.I, s.123; İnceoğlu, Ayıba Karşı Tekeffül, s.55; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.194; Acar, m.304, N.32; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s.113; Gümüş, C.I, 265. Önemli olmayan ayıp için doktrinde verilen örnekler şu şekildedir: Kırılan camın değiştirilmesi, elektrik sigortasının değiştirilmesi, su tesisatındaki sızıntının giderilmesi. Aral, s.247; Tandoğan, C.I/2, s.117. Doktrinde önemli olmayan ayıp kendi içinde hafif ayıp ve orta ayıp şeklinde ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, C.I, s.123-124; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.258, N.2; SVITKommentar, Vorbem. Art.258-259i, N.51; Acar, m.304, N.33; Aydoğdu/ Kahveci, s.389.

Önemli ayıp söz konusu olduğunda, kiracı TBK m.306 hükmüne dayanarak ayıbı kiraya veren hesabına gideremez. Ancak genel hüküm olan TBK m.113 hükmüne dayanabilir¹⁵⁶⁴. Başka deyişle, onarımı kendi yapmak veya yaptırmak için kiracının hâkimden izin alması gerekir. Hâkim kararı olmaksızın kiracı önemli ayıbı gidertemez¹⁵⁶⁵. Önemli olmayan ayıplar açısından ise kiracının ayıbın giderilmesi için kiraya verene bir süre vermesi gerekmektedir.

2. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Uygulanması

Yukarıda ifade edildiği üzere, doktrin önemli-önemsiz ayıp ayırımına gitmekle birlikte, her iki halde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin var olabileceğini ifade etmektedir¹⁵⁶⁶. Önemli ayıplarda hâkimden izin almadan, önemsiz ayıplarda ise gerekli süreyi vermeden kiracı ayıbı gidermiş olması gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için gereklidir.

Gerçekten de burada bir başkasının mutlak hakkına – mülkiyet hakkı – müdahale etmek suretiyle bir işin görülmesi söz konusudur. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için, bu işin, iş görenin ya da bir üçüncü kişinin menfaatine görülmesi veya iş sahibinin menfaatine olsa da onun yasaklamasına aykırı olması gerekmektedir. Söz konusu onarımların bir takım izinlere veya süre verilmesine tâbi tutulması, bunlara uyulmadan görülen işin, iş sahibinin menfaatine görülmediği sonucunu ortaya çıkarır¹⁵⁶⁷. Başka deyişle, kanaatimce de burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması yerinde olur.

¹⁵⁶⁴ İnceoğlu, C.I, s.181.

¹⁵⁶⁵ İnceoğlu, C.I, s.180.

¹⁵⁶⁶ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.309-310; Becker, Art.254-255, N.19; İnceoğlu, C.I, s.181; Tandoğan, C.I/2, s.118; Aral, s.249; Aral/ Ayrancı, s.236; Zevkliler/ Gökyayla, s.259; Acar, m.306, N.58. Yargıtay da aynı görüştedir. Yarg. 3. HD, 15.3.2004, 1763/2081, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 7.03.2014; Yarg. 13 HD, 9.3.1987, 1024/1335, Karahasan, s.1094-1095; Yarg. 4. HD, 20.11.1958, 7738/7579, Karahasan, s.1105.

¹⁵⁶⁷ Aynı yönde, İnceoğlu, Ayıba Karşı Tekeffül, s.72.

Aksi durumda, yani gerçek vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilirse¹⁵⁶⁸, özellikle iş gören kiracının talep edebileceği masraflar açısından sonuç farklılaşacaktır. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören (kiracı) yalnızca zorunlu masraflarını talep edebilecek iken¹⁵⁶⁹, gerçek vekâletsiz iş görmede TBK m.529 gereği zorunlu ve yararlı masrafları talep edebilecektir. Kiracıya bu denli geniş bir masraf talep hakkı tanınması ise, kiracının önemli ayıplarda hâkimden izin almadan; önemli olmayan ayıplarda süre vermeden onarım yapamayacağı kurallarının içini boşaltacaktır¹⁵⁷⁰.

Ayıbın kiracı tarafından giderilmesinin bir takım izinlere veya süre verilmesine tâbi tutulması, bunlara uyulmadan görülen işin, iş sahibinin menfaatine görülmediği şeklinde yorumlandığı ifade edilmişti¹⁵⁷¹. Bununla birlikte, ayıbın acilen giderilmesi gerektiği hallerde, işin iş sahibinin (malikin) menfaatine görüldüğü kabul edilmelidir. Bu halde gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır.

E. Kiracının Değer Artış Talebi

Türk Borçlar Kanunu'nun 321. maddesi gereği, kiraya verenin yazılı rızası varsa, kiracı tarafından kiralananda yenilik ve değişiklikler yapılabilir. Aynı hükmün 3. fıkrası gereği, kiracı, aksi kararlaştırılmadıkça, kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişikliklerin yarattığı değer artışını talep edemeyecektir. Bu düzenlemenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talepleri de engelleyeceği, zira özel bir düzenleme olduğu doktrinde yerinde olarak ifade edilmektedir¹⁵⁷². Bununla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde bu tür bir

¹⁵⁶⁸ Kiracının hukuka aykırılık bilincinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle, gerçek vekâletsiz iş görmenin uygulanması gerektiği yönünde, Gümüş, Kira, s.127-128; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.165.

¹⁵⁶⁹ Masraf talebinin bir sınırı da, iş sahibinin (malikin) malvarlığındaki artış teşkil etmektedir. Bu konuda bkz. yukarıda, § 3/ II/ B.

¹⁵⁷⁰ İnceoğlu, C.I, s.181; Aral, s.249; Tandoğan, C.1/2, s.118; Becker, Art.254-255, N.19. Aynı yönde, Yarg. 13. HD, 6.3.1994, 1699/3373, Yargıtay Kararları Dergisi, Y.1994, S.6, s.930 vd.

¹⁵⁷¹ Aynı yönde, İnceoğlu, Ayıba Karşı Tekeffül, s.72.

¹⁵⁷² İnceoğlu, C.I, s.483; SVIT-Kommentar, Art.260-260a, N.76; Aydoğdu/ Kahveci, s.528. Aksi görüşte, Gümüş, Kira, s.248; Zevkliler/ Gökyayla, s.292.

düzenleme olmadığını hatırlatmak gerekir. Yargıtay da bu durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan talepleri kabul etmekteydi¹⁵⁷³. 6098 sayılı Borçlar Kanunu açısından bu tür bir düzenlemenin getirilmiş olması karşısında¹⁵⁷⁴, bu hükmü bir özel kural olarak yorumlamak ve genel hükümler kapsamında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşmeye başvuramamak gerekir. Aksi durumda TBK m.321/III hükmü boşa dönen bir hüküm olacaktır.

F. Caiz Olmayan Alt Kira

1. Alt Kira Sözleşmesi

Alt kira sözleşmesi, asıl kiracının, “kiralayan” sıfatıyla, alt kiracıyla yaptığı bir kira sözleşmesidir¹⁵⁷⁵. Bu sırada asıl kiracı ile kiraya veren arasındaki sözleşme de devam eder¹⁵⁷⁶. Türk hukukunda alt kiraya ilişkin olarak açıklamalara başlamadan önce, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurlarından, “iş görme” hakkında var olan tartışmaları hatırlatmak gerekir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, iş görme herhangi bir insan eylemi olabilir. Bununla birlikte, öncelikle, bir başkasına ait iş görmenin var olması gerekir. Caiz olmayan alt kiraya ilişkin tartışma bu konudur. Aşağıda açıklanacağı üzere, Alman Federal Mahkemesi, caiz olmayan alt kirada, yeniden kiraya vermenin, “başkasına ait iş görme” sayılmayacağından yola çıkarak alt kirada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve menfaat devrini reddetmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, caiz olmayan alt kirada gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulünde, “iş görme”nin hukuka aykırı bir davranış olamayacağı itirazını getirmiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, aşağıda incelendiği üzere bu uygulamasından vazgeçmiştir.

¹⁵⁷³ Yarg. 11. HD, 31.5.2005, 8848/ 5684; Yarg. 6. HD, 12.6.2013, 18115/10365; Yarg. 6. HD, 16.1.2013, 18170/ 265; Yarg. 6. HD, 3.6.2013, 17141/9733; Yarg. 6. HD, 12.7.2012 7194/10747; Yarg. 13. HD, 24.3.2009, 13331/ 3859, Yarg. 11. HD, 31.5.2005, 8848/ 5684, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 07.03.2014.

¹⁵⁷⁴ Eski kanun döneminde de konunun tartışmalı olduğu ve yeni düzenlemenin diğer talep temellerinin de önünü kesmek suretiyle tartışmayı sona erdirdiği yönünde, Yavuz, Kira, s.139.

¹⁵⁷⁵ Aral, s.263; İnceoğlu, C.I, s.492; Gümüş, C.I, s.299-300; Zevkliler/ Gökyayla, s.299. Alt kira hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kahveci, s.63 vd.

¹⁵⁷⁶ İnceoğlu, s.494; Topuz/ Canbolat, s.129; Aral/ Ayrancı, s.268; Gümüş, Kira, s.214; Zevkliler/ Gökyayla, s.299.

2. Bir Başkasına Ait İş Görme: Alman Federal Mahkeme Kararı

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebilmesi için bir başkasına ait işin görülmesi gerekir. Kişi kendisine ait işi, başkasının sanarak görmüş ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gerçekleşmiş sayılmaz. Roma hukukunda, “başkasına ait iş görme iradesi” gerçek vekâletsiz iş görme için (*animus negotia aliena*) aranmakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için aranmamaktaydı. Günümüzde de, Roma hukukunda temellerini bulan bu ayırımla¹⁵⁷⁷, gerçek vekâletsiz iş görmede, başkasına ait¹⁵⁷⁸ iş görme iradesi,¹⁵⁷⁹ bir koşul iken¹⁵⁸⁰; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören işi, iş sahibinin menfaatine görmediği ya da yasaklamasına rağmen gördüğü için, “başkasına ait iş görme iradesi” önem taşımaz¹⁵⁸¹. Yargıtay ve Federal Mahkeme de aynı görüştedir¹⁵⁸². İfade etmek gerekir ki Alman hukukunda da başkasına ait iş görme iradesi aranmamaktadır¹⁵⁸³. Ancak elbette, görülen işin bir başkasına ait olması gerekir¹⁵⁸⁴. Nitekim Alman Federal Mahkemesi’nin de bu doğrultuda kararları mevcuttur¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁷⁷ Kaser/ Knütel, § 44, N. 16; Di Marzo, s.463; İpek, s.171. Bkz. yukarıda § 1/ II.

¹⁵⁷⁸ İşin başkasına aidiyeti, iş sahibinin hukuki alanına doğrudan ya da dolaylı etki yaratmaya yönelmiş bir müdahale şeklinde ifade edilmektedir. Olgaç, s.309; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.123; Özdemir, s.99.

¹⁵⁷⁹ Başkasına ait iş görme iradesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harald Müller, **Der Fremdegeschäftsführungswille**, Mannheim 1980, s.100 vd. ile s.196 vd.; Friedrich, s.18-20; Schmid, GoA, N.44.

¹⁵⁸⁰ Lischer, s.21 vd.; Suter, s.25 vd.; Honsell, s.327-328; Yavuz/ Acar/ Özen, Dersler, s.640; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.489; Zevkliler, s.260; Ayhan, s.27; Bilge, s.326; Zevkliler/ Gökyayla, s.631; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.95.

¹⁵⁸¹ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.5; Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.5; Hofstetter, s.271; Oser/ Schönenberger, Art. 419, N.9; Suter, s.115-116.

¹⁵⁸² YİBK 4.6.1958, 15/6, Kazancı İçtihat Bankası, 12.09.2013. BGer 129 III 422; 126 III 69 E 2a; BGer 97 II 169.

¹⁵⁸³ MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.8; Palandt/ Sprau, § 687, N.2; Förster, s.231; Chrestin, s.31,32; Larenz, s.452-453; Bergmann, s.454-455; Fikentscher/ Heinemann, N.1283.

¹⁵⁸⁴ Holenstein, s.160; Friedrich, s.29; Bamberger/ Roth/ Gehrlein, BGB § 687, N. 3; MünchKomm/ Seiler, BGB § 687, N.8, N.18; Suter, s.118; Freese, s.7 vd.; Larenz, s.452; Bergmann, s.454; Fikentscher/ Heinemann, N.1283. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Moser, s.137 vd.; Hagenbüchli, s.38; Loyal, s.28-32; Sippel, s.143-144, s.49 vd.; Hader, s.42 vd.; Suter, s.13-17.

¹⁵⁸⁵ BGHZ 75, 203, 205 = NJW 1980, 178; BGH NJW-RR 1989, s.1256 vd.

Alman Federal Mahkemesinin caiz olmayan alt kiraya ilişkin vermiş olduğu eski bir kararına bakıldığında işin başkasına aidiyetinin arandığı görülmektedir¹⁵⁸⁶. Mahkeme kiracının söz konusu eşya üzerinde zilyet olduğunu ifade etmektedir. Bu zilyetliğe bağlı bir sonuç olarak da, artık kiracının alt kira sözleşmesi yapmasını, “başkasına ait bir iş” olarak değerlendirmemektedir. Zira alt kira sözleşmesi yapmak iş sahibinin (malikin) bir işi olarak kabul edilmemektedir. Sonuç olarak bir başkasına ait iş görme söz konusu olmadığı gerekçesiyle, caiz olmayan alt kira durumunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı Alman Federal Mahkemesi tarafından reddedilmektedir¹⁵⁸⁷. Federal Mahkeme bu uygulamasını devam ettirmektedir¹⁵⁸⁸.

Kanaatimce burada bir başkasına ait işin görülmesi söz konusudur. Gerçekten de kiracı, eşya üzerinde zilyettir. Zilyetliği de bir sözleşmesel hakka dayanmaktadır. Haksız zilyetlik durumu yoktur. Bununla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için mutlaka kiracının haksız zilyet olması gerekmez. Kiracının zilyetliğinin hakka dayanması, malike ait bir işin görülmesine engel olmaz. Zira kiracının zilyetliği, yalnızca kira sözleşmesinde belirlendiği ölçüde kullanımına ilişkindir.

3. Hukuka Aykırı Bir Fiil ile İş Görme

a. Görüşler

Bir diğer tartışmalı husus ise, iş görmenin, hukuka aykırı bir fiil şeklinde olup olmayacağıdır. Bir görüş, hukuka aykırı bir fiil ile iş görmenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında olmayacağını ifade etmektedir¹⁵⁸⁹. Diğer bir görüşe

¹⁵⁸⁶ Bu konuda bkz. Wittmann, s.153 vd.; Staudinger/ Bergmann, BGB § 687, N.20; Soergel/ Beuthien, BGB § 687,N.10; Larenz/ Canaris, s.173.

¹⁵⁸⁷ BGH 20 Mai 1964, NJW 1964, 1853; BGHZ 59.

¹⁵⁸⁸ BGH, 21.09.2001 - V ZR 228/00

(<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=18212&pos=0&anz=1>) 28.10.2014; BGH, 13.12.1995 - XII ZR 194/93

(http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz131_297.htm).

¹⁵⁸⁹ Lischer, s.20; Oser/Schönenberger, Art.419, N. 6; Becker, Art. 419, N.4; ; Uygur, Cilt 8, s.9073.

göre ise, her hukuka aykırı fiil için bu ileri sürülemez¹⁵⁹⁰. Söz konusu görüşü savunan yazarların bir kısmı, iş görmek suretiyle, iş sahibinin değil de bir üçüncü kişinin hakkının ihlal edildiği durumlarda, iş sahibinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan haklarını kullanamayacağını ifade etmektedir¹⁵⁹¹. Zira bu durumda, iş sahibinin kendisi bu fiili gerçekleştirseydi de, objektif hukuk kuralını ihlal etmiş olacaktı. Bu nedenle de hukuk düzeninin bu sonucu korumaması gerektiği ifade edilmektedir. Başka deyişle, iş görenin, iş sahibinin hukuk alanında onun yerine kaim olduğu ve ancak iş sahibinin kendisinin de görebileceği işleri görmesi kabul edilmektedir.

Ancak bu görüş savunulduğunda, ortaya çıkan sonuç, hükmün amacına uygun olmayacaktır. Zira söz konusu ihtimalde, 3. kişinin hakkını ihlal etmek suretiyle elde edilen menfaat, iş gören kişide kalacaktır. Bu çözüm benimsenirse, bir kişi, hem vekâletsiz iş görmüş, hem de bundan yarar sağlamış olur. Hukuki sonucun bu yönde olduğunun kabulü, kişileri bu tür davranışlar yapma konusunda güdüler¹⁵⁹². Menfaat devri yaptırımını ise, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere¹⁵⁹³, hem cezai hem de caydırıcı bir amaç gütmektedir¹⁵⁹⁴. Bu bakımdan söz konusu yorum, hükmün amacı ile çelişmektedir.

b. İsviçre Federal Mahkeme Uygulaması

Alt kira sözleşmesi eski tarihli bir Federal Mahkeme kararında yukarıda açıklanan görüş kapsamında değerlendirilmiş ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin

¹⁵⁹⁰ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.92; Suter, s.12-13; Tandoğan, Borçlar, s.678; Bermann, s.13; Moser, s.13; Ayhan, s.31. Örneğin (A)'nın, (B)'ye ait çalınmış malları satması halinde haksız fiil olmasına rağmen vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilmektedir. Örnek için bkz. Suter, s.12-13.BGer 45 II 207; BGer 51 II 583.

¹⁵⁹¹ Arkan Akbıyık, s.27; Tandoğan, Borçlar, s.678; Bermann, s.13. Benzer şekilde, Lent, s.174; Moser, s.134; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.94.

¹⁵⁹² Aynı yönde, Jaffey, s.363.

¹⁵⁹³ Bkz. § 4.

¹⁵⁹⁴ Huguenin/ Jenny, Art.423 OR, N.3; BGer133 III 153; Huguenin/ Hilty (işleyenler: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.4; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196; Karayalçın, s.262.

uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁹⁵. Söz konusu kararda, kiracı, dükkân olarak kiralamış olduğu yeri, sinema olarak bir alt kiracıya kiraya vermiştir. Federal Mahkeme, yukarıdaki görüşe benzer bir tavır benimsemiş ve “malik şeyi bir kez kiraya vermekle, yeniden başkasına kiraya verme hakkını zaten kaybetmiştir. Bizzat malikin bu tür bir kazanç elde etmesi mümkün değilken, OR Art. 423 gereği elde edilen kira bedellerini talep edememelidir. Kiraya veren açısından hukuka aykırı olacak bir alt kira iş görme sayılmaz.” demek suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul etmemiştir¹⁵⁹⁶.

Kanaatimce, “menfaat devri” yaptırımının hukuki niteliğine ve karakterine karar verilebilirse, bu tür uyuşmazlıklar için daha hakkaniyetli bir çözüm üretmek mümkün olur. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, menfaat devri yaptırımı cezai ve caydırıcı fonksiyon gütmektedir¹⁵⁹⁷. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun düzenlenme amacının da, kişilerin başkalarının işlerini, hele ki kendi menfaatlerine görmesini engellemek olduğu unutulmamalıdır. Ancak yukarıdaki karar, menfaati kendi yararına iş gören kişi üzerinde bırakmakla hükmün amacına ters düşmektedir.

Türk doktrininde de, yazarlar Federal Mahkeme’nin bu görüşüne çoğunlukla katılmışlardır¹⁵⁹⁸. Görüşe savunma olarak kiracının, alt kira sözleşmesi ile kiraladığı yerden zaten faydalanamadığı, hem kira bedelini ödemesinin hem de alt kira bedelini – menfaat devri olarak – ödemesinin, onu iki kere kira ödemeye mahkûm edeceği ve bunun hakkaniyete aykırı olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁹⁹. Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira söz konusu uyuşmazlıkta makul çözüm elbette iki kere kira bedeli ödemek olmayacak; kira bedelinin yanında yalnızca alt

¹⁵⁹⁵ BGEr 39 II 702 vd.

¹⁵⁹⁶ Federal Mahkeme ile aynı görüşte, Arkan Akbıyık, s.30; Hofstetter, s.270; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.119.

¹⁵⁹⁷ Bkz. § 4/ II/ E.

¹⁵⁹⁸ Arkan Akbıyık, s.30; Yavuz Nihat, Kira Hukukunun Nedensiz Zenginleşme ve Vekâletsiz İş Görme Davaları ile İlgili Kimi Sorunları, **Yargıtay Dergisi**, C.XXII, Y.1996, S.1-2, s.57.

¹⁵⁹⁹ Arkan Akbıyık, s.30.

kiraya vermekle elde edilen fazladan miktarın kiraya verene “menfaatin devri” olarak verilmesi gerekecektir. Zira zaten kiraya verene ödenen kira bedeli, bir masraf kalemi olarak, devredilecek menfaatten (alt kira bedelinden) düşülecektir¹⁶⁰⁰.

Ayrıca, ev sahibi ile arasında hiç ilişki bulunmayan bir kişinin, başkasına ait taşınmazı kiraya vermesi durumunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını kabul eden hukuk düzeninin, tarafların arasında bir ilişki olması halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi dışlaması tutarlı olmayacaktır. Başka deyişle, kiracı ile ev sahibi arasında var olan kira sözleşmesinden doğan güven ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda, sorumluluğunun daha ağır olması beklenen kiracı için gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gerçekleşmediğini kabul etmek hukuk mantığı açısından uygun görünmemektedir¹⁶⁰¹.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, 2000 yılında verdiği bir kararla, yukarıda eleştirisi yapılan içtihadına atıf yaparak, bu içtihatta değişikliğe gitmiştir¹⁶⁰². Söz konusu kararda bir kafenin on yıl süreliğine kiralanması söz konusudur. Kiracı, söz konusu kafeyi iki yıl boyunca kendisi işletmiş; ardından bir başkasına, kira bedelinin yaklaşık dokuz katına kiraya vermiştir. Bu durum fark edildiğinde, fahiş bir kira bedeli ile alt kira yapılması “kötüye kullanma” olarak değerlendirilmiş ve özen borcuna aykırılık iddiasıyla İsviçre OR Art. 257f’ye dayanılarak, sözleşme feshedilmiştir. Sözleşmenin bu iddia ile feshedilmiş olması mahkeme tarafından da kabul edilmiş olup, kararda fesih tarihi tartışmalı değildir.

Sözleşmenin feshedilmesinden sonra, yaklaşık üç yıl boyunca kiracı söz konusu kafeyi boşaltmamış ve alt kira ilişkisine de devam etmiştir. Açılan davada, kafenin sahibi haksız işgal nedeniyle tazminat ve kira sözleşmesinin feshinden sonra elde edilen menfaatlerin devrini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davayı kısmen

¹⁶⁰⁰ Bkz. yukarıda, § 3/ II/ D/ 1.

¹⁶⁰¹ Nitekim “*argumentum a minore ad maius*” küçükten (hafiften) büyüğe (ağıra) sonuç çıkarma ilkesi de bu yaklaşımı desteklemektedir. Bu konuda bkz. Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.6d.

¹⁶⁰² BGEr 126 III 69. Aynı görüşte, Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.79; Lischer, s.147; von Büren, s.338.

kabul etmiştir. Tarafların her ikisinin de temyiz etmesiyle dava Federal Mahkeme önüne gelmiştir. Federal Mahkeme, sözleşmenin feshedildiği tarihten, fiili olarak kafenin boşaltılması tarihi arasında olan süre için açıkça gerçek olmayan vekâletsiz iş görme (Art.423/I OR) olduğunu kabul etmektedir.

Kararda, yukarıda anılan, eski İçtihat da değerlendirilmektedir¹⁶⁰³. Kiracının "haddini aşan" davranışından menfaat sağlaması uygun bulunmamaktadır. Kararda, hükmün amacı "*yanlış davranışta bulunan kişiye fayda sağlanmasını engellemek ve hukukun uygun bulmadığı bu türde davranışı cezalandırmak*" şeklinde ifade edilmektedir. Zira bir başkasının malvarlığından elde edilen kâr, yine o malvarlığına dönmelidir¹⁶⁰⁴. Federal Mahkeme, kira sözleşmesinin feshedilmesinden sonraki dönemin yanında, fesihden önceki dönem için de, alt kira yapılan dönem için gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığını ve menfaat devri talebini kabul etmiştir.

Sonuç olarak, Federal Mahkeme'nin güncel uygulaması da dikkate alındığında, caiz olmayan alt kiranın kapsam dâhilinde olabileceği açıktır¹⁶⁰⁵. Bu nedenle yukarıda ifade edilen, eski Federal Mahkeme kararına dayanan görüşlere katılmak mümkün görünmemektedir. İsviçre doktrini de, caiz olmayan alt kira söz konusu olduğunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi kabul etmektedir¹⁶⁰⁶.

4. Türk Hukuku Açısından

a. Hukuka Aykırılığın Tespiti

Alt kira, TBK m.322 gereği adi kira sözleşmelerinde mümkündür. Ancak bunun aksi kararlaştırılabilir. Aynı hükmün ikinci fıkrası gereği, konut ve çatılı iş yeri söz

¹⁶⁰³ Değerlendirilen eski içtihat BGer 39 II 702.

¹⁶⁰⁴ Aynı yönde, Chappuis, s.194.

¹⁶⁰⁵ Aynı yönde, BGer 4C.363/2001 /rmd 7. Juli 2003.

¹⁶⁰⁶ Hauser, s.269; Nietlispach, s.130; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.262, N.4a; Schmid, GoA, N.1247; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.78; Lischer, s.147; von Büren, s.338; Weber, Gewinnherausgabe, s.337; Becker, Art.423 OR, N.1; Bucher, BT, s.262; Holenstein, s.165; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.240; SVIT-Komm., Art.262; Honsell, s.332.

konusu ise, alt kira yapılabilmesi için kiraya verenin yazılı rızası aranmaktadır. Adi kira sözleşmesinde, alt kira sözleşme ile yasaklanmışsa ya da konut ve çatılı iş yeri kirasında kiraya verenin rızası olmaksızın alt kira yapılmış ise, caiz olmayan alt kira söz konusu olacaktır¹⁶⁰⁷.

Caiz olmayan alt kira bir sözleşmeye aykırılık yaratır. Bu noktada, yukarıda hukuka aykırılık bahsinde yapılan bir tartışmaya değinmek gerekir. Kabul edilen görüş kapsamında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için hukuka aykırılık aranır. Bu kapsamda ya bir mutlak hak ihlali ya da kanun ile özel olarak korunan bir nispi hak ihlali söz konusu olmalıdır¹⁶⁰⁸. Caiz olmayan alt kirada kanaatimce kiracı, malikin ona tanıdığı kullanma yetkisinin dışına çıkarak şeyi bir başkasına kullandırdığı için, malikin mülkiyet hakkının ihlal edildiği kabul edilmeli ve böylelikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talebinin önü açılmalıdır. Kiracıya karşı örneğin TMK m.993 temelli bir aynı hak ileri sürülemeyeceği ve bu nedenle de burada bir mülkiyet hakkı ihlali olmadığı da ileri sürülse bile, kanaatimce gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yine meydana gelebilecektir. Zira hukuka aykırılık şartını gerçekleştiren diğer bir hal de kanun ile özel olarak korunan nispi hakkın varlığıdır ve bu hal caiz olmayan alt kira için gerçekleşmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, konut çatılı iş yeri kiralari açısından, kanun alt kira sözleşmesi yapılmasını yasaklamış; adi kiralar açısından da yasaklama yetkisini kiraya verene tanımıştır. Bu kuralların koruma amacına bakmak gerekir. Kira hukukunda, kiracının korunmasının temel sebebi, konut ihtiyacının sürekliliğinin sağlanmasının temel ihtiyaç oluşu ile iş yerinin sürekliliğinin sağlanmasının ticari hayat açısından gerekli oluşu şeklinde özetlenebilir¹⁶⁰⁹. Ancak kanun koyucu, bu korumayı kiracının, kiraya verenin malı üzerinden menfaat elde etmesi için getirmemektedir. Tam

¹⁶⁰⁷ İnceoğlu, C.I, s.495. Ayrıca mehz İsviçre Borçlar Kanunu'na uygun bir yorumla, alt kiranın, asıl kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkını aşması (örneğin konut olarak kiralanan taşınmazın işyeri olarak kullanılması) ya da alt kira sözleşmesinde daha uzun bir sürenin öngörülmesi halleri de caiz olmayan alt kira sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Gümüş, C.I, s.300. Aksi görüşte, İnceoğlu, C.I, s.495.

¹⁶⁰⁸ Bu konuda bkz yukarıda, § 2/ VI.

¹⁶⁰⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, C.II, s.1 vd..

aksine, kira hukukunda var olan diğer kiracıyı koruyan kuralların yanında, kiracının bu şekilde menfaat elde etmesini engellemek istememekte ve bu nedenle söz konusu kuralları getirmektedir. Bu açıdan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kabulü, kuralların ratio legisi ile uyum içindedir.

b. Alt Kira Sözleşmesi ve Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme

Caiz olmayan alt kiralama, asıl kiracının, kiraya verene karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁶¹⁰. Ancak kiraya verenin alt kira nedeniyle bir zararı olmayabilir ve bu durumda tazminat talep edemez¹⁶¹¹. Bu noktada gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı önem kazanır. Zira bu halde zarardan bağımsız olan menfaat devri yaptırımını talep edilebilir. Bu yaptırımın zarardan bağımsız olduğu göz önünde bulundurulduğunda, somut olayda zarar söz konusu olsa da, ispat yükünden kurtulmak açısından çoğu durumda tazminata kıyasla daha elverişli olacağı açıktır¹⁶¹². Gerçekten de caiz olmayan alt kira, iş sahibine ait bir mutlak hakkın ihlali suretiyle, iş sahibi menfaatine olmayan bir iş görme sayılacağından, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme uyarınca menfaat devri talep edilebilecektir¹⁶¹³. İsviçre Federal Mahkemesi de yukarıda görüldüğü üzere aynı görüştedir¹⁶¹⁴.

c. Menfaat Devri Talebinin Dayandığı Kural

Menfaat devri talebinin TBK m.530'a mı yoksa TMK m.995'e mi dayanacağı somut olaya bağlı olarak değişebilir. Öncelikle kiracının, kira sözleşmesine dayanarak

¹⁶¹⁰ Tandoğan, C.I/2, s.163; Feyzioğlu, Özel, s.478-479; İnceoğlu, C.I, s.516; Gümüş, Kira, s.213.

¹⁶¹¹ Schmid, GoA, N.79; İnceoğlu, C.I, s.517.

¹⁶¹² Bu durumda her iki talep temeli aynı anda var olabilir ve bu halde aralarında yarışma söz konusu olur Aybay/ Hatemi, § 9, N.9; Honsell, s.333; YİBK, 4.6.1958, 15/6. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda, § 5/ II.

¹⁶¹³ Hauser, s.269; Nietlispach, s.130; Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.262, N.4a; Schmid, GoA, N.1247; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.78; Lischer, s.147; von Büren, s.338; Weber, Gewinnherausgabe, s.337; Becker, Art.423 OR, N.1; Bucher, BT, s.262; Holenstein, s.165; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.240; SVIT-Komm., Art.262, N.33a; İnceoğlu, C.I, s.517; Gümüş, C.I, s.300; Gümüş, Kira, s.213. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanmaması gerektiği yönünde, Yavuz, Vekâletsiz İş Görme, s.4-5; Heindirch, s.152.

¹⁶¹⁴ BGer 129 III 422. BGE 126 III 69, Maag, GoA, s.292 vd.

zilyet olduğunu ifade etmek gerekir. Kira sözleşmesi henüz feshedilmemişken, TMK m.993 gereği şeyin iadesi (istihkak talebi) kiracıya karşı ileri sürülemez. TMK m.993 gereği kiracıya aynî temelde bir hak ileri sürülemediyorken, istihkak talebinin bir yan talebi olduğu kabul edilen TMK m.995'in ileri sürülmesi mümkün olmamalı, menfaat devri talebi TBK m.530'a dayandırılmalıdır. Başka deyişle, kira sözleşmesi süresince yapılmış alt kira için talep TBK m.530'a dayanırken; kira sözleşmesi feshedilmiş ancak henüz tahliye gerçekleşmemişse, bu süre içinde alt kira ilişkisinden elde edilen menfaatin devri TMK m.995'e dayandırılmalıdır. Zira söz konusu sürede bir aynî talep söz konusu olacağından, bu aynî talebin yanında TMK m.995 gereği menfaat devri de talep edilebilir¹⁶¹⁵.

d. Devredilecek Menfaatin Belirlenmesi

Asıl kiraya verenin, asıl kiracıdan menfaat devri talep edebileceğine kanaat getirildikten sonra, devredilecek menfaatin ne olduğunu incelemek gerekir. Asıl kiracının, kira sözleşmesi kapsamında, kiraya verene bir kira bedeli ödüyor olduğu göz önünde bulundurulduğunda, devredilmesi gereken menfaat, alt kira sözleşmesindeki kira bedeli ile asıl kira sözleşmesindeki kira bedeli arasındaki farktır. Nitekim asıl kira sözleşmesi kapsamında ödenen kira bedeli, zorunlu bir masraf olup¹⁶¹⁶, brüt menfaat olan alt kira sözleşmesindeki kira bedelinden çıkartılmak suretiyle net menfaatin bulunması gerekir¹⁶¹⁷. Asıl kira bedeli ile alt kira sözleşmesindeki kira bedeli aynı ise talep edilebilecek bir net menfaat olmayacaktır.

¹⁶¹⁵ Kural olarak kira sözleşmesi süresince menfaat devri için ileri sürülecek talep yukarıda ifade edildiği gibi TBK m.530'a dayansa da, alt kira sözleşmesi yapan asıl kiracının tutumu bu yaklaşımı değiştirebilir. Alt kira sözleşmesi yapan asıl kiracı, kendisinin kiracılık sıfatını ve malikin üstün hakkını koruyarak bir alt kira sözleşmesi yapıyorsa, bu halde haksız zilyet sayılmaz ve yine yukarıdaki kural uygulanır. Örneğin alt kira sözleşmesi yapan asıl kiracı, bir kiracı gibi davranarak hala kiraya verene kira bedelini kendisi yatırıyor, özenli davranıyor ve özenli davranılması için alt kiracıya uyarılarda bulunuyorsa, malikin üstün hakkının varlığını kabul ediyor denebilir. Bununla birlikte, asıl kiracı, malikin üstün hakkının varlığını tanımadan, tıpkı bir başkasına ait malı kiraya veren kişi gibi davranıyorsa, bu halde haksız zilyet sayılabilir ve TMK m.995'in uygulanması sayesinde malik elde edilen menfaatin yanında elde edilmesi ihmal edilen menfaati de talep edebilir.

¹⁶¹⁶ İnceoğlu, C.I, s.517. Aynı yönde, YHGK, 13.3.2013, 6-1067/364, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 07.03.2014.

¹⁶¹⁷ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4.

İspat konusunda ise tekrardan kaçınmak adına yukarıda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinilecektir¹⁶¹⁸.

G. Caiz Olmayan Kullanım Hakkının Devri

Alt kiraya benzeyen bir kurum olan TBK m.322'de düzenlenen kullanım hakkının devri ise genel anlamıyla kiracının kullanım hakkını bir üçüncü kişiye devretmesi olarak tanımlanabilir¹⁶¹⁹. Kira sözleşmesinden doğan kiralananı kullanma hakkının devri, alacağın temlik hükmündedir¹⁶²⁰. Bu husus maddenin gerekçesinde de vurgulanmaktadır¹⁶²¹. Bu nedenle kullanım hakkının devri ancak yazılı şekilde yapılabilir¹⁶²².

Kiracının kullanım hakkını devretmesi TBK m.322 gereği adi kira sözleşmeleri açısından mümkündür. Ancak bunun aksi sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Konut ve çatılı işyeri kiralari açısından ise kullanım hakkının devri, tıpkı alt kira gibi, kiraya verenin yazılı rızasına bağlıdır. Bu rıza alınmadan kullanım hakkı devredilirse, caiz olmayan bir kullanım hakkı devri söz konusu olacaktır¹⁶²³. Dolayısıyla yukarıda yapılan açıklamalar, caiz olmayan kullanım hakkının devri için de geçerli olacaktır. Başka deyişle, izni olmadığı halde kullanım hakkını devreden kiracının elde ettiği menfaat, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilebilir¹⁶²⁴.

¹⁶¹⁸ Bkz. yukarıda, § 3/ I/ B/ 4/ c.

¹⁶¹⁹ Gümüş, C.I, s.302; İnceoğlu, C.I, s.496.

¹⁶²⁰ Gümüş, C.I, s.302; Kahveci, s.179; Becker, Art.264, N.2; Aral, s.264; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Özel, s.74; İnceoğlu, C.I, s.496; Yavuz/ Acar/ Özen, s.253.

¹⁶²¹ Yargıtay da aynı görüştedir. YHGK 10.10.2001, 6-942/696, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 27.10.2014.

¹⁶²² Zevkliler/ Gökyayla, s.302; İnceoğlu, C.I, s.496.

¹⁶²³ Bu halde gündeme gelecek ilk talep, bir zararın varlığı halinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talebidir. Zevkliler/ Gökyayla, s.299; İnceoğlu, C.I, s.523.

¹⁶²⁴ Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen:Weber), Art.262, N.4a; Honsell, s.218; Gümüş, Kira, s.213; İnceoğlu, C.I, s.523; Gümüş, C.I, s.300.

VII. Adi Ortaklıkta

Türk Borçlar Kanunu'nun 620 ila 645. maddeleri arasında düzenlenen adi ortaklık sözleşmesinin tanımı kanunda TBK m.620 hükmünde yapılmaktadır¹⁶²⁵. Adi ortaklık sözleşmelerinde iki veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişi ortaklar, emeklerini ve sermayelerini ortak bir amaç için birleştirmektedirler¹⁶²⁶.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur¹⁶²⁷. Adi ortaklık bir ticaret ortaklığı da değildir¹⁶²⁸. TBK m.625 gereği, sözleşme veya karar ile yönetim yetkisi ortaklardan birisine bırakılmamışsa ortaklık işlerinin yönetimi bütün ortaklara aittir. Bu durumda ortaklardan her biri, diğer ortakların iştiraki olmaksızın işlem yapabilir. Ancak, TBK m.624 gereği olağan işleri aşan önemli tasarrufların yapılması için bütün ortakların oybirliği gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 630. maddesinin ikinci fıkrası gereği, ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan ya da yetkisini aşan ortağın, ortaklık işlerini görmesi, vekâletsiz iş görme hükümlerine tâbi olur. Bununla hem gerçek hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin kastedildiğini belirtmek gerekir. Zira ortağın yetkisiz olarak gördüğü iş, ortaklık menfaatine ise gerçek vekâletsiz iş görme; iş gören ortağın ya da bir üçüncü kişinin menfaatine ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olabilecektir¹⁶²⁹. Bu durumda elde edilen menfaatin devri talep edilebilir¹⁶³⁰.

¹⁶²⁵ Barlas, s.12. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 530.maddesindeki tanımın daha farklı olduğu yönünde ve eleştirilerle, Barlas, s.12 vd. özellikle s.12, dn.16.

¹⁶²⁶ Doktrinde bu tanım eleştirildiği için farklı tanımlar yapılmaktadır. Krş. Barlas, s.14 vd.; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s.38. Bu amacın ne olacağı açısından, hukuka uygun oldukça bir kısıtlama yoktur. Sözleşmenin unsurları, kişi, sermaye, anlaşma, ortak amaç ve affectio societatis olarak sayılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, s.116-117; Pulaşlı, s.11-18; Barlas, s.18 vd.; Pulaşlı, Esaslar, s.14 vd. Karahan/ Akın, s.32 vd. Bu nedenle sözleşmenin tarafları arasında sıkı bir işbirliği kurulmakta ve güvene dayanan bu işbirliği ilişkisi nedeniyle ortaklar birbirlerinin vekili gibi, ortaklık işlerinden dolayı özenle hareket etmek, ortakları zarara uğratmamakla yükümlü tutulmuşlardır. Barlas, s.7 vd.; Şener, s.148 vd.; Pulaşlı, s.27. Aynı yönde, YHGK, 10.4.1991, 13-76/199, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁶²⁷ Şener, s.152; Barlas, s.74 vd.

¹⁶²⁸ Barlas, s.8; Domaniç, Şirketler, s.78 vd.

¹⁶²⁹ Pulaşlı, Esaslar, s.40. Yazar, konuyu "yetkisiz temsil" başlığı altında incelemektedir. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yetkisiz temsil başlığını aşan bir kapsamdadır. Bununla birlikte, bir

Ortakların TBK m.531’de yer alan hakkı kullanmak suretiyle yapılan işleri uygun bulmaları da mümkündür¹⁶³¹.

ortağın, yetkisiz olmakla birlikte, ortaklığı temsilen yaptığı işler açısından ise yetkisiz temsil kuralları uygulama alanı bulacaktır.

¹⁶³⁰ Şener, s.299; Pulaşlı, s.36. Aynı yönde, YHGK, 10.4.1991, 13-76/199; Yarg. 13. HD, 25.1.1994, 9907/503; Yarg. 3. HD, 10.6.1957, 4554/ 3932, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.3.2014.

¹⁶³¹ Pulaşlı, Esaslar, s.41.

Sonuç

1. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin Türk Borçlar Kanunu'ndaki yeri eleştiriye açıktır. Zira bu kurumun, bağımsız bir borç kaynağı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında, örneğin sebepsiz zenginleşmeden sonra düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

2. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurları, bir işin görülmesi, bu işin görülmesine dair bir yetkinin bulunmaması, işin iş sahibi menfaatine görülmemesi, iş görenin kast ya da ağır ihmal derecesinde kusuru bulunması (kötüniyet), hukuka aykırılık ve işin görülmesi ile elde edilen menfaat arasında nedensellik bağıdır.

- a. İş görme olumlu her türlü insan fiili olabilir.
- b. İşin iş gören veya üçüncü kişi menfaatine görülmesi ya da iş sahibinin yasaklamasına rağmen görülmesi gerekir.
- c. Doktrinde kötüniyet olarak ifade edilen husus, nitelikli bir kusurdur. Kast ve ağır ihmali kapsar. Bu sonuca varılırken yaptırımın özel ağırlığı, sorumluluk hukukunun temel prensipleri dikkate alınmıştır.
- d. Kusur arandığından tam ehliyetsizler menfaat devri yaptırımından sorumlu değildir.
- e. İş gören, yardımcı kişi kullanıyorsa ve bu kişi de kötüniyetli ise her ikisi de gerçek olmayan vekâletsiz iş gören sayılır ve menfaat devri talebi her ikisine de yöneltilebilir.
- f. İyiniyetli iş gören gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca sorumlu olur.
- g. Hukuka aykırılık gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için bir şarttır. Bunun sonucu olarak mutlak hak ihlalleri halinde bu şart doğrudan yerine gelirken, mutlak hak ihlalleri dışında malvarlığına müdahale söz konusu ise (salt

ekonomik zarar) aykırılık bağı kurulmuş olduğu takdirde ancak vekâletsiz iş görme meydana gelebilir. Yalın bir sözleşmeye aykırılık gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmez.

- h. İş görme ile elde edilen menfaat arasında mantıki nedensellik bağı aranır. Bu husus devredilecek menfaatin kapsamının belirlenmesinde de etkilidir.

3. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, iş görene menfaatin devri ve zararların tazmini borcu yükler.

- a. Şüphesiz iş görenin en önemli borcu menfaat devridir. Öyle ki iş sahibinin bunu talep etmesi, iş görenin karşı taleplerinin doğumu için bir şart olduğu gibi, taleplere miktar olarak da sınır teşkil eder.
- b. Menfaat devri yaptırımı zararın varlığından ve miktarından bağımsızdır. Kapsamının belirlenmesinde nedensellik bağı belirleyicidir. Ancak hukuka aykırı fiilden bağımsız olarak elde edilen menfaat kapsam dışındadır. Bunun dışında, ürünler ve faiz kapsama dâhildir. Devredilecek menfaat, elde edilen brüt menfaatten masrafların çıkartılması sonucu bulunacak net menfaattir. Bunun ispatı ise kural olarak iş sahibine yüklenmişse de, uygulama ve doktrin bu ağır ispat yükünü hafifletmektedir.
- c. Zararların tazmini, işin görülmesi sırasında özensiz davranılması sonucu gündeme gelebilir. İş gören bu zararların tazmininde her türlü ihmalden sorumludur.

4. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, iş görene masrafları talep etme hakkı verir. İş görenin diğer talepleri ise tartışmalıdır.

- a. İş görenin masraf talebinin doğumu, iş sahibinin bir menfaat elde etmiş olmasına bağlıdır ve söz konusu menfaat masraf talebinin üst sınırını oluşturur.

- b. İş görenin yapmış olduğu hangi masrafların ne şekilde talep edileceği TBK m. 530'dan anlaşılamamaktadır. Yapılan değerlendirme sonucu kötüniyetli haksız zilyedin masraf taleplerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilmiştir.
- c. İş görenin bir ücret talebi olduğu da kabul edilmelidir.
- d. İş görenin zararlarının tazmini hususunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu konuda varılan sonuç zararların tazmin edilmemesi gerektiği yönündedir. Zira kast veya ağır ihmali ile bir başkasının hukuk alanına menfaat elde etmek amacıyla müdahale eden kişinin, muhtemel zarar risklerini kendisinin taşıması yerinde görünmektedir.

5. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, zamanaşımı hususunda varılan kanaat, TBK m. 146'nın açık düzenlemesi karşısında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gereği yöneltilecek taleplerin 10 yıllık zamanaşımına tâbi olması gerektiği yönündedir.

6. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş sahibinin görülen işi, TBK m. 531 gereği "uygun bulması" mümkün olmalıdır. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır; yoksa tarafların arasında bir vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılmaz.

7. Menfaat devri yaptırımının hukuki niteliği incelendiğinde varılan sonuç, bu yaptırımın, bir tazminat, bir tazminat hesaplama biçimi ya da cezalandırıcı tazminat olmayıp, bir özel hukuk cezası olduğu yönündedir. Menfaat devri yaptırımı cezalandırma ve caydırma amacı güder.

8. Anglosakson hukukunda sözleşmenin ihlalinde istisnai durumlara özgü de olsa menfaat devri yaptırımı kabul edilmektedir. Bu konuda İngiliz hukukunda verilen *Blake* kararı yol göstericidir. Zira bir takım ilkeler ortaya koyar.

9. Türk hukukunda ise sözleşmenin ihlalinde menfaat devri yaptırımını, ihlal aynı zamanda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil etmedikçe talep edilemez.

10. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumu tamamlayıcı bir özellik taşımaktadır. Bu kurumu diğer talep temellerine dayanarak açıklayan görüşler isabetli görünmediğinden, bu kurumun bağımsız bir borç kaynağı teşkil ettiği kabul edilmelidir.

11. Talep temellerinin bir arada bulunması halinde ise;

- a. Sözleşme ve haksız fiil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yığılır.
- b. Sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yarışır.
- c. Kötüniyetli haksız zilyetlik hükümleri ise özel hüküm olduğu için, TMK m.995, TBK m.530'un uygulanmasını dışlar.
- d. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebi istihkak ve haksız el atmanın önlenmesi talepleri, taşınır davası ile yığılmaz, zira bu hallerde iade talebi TMK m.993'e dayandığından, menfaat devri talebi de TMK m.995'e dayanır.
- e. TMK m.722 ila 724, TMK m.729 ve TMK m.775'ten doğan talepler özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle anılan kurallar TBK m.530'un uygulanmasını dışlarlar.

12. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin temel uygulama alanları kısaca, kişilik hakkı ihlali, fikri ve sınai hak ihlali; haksız rekabet; rekabet yasağının ihlali; kötüniyetli haksız zilyedin iade borcu; kira hukuku ve adi ortaklık şeklinde sıralanabilir. Bu uygulama alanlarının özel düzenlemeleri genellikle sorunludur. Olması gereken hukuk bakımından, ilgili düzenlemelerde yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye yapılacak bir atfın yeterli olacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Aarons, Bernhard:** **Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio**, Schwerin 1860
- Acar, Faruk:** **Kira Hukuku Şerhi**, TBK m.299-312, İstanbul 2013
- Aeby, Kurt:** **Die Geschäftsführung ohne Auftrag zum schweizerischem Recht**, Zürich 1928
- Aitken, Lee J.W.:** **Negotiorum Gestio and the Common Law, A Jurisdictional Approach**, 11 **Sydney Law Review** (1988) s.566 vd.
- Akbıyık, Azra Arkan:** **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul 1999
- Akgündüz, Ahmet:** **İslam Hukukunda Ecrimisil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Tesirleri**, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, Y.1984, s.339 vd.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayınevi, İstanbul 2012 (*Borçlar*)
- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya:** **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku Cilt II**, İstanbul 2013 (*Medeni*)
- Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya:** **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış, Birinci Cilt, İstanbul 2012
- Akünel, Teoman:** **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977
- Akyol, Şener:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1995
- Akyol, Şener:** **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009 (*Temsil*)
- Antalya, O. Gökhan:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012
- Aral, Fahrettin:** **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010
- Arkan, Sabih:** **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013 (*Ticari İşletme*)
- Arkan, Sabih:** **Marka Hukuku**, Cilt. I, AÜHF Yayınları, Ankara 1997

- (Cilt.I)
- Arkan, Sabih:** **Marka Hukuku**, Cilt. II, AÜHF Yayınları, Ankara 1998
- (Cilt.II)
- Arsebük, Esat:** **Borçlar Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 1943
- Arslan, Mehmet:** **Radyo ve Televizyon Yayınlarında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009
- Arslanlı, Halil:** **Fikri Mülkiyet Dersleri**, C.II – Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954
- Ataay, Aytekin/ Sungurbey, İsmet:** **Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu**, 3. Bası, İstanbul 1968
- Atamer, Yeşim M. :** **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul 1996
- (Normun Koruma Amacı)
- Atamer, Yeşim M. :** **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005 (Cisg)
- Ayan, Mehmet:** **Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Konya 2010
- Aybay, Aydın:** **Borçlar Hukuku Dersleri: Genel Bölüm**, İstanbul 2011
- Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin:** **Eşya Hukuku**, İstanbul 2010
- Aydoğan, Fatih:** **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005
- Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan:** **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İzmir 2013
- Aydos, Oğuz Sadık:** “Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C.XVI, S.2, s.1-36
- Ayhan, Rıza:** **Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi**, Konya, 1990

- Ayiter, Nûşin:** **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara 1983
- Ayiter, Nûşin:** **Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları**, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1961 (*Elbirliği*)
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert:** **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, §§ 1-610, CISG, 3. Aufl, München 2012 (*Bamberger/ Roth/ Schubert*)
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert:** **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2, §§ 611-1296, AGG, ErbbauRG, WEG, 3. Aufl., München 2012 (*Bamberger/ Roth/ Gehrlein*)
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert:** **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 3, §§ 1297-2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB, 3. Aufl., München 2012 (*Bamberger/ Roth/ Spickhoff*)
- von Bar, Christian:** **Principles of European Law: Benevolent Intervention in Another's Affairs**, Sellier, Munich 2006 (*Benevolent*)
- von Bar, Christian:** **The Common European Law of Torts**, Vol.1, OUP, Oxford 1998 (*Torts*)
- von Bar, Christian:** **The Common European Law of Torts**, Vol.2, OUP, Oxford 2000 (*Damages*)
- von Bar, Christian/ Clive Eric:** **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition**, Vol.3, Vol.4, (*Vol.3, Vol.4*)
- von Bargen, Bendix:** **Beitrage zur Lehre von der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag**, Marburg 1932
- Barlas, Nami:** **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Baş, Ece:** **Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Baş, Ece:** "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yapıtırım Olması Sorunu", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan**, İzmir 2013 (*Aynen İfa*)
- Başbuğoğlu, Tarık:** **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu**, Ankara 1998

- Başbüyük, Özgür:** **Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Vekaletsiz İş Görme**, Ankara 2008 (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı – Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Başoğlu, Başak:** **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Başpınar, Veysel/
Gezder, Ümit/
Arıkan, Mustafa et al.:** **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan – 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**
- Başterzi, Süleyman:** **Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara 2009, s. 215-239
- Baygın, Cem:** **'Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu', Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul 2002
- Baysal, Başak Zeynep:** **Sözleşmenin Uyarlanması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009
- Beale, Hugh:** **"Damage for Poor Service", Law Quartley Review (LQR)**, vol. 112, 1996
- Beale, Hugh:** **"Damages", Chitty On Contracts, Volume I, General Principles**, General Ed. Hugh Beale, Sweet & Maxwell, London 2012
- Beatson, Jack:** **The Use and Abuse of Unjust Enrichment**, Clarendon Press, Oxford 1991
- Beatson, Jack/ Schrage, Eltjo:** **Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment**, Hart Publishing, Oxford 2003
- Becker, Hermann:** **Kommentar zum schweizersiche Zivilgezetsbuch**, Band VI: Obligationenrecht, I. Abt., 2. Aufl. Bern 1941; II. Abt. Bern 1934
- Behr, Volker:** **"Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently**

- Irreconcilable Concepts”, 78 **Chicago-Kent Law Review** 2003
- Beig, Daphne/ Graf-Schimek, Caroline/ Grubinger, Andrea/ Schacherreiter, Judith:** **Rom II-VO Neues Kollisionsrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse**, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008
- Belli, Bülent Doğan:** **Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk**, Yetkin, Ankara 2008
- Bergmann, Andreas:** **Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis**, Mohr Siebeck, Tübingen 2010
- Bermann, Gustav:** **Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Recht**, Zürich 1928
- Bernstein, Robert:** **Economic Loss, Volume 1-General Principles**, 3rd ed. Sweet&Maxwell, London 2013
- Beucher, Klaus J. / Sandage, John Byron:** “United States Punitive Damage Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement” 23 **Vanderbilt University, Journal of Transnational Law**, 1991
- Beuthien, Volker:** “Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag im bürgerlichrechtlichen Anspruchssystem”, **Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag**, 2000, s.125-136
- Beuthien, Volker/ Wasmann, Dirk:** “Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz – Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung” **GRUR** 1997, s.255-261
- Bilge, Necip:** **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971
- Bilgen, Mahmut:** **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009
- Birks, Peter:** **An Introduction to the Law of Restitution**, Oxford 1989
- Birks, Peter:** **Unjust Enrichment**, Oxford University Press, Oxford 2005 (*Enrichment*)
- Birks, Peter:** “Misnomer”, **Restitution – Past, Present and Future, Essays in Honour of Garreth Jones**, Eds. W. Cornish,

- Hart Publishing, Oxford 1998 (*Misnomer*)
- Birks, Peter:** "The Law of Restitution at the End of an Epoch" **University of Western Australia Law Review (UWAL)**, vol.28(1) (*UWAL*)
- Birks, Peter:** "Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment", **Texas Law Review**, 2001, vol.79 (*Texas LR*)
- Birsen, Kemaleddin:** **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul 1954
- Blatt, Richard L. / Hammesfahr, Robert W. / Nugent, Lori S. :** **Punitive Damages**, A State by State Guide to Law and Practice, St. Paul Minnesota 1991
- Bollenberger, Raimund:** Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch, **ZeUP 2000**, Heft 4, s.893 vd.
- Bonell, Micheal Joachim:** "Limitation Periods", **Towards a European Civil Code, Kluwer Law Edition**, Third Fully Revised and Expanded Edition, s.517 vd.
- Boston, Gerald W.:** **Punitive Damages in Tort Law**, PartI, Ch.1; Part I, Ch.2, 1993; Part III, Ch.31, 1993
- Borghetti, Jean Sebastien:** "Punitive Damage in France", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Bozbel, Savaş:** **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Bönschen, Sebastian:** **Geschäftsführung ohne Auftrag und Geschäftsanmassung im Mehrpersonenverhältnis**, Peter Lang, Frankfurt am Main 2006
- Brockmeier, Dirk:** **Punitive Damages, Multiple Damages und deutscher Ordre Public**, Tübingen 1999
- Bucher, Eugen:** **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich 1988 (*BT*)
- Bucher, Eugen:** **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich 1988 (*AT*)
- Bucher, Andreas:** **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz**, Basel 2009 (*Personen*)
- Bulut, Harun:** **Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırdan Kaynaklanan Hukuk**

- Davaları**, Beta Yayınları, İstanbul 2006
- Burrows, Andrew S.:** **The Law of Restitution**, Butterworth, London 1993
(*Restitution*)
- Burrows, Andrew S.:** **Remedies, Torts and Breach of Contract**, 3rd. Ed., Oxford 2004 (*Remedies*)
- Bussani, Mauro / Pamer, Vernon Valentine (eds.):** **Pure Economic Loss in Europe**, Cambridge 2003
- Bussani, Mauro/ Franz, Werro (eds.):** **European Private Law: A Handbook**, vol.I, Stämpfli, Bern 2009 (işleyen: Anne-Catherina Hahn)
- Bussy, André (çev. Gürsoy K.):** **İsviçre Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap)**, Ankara 1948
- von Büren, Bruno:** **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, Art. 184-551, Zürich 1972
- Bürgi-Wyss, Alexander Christoph:** **Der unechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht**, Schultess 2005
- Brand, Ronald A.:** "Punitive Damages and the Recognition of Judgements"
Netherland International Law Review (NILR) 1996
- Brooke, Sir Henry:** "A Brief Introduction – The Origins of Punitive Damages", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Brown, Denis:** **Ashburner's Principles of Equity**, Butterworth, London 1933
- Brückmann, Arthur:** **Die Rechte Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsbesorgung**, Jena 1903
- von Caemmerer, Ernst / Schlechtriem, Peter (işleyen: Stoljar Samuel Jacob)** **International Encyclopedia of Comparative Law**, Restitution/ Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio, Vol. X, 2007
- von Caemmerer, Ernst:** Bereicherung und unerlaubte Handlung, **Festschrift für Ernst Rabel**, Bd.I, Tübingen 1954
- Cain, Kevin G. :** "And Now the Rest of the Story: The McDonald's Coffee

- Lawsuit”, **Journal of Consumer and Commercial Law**, Vol.11, N.1, 2007
- Calabresi, Guido:** “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, 70 **Yale Law Journal** 499 (1961)
- Calabresi, Guido:** “About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”, **Hofstra Law Review** vol.8, Spring, s.553-562.
- Calabresi, Guido/ Melamed, Douglas:** “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, **Harvard Law Review**, vol.85, no.6, 1972
- Camcı, Ömer:** **Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1998
- Can, Ozan:** **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- Canaris, Claus Wilhelm:** “Gewinnabschopfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, **Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag**, Carl Heymans Verlag, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1999
- Cansel, Erol:** **Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı**, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1961
- Callmann, Rudolf:** “He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition”, **Harvard Law Review**, Nr.55, Y.194 s.595-614
- Carsey, Bob:** **The Case Against Punitive Damages: An Annotated Argumentative Outline**, 11 Forum 1976
- Carval, Suzanne:** **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**, LGDJ, Paris 1995.
- Cavico, Frank:** “Punitive Damages for Breach of a Contract – A Principled Approach”, **St. Mary’s Law Journal**, 1990, s.357 vd.
- Chappuis, Christine:** “Violation contractuelle et remise du gain”, **Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier, Zürich**, Geneva 2008 (*Mélanges*)

- Chappuis, Christine:** **La Restitution des profits illégitimes**, Helbing 1991
- Chitty, Joseph:** **Chitty on Contracts**, Volume I, General Principles, Sweet&Maxwell 2012
- Chrestin, Otto Heinrich:** **Unechte Geschäftsführung BGB § 687 Abs. 2**, Buckdruckei Felix, Schwerin 1931
- Cihan, Hulki:** **Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul 2011
- Coase, Ronald H.:** "The Problem of Social Cost", 3 **Journal of Law & Economics** 1 (1960)
- Coase, Ronald H.:** "The Nature of the Firm", **Economica, New Series**, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), s. 386 vd.
- Cohen, George M.:** "The Fault Lies in Contract Damages", **Virginia Law Review**, vol.80, 1994, s.1225 vd.
- Conaglen, Matthew:** **Fiduciary Loyalty**, Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties, Hart Publishing, Oxford 2010
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas:** **Law and Economics**, 5th Edition, Pearson Addison Wesley Publishing 2007
- Çamoğlu, Ersin:** **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu** (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Çamoğlu, Ersin:** "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı", **İktisat ve Maliye XVI/9** Aralık 1969, s.357-360
- Çetiner Bilgehan** Hapis Hakkı, İstanbul 2010
- Çınar, Ömer:** **Fikri Hukuk Açısından Eser Sahibinin Hakları ve Korunması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002
- Çolak, Uğur:** **Türk Marka Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012
- Dawson, John Philip:** **Negotiorum Gestio: The Alturistic Intermeddler**, Harvard Law Review, 71/1961, s.817-1073
- Dawson, John Philip:** **Unjust Enrichment – A Comparative Anaylsis**, Boston

- 1951 (*Unjust Enrichment*)
- Dawson, John Philip:** "Restitution Without Enrichment", **Boston University Law Review**, Vol.61, Nr.3, May 1981, s.563-621 (*Restitution*)
- Dawson, John Philip:** "Rewards for Rescue of Human Life?", XXth Century Comparative and Conflicts Law, **Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema**, 1961 (*Legal Essays*)
- Dawson, John Philip:** "The Self-Serving Intermeddler", **Harvard Law Review**, Vol. 87, Nr.7, May 1974, s.1409-1458 (*Intermeddler*)
- Däubler, Wolfgang:** "Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns – atypische Formen des Schadensersatzes", **JuS** (Juristische Schulung; Zeitschrift für Studium und Ausbildung) 1969, s. 49 vd.
- Deutsch, Erwin:** **Allgemeines Haftungsrecht**, Heymann, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1996
- Deutsch, Erwin:** "Die Zwecke des Haftungsrecht" **JZ** 1971, s.244-248 (*JZ* 1971)
- Dobbs, Dan B.:** **Law of Remedies**, St.Paul-Minn., 2. Ed. 1993
- Domaniç, Hayri:** **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul 1988
- Domaniç, Hayri:** **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler**, 3. Bası, İstanbul 1970 (*Şirketler*)
- Domaniç, Hayri/ Ulusoy, Erol:** **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Arıkan Kitabevi, İstanbul 2007
- Dorn, Horst:** **Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag**, Uni-Druck München 1960
- Dönmez, İrfan:** **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, Beta Yayınları, İstanbul 1992
- Dural, Mustafa:** 'Roma Hukukunda Akit Benzerleri' (Quasi Contractus) **İÜHFEM CXXXIII S.3-4 (Roma)**
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan:** **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper:** **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul 2013

- Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R.: "Contract and Fiduciary Duty", **The Journal of Law and Economics**, vol.XXXVI, April 1993, s.425 vd.
- Edelman, James: **Gain-Based Damages**, Hart Publishing, Oxford 2002
- Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1997
- Eisenberg, Melvin A.: "The Disgorgement Interest in Contract Law", **Michigan Law Review** vol.105, 2006-2007, s.559 vd.
- Ellis, Dorsey D.: "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", **Southern California Law Review** 1982-1983, S.56, s.1 vd.
- Enneccerus, Ludwig/ Lehmann, Heinrich: **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Band, 14. Abteilung** Tübingen 1954
- Erbay, İsmail: **Know-How Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002
- Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Ankara 2009
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2012
- Eren, Fikret: **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi**, Ankara 1975 (*İlliyet*)
- Eren, Fikret: **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011 (*Mülkiyet*)
- Eriş, Gönen: **Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt.I, 2. bası, Ankara 1992
- Erman, Walter/ Westermann, Harm Peter: **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bde., 9. Aufl., Münster 1993 (Erman/ Ehmann)**
- Erman, Walter/ Westermann, Harm Peter/ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg: **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 13. Aufl., Köln 2011 (Erman/ Dornis)**
- Ertabak Ünal: **Tek Satıcının Müşteri Tazminatı Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması**, Legal Yayınları, İstanbul 2011
- Ertaş, Şeref: "Deliktsrecht in der Türkei", **Deliktsrecht in Europa, Systematische Einführungen**, Gesetzestexte, Übersetzungen, Ed. Christian von Bar, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1993

- Esener, Turhan:** **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil,** Ankara 1961
- Esener, Turhan/ Güven, Kudret:** **Eşya Hukuku,** 3. Bası, Ankara 1996
- Fabre-Magnan, Muriel:** **Responsabilité civil et quasi contracts,** Presses Univ. de France Paris 2007
- Farnsworth, A. Allen:** **Contracts,** 2. Edition, Boston/Toronto 1990 (*Contracts*)
- Farnsworth, A. Allen:** "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract", **Yale Law Journal,** 1984-1985, vol. 94, s.1339-1392 (*Disgorgement*)
- Fentiman, Richard:** **Conflict of Laws,** New York University Press, New York 1996
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** **Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler,** Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969 (*Umumi*)
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** **Borçlar Hukuku,** Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980 (*Özel*)
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** **Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü,** İstanbul 1961 (*Zilyetlikte İade*)
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halil Arslanlı Anısına Armağan,** İstanbul 1978, s.407-443 (Armağan)
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas**
- Förster, Christian:** **Schuldrecht Besonderer Teil,** C.F. Müller, Tübingen 2012
- Franko, Nisim:** **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini,** Ankara 1973
- Franko, Nisim:** "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** C.XIII, 1985, S.1, s.13-64 (*Rekabet*)
- Freese, Hans:** **Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag,** Quakenbrück 1932
- Friedmann, Daniel:** "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a

- Wrong", **Columbia Law Review** 80/1980, s.504 vd.
- Friedrich, Hans Peter:** "Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR), insbesondere bei Annahme einer für einen Andern bestimmten Leistung", **ZSR**, N.F. 64 (1954), s.9-56
- Fröhlich, Claus Wilhelm:** **The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2008
- Gauch, Peter/ Schlupe, Walter** **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2003
- R./ Schmid, Jörg/ Rey, Heinz:** **Berner Kommentar**, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Verlag Stämpfli, Bern 1964
- Gautschi, Georg:** **Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke**, Helbing&Lichtenhanh, Basel 1990
- Geiser, Thomas:** **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- Genç, Arıdemir Arzu:** **The Law of Unjust Enrichment**, 8th Ed., Sweet&Maxwell, London 2011 (*Unjust Enrichment*)
- Goff, Robert G./ Jones, Garreth:** **The Law of Restitution**, 2nd Ed., Sweet&Maxwell, London 1978 (*Restitution*)
- Goff, Robert G./ Jones, Garreth:** **The Law of Restitution**, 5th Ed., Sweet&Maxwell, London 1998 (1998)
- Goff, Robert G./ Jones, Garreth:** **The Law of Restitution**, 6th Ed., Sweet&Maxwell, London 2002 (2002)
- Göktürk, Hüseyin Avni:** **Borçlar Hukuku**, II. Kısım Ankara 1951
- Gökyayla, Emre:** Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2012, s. 287-297
- Gökyayla, Cemile Demir:** **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**,

- 2.bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013
- Göthel, Stephen R.:** "Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert", **Archiv für die civilistische Praxis (AcP)** 2005, Vol.205, Nr.1
- Gönen, Doruk:** **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Koruması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Gönen, Coşku:** **Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Grabinski, Klaus:** "Gewinnherausgabe nach Patentverletzung zur gerichtlichen Praxisact Jahre nach dem 'Gemeinkostenanteil' Urteil des BGH, **GRUR** 2009, s.260 vd.
- Greenleaf, Simon:** **A Treatise on the Law of Evidence**, 16th Ed. 1899
- Grossfeld, Bernhard:** **Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrecht**, Frankfurt/ Berlin 1961
- Gursky, Karl Heinz:** 'Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag', **AcP** 185 (1985), 13
- Guhl, Theo/ Merz, Hans / Kummer, Max:** **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 8. Auflage, Zürich 1991 (*Guhl/ Merz/ Koller, Guhl/ Merz/ Druey*)
(işleyenler: Koller Alfred/ Druey Jean Nicolas)
- Guhl, Theo:** **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, Zürich 2000 (*Guhl/ Koller, Guhl/ Schnyder, Guhl/ Druey*)
(işleyenler: Koller Alfred/ Druey Jean Nicolas)
- Gümüş, Alper:** **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, İstanbul 2013 (C.I)
- Gümüş, Alper:** **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, İstanbul 2012 (C.II)
- Gümüş, Alper:** **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, (TBK m.299-356), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (*Kira*)
- Güneş, İlhami:** **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet**

- Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009
- Gürsoy, Kemal Tahir:** “Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1974, C.31, S.1-4
- Güven, Şirin:** **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- Güverçin, Sezgin:** **Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme**, Ankara 2007 (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı – Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Hader, Tobias:** **Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen**, Peter Lang, Frankfurt am Main 2006
- Hagenbüchli, Hermann Alfred:** **Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag und ihre Voraussetzungen**, Zürich 1926
- Hartkamp, Arthur S.:** “Principles of Contract Law”, **Towards a European Civil Code, Kluwer Law Edition**, Third Fully Revised and Expanded Edition, s.125 vd.
- Hartkamp, Arthur S./ Tillema, Marianne M.M.:** **Contract Law in Netherlands**, Kluwer Law International, The Hague/ London/ Boston 1995
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir:** **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992 (*Borçlar Özel*)
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir:** **Eşya Hukuku**, İstanbul 1987 (*Eşya*)
- Hatemi, Hüseyin:** **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1999 (*Borçlar Özel*)
- Hatemi, Hüseyin:** “Türk Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişki Düşünceler”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2010 (*Armağan*)
- Hatemi, Hüseyin:** “Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç

- Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara 2006, s. 223 vd. (*Tasarı*)
- Hatemi, Hüseyin:** **Kişiler Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992 (*Kişiler*)
- Hauser, Marc Thomas:** “Vertragswidrige Untervermietung”, *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)* 1982, s.265 vd.
- Helvacı, Serap:** **Gerçek Kişiler**, Legal Kitapevi, İstanbul 2012 (*Kişiler*)
- Hofstetter, Josef:** **Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag in: Schweizerisches Privatrecht**, Band VII/6, Basel-Genf-München 2000
- Hofstetter, Josef:** “Gewinnherausgabe und Aufwendungsersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag”, **ZBJV** 100/1964, s.221 vd. (*Gewinnherausgabe*)
- Hogg, Martin:** **Promises and Contract Law**, Cambridge University Press 2011
- Holmes, Oliver Wendell:** **The Common Law**, Newyork 1881 (*Common Law*)
- Holmes, Oliver Wendell:** “The Path of the Law”, **Harvard Law Review** vol.10 1897
- Homberger, Arthur:** Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 2. Auflage, Zürich 1938
- Honsell, Heinrich:** **Schweizerische Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bern 2003
- Honsell, Heinrich:** **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zürich 1995 (*Haftpflichtrecht*)
- Honsell, Heinrich:** “100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht”, **ZSR** 2011/II (*ZSR*)
- Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang:** **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht**, Basel 2011
- Holenstein, Patrizia:** **Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag**, Zürich 1983
- Huber, Peter:** **Rome II Regulation, Pocket Commentary**, München

- 2011, Sellier
- Huguenin, Claire / Hilty, Reto M. (işleyenler: Chappuis Christine / Werra Jacques de):** **Schweizer Obligationenrecht 2020** – Entwurf für neuen Allgemeiner Teil, Art. 69-72, <http://or2020.ch>, 20.11.2013
- Huguenin, Claire / Hilty, Reto M. (işleyenler: Thouvenin Florent/ Purtschert Tina):** **Schweizer Obligationenrecht 2020** – Entwurf für neuen Allgemeiner Teil, Art. 148-162, <http://or2020.ch>, 20.03.2014
- Huguenin, Claire/ Müller-Chen, Markus/ Girsberger, Daniel:** **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, 2012.**
Art.419-424 OR: Huguenin Claire/ Jenny Reto M.
- Huguenin, Claire:** **Obligationenrecht Besondererteil, 3. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2012**
- Inderkum, Matthias:** **Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich 2008**
- Isay, Hermann:** **Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900**
- Isay, Hermann:** **Kommentar zum deutschen Patentrecht, 5. Auflage, Berlin 1931 (Patentrecht)**
- İmre, Zahit:** **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, Akgün Matbaası İstanbul 1949**
- İmregün, Oğuz:** **Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005**
- İmregün, Oğuz:** **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004 (İlkeler)**
- İnceoğlu, Mehmet Murat:** **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009 (Temsil)**
- İnceoğlu, Mehmet Murat:** **“Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2013, C.9, S.103-104, s.52-88 (Ayıba Karşı Tekeffül)**
- İnceoğlu, Mehmet Murat:** **Kira Hukuku, Cilt I-II On İki Levha, İstanbul 2014 (C.I), (C.II)**

- İnceoğlu, Mehmet Murat:** “Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, cilt XXIV, S.4, s.77-121 (*Manevi Tazminat*)
- İnceoğlu, Mehmet Murat/
Tosun, Yalçın:** “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Eylül 2012, cilt XXVIII, S.3, s.75-113
- İnceoğlu, Mehmet Murat/
Başoğlu, Başak:** “Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C.II, İstanbul 2010
- Ingram, John Dwight:** “Punitive Damages Should be Abolished”, 17 **The Capital University Law Review** 1988
- İpek, Nurcan:** **Roma Hukukunda Vekâletsiz İş Görme** (Negotiorum Gestio), *Argumentum*, C.I, S.11, 1991, s.168-171
- İşgüzar, Hasan:** **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara 1989
- Jackman, I.M.:** “Restitution for Wrongs” **Cambridge Law Journal**, 48/1989, s.302 vd.
- Jaffey, Peter:** **The Nature and Scope of Restitution, Vitiated Transfers, Imputed Contracts and Disgorgement**, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2000
- Jansen, Nils/
Rademacher, Lukas:** “Punitive Damages in Germany”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Jones, Gareth:** “The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract”, **Law Quartley Review** vol.99, 1983, s.443 vd.
- Kaplan, İbrahim:** **Borçlar Hukuku Dersleri-Genel Bölüm**, Ankara 2001
- Karacabey, Ömer Faruk:** “Hakların Yarışması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 1980, S.6
- Karahan, Sami:** **Şirketler Hukuku**, Güncellenmiş İkinci Baskı, Mimoza Basımevi, İstanbul 2013 (*Karahan/İşleyen*)
- Karahan, Sami/ Suluk, Cahit/
Saraç, Tahir/ Nal, Temel:** **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

- Karahasan, Mustafa Reşit:** **Türk Borçlar Hukuku**, Özel Borç İlişkileri, C.V, İstanbul 2004
- Karahasan, Mustafa Reşit:** **Yeni Türk Medeni Kanunu – Eşya Hukuku**, Cilt.2, İstanbul 2002 (*Eşya*)
- Karahasan, Mustafa Reşit:** **Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, Manevi Tazminat**, Beta Yayınları, İstanbul 1996 (*Tazminat*)
- Karayalçın, Yaşar:** “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1962, C.19, S. 1-4, s.251-275.
- Kaser, Max/ Knütel, Rolf:** **Römisches Privatrecht**, Verlag C.H. Beck, München 2005
- Kaya, Arslan:** **Marka Hukuku**, Arıkan, İstanbul 2006
- Keller, Alfred:** **Haftpflichtrecht**, Zürich 1985
- Keller, Alfred:** “Deliktsrecht in Schweiz”, **Deliktsrecht in Europa, Systematische Einführungen**, Gesetzestexte, Übersetzungen, Christian von Bar, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1993 (*Deliktsrecht*)
- Keller, Eduard L.:** **Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeberechtigten nach Art. 938 ff. ZGB**, Zürich 1940
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Ankara 2011
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** **Şeref, Haysiyet Ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013 (*Basın*)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** “Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul s.193-200. (*Kazancın İadesi*)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013 (*Fikri Haklar*)
- Kılıçoğlu, Mustafa:** **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, Adil Yayınevi, Ankara 2008 (*Hesap*)
- Kılıçoğlu, Mustafa:** **Sorumluluk Hukuku**, Cilt I-Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002 (*Sorumluluk*)

- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** **Tazminat Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006
(*Tazminat*)
- Kırca, Çiğdem:** **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, Ankara 2004
- Kırca, Çiğdem:** “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, C. XXV, 1999, S. 3, s. 243 – 268 (*Manevi Tazminat*)
- Kırca, İsmail/ Şehriali, Çelik, Feyzan Hayal/ Managvat, Çağlar:** **Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, Ankara 2013
- Klumpp, Steffen:** **Die Privatstrafe Eine Untersuchung privater Strafzwecke: Zivilrechtlicher Schutz vor Zwangskommerzialisierung**, Berlin 2002
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme İstanbul 2008
(*Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı*)
- Koch, Bernhard A.:** “Punitive Damages in European Law”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Koç, Nevzat:** “Kötüniyetli Zilyedin İade Borç ve Hakları”, **Ernst. E. Hirsch’in Hatırasına Armağan**, Ankara 1986
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz/ Erişgin, Özlem:** “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C.II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.1243-1272
- Koschaker, Paul/ Ayiter, Kudret:** **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1993
- König, Detlef:** “Gewinnhaftung”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer**, Mohr Siebeck, Tübingen 1978
- Köllner, Friedrich O.:** **Die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum**, Göttingen 1856
- Kötz, Hein:** “Geschäftsführung ohne Auftrag aus rechtsökonomischer

- Sicht", *Festschrift für Bernhard Grossfeld* 1999, s.583 vd.
- Kramer, Ernst A.: *Juristische Methodenlehre*, Stämpfli, Bern 2010
- Kreis, Hildegard: **Art. 423 OR Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsführers**, Diss. Basel 1928
- Kronman, Anthony T.: "Specific Performance", *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1-1-1978
- Kuntalp, Erden/ Barlas, Nami/
Ayanoglu, Morali Ahu/
Çavuşoglu, Işintan Pelin/ İpek,
Mehtap/ Yaşar, Mert/ Koç,
Sedef:
Kuru, Baki/ Yılmaz, Ejder/
Arslan, Ramazan:
Kutay, İlhan:
Kutlu, Sungurbey Ayfer:
Landes, William M./
Posner, Richard A.:
Lange, Hermann / Schiemann,
Gottfried:
Larenz, Karl:
Larenz, Karl:
Larenz, Karl:
Larenz, Karl/
Canaris, Claus-
Wilhelm:
Lee, Robert Warden:
Lent, Friedrich:
- Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler,
İstanbul 2005
- Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2012
- "Çözülmemiş Bir Sorun, Haksız İşgal Tazminatı –
Ecrimisil" *Ankara Barosu Dergisi*, S.5, Y.1976, s.855-869.
- Yetkisiz Temsil**, İstanbul 1988
- Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers,
An Economic Study of Law and Altruism**, 7. L. Leg. Stud.
(1978) 83.
- Schadenersatz**, Mohr, Tübingen 2003
- Lehrbuch des Schuldrechts**, Band I Allgemeiner Teil,
München 1987 (*Bd.I*)
- Lehrbuch des Schuldrechts**, Band II, Halbband I,
Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986
- Methodenlehre der Wissenschaftsrecht**, 6. neu
bearbeitete Auflage, Springer, Berlin/ Heidelberg/
Newyork 1991 (*Methodenlehre*)
- Lehrbuch des Schuldrechts**, Band II, Halbband II,
Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994
- The Elements of Roman Law**, 4th ed., London 1997
- Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung**,

- Leipzig 1938
- Lenz, Christian:** **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Schultess, Zürich 1992
- Leonhard, Franz:** **Das Schuldrecht des BGB**, Band II: Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931
- Lischer, Ulrich:** **Die Geschäftsführung ohne Auftrag in schweizerischen Recht**, Reihe A, Band 20, Basel 1990
- Long, John D.:** "Punitive Damages: An Unsettled Doctrine", **Drake Law Review**, S.25, 1975-1976, s.870 vd.
- Loyal, Florian:** **Die entgeltliche Geschäftsführung ohne Auftrag**, Mohr Siebeck, Tübingen 2011
- Maag, Andreas:** "Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von Art. 423 OR? (Praxisänderung)", **Mietrecht Aktuell (MRA)** 2000, S.2, s.292-299
- MacNeil, Ian R.:** "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky" (1982) 68 **Virginia Law Review** 947 vd.
- Mak, Vanessa:** "Specific Performance in English Consumer Sales Law", **Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives**, Jan Smiths/ Daniel Haas/ Geerte Hesens (eds.) 2008
- Markesinis, Basileios:** **The German Law of Obligations: Vol II The Law of Torts: A Comparative Introduction**, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford 1997
- Di Marzo, Salvatore (çev. Umur Ziya):** **Roma Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İkinci Bası, İstanbul 1959
- McCamus, John D.:** "Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Vol.36, 2003, s.943 vd.
- McInnes, Mitchell:** "Gain-Based Relief for Breach of Contract: Attorney General v. Blake", **Canadian Business Law Journal**, vol.35, 2001, s.72 vd. (*Blake*)
- McInnes, Mitchell:** "Restitutionary Damages for Breach of Contract: Bank of

- America Canada v. Mutual Trust Co.", **Canadian Business Law Journal**, vol.37, 2002, s.125 vd. (*Bank of America*)
- McMeel, Gerard:** **The Modern Law of Restitution**, Blackstone Press, London 2000
- Medicus, Dieter:** **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, 5. neu bearbeitete Auflage, Beck Verlag, München 2007
- Meier-Hayoz, Arthur:** **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Einleitung (Art.1-10 ZGB), Bern 1962
- Meran, Necati:** **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Merhacı, Özden Selin:** **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat** (Punitive Damage), Yetkin Yayınevi, Ankara 2013
- Mertens, Hans Joachim:** **Der Begriff des Vermögensschaden im Bürgerlichen Recht**, Stuttgart 1967
- Miceli, Thomas J.:** **The Economic Approach to Law**, Stanford University Press, California 2004
- Moher, Brian M.P. :** "Waiver of Torts as a New Cause of Action", published in **Product Liability**, by International Law Office, Canada, 2006
- Mohr, Jochen:** "Grundlagen des Schadenersatzrechts", **Juristische Ausbildung (JURA)** vol.32 no.3, 2010 s.168 vd.
- Moser, Rudolf:** **Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag**, Art. 423 OR., Zürich 1940
- Möller, Rheinhard:** **Das Präventionsprinzip des Schadensrechts**, Berlin 2006
- Mörsdorf-Schulter, Juliana:** **Funktion und Dogmatik US-amerikanischer Punitive Damages**, Mohr-Siebeck, Tübingen 1999
- Mörsdorf-Schulter, Juliana:** "Strafschadenersatz – eine deutsche Hassliebe?" Neue

- Munkman, John H.:** **Juristische Wochenschrift (NJW) 2006 (NJW)**
The Law of Quasi-Contracts, London 1950
- Müller, Barbara/ Oertli, Reinhard:** **Urheberrechtsgesetz (URG) Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit Ausblick auf EU-Recht**, deutsches Recht und Staatsverträge, Bern 2006
- Müller, Harald:** **Der Fremdegeschäftsführungswille**, Mannheim 1980
- Müller, Peter:** **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**, Berlin 2000 (*Punitive*)
- Münchener Kommentar** **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd.1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240 BGB) 3. Aufl. München 1993; (*MünchKomm/ İşleyen*)
- Münchener Kommentar** **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd.2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432 BGB), 3. Aufl. München 1994 (*MünchKomm/ İşleyen*)
- Münchener Kommentar** **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd.3, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 652-853 BGB), 2. Aufl. München 1986 (*MünchKomm/ Seiler*)
- Münchener Kommentar** **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd.11, Internationales Privatrecht Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2010 (*MünchKomm/ Junker*)
- Nietlispach, Markus:** **Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht**, Bern 1994
- Nomer, Haluk Nâmi:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2012
- Nomer, Haluk Nâmi:** **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul 1996 (*Tazminat*)
- Nomer, Haluk Nâmi:** "Karar İnceleme-506 Sayılı SSK m.10'a göre İşverene Açılan Rücu Davaları Hangi Zamanaşımına Tabidir?" **Çimento İşveren Dergisi**, s.28 vd. <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/kik984.pdf> (*Karar İnceleme*)

- Nolan, Richard:** “Remedies for Breach of Contract: Specific Performance and Restitution”, Francis D. Rose Ed., **Failure of Contracts: Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences**, Hart Publishing, Oxford 1997
- Oertmann, Paul:** **Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen**, Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1928
- Oftinger, Karl:** **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bd. 4 Sachenrecht, Zürich 1981
- Oftinger, Karl:** **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bd.I, Zürich 1975 (*Haftpflichtrecht*)
- Oftinger, Karl/ Stark, Emil:** **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bd.I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995
- Oğuz, Arzu:** **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara 2003
- Oğuz, Habip:** **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010
- Oğuzman, Kemal M.:** “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1998, s.7-53
- Oğuzman, Kemal M./ Barlas, Nami:** **Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar**, Temel Kavramlar, İstanbul 2013
- Oğuzman, Kemal M. / Öz, Turgut:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I-II, Vedat Kitapevi, İstanbul 2013
- Oğuzman, Kemal M./ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe:** **Eşya Hukuku**, İstanbul 2012
- Oğuzman, Kemal M./ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe:** **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2009 (*Kişiler*)
- Olgaç Senai:** **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kararlar**, C.II, Ankara 1969
- Ongun, Coşkun:** **Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku**, Legal, İstanbul

- 2010
- Oruç, Murat:** **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, On İki Levha** Yayıncılık, İstanbul 2009
- Oser, Hugo/ Schönerberger, Wilhelm:** **Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht,** Zürich 1956
- Owen, David G.:** "Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", **Villanova Law Review** 1994, S. 39, s.363 vd.
- Owen, David G.:** "Punitive Damages in Products Liability Litigation", **Michigan Law Review**, Vol.74, 1976, s.1257 vd. (*Products Liability*)
- Öğüz, Tufan:** **Know-How Sözleşmesi,** Filiz Kitabevi, İstanbul 2001
- Ökçün, Ahmet Gündüz:** **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni,** Ankara 1967
- Örs, Fahri Halil:** **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi,** Ankara 1958
- Öz, Turgut:** **Uygulama ve Öğretide Sebepsiz Zenginleşme,** İstanbul 1990
- Öz, Turgut:** **Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler,** Vedat Yayınevi, İstanbul 2011 (*Yenilikler*)
- Özçelik, S. Barış:** "Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi", **Ankara Barosu Dergisi,** 2009, Y.67, S.2, s.20-28
- Özdemir, Gökçe H.:** **Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio),** Seçkin Yayınevi, Ankara 2001
- Özdemir, Semih Sırrı:** **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar,** Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013 (*Haksız Rekabet*)
- Özel, Sibel:** **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması,** Ankara 2004
- Öztan, Bilge:** **Medeni Hukukun Temel Kavramları,** Ankara 2012
- Öztan, Fırat:** **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,** Turhan Kitabevi, Ankara 2008 (*Fikir*)

- Palandt, Otto:** **Bürgerliches Gesetzbuch**, Beck Verlag, München 2014
(*Palandt/İşleyen*)
- Palandt, Otto:** **Bürgerliches Gesetzbuch**, Beck Verlag, München 2010
(*Palandt/ Thorn*)
- Palmer, George E.:** **The Law of Restitution**, Boston/ Toronto/ London 1990.
- Partsch, Karl Joseph:** **Studien zur Negotiorum Gestio**, Herdelberg 1913
- Peterson, Mark/ Sarma, Syam/ Shanley, Micheal:** **Punitive Damages, Empirical Findings**, Santa Monica 1987
- Piantino, Yves P.:** "Switzerland's Treatment of U.S. Money Judgements"
American Journal of Comparative Law, vol. 46, 1998
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal:** "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1998, s.333-345
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin:** **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, Güncelleştirilmiş 12. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi:** **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Posner, Richard A.:** **Economic Analysis of Law**, 8th Ed., Wolters Kluwer, Newyork 2011
- Posner, Richard A.:** **Economic Analysis of Law**, 5th Ed., Wolters Kluwer, Newyork 1998 (*5th Ed., 1998*)
- Posner, Richard A.:** **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard University Press 2003 (*Pragmatism*)
- Posner, Richard A./ Parisi, Francesco (eds):** **Economic Foundations of Private Law**, Cheltenham UK/ Northampton USA 2003
- Postacıoğlu, İlhan:** "Suiniyet Sahibi Zilyetlerin Ecrimisille Mükellef Olup Olmadığı", **İÜHFİM**, Y. 1951, S.1-2, s.414 vd.
- Potter, Harold/ Kiralfy, Albert K.:** Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions, Sweet&Maxwell 1962
- Protokolle der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gezetsbuch**, im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles/ Gebhard/ Spahn, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Abschnitt

- II, Titel 2-20, Abschnitte II, IV) Berlin1989
- Pulaşlı, Hasan:** **Şirketler Hukuku Temel Esaslar**, Karahan Kitabevi, Adana 2011
- Pulaşlı, Hasan:** **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012 (*Esaslar*)
- Püsküllüoğlu, Ali:** **Türkçe Sözlük**, Arkadaş Yayınevi, Ankara 2012
- Prosser, William Llyod/ Keenton, W. Page/ Dobbs, Dan B./ Keeton, Robert E. / Owen, David G. :** **Handbook of the Law of Torts**, 5. Aufl., St. Paul Minnesota 1984 (*Prosser/ Keeton*)
- Rado, Türkan:** **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1997
- Ranieri, Filippo:** **Europäisches Obligationenrecht**, 3. vollst. überarbeitete Auflage, Springer, Wien/ Newyork 2009
- Reichard, Ingo:** 'Negotium alienum und ungerechtfertigte Bereicherung, Zur Entbehrlichkeit des § 687 Abs. 2 BGB', **AcP** 193, 1993, s.567-602
- Reimer, Eduard:** **Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht**, 3. Aufl., Köln/ Berlin, 1954
- Reisoğlu, Safa:** **Türk Eşya Hukuku**, Ankara 1984 (*Eşya*)
- Reisoğlu, Safa:** "Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2008 (*Basın*)
- Reisoğlu, Seza:** **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961
- Rey, Heinz:** **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich 1995
- Riklin, Franz:** **Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischem Privatrecht**, Freiburg 1968
- Roberts, L. Caprice:** "A Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract", **Washington & Lee**

- Rudolph, Roger:** **Law Review**, vol.65, 2008, s.945 vd.
- Rudolph, Roger:** **Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich 2002 (Herausgeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/ Urs Bertschinger/ Peter Breitschmid/ Ivo Schwander)
- Rusch, Konrad:** **Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten**, Mohr Siebeck, Tübingen 2003
- Rustad, Micheal L.:** "The Closing of Punitive Damages' Iron Cage" **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol.28, 2004-2005
- Rustad, Micheal L. / Koenig, Thomas:** **Punitive Damages in Products Liability: An Empirical Study of the Last Quarter Century of Verdicts**, Boston 1991
- Sales, James B./ Cole, Kenneth B.:** **Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins**, 37 Vand. Law Review 1084, s.1117 vd.
- Sanlı, Kerem Cem:** **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul 2007
- Sanlı, Kerem Cem:** "Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi?", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXX, S.3 (*Etkin İhlal*)
- Sarı, Suat:** **Alıkoyma Hakkı**, İstanbul 1997
- Saymen, Ferit H.:** **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940
- Schäfer, Hans Bernard/ Ott, Claus:** **The Economic Analysis of Civil Law**, Edward Elgar Publishing Co., Ohio 1996
- Schäfer, Hans Bernard/ Ott, Claus:** **The Economic Analysis of Civil Law**, Edward Elgar Publishing Co. 2004 (2004)
- Schäfer, Hans Bernard/ Ott, Claus:** **Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts**, 5. Auflage, Springer 2012 (*Lehrbuch*)
- Schaufelberger, Peter:** **Bereicherung durch unerlaubte Handlung**, Schultess, Zürich 1981
- Sheehan, Duncan:** "Negotiorum gestio: a Civilian Concept in the Common Law?", **International and Comparative Law Quarterly**,

- 2006, s.253 vd.
- Schlechtriem, Peter:** "Privacy, Publicity and Restitutiton of Wrongful Gains: Another New Economy", **Oxford University Comparative Law Forum**, 2001.
(<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem.shtml>)
(*Wrongful Gains*)
- Schlechtriem, Peter / Schwenger, Ingeborg / Müller-Chen, Markus:** **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG**, Schlechtriem/ Schwenger (Eds.), 4th ed., 2004
- Schlueter, Linda L.:** **Punitive Damages**, 6th Edition, Volume 1-2, New Jersey 2010 (*Vol.1/ Vol 2*)
- Schlobach, Klaus:** **Das Präventionprinzip im Recht des Schadenersatzes**, Baden Baden 2003
- Schmid, Jörg:** **Die Geschäftsführung ohne Auftrag**, Freiburg Schweiz 1992 (*GoA*)
- Schmid, Jörg:** **Einleitungsartikel Des ZGB und Personenrecht**, Zürich 2001 (*ZGB*)
- Schmid, Jörg:** "Fragen zur eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag", **ZBJV** 131, 1995, s.261-280 (*ZBJV*)
- Schmid, Jörg:** "Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete, Besprechung von BGE 126 III 69 ff.", **Recht 2000**, s. 205 vd. (*Recht 2000*)
- Schmid, Jörg/ Gauch, Peter:** **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR
- Schmid, Jörg/ Stöckli, Hubert:** **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Schultess 2010
- Schmidt, Rolf:** **Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnisse**, 3. Aufl., Bremen 2005
- Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard:** **Historisch-kritischer Kommetar Zum BGB**, Vol.II, Tübingen 2007
- Schneider, Albert/ Fick,** **Commentaire du Code Federal Des Obligations – I,**

- Heinrich:** adaptation on française de la 4e éd. Allemande par Porret Max E., Neuchâtel 1915
- Schneider, Hermann:** **Die Haftung bei verschuldeten und unverschuldeten Verletzungen von Immaterialgüterrechten im schweizerischen und deutschen Recht**, Diss. Basel 1962
- Schrage, Eltjo:** “Geschäftsführung ohne Auftrag und der gute Samariter”, **Liber Amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag**, Ed. Matthias Armgardt/ Fabian Klinck/ Ingo Reichard, Duncker&Humbolt, Berlin 2013, s.309 vd.
- Schürmann, Leo:** **Medienrecht**, Stämpfli, Bern 1985
- Schwartz, Alan:** “The Case for Specific Performance”, **The Yale Law Journal**, Vol.89:271, 1979, Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/Francesco Parisi (eds), 2003
- Schwenzer, Ingeborg:** **Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Bern 2009 (OR)
- Schwenzer, Ingeborg/ Hachem, Pascal/ Kee, Christopher:** **Global Sales and Contract Law**, OUP 2011 (*Global Sales*)
- Schwenzer, Ingeborg/ Hachem, Pascal:** **The Scope of the CISG Provisions on Damages**, (Ed. Djakhongir Saidov/Ralph Cunnington (eds.), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Oxford 2008 (*The Scope of Damages*))
- Scott, Austin W.:** “The Fiduciary Principle”, **California Law Review** vol.37, no.4, 1949 s.539
- Sealy, Leonard S.:** “Fiduciary Relationship”, **Cambridge Law Journal**, vol.69, 1962, s.69 vd.
- Sebok, Anthony J.:** “Punitive Damages in the United States”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Sedgwick, Theodore:** **A Treatise on the Measures of Damages**, 9th Ed. 1912
- Seiler, Hans Hermann:** **Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht**, Hamburger Habil., Köln/ Graz 1968

- Serdar, İlnur:** **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999
- Serozan, Rona:** **Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapevi**, İstanbul 2013 (*Genel Bölüm*) (*Kişiler Hukuku*)
- Serozan, Rona:** **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul 2009 (*Haksız Zenginleşme*)
- Hatemi/ Serozan/ Arpacı)**
- Serozan, Rona:** **Eşya Hukuku I**, İstanbul 2014 (*Eşya*)
- Serozan, Rona:** "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım" **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1998, s.67-101 (*Armağan*)
- Serozan, Rona:** "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", **MHAD 1977**, S.14, s.93 vd. (*Kişilik Hakkı*)
- Serozan, Rona:** "Manevi Tazminat", **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul Üniversitesi, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990
- Serozan, Rona:** "Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung", **Die Verantwortlichkeit im Recht, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche**, Zürich/Bern 1981, s.447-495 (*Tendenzen*)
- Sevig, Vasfi Raşit:** **Romanın Hususî Hukukunun Institution'ları, Sistem ve Tarihçe**, Receb Ulusoğlu Basımevi, Ankara 1937
- Shavell, Steven:** **Foundations of Economic Analysis of Law**, Cambridge 2004 (*Foundations*)
- Shavell, Steven:** "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", **Texas Law Review**, Vol. 84, Number 4, March 2006, (*Specific Performance*)
- Shavell, Steven:** "Damage Measures for Breach of Contract", **The Bell Journal of Economics** 1980, Vol.11 (*Damage Measures*)
- Shavell, Steven/ Polinsky, Mitchell:** "Punitive Damages: An Economic Analysis", **Harvard Law Review**, Vol.111, 1998, s.869-962
- Sırabaşı, Volkan:** **İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik**

- Haklarına Tecavüz (İnternet Rejimi)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2003
- Siems, Mathias:** "Disgorgement of Profits for Breach of Contract", **The Edinburgh Law Review**, Vol.7, 2003, s.27-59
- Sippel, Harald:** **Geschäftsführung ohne Auftrag und die Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsbeziehungen mit Geschäftsbesorgungscharakter**, Duncker & Humbolt, Berlin 2003
- Sirmen, A. Lâle:** **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013
- Smith, Lionel D.:** "The Province of the Law of Restitution", **Canadian Bar Review**, vol.71, 1992
- Smith, Lionel D.:** "Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and 'Efficient Breach'", **Canadian Business Law Journal** vol. 24, 1994-1995, s.121 vd. (*Disgorgement*)
- Soyer, Polat:** **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994
- Staub, Hermann:** **Handelsgesetzbuch Grosskommentar**, Bd.I, Einleitung 1-104, Berlin/ Newyork 1995
- Suluk, Cahit:** **Tasarım Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003
- Suluk, Cahit:** "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tescilli Tasarımları Koruma Şartları" **FMR**, Cilt.1, Sayı.2, s.40 vd.
- Sungurbey, İsmet:** **Medeni Kanun Ön Tasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972 (*Eleştiri*)
- Sungurbey, İsmet:** "Kazandırıcı Yıllanma ve Kullanma Karşılığı", **Medeni Hukuk Eleştirileri C.I**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s.83 vd. (*Kullanma Karşılığı*)
- Sungurbey, İsmet:** **Medeni Hukuk Eleştirileri C.II**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970 (*C.II*)
- Sungurbey, İsmet:** "Ticaret Ünvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi Davaları", **Medeni Hukuk Sorunları Cilt 5**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984 (*Ticaret Ünvanı*)
- Suter, Richard:** **Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach**

- Schweizerischem Obligationenrecht**, Bern 1933
- Spier, Jaap (ed.):** **The Limits of Expanding Liability**, Kluwer Law International 1998
- Spitz, Philippe:** “Überlegungen zum Entgangenen Gewinn und zur Gewinnherausgabe im Bereich des gewerblichen Rechtsschutz“ www.sic-online.ch, s.795 vd.
- Stark, Emil W.:** **Berner Kommentar Band IV**, 3. Abteilung, 1. Teilband, Bern 1984
- Staub, Hermann:** **Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, 14. Aufl. Berlin 1932
- von Staudinger, Julius:** **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht §§ 985-1011**, Berlin 2013 (*Staudinger/ Gursky*)
- von Staudinger, Julius:** **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 657-704**, Berlin 2006 (*Staudinger/ Bergmann*)
- von Staudinger, Julius:** **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-704**, Berlin 1995 (*Staudinger/ Wittmann*)
- von Staudinger, Julius:** **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Band, 3. Teil, §§ 611-704**, Berlin 1958 (*Staudinger/ Nipperdey*)
- Stoljar, Samuel Jacob:** **The Law of Quasi-Contract**, 2.Edition, Sydney 1989 (*Quasi-Contract*)
- Stoll, Hans:** “Penal Purposes in the Law of Tort”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol.18, 1970, S.3, s.3 vd
- Ströbele, Paul/ Hacker, Franz:** **Markengesetz Kommentar**, 9. Aufl., Köln 2009
- SVIT Kommentar** **Das Schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Aufl.,

- Zürich, Basel, Genf 2008
- Swiss – American Chamber of Commerce** Swiss – American Chamber of Commerce, **Swiss Cofe of Obligations**, Volume I, Contract Law, Articles 1 – 551, English Translation of the Official Text, Zürich 2002.
- Swoboda, Ernst:** **Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag**, versio in rem, Wien und Leipzig 1932
- Şahin, Ayşenur:** **Fikri Hukukta Eser Sahibinin Fikri Haklarının Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Şener, Oruç Hami:** **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008
- Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğmuş, Belgin:** **Roma Hukuku Meseleleri**, Der Yayınları, İstanbul 2005
- Tamer, Ahmet:** **Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları**, Bilge Yayınevi, Ankara 2013
- Tamer, Ahmet:** **Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011 (*Haksız Rekabet*)
- Tandoğan, Haluk:** **“Vekâletsiz İş Görenin Ücret Talebi”**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1955-12-01-02/AUHF-1955-12-01-02-Tandogan2.pdf> (*Ücret*)
- Tandoğan, Haluk:** **Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul 1957 (*Vekâletsiz İş Görme*)
- Tandoğan, Haluk:** **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2**, İstanbul 2008 (*Cilt I/2*)
- Tandoğan, Haluk:** **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1**, İstanbul 2008 (*Cilt I/1*)
- Tandoğan, Haluk:** **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989 (*Borçlar Özel*)
- Tandoğan, Haluk:** **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**,

- Ajans Matbaası, Ankara 1963 (*Üçüncü Şahıs*)
- Tandoğan, Haluk:** “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1963, S.20, C.1-4, s.1-36. (*Basın*)
- Tandoğan, Haluk:** **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara 1961 (*Mesuliyet*)
- Tandoğan, Haluk:** **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Ankara 1981 (*Sözleşme Dışı Sorumluluk*)
- Taşkın, Alim:** “Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1991-1992, C. 42, S.1-4, s.201-243
- Tekinalp, Ünal:** **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1971
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992 (*Kişiler*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, **Prof. Dr. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1998, s.55-65 (*Armağan*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** "Mukayeseli Hukuk Açısından Borçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması", **Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan**, İÜMHE, Yıl:8, Sayı:11, 1974, s.423, 424 (*Aynen İfa*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla:** **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993 (*Borçlar*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla:** **Tekinay Eşya Hukuku**, C.I, 5.bası, İstanbul 1989 (*Eşya*)
- Tercier, Pierre:** **Le nouveau droit de la personnalite**, Zürich 1984
- Tercier, Pierre/ Dreyer, Dominique:** “Torts”, **Introduction to Swiss Law**, Eds. F. Dessemontet/ T. Ansay, Kluwe Law International, 2004
- Tiftik, Mustafa:** **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**,

- Ankara 1994
- Topuz, Murat:** **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Topuz, Murat/ Canbolat, Ferhat:** "Kira İlişkisinin Devri – (Yeni) Borçlar Kanunu'nun ilgili 323. maddesinin Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S.95, s.97-134
- Toraman, Cüneyt:** **Türk Hukukunda Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006
- Tosun, Yalçın:** **Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları**, İstanbul 2009
- Traynor, Micheal:** "The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions", **Washington & Lee Law Review**, vol. 68, 2011, s.899 vd.
- Treitel, Guenter H.:** **The Law of Contract**, Sweet and Maxwell, 12. ed. Sweet&Maxwell, London 2007
- von Tuhr, Andreas:** **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.I**, (Çev. Cevat Edege), İstanbul 1952
- von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans:** **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, Bd.I, 3. Abteilung, Zürich 1979
- von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold:** **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, 3. Abteilung, Zürich 1984
- Ulusan, İlhan:** **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu** (BK m.63/I), İstanbul 1984
- Umur, Ziya (çev.):** **Iustinianus Institutiones**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968
- Umur, Ziya:** **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta, İstanbul 1999
- von Ungern-Sternberger, Joachim:** "Einwirkung der Durchsetzungsrichtlinie auf das deutsche Schadenersatzrecht", **GRUR** 2009, s.460 vd.
- Usluel, Aslı E. Gürbüz:** **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde**

- Uşan, Fatih M.:** **Ticari Sırrın Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009
- Utku, Kemalettin:** **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması** (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003
- Uygur, Turgut:** **La Restitution de la Possession selon les Articles 938-940 CCS**, Geneva 1939.
- Uzunallı, Sevilay:** **Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara 2003, Cilt 3 – Madde 51-108; Cilt 8 – Madde 394 – 544.
- Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer, Ertan, N. Füsün:** **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- Ünal, Mehmet:** **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009
- Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel:** **Şekli Eşya Hukuku**, Ankara 1989
- Üstün, Gürsel:** **Şekli Eşya Hukuku**, Ankara 2012
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/ Özdemir, Refet:** **Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1995
- Virgo, Graham:** **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.II, İstanbul 1987
- Wade, John W.:** **The Principles of the Law of Restitution**, 2nd. Edition, OUP, Oxford 2006
- Wagner, Gerhard:** “Restitution for Benefits Conferred Without Request”, **Vanderbilt Law Review**, Nr.19, 1183, 1966, s.1183-1213.
- Wagner, Gerhard:** “Die Neue Rom II Verordnung”, **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRAX)** 2008/I, Januar 2008
- Wagner, Gerhard:** “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privat-Anmassung oder legitime Aufgabe”, **AcP** 206/2006.
- Weber, Rolf H.:** **Basler Kommentar Obligationenrecht I** Art.1-529, 5. Auflage, Herausgeber Heinrich Honsell/ Nedim Peter

- Vogt/ Wolfgang Wiegand, 2011 Basel (*Honsell/ Vogt/ Wiegand (içleyen: Weber)*)
- Weber, Rolf H.:** Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, **ZSR** 111/1992 I, s.333 vd. (*Gewinnherausgabe*)
- Weber, Rolf H.:** **Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten**, Bern 1990 (*Praxis*)
- Weinrib, Ernest J.:** “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” **Chicago-Kent Law Review**, Vol.78, Issue.1, Symposium: Private Law, Punishment and Disgorgement, April 2003, s.55 vd.
- Weinrib, Ernest J.:** **The Idea of Private Law**, Harvard University Press 1995 (*Idea*)
- Wenner, Martin A.:** **Die Voraussetzungen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität**, Zürich 1977
- Werro, Franz:** “Une remise du gain sans gain”, **Mélanges a l’honneur de Tercier**, Schulthess, Genève 2008
- Werro, Franz:** “La Tentation des Dommages-Intérêts Punitifs en Droit Suisse des Médias”, **Etudes A La Memoire De Christian Lapoyade-Deschamps**: Ouvrage Edite Par Le Centre D’Etudes Et De Recherches En Droit Des Affaires Et Des Contrats, Bordeaux 2003 (*Dommages-Intérêts Punitifs*)
- Widmer, Beat:** “Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (Neure Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169)”, **Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht**, Band 13, Basel/ Frankfurt 1985
- Wieland, Carl:** **Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch**,

- Sachenrecht**, Band IV (Art.641, 977 ZGB), Zürich 1999
- Wilcox, Vanessa:** "Punitive Damages in England", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Winfield, Percy Henry:** **Quasi-Contracts**, Sweet and Maxwell, London 1952
- Wittmann, Roland:** **Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag – Eine zivilistisch-dogmengeschichtliche Abhandlung**, Münchener Universitätsschriften, Juristische Fakultät, München 1981
- Wolf, Elias:** **Von der Haftung des Schuldners für den Schaden eines Dritten**, Ein Beitrag zur Lehre vom Schutz der subjektiven Rechte, ZSR N.46, 1927
- Wolf, Elias:** **Interessenschutz und allgemeine Reschtssätze** ZSR N.51, 1932 (*Interessenschutz*)
- Worthington, Sarah/ Goode, Roy:** "Commercial Law: Confining the Remedial Boundaries", Ed. David Hayton, **Law's Future(s): British Legal Developments in the 21st Century**, Hart Publishing, Oxford 2000
- Yasaman, Hamdi:** **Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalâalar, Bilirkişi Raporları IV**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Yasaman, Hamdi:** "Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı", **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (*Haksız Rekabet*)
- Yasaman, Hamdi/ Altay, Sıtkı Anlam/ Ayoğlu, Tolga/ Yusufoglu, Fülürya/ Yüksel, Sinan:** **Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt. I ve Cilt. II, İstanbul 2004
- Yavaş, Murat:** "Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", **Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2006, s.771-795

- Yavuz, Cevdet/ Acar,
Faruk/ Özen, Burak:
Yavuz, Cevdet/ Acar,
Faruk/ Özen, Burak:
Yavuz, Nihat:
Yavuz, Nihat:
Yavuz, Nihat:
Yavuz, Nihat:
Yeniocak, Umut:
Yılmaz, Ejder:
Zahn, Alexander:
Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K.
Emre:
Zevkliler, Aydın/ Ertaş,
Şeref/ Havutçu,
Ayşe/ Aydoğdu,
Murat/ Cumalıoğlu, Emre:
Zevkliler, Aydın/ Acabey, M.
Beşir/ Gökyayla, K. Emre:
Zimmermann, Reinhard:
- Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012**
(*Dersler*)
Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Beta Yayıncılık,
İstanbul 2014
Eski ve Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Uygulamada
Sebepsiz İktisap (Nedensiz Zenginleşme), Ankara 2011
Kira Hukukunun Nedensiz Zenginleşme ve Vekâletsiz İş
Görme Davaları ile İlgili Kimi Sorunları, **Yargıtay Dergisi,**
C.XXII, Y.1996, S.1-2, (*Vekaletsiz İş Görme*)
6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira
Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi
Davaları, Adalet Yayıncılık, Ankara 2012 (Kira)
Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı)
Davaları, Turhan Kitabevi, Ankara 1997 (Ecrimisil)
6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği
Değişiklikler ve Yenilikler – Genel Hükümler, On İki
Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık,
Ankara 2012
Die Herausgabe des Verletzergewinnes, Köln 2005
Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi,
Ankara 2013
6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış
Borçlar Hukuku: Genel Hükümler ve Özel Borç
İlişkileri: Ana İlkeler, İzmir 2013
Zevkliler Medeni Hukuk Giriş, Başlangıç Hükümleri,
Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara
2000
The Law of Obligations – Roman Foundations of the
Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., Cape Town/ Wetton/
Johannesburg 1990

- Zimmermann, Reinhard:** "Roman Law and Harmonisation of Private Law in Europe", **Towards A European Civil Code**, Hartkamp Arthur/ Hondius Ewoud H./ Reinhard Zimmermann Eds., Nijmegen 2004 (*European Civil Code*)
- Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein:** **Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts**, Band II – Institutionen, 2. Auflage, Tübingen 1984

ÖZGEÇMİŞ

Ece Baş
ece.bas@bilgi.edu.tr

EĞİTİM

- 2011 - İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ph.D.
Tez Konusu: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri
- 2009 – 2011 Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul
Sosyal Bilimler Enstitüsü, LL.M.
Tez Konusu: Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk
Mezuniyet Derecesi: 3.8/4, Bölüm birincilik derecesi
- 2004 – 2009 Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul
Hukuk Fakültesi, LL.B.
Mezuniyet Derecesi: 3.8/4, Bölüm birincilik derecesi
- 2001 - 2004 Hasan Polatkan Anadolu Lisesi
Mezuniyet Derecesi: 4.95/5, Okul birincilik derecesi ve Yüksek Onur derecesi

İŞ TECRÜBESİ

- 2010 - *Araştırma Görevlisi*
Asiste Edilen Dersler: Medeni Hukuk Genel Bölüm, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Borçlar Hukukunda Güncel Gelişmeler (Yüksek Lisans Dersi), Milletlerarası ve Avrupa Sözleşme Hukuku (Doktora Dersi)
- 2009 *Stajyer*, Hergüner – Bilgen – Özeke Hukuk Bürosu
- 2008 *Stajyer*, Esin-İşmen Hukuk Bürosu

BURSLAR ve YURTDIŞI ARAŞTIRMA ZİYARETLERİ

Burslar

- TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığı, Yurtdışı Araştırma Bursu
- Max Planck Enstitüsü [*Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht*] Konuk Araştırmacı Bursu
- TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığı, Doktora Bursu
- DAAD Dil Eğitimi Bursu – Hamburg/Goethe Enstitüsü
- TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığı, Yüksek Lisans Bursu
- Başarı Bursu, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans/Bahçeşehir Üniversitesi
- 2005-2006; 2006-2007; 2007-2008; 2008-2009 Dekan ve Rektörün Listesi, Yüksek Onur Bursu/Bahçeşehir Üniversitesi
- ÖSS bursu, Hukuk Fakültesi, Lisans eğitimi/Bahçeşehir Üniversitesi

Yurtdışı Araştırma Ziyaretleri

- Konuk Araştırmacı, MAX-PLANCK ENSTİTÜSÜ [**Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht** | Hamburg], Eylül 2013 - Ağustos 2014
- Konuk Araştırmacı, JULIUS-MAXIMILIANS WÜRZBURG ÜNİVERSİTESİ, Hukuk Fakültesi [**Julius-Maximilians Universität Würzburg, Juristische Fakultät** | Würzburg], Temmuz 2012
- Konuk Araştırmacı, MAX-PLANCK ENSTİTÜSÜ [**Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht** | Hamburg], Temmuz-Ağustos 2011

YAYIN LİSTESİ

Kitap |

Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2011, XXIII + 205. (Yüksek Lisans Tezi)

Makale |

- (Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu ile birlikte) 6502 sayılı TKHK'nun Yürürlüğü – Özellikle Genel Esaslara İlişkin Hükümlerin Bu Açıdan İncelenmesi, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan** (yayım aşamasında)

- (Prof. Dr. Yeşim M. Atamer ile birlikte) Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, **İstanbul Barosu Dergisi**, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, 2014, V. 88, ss. 19-60.
- Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan** 2013.
- "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi" **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul 2013.
- "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yasağı", Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu ile birlikte, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ekim 2012, C. LXX, S. 2, s.165-182.
- "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Yenilikler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ekim 2012, C. LXX, S. 2, s.115-144.
- "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Depozito ve Bankaların Bundan Kaynaklanan Sorumluluğu", Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu ile birlikte, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, İstanbul 2012, s.111-154.
- "Oydan Yoksun Paylar", **Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan**, İstanbul 2011, s. 465-488.
- "Kira Parasının Belirlenmesi", Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu ile birlikte, **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, İstanbul 2011, s. 523 – 547.
- "Toplu İş Sözleşmelerinin Uyarlanması", **Kazancı Hakemli Dergi**, Eylül-Ekim 2010, s. 141-165.
- "Sözleşmenin Feshi ve Sözleşmeden Dönme", **Kazancı Hakemli Dergi**, Ocak-Şubat 2010, s. 81-108.

Çeviri |

- Avrupa Hukuku Enstitüsü'nün Üstesinden Gelmesi Gereken Zorluklar [*Challenges for the European Law Institute*, Reinhard Zimmerman], Meliha Sermin Paksoy ile birlikte, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 62, Sayı 2.
- Kodifikasyon - Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Medenî Hukuk Deneyimlerinin Yeniden Değerlendirilmesi [*Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, Reinhard Zimmermann], Meliha Sermin Paksoy ile birlikte, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (yayın aşamasında).

SERTİFİKALAR

- 2012 İstanbul Bilgi Üniversitesi Uluslararası Satım Hukuku Sertifikası
- 2012 İstanbul Bilgi Üniversitesi Uluslararası Ticari Sözleşme Hukuku ve Tahkim Sertifikası
- 2011 Temmuz B2 –Dil Sertifikası/Goethe Enstitüsü Hamburg
- 2011 İstanbul Bilgi Üniversitesi Mukayeseli Sözleşmeler Hukuku Sertifikası
- 2011 İstanbul Bilgi Üniversitesi Türk Borçlar Kanunu Sertifikası
- 2007 Bahçeşehir Üniversitesi Haksız Fiil Hukuku – Karşılaştırmalı Hukuk Sertifikası
- 2007 Bahçeşehir Üniversitesi Global Hukuk Eğitimi Sertifikası
- 2006 Bahçeşehir Üniversitesi Alman Ceza Hukuku-Karşılaştırmalı Hukuk Sertifikası

DİLLER

İngilizce: İleri (Toefl Skor IBT: 100/120)

Almanca: Orta (B2 Sertifikası/Goethe Enstitüsü, Hamburg)